

جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

أحكام التقادم في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد
محمد أحمد حسن إبراهيم
المدرس المساعد بقسم الشريعة

إشراف

الأستاذ الدكتور
إبراهيم محمد عبد الرحيم
الأستاذ المساعد بقسم الشريعة

الأستاذ الدكتور
محمد بلتاجي حسن
أستاذ ورئيس قسم الشريعة السابق
وعميد الكلية الأسبق
رحمه الله

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إليه مآب

صل ربنا سلعتها

ألن قلبا سريرتها

تجد حبا سيرتها

كن رجلا رعايتها

دم صبرا نهايتها

مت شوقا ميته

asktoright@yahoo.com

or

tellme012012@gmail.com

فهرس عام للموضوعات

مقدمة	١٣ : ٦
الباب الأول الأحكام العامة للتقادم	١٨٦ : ١٤
الفصل الأول تعريف التقادم	٢٢ : ١٦
الفصل الثاني طبيعة التقادم	٥٥ : ٢٣
الفصل الثالث أساس التقادم	٨٨ : ٥٦
الفصل الرابع نطاق التقادم	١٠٥ : ٨٩
الفصل الخامس مدة التقادم	١١٨ : ١٠٦
الفصل السادس وقف التقادم	١٥٩ : ١١٩
الفصل السابع انقطاع التقادم	١٧٦ : ١٦٠
الفصل الثامن أثر التقادم	١٨٦ : ١٧٧
الباب الثاني من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي	٤٧٥ : ١٨٧
الفصل الأول تقادم العبادات	٣٢٣ : ١٩٠
الفصل الثاني تقادم المعاملات	٣٦٥ : ٣٢٤
الفصل الثالث تقادم الجرائم والعقوبات	٤٧٥ : ٣٦٦
خاتمة الدراسة	٤٧٧ ، ٤٧٦
مصادر الدراسة	٤٩١ : ٤٧٨
الفهارس التفصيلية	٥٤٠ : ٤٩٢
ملخص الرسالة بالإنجليزية	٥٤٢ ، ٥٤١

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وأصلي وأسلم على رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم . وبعد ،،،

فلم يكشف لنا الصدر الأول للإسلام في نظامه القضائي ، عن نوع من القضايا كان مضي الزمن عاملاً مؤثراً فيها ، فقد كانت القضايا وإجراءات التقاضي وليدة وقتها ، أو تطول يسيراً ، فلم يهمل الخصوم رفع مظالمهم ، ولم يلبث حكم القاضي إلا بقدر سماع المظلمة وبينتها حتى يصدر .

ولكن لم يدم هذا الأمر طويلاً ، حيث نقلت لنا مصادر الفقه الإسلامي فتاوى بعض أئمة المذاهب المتبوعة في القرن الثاني الهجري ، في مسائل وقضايا لم يرفعها أصحابها إلى القضاء إلا بعد زمن متقادم ، وقد جاء جواب هؤلاء الفقهاء والقضاة بعدم سماع مثل هذه الدعاوى ؛ وذلك لأسباب يأتي تفصيلها عند تناول أساس التقادم ، ونشير هنا فحسب إلى أن أهم دوافعهم لعدم سماع هذه الدعاوى هو ضعف وسائل توثيق الحقوق في عهودهم ، فقد كانت الشهادة هي أهمها ، ولكن كم كان يسهل الزور فيها .

وهكذا استمرت الحال مع مرور السنين ، يترك تقدير كل قضية لما يراه القاضي في مذهبه من تحديد مدد التقادم ، حتى وحد بعض سلاطين آل عثمان هذه المدد ، وجعلها خمسة عشر عاماً إلا ما استثنى ، وبعد ذلك صدرت مجلة الأحكام العدلية ، وفي الأقطار التي كانت لا تطبق فيها كانت تستصدر اللوائح والقوانين التي تحدد مدد التقادم ، حتى صار الأمر إلى ما نحن عليه اليوم ، من تفرع القوانين والتشريعات ، لتشمل غالب وجوه النشاط الإنساني ، ومحددة مدداً للتقادم في كل منها .

وعلى الرغم من قدم المادة الفقهية الإسلامية للتقادم ، ومدى تأثيره في عدم سماع الدعاوى ، فإن إفراده بالتأليف لم يظهر إلا من وقت ليس ببعيد فيما

أعلمه ، فقد ظهر في عام ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م رسالة الدكتور حامد محمد عبد الرحمن للدكتوراه (نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون) ، ثم تلتها مؤلفات أخرى في الموضوع ، وبعد أن اطلعت على ما أمكنني الحصول عليه من هذه المؤلفات ، شرعت في الإسهام بدراسة تضاف إلى هذه الأعمال ، وربما يكون هذا أصعب ممن يفرد موضوعا بدراسة لم يسبق بها ؛ لأن عمله هذا إذا خرج على أي نحو فإنه يبقى له فضل السبق ، ويصير عطاء عن ظهر يد ، بخلاف أية دراسة تتلو هذا العمل ، ومن أهم هذه الأعمال :

١- (نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بين الشريعة والقانون)
للدكتور حامد محمد عبد الرحمن ، رسالته للدكتوراه ، لم أرها منشورة ،
مؤرخة بعام ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م ، شريعة وقانون القاهرة . وقد جاءت في
تمهيد وبابين وخاتمة .

أما التمهيد فقد اشتمل على ثلاثة موضوعات :

الأول : التعريف بالدعوى وشروط صحتها وبالمدعي والمدعى عليه والمدعى .
الثاني : التعريف بالحق وأقسامه .
الثالث : تقييد الحق وإطلاقه .

وجاء الباب الأول تحت عنوان (التعريف بنظرية عدم سماع الدعوى
للتقادم ، وتمييزها عما يشابهها ، ومجالها) ، وقد ضم ثلاثة فصول :
الأول في التعريف بنظرية عدم سماع الدعوى للتقادم .
الثاني في تمييز النظرية عما يشابهها من القواعد .
الثالث في مجال تطبيق النظرية .

ثم جاء الباب الثاني (قواعد تطبيق نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم)
مكونا من ثلاثة فصول أيضا :
الأول : المدة المانعة من سماع الدعوى .

الثاني : التمسك بالتقادم .

الثالث : أثر تطبيق نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم .

وفي الخاتمة عرض المؤلف نتائج بحثه، ثم عقبها بتتمة صاغ فيها أحكام نظريته ، في صورة مواد أو مشروع قانون مستمد من الفقه الإسلامي .

٢- (الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي)
للدكتور محمد عبد الجواد محمد ، صدر الكتاب عام ١٣٩٧هـ — / ١٩٧٧م .
وقد جاء في تمهيد وبابين وخاتمة .

ففي التمهيد تناول المؤلف موضوعين :

الأول : الحيازة في القانون الروماني .

الثاني : التقادم في القانون الروماني .

ثم جاء الباب الأول (الحيازة والتقادم في فقه المذهب المالكي) مكونا من ثمانية فصول :

الأول : النصوص الأساسية في الحيازة والتقادم .

الثاني : تعريف الحيازة وعناصرها .

الثالث : أقسام الحيازة ، والتصرفات والأعمال التي تتم بها .

الرابع : شروط الحيازة وموانعها .

الخامس : مدد الحيازة .

السادس : سقوط الدين بالتقادم .

السابع : نظرة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في مدد الحيازة .

الثامن : آثار الحيازة والتقادم في فقه المذهب المالكي .

وقد جاء الباب الثاني (الحيازة أو اليد في فقه المذاهب الأخرى غير

المالكي) منتظما أربعة فصول :

الأول : الحيازة في فقه المذهبين الإباضي والحنبلي .

الثاني : اليد في فقه المذهبين الحنفي والشافعي .

الثالث : اليد في فقه المذهبين الشيعي والظاهري .

الرابع : نظرات مقارنة في الحيابة والتقادم في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية .

ثم ذكر في الخاتمة نتائج البحث ، ثم قدم مشروع قانون الحيابة والتقادم مستمدا من الفقه الإسلامي .

٣- (تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)

للدكتور سامح السيد جاد ، وقد صدر الكتاب عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م . وجاء في تمهيد وفصلين وخاتمة .

ففي التمهيد عرض المؤلف أنواع الجرائم في الفقه الإسلامي ، القصاص والحدود والتعازير ، مبينا موقف كل من القصاص والتعازير من التقادم بصورة مجملة ، ومشيرا لخلاف الفقهاء تجاه تقادم الحدود ، ثم سرد محتوى كتابه .

ثم جاء الفصل الأول (تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي) مكونا من أربعة مباحث :

الأول : تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الثاني : مدة تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الثالث : وقف تقادم الدعوى الجنائية في جرائم الحدود .

الرابع : تقادم الدعوى الجنائية في جرائم التعازير .

وجاء الفصل الثاني (تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي) مكونا من أربعة مباحث أيضا :

الأول : ماهية تقادم الدعوى الجنائية وأساسه وتكييفه القانوني .

الثاني : مدد تقادم الدعوى الجنائية .

الثالث : وقف سريان تقادم الدعوى الجنائية وانقطاعها .

الرابع : الآثار المترتبة على تقادم الدعوى الجنائية .

وبعد ذلك عرض المؤلف في خاتمة كتابه ملخصا له ، ثم رصد مواطن الالتقاء والافتراق بين تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

٤- (تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة) للدكتور أحمد حسني أحمد طه ، رسالته للدكتوراه ، لم أرها منشورة ، ومؤرخة بعام ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م ، شريعة وقانون القاهرة . وقد جاءت في تمهيد وبابين وخاتمة .

ففي الفصل التمهيدي (الأحكام العامة للدعوى الجنائية) نقف على مبحثين:
الأول : ماهية الدعوى .
الثاني : ماهية الدعوى الجنائية .

ثم جاء الباب الأول (ماهية التقادم وطبيعته) مكونا من ثلاثة فصول :
الأول : التعريف بالتقادم .
الثاني : طبيعة التقادم .
الثالث : الاستثناءات الواردة على مبدأ عمومية التقادم .

وقد ضم الباب الثاني (أحكام التقادم) ثلاثة فصول أيضا :
الأول : سريان التقادم .
الثاني : عوارض التقادم .
الثالث : آثار التقادم .

وفي خاتمة الرسالة عرض صاحبها نتائجها ، وقد قدمها في صورة مشروع قانون ، أولهما في تقادم الدعوى الجنائية في القانون الوضعي ، والآخر في الفقه الإسلامي .

٥ - (تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية ، مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، على ضوء أحدث أحكام النقض وما توصل إليه الفقه) للدكتور عدلي أمير خليل، وقد صدر الكتاب عام ١٩٩٢م.

٦- (الحيازة في القانونين اليمني والمصري ، آثارها وحمايتها ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) للدكتور علي محمد أحمد اليناعي ، رسالته للدكتوراه ، مؤرخة بعام ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م ، حقوق القاهرة .

منهج الدراسة

وبعد هذا السرد الموجز لهذه الدراسات يمكن تحديد طبيعة المنهج الذي سنتبعه هذه الرسالة ، وهو المنهج النقدي التكميلي ، فهي لم تبدأ من حيث بدأت تلك الدراسات ، وإنما هي مناقشة واستكمال لها ، مناقشة ما يحتاج لمناقشة مما ورد فيها من استنباطات ونتائج ، سواء أكانت من اجتهاد أصحابها أم مأخوذة عن نصوص الفقهاء .

يقول الدكتور عبد الجواد — على سبيل المثال — في بداية كتابه السابق — ص ١٠ — : ” وهأنذا أقدم البحث كاملا من الناحية الشكلية أو الكمية لا الموضوعية بقدر ما وسع الجهد . ولكني متأكد كل التأكد ، أن الموضوع لا يزال في حاجة إلى بحوث أخرى ، وجهود أخرى ، وأوقات أخرى أوسع . بل أعتقد أن الموضوع قد يحتاج لتصحيحات أو تعديلات ، يصل إليها الباحثون المخلصون إن شاء الله “ . ثم زاد في نهاية كتابه — ص ٤٥٠ — : ” وإنا لفي انتظار هذه البحوث وهذه الجهود ، وهذه التصحيحات أو التعديلات . نسأل الله تعالى التوفيق للجميع “ .

ومع المناقشة يأتي استكمال موضوعات وجزئيات لم تطرق في هذه الدراسات ، وذلك من خلال نصوص كثيرة للفقهاء ، تناثرت هنا وهناك في مدوناتهم ، الأمر الذي أثر تأثيرا واضحا في تغيير بعض الأحكام والإضافة إليها . ويأتي في صدر هذا الاستكمال تناول التقادم بمعناه العام في الفقه الإسلامي تعريفا وأحكاما ، حيث تغيير الحكم بمضي الزمن مطلقا ، ارتباط هذا المضي بما يجري فيه الإسقاط أو الإبراء أو الحيازة — وما قد يصاحب ذلك من دعاوى — أو لم يرتبط ، وسيأتي تفصيل هذا الأمر في تعريف التقادم .

هذا وقد ركزت الرسالة في مناقشتها على مؤلفي الدكتور حامد والدكتور عبد الجواد ؛ إذ لم تخرج الأعمال التي تلتها عن نطاقهما ، إلا فيما لا يشار إليه ببنان . وقد جاءت هذه المناقشات في الباب الأول من الرسالة الخاص ببيان الأحكام العامة للتقادم دون الباب الآخر الخاص بمسائل التقادم في الفقه الإسلامي؛ حيث لم يكن للمؤلفين السابقين سوى نذر يسير في بعض هذه المسائل .

كما قارنت هذه الدراسة أحكامها بأحكام القانون المصري ، مركزة على ما يثري مادة الفقه الإسلامي ، من تفاصيل قانونية لم ترد بمدونات الفقه الإسلامي ، وكشفت — في المقابل — عن أخطاء هذا القانون في بعض أحكامه ، مقدمة ما يصلح أن يكون بديلا عنها .

وأخيرا ، فقد جاءت هذه الدراسة مكونة من بابين ، عني أولهما ببيان الأحكام العامة للتقادم ، وقد جاء تحت عنوان (الأحكام العامة للتقادم) وهو ما يمثل قسم التععيد في الرسالة ، وجاء مكونا من ثمانية فصول هي :

- الفصل الأول : تعريف التقادم .
- الفصل الثاني : طبيعة التقادم .
- الفصل الثالث : أساس التقادم .
- الفصل الرابع : نطاق التقادم .
- الفصل الخامس : مدة التقادم .
- الفصل السادس : وقف التقادم .
- الفصل السابع : انقطاع التقادم .
- الفصل الثامن : أثر التقادم .

وجاء الباب الآخر تحت عنوان (من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي) وهو ما يمثل قسم التطبيق في الرسالة ، وجاء مكونا من ثلاثة فصول هي :

- الفصل الأول : تقادم العبادات .
- الفصل الثاني : تقادم المعاملات .
- الفصل الثالث : تقادم الجرائم والعقوبات .

ثم تلا ذلك خاتمة الرسالة ، وفيها استعراض نتائج الدراسة ، أسأله
سبحانه صوابها والنفع بها .

الباب الأول

الأحكام العامة للتقاعد

الفصل الأول	تعريف التقادم
الفصل الثاني	طبيعة التقادم
الفصل الثالث	أساس التقادم
الفصل الرابع	نطاق التقادم
الفصل الخامس	مدة التقادم
الفصل السادس	وقف التقادم
الفصل السابع	انقطاع التقادم
الفصل الثامن	أثر التقادم

مدخل

يمثل هذا الباب جانب التععيد من هذه الدراسة ، فقد عمد إلى تجميع ما أمكن تجميعه من جزئيات متناثرة ، لتقديمها في صورة قواعد وأحكام عامة تسري على هذه الجزئيات وعلى ما شابهها .

وقد عمدت هذه القواعد إلى المعاملات والجرائم والعقوبات دون العبادات؛ حيث جاء كلام الفقهاء في العبادات مركزا على تغيير الحكم بمرور الوقت ، دون أن يكون للخصومات والدعاوى أي نصيب فيه ، أي جاء كلامهم في العبادات مقتصرًا على التقادم بمعناه العام ، والذي يعنى فحسب بتغيير الحكم بمرور الوقت .

أما ما ذكره في المعاملات والجرائم والعقوبات ، فقد جاء شاملا لما ذكر في العبادات ، وزاد عليه أحكام الخصومات والدعاوى وعلاقتها بالتقادم ، وما يمكن أن ينتج عن ذلك من قواعد وأحكام عامة تضبط هذه العلاقة .

كما كان نصيب قواعد المعاملات في هذا الباب أكثر من قواعد الجرائم والعقوبات ؛ نظرا لزيادة نطاق المعاملات ومجالاتها عن الجرائم والعقوبات ، ولأن كثيرا من قواعد الجرائم والعقوبات ارتبطت ببقية أحكام الجرائم والعقوبات التفصيلية — والتي يأتي استعراضها في الفصل الثالث من الباب القادم — ارتباطا وثيقا ، الأمر الذي جعل من انفصالهما خلافا بينا ، لذا فقد آثرت الدراسة إرجاء تفصيل أحكام هذه القواعد إلى الباب الآخر في فصله الثالث الخاص بتقادم الجرائم والعقوبات .

وأخيرا ، فقد جاء جل أحكام هذا الباب مستمدا من الفقه الإسلامي ، ولم يكن نصيب القانون الوضعي المصري فيه إلا بما يثري مادة الفقه الإسلامي ؛ فقد غاب تطبيق الفقه الإسلامي ردحا طويلا من الزمن ، فغاب معه إثراء مفرداته . كما كشف هذا الباب أيضا أبرز أخطاء هذا القانون في نطاق هذه الدراسة ، مقدما ما يصلح أن يكون بديلا من الفقه الإسلامي .

الفصل الأول تعريف التقادم

مدخل

قد يسبب مضي زمن ما في ذاته أثرا في تغيير الأحكام الشرعية ، ولا يصاحب هذا الأثر فعل سلبي أو إيجابي ، ولا فقد حق أو كسبه ، ولا دعوى ، ولا إنكار حق ؛ أي يصبح مضي الزمن وحده مغيرا للحكم الشرعي ، مسلطا على موضوعه ، كأن تصير الميئة ملحا في الملاحظات .

وقد يسبب مضي الزمن إسقاط حق بسبب الموقف السلبي من صاحب الحق ، وقد يصاحب هذا الأمر رفع دعوى ، ولكن دونما إنكار حق المدعى عليه ، وذلك مثل سقوط حق الشفيع في الشفعة ، وهذا ما يقابل مواعيد السقوط في القانون . كما قد يكون مجال هذا الإسقاط محلا للإبراء ، وذلك مثل بعض تقادم النفقات .

بيد أن ما يمثل غالب مجال التقادم — في الفقه الإسلامي — هو ما تحقق فيه الجانب السلبي أو الإيجابي ، مع فقد الحق أو كسبه ، بمصاحبة الدعوى ، وإنكار حق الخصم ، وهو ما يرتبط بتقادم الديون والحيازة .

هذه هي الأقسام الثلاثة للتقادم التي تناولها فقهاء الشريعة معنى ولفظا ، فهم وإن كانوا قد ركزوا على القسم الأخير منه تفصيلا وتنظيرا ، فليس هذا من باب نفي ما عداه، وإنما ملاءمة لموضوعه ؛ حيث فصل الخصومات وإرساء الحقوق ، ولذا فقد اقتصررت مجلة الأحكام العدلية عليه ، بل هو وحده ما عنيت به القوانين الوضعية ، بدءا من القانون الروماني حتى زماننا هذا .

وعلى هذا ، فإن أصل التقادم في الفقه الإسلامي إنما يقوم على تأثير الزمن في الحكم ، انفرد الزمن بهذا الأمر أم صاحبه غيره مما ذكر في القسمين الثاني والثالث السابقين . كما أن الفقه الإسلامي اعتبر يسير الزمن — مما لم تعده القوانين الوضعية — تقادما ، ما دام قد تغير الحكم بهذا الزمن اليسير ،

بل إن الفقهاء أطلقوا عليه تقادما ولم يستظلوا بسقفه اللغوي ، وسيأتي — خاصة في جريمة شرب الخمر — شواهد هذا .

تعريف التقادم بمعناه العام

وفي ضوء هذا كله يمكن تعريف التقادم بمعناه العام بأنه : **تغير الأحكام بمرور الأزمان** . وهو ما يقتصر على القسمين الأولين من أقسام التقادم الثلاثة السابقة .

فالتقادم إنما يعنى فحسب بما كان مرور الزمن فيه سببا مباشرا في تغيير الحكم ، فلا يعد تقادما ما مر عليه الزمان دون أن يتغير حكمه ، مثل وجوب الصلاة على من بلغ ، فإن حكم الوجوب لا يتغير بمرور السنين عليه . كذا لا يعد تقادما ما أمكن فيه تغيير الحكم بغير مرور الزمن ، كتغير قيمة النقود — ارتفاعا أو انخفاضاً — مع مرور الزمن ، فهذا ليس تقادما؛ لأن مرور الزمن ليس هو المتسبب في هذا التغير ، إنما هو وعاء له — فضلا عن احتمال وقوع هذا التغير بين عشية وضحاها — فالتغير هنا إنما يرجع لأسباب أخرى غير مرور الزمن، من أسباب اقتصادية وسياسية وغير ذلك مما يحيط به المختصون .

فالتقادم لا يكون تقادما إلا إذا كان هو المؤثر في تغيير الحكم ، وعدم تصور حدوث هذا التغير بسبب آخر دونه ، كمن يؤخر — اختيارا — صيام القضاء سنة أو أكثر ، إذ تجب الفدية مع القضاء عند الجمهور^(١) ، فالمؤثر في تغيير الحكم هنا هو مرور الزمن وحده .

ولذا فإن من يترك هذا القضاء حتى يتقدم به العمر فيعجز عنه، فهذا ومثله لا يدخل في نطاق التقادم ؛ إذ سبب عدم القضاء هنا هو العجز وليس مرور الزمن الذي هو وعاء له أيضا ، فتغير الحكم هنا — وهو رفع القضاء ووجوب الفدية مع لزوم التوبة — قد اختلف سببه عما في الحال الأولى — قبل العجز — التي يجب فيها القضاء والفدية — في رأي الجمهور — بمرور الزمن وحده .

(١) انظر تفصيل المسألة ص ٢٧٦ .

تعريف التقادم بمعناه الخاص

أما التقادم بمعناه الخاص — وهو ما يقتصر على القسم الثالث من أقسام التقادم السابقة — فلم أقف على تعريف له — كسابقه — عند المذاهب الفقهية ، وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين تقديم تعريف له من خلال فهمه لكلام الفقهاء عن أحكامه ، فوقفت على تعريفين في ذلك ، أولهما للدكتور حامد عبد الرحمن ، الذي عرف التقادم بأنه ” مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق، يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي “^(١) ، وقد شرح هذا التعريف بقوله :

” (مضي مدة) يشمل مضي جميع المدد ، فيشمل مضي مدة سقوط الخصومة ، ومدة انقضاء الخصومة بالتقادم ، ومدة التقادم المسقط ، ومدة التقادم المكسب . ووصفت المدة بأنها (معينة) أي معروفة، وهي المدة التي استجمعت شروط المدة المانعة من سماع الدعوى .

(على وجوب أداء الحق) عبرت بوجوب أداء الحق بدلا عن استحقاق الحق ؛ حتى يشمل التعريف تقادم الشهادة الذي يجعلها محل شبهة ويؤثر فيها ، ويمنع من سماع الدعوى عند الأحناف . وهو قيد في التعريف خرج به سقوط الخصومة وانقضاءها بالتقادم ؛ ذلك أنه وإن كان قوام كل منهما مضي مدة معينة ، إلا أن هذه المدة ليست من تاريخ وجوب أداء الحق ، بل من تاريخ آخر إجراء صحيح في الدعوى .

(يمنع من سماع الدعوى) قيد ثان خرج به التقادم المسقط والتقادم المكسب ؛ ذلك أنه وإن كان قوام كل منهما مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق إلا أن مضي المدة فيهما لا يمنع من سماع الدعوى، وإنما يسقط الحق عن المتمسك به في التقادم المسقط ، ويكسب الحق للمتمسك به في التقادم المكسب .

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، للدكتور حامد محمد عبد الرحمن ، ص ٨٤ ، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م .

(أمام القاضي) وذلك لأن الدعاوى المتقدمة إنما لا تسمع أمام القاضي ولكن يجوز للمحكم سماعها ،^(١) .

ولكن يبدو أنه يرد على هذا التعريف وشرحه بعض الملحوظات ، هي :

١ - لا يكفي في التعريف تقييد المدة بأنها معينة ، حيث ينبغي أن تقيّد أيضاً بأنها معينة أو محددة بالشرع أو ولي الأمر أو القضاء ، بحيث لا يملك الأفراد تحديد هذه المدة ، ولذا فإن التعريف - دون هذا القيد - لا يمنع دخول المواعيد المحددة من قبل الأفراد - والتي ليست من التقادم - فيه .

٢- ما ذكره الدكتور حامد تعليقا على قوله (على وجوب أداء الحق) ، فقد ذكر أنه عبر بوجوب أداء الحق بدلا عن استحقاقه ؛ حتى يشمل التعريف تقادم الشهادة. ولكن حتى التعبير بوجوب الأداء لا يحقق للدكتور حامد ما أراده؛ فهناك شهادة الحسبة ، وهي غير متعينة الأداء ، وبرغم هذا فإنها ترد بالتقادم .

٣ - كما أن تعبير (أداء الحق) بالتعريف ، روعي فيه جانب المدعى عليه وحده ، فهو الذي عليه الأداء ، على الرغم من أن التقادم إنما يقوم على سكوت المدعي عن حقه زمنا محددا ، لذا يمكن حذف قوله (على وجوب أداء الحق) ليحل محله مثلا (على إمكان إقامة الدعوى) .

٤ - قوله في التعريف (يمنع من سماع الدعوى) لابد أن ينص فيه على عدم سقوط الحق ، أو أن الدعوى وحدها هي التي تسقط ؛ فإن التقادم في الفقه الإسلامي والقانون لا يمنع من تقديم الدعوى ابتداء ثم ردها بعد ذلك ، ثم ينفرد القانون بسقوط الحق أو كسبه ، وهو ما يجب نفيه عن التقادم في الفقه الإسلامي .

٥ - ويلاحظ أيضا أن الدكتور حامدا لم ينص على وجوب إنكار المدعى عليه حق المدعي ؛ إذ لو أقر بالحق سمعت الدعوى وقضي للمدعي بحقه . وفي

(١) السابق ٨٤ ، ٨٥ .

ضوء هذه الملاحظة والسابقة عليها ، يمكن أن تأتي عبارة أخرى بدلا من قوله (يمنع من سماع الدعوى) ، كأن يقول مثلا : (يسقط الدعوى دونه مع إنكاره) ، ويكون الضمير في 'دونه' و'إنكاره' عائدا إلى الحق الذي يدعيه المدعي .

والتعريف الثاني للتقادم هو ما قدمه الدكتور أحمد حسني ، حيث عنوان له بـ (ماهية التقادم في الفقه الإسلامي) ، ولكنه في واقع الأمر لم يأت بتعريف عام للتقادم ، وإنما جاء تعريفه خاصا بتقادم الجرائم والعقوبات فحسب ، فبعد أن عرف التقادم لغة قال : " أما في اصطلاح الفقهاء فمعناه : مضي مدة معينة من الوقت ، بعد ارتكاب الجريمة ، أو بعد الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ على المحكوم عليه ، يترتب عليها أن يمتنع الحكم بالعقوبة أو تنفيذها " (١) .

ويبدو أن هذا التعريف لم يسلم كسابقه من بعض الملحوظات ، هي :
١ - ذكر الدكتور أحمد حسني في الحاشية المصادر التي اعتمد عليها في تعريفه ، وهي : البحر الرائق ، مواهب الجليل ، حاشية الدسوقي ، بلغة السالك ، البهجة . ولكن لم يرد في هذه المصادر - في الطبقات نفسها التي رجع إليها - أي ذكر لهذا التعريف سواء بلفظه أو حتى بمعناه .

ففي البحر تناول ابن نجيم في الموضع المشار إليه^(٢) ، شرح زيادات قاضيخان لنظائر وأضداد مسألة " دار في يد آخر ، ادعى رجل نصفها وآخر كلها ، وبرهنا . فلأول ربعها ، والباقي للآخر " . وأما المصادر الأخرى فهي تخص الملكية ، وقد تناول أصحابها في المواضع المشار إليها^(٣) الكلام عن

(١) تقادم الدعوى الجنائية ، للدكتور أحمد حسني ، ص ١٠٠ ، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، سنة ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ، ٢٤٨/٧ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ .

(٣) ١- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ، ٢٣٠/٦ ، دار الفكر ، طبعة ثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية - بيروت . =

موضوع الحيابة وتقادم الديون ، وليس فيها أي ذكر لتقادم الجرائم والعقوبات .

٢ - ومما يلاحظ أيضا ، أن التعريف جعل بداية سريان التقادم بعد الجريمة أو العقوبة التي لم تنفذ ، والصواب أن التقادم إنما يبدأ في الجرائم من وقت الحق في إقامة الدعوى أو الشهادة، فلو أن الشهود شهدوا على الزاني مثلا فور ارتكابه جريمته ، لكنه ظل هاربا مدة التقادم ثم ظهر بعدها ، فإن ذلك لا يعفيه من العقوبة ؛ لأن التقادم هنا لم يتعلق بالشهادة ، وإنما تعلق بالهروب الذي لا يتأثر به .

٣ - وكذلك فإن التعريف ليس مانعا من دخول الإقرار فيه ، فلو مضت مدة التقادم على الجريمة ، ثم أقر الجاني بعدها فإن تقادم إقراره لا يعفيه أيضا من العقوبة^(١) .

٤ - كما يمكن اختصار التعريف عما هو عليه ، فمثلا يمكن أن يحذف منه (من الوقت) لدلالة (مدة) عليه ، ويمكن جعل (قضاء) بدلا من ذلك ؛ لأن تحديد المدة لا شأن للأفراد به . وكذلك يمكن حذف كلمة (ارتكاب) و(بعد) الثانية . وأيضا يمكن أن تختصر عبارة (دون أن تنفذ على المحكوم عليه) إلى (قبل تنفيذها) أي تنفيذ العقوبة .

= ٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد عرفة الدسوقي ، ٤٣٧/٤ ، طبعة الحلبي بالقاهرة ، بدون تاريخ .

٣- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، لأحمد بن محمد الصاوي ، والشرح الصغير للدردير ، ٣٨٠/٢ ، مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٢م .

٤- البهجة في شرح التحفة للتسولي ، والتحفة هي تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي ، ١٢/٢ ، دار الفكر ، طبعة ثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م .

(١) إلا ما جاء عن الشيخين - أبي حنيفة وأبي يوسف - من تقادم إقرار الشارب بزوال الرائحة ، وسيأتي تفصيل ذلك وبيان عدم صوابه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

وفي ضوء ما سبق يمكن تعريف التقادم — في الفقه الإسلامي — بمعناه الخاص المقابل للقانون بأنه : **مضي مدة محددة قضاء على إمكان إقامة الدعوى ، التي تسقط به دون الحق مع إنكاره .**

وربما يكون هذا التعريف جامعا مانعا ، ولا يعترض عليه بأنه ليس جامعا ؛ حيث لم يتضمن كلا من الجانب السلبي والإيجابي المشار إليهما في بداية الفصل؛ ذلك أن التعريف قد ترك ذلك عمدا حتى لا يعتقد أن مشروعية التقادم إنما ترجع إلى جزاء الدائن المهمل أو مكافأة الحائز^(١). وإن كان يفهم عن التعريف تضمينه الجانب السلبي .

ولا يعترض عليه بأنه ليس جامعا أيضا حيث لم يشمل شهادة الحسبة ؛ وذلك لأنه يمكن اعتبار الشاهد هنا مدعيا ، فيصدق على هذه الشهادة معنى الدعوى .

كما لا يعترض عليه بأنه لم يحو تقادم العقوبة ولا تقادم الإقرار بالشرب؛ وذلك لأن الصواب هو عدم تقادم هذين الأمرين على ما سيأتي بيانه في الفصل الثالث من الباب الثاني .

وأما كونه مانعا ؛ فلأنه لا يدخل الأنظمة القريبة من تقادم الديون فيه مثل: التقادم المسقط في القانون ، ومواعيد السقوط ، والأجل ، وبعض الخيارات والشروط ، وقواعد المرافعات كسقوط الخصومة وانقضائها بالتقادم كما لا يدخل الأنظمة القريبة من الحيابة فيه كالتقادم المكسب في القانون^(٢) .

(١) سيأتي في الفصل الثالث من هذا الباب تفصيل القول في أساس التقادم ومشروعيته .

(٢) هذا وتجدر الإشارة إلى أن البحث لم يناقش التعاريف العامة للتقادم ، والتي أريد بها معناه الخاص ؛ حيث قل ذكر القيود بها ، كقول سليم رستم باز في شرحه للمجلة عن مرور الزمان بأنه ”منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة“ شرح المجلة ٩٨٣/٢ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، طبعة ثالثة مصورة ، بدون تاريخ .

الفصل الثاني

طبيعة التقادم

يمكن الوقوف على طبيعة التقادم في الفقه الإسلامي بتحديد علاقته بموضوع الحق ودعواه وبأيهما يرتبط ؟. سواء أكان حيازة (التقادم المكسب)^(١) أم تقادم الديون (التقادم المسقط) .

أولا طبيعة الحيازة

١- رأي الحنفية

صرح الحنفية بعدم سقوط الحق بمضي المدة ، سواء أكان في الديون أم الحيازة^(٢) ، وهذا يعني أن الحيازة لا تنتقل الحق — الملك — بذاتها ، وإنما تصير قرينة فحسب عليه . وقد نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة على أن الحق لا يسقط بتقادم الزمن .

٢- رأي المالكية

نبدأ ببيان رأيهم بقول ابن رشد ؛ إذ إن كلامه يعد ركيزة ما ذكره ، يقول في بداية شرحه للمسألة الثانية من رسم^(٣) (يسلف في المتاع والحيوان المضمون) من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق^(٤) : ” مجرد الحيازة

(١) إطلاق الحيازة على التقادم المكسب من باب إطلاق العام على الخاص ؛ إذ ليس كل حيازة يشترط فيها مرور مدة التقادم .

(٢) الدر المختار للحصكفي ، وحاشية ابن عابدين عليه (رد المحتار) : ٤٧٣/٥ ، ٤٧٤ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر .

(٣) أي : باب ، أو ما شابه ذلك . وقد أقيمت على مصطلحهم ليسهل الرجوع إليه في المصدر .

(٤) ونص المسألة : سئل مالك عن الرجل تكون بيده الأرض يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزها ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟. قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لو كان أبوه حيا ثم قال ذلك ، أكان ذلك له إلا ببينة ؟! . ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمره ، فهو وغيره ممن لا يدبر بمنزلة واحدة . فقيل له : يا أبا عبد الله فإن كان أجنيا من الناس ؟ قال : ذلك أقوى ، أن يقول اشتريت ، ومات الشهود ، وطال الزمان . فقيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟. =

لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق ، ولكنه يدل على الملك كإرخاء
الستر ، ومعرفة العفاص والوكاء ، وما أشبه ذلك من الأشياء ، فيكون القول
بها قول الحائز مع يمينه ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم ” من حاز شيئاً
عشر سنين فهو له “^(١). لأن المعنى عند أهل العلم في قوله صلى الله عليه
وسلم ” هو له “ أي إن الحكم يوجب له بدعواه ، فإذا حاز الرجل مال غيره في
وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة ، وهي عشرة أعوام ، دون هدم ولا بنيان
أو مع الهدم والبنيان — على ما ذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا — ،
وادعاه^(٢) ملكاً لنفسه بابتياح أو هبة أو صدقة : وجب أن يكون القول قوله في
ذلك مع يمينه .

واختلف إن كان هذا الحائز وارثاً ، فقل إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه
في مدة الحيازة ، وفي أنه لا يتبع بها دون أن يدعي الوجه الذي تصير به ذلك
إلى مورثه ، وهو قول مطرف وأصبغ .

= فوقف ولم يقض فيها بشيء ، وكان رأيُه أن يراه قويا . قال ابن القاسم : وهو رأيي . البيان
والتحصيل لابن رشد الجد ، ١٤٥/١١ ، دار الغرب الإسلامي — بيروت .

(١) مراسيل أبي داود ، باب ما جاء في القضاء ، رقم ٣٩٤ ، مؤسسة الرسالة — بيروت ، طبعة
أولى سنة ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م . ويقول ابن الصلاح عن الحديث المرسل : ” صورته التي لا
خلاف فيها : حديث التابعي الكبير ، الذي لقي جماعة من الصحابة وجالسهم ، كعبيد الله بن عدي بن
الخيار ثم سعيد بن المسيب وأمثالهما ، إذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . والمشهور
التسوية بين التابعين أجمعين في ذلك رضي الله عنهم “ . مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث ص
٢٥ ، للحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح ، مكتبة
المنتبي بالقاهرة ، بدون تاريخ ولا طبعة .

وانظر الخلاف في الاحتجاج بالمرسل :

— جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحافظ العلائي ، ص ٢٧ : ١٠٢ ، مطبوعات وزارة
الأوقاف العراقية ، طبعة أولى ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م . — علل الترمذي وشرح ابن رجب لها
١/٢٧٣ : ٣٢٠ ، دار الملاح للطباعة والنشر ، طبعة أولى ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

(٢) في الأصل : وادعاء .

وقيل تكون مدته في الحيازة أقصر^(١) ، وليس عليه أن يسأل عن شيء ؛ لأنه يقول : ورثت ذلك ولا أدري بم تصير ذلك إليه ؟. وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم (إن خرجت) من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب^(٢) ، وقول ابن الماجشون. وقوله عندي بين في أنه ليس عليه أن يسأل عن شيء^(٣).

في هذا النص نرى ابن رشد يقرر اتفاق المذهب على كون الحيازة قرينة فحسب على الملك ، أي لا تعد سببا من أسباب نقله وإنما تدل فقط عليه ، مثلها في ذلك مثل إرخاء الستر على المعقود عليها ، ومعرفة عفاص اللقطة ووكائها^(٤) ، فمثلا لو جاء مدعي اللقطة إلى ملقطها وادعى ملكيتها وعرف بها استحقها ، أما إذا لم يدع ملكيتها أو أقر بعدم ملكيتها لها وعرف بها لم يستحقها ؛ إذ التعريف وحده لا يعد سببا لتملكها ، وكذلك الحيازة لا تعد وحدها سببا لنقل الملك .

ومن هنا فإن ابن رشد يرى أن الحائز لكي يقضى له ، لا بد أن يدعي ملكية المحوز ، مبينا سبب الملك من بيع أو هبة أو صدقة ، مع يمينه على هذا^(٥) ، واستثنى من ذلك الحائز الوارث ، فقد رجح القول بأنه لا يسأل عن شيء مما سبق .

وقد يعود استثناء الحائز الوارث إلى تعذر ادعاء الحائز المورث الملكية لوفاته، أو لاحتمال عدم علم الوارث الحائز بسبب ملك مورثه، أو لإغناء دعوى الإرث من الحائز الوارث عن دعوى مورثه الملك ، أو لعلم مدعي المحوز بما

(١) في الأصل : أقصى .

(٢) أي كتاب الاستحقاق ، وفيه الرسم المذكور . انظر البيان والتحصيل ١٦٥/١١ .

(٣) السابق ١٤٦ / ١١ .

(٤) العفاص : الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، من جلد أو خرقة أو غير ذلك . والوكاء : حبل يشد به رأس القربة . المصباح المنير للفيومي : عقص ، وكى . دار المعارف — مصر ، بدون تاريخ .

(٥) طلب اليمين وبيان سبب الملك محل خلاف في المذهب ، يأتي تفصيله في الفصل الثامن من هذا الباب ، أما شرط ادعاء الحائز الملك دون بيان سببه فليس فيه خلاف ، فلو أن الحائز لم يدع ملكية ما يحوزه ، واكتفى بالقول بأنه يحوزه فقط مدة الحيازة ، لم ينفعه ذلك .

يحدث وسكوته دون عذر مدة الحيازة ، الأمر الذي يشهد بأنه كان قد نقل المحوز إلى المورث الحائز بسبب من أسباب الملك^(١) .

وقد اعترض أبو علي بن رحال^(٢) على ابن رشد ، في قوله بأن الحيازة المجردة لا تنتقل الملك ، يقول : ” هذا نقله ابن عرفة وغيره عن ابن رشد وسلموه ، وهو غير صحيح ، بل تنتقل الملك للحائز عند وجود الشروط وانتفاء الموانع ، ويورث عنه المحوز ويباع ، ولا يجعل فيه ذا يد فقط “^(٣) .

بيد أن الرهوني^(٤) لم يرض اعتراض ابن رحال فرد عليه بقوله : ((إن صدور هذا من أبي علي لمن أعجب العجب ، وإن بطلان اعتراضه على أبي الوليد ومن تبعه ، ليدركه من له تمسك في هذا الفن بأدنى سبب ؛ لأن حاصل كلام أبي الوليد ، أن الحائز — إذا سلم أن أصل الملك كان للقائم واحتج عليه بالحيازة — له ثلاثة أحوال :

(١) لا يعتقد أن حالة الإرث مستثناة من قاعدة ” مجرد الحيازة لا ينقل الملك “ ، وإنما هي مستثناة مما يراه بعض المالكية من وجوب ذكر سبب الملك ؛ إذ لو كانت مستثناة من القاعدة المذكورة لحكم بملكية المحوز للحائز الوارث الذي يقر بأن مورثه قد أخبره بأن علاقته بالمحوز لم تكن إلا علاقة حيازة فحسب ، أي ليست علاقة ملك . ولا قائل بهذا حتى مع بعض المالكية الذين نسب إليهم الدكتور عبد الجواد القول بأن الحيازة تنتقل الملك . وسيأتي بعد قليل قول الدكتور عبد الجواد ومناقشته .

(٢) أبو علي الحسن بن رحال المعداني ، من كبار فقهاء المالكية ، من مصنفاته حاشيته على تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي — انظر حاشية الدسوقي ١٩٨/٤ ، منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٢٠٠/٨ ، ٢٠١ ، دار الفكر ، طبعة سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م — وله شرح لمختصر خليل — انظر نظم المتناثر من الحديث المتواتر للكتاني ص ١٦ — .

(٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، ١٥٤/٧ ، المطبعة الأميرية — مصر ، طبعة أولى ١٣٠٦هـ .

(٤) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الحاج الرهوني ، من فقهاء المالكية ، برع في بعض العلوم خاصة الفقه ، وله حاشية كبيرة على مختصر خليل ، توفي في الثالث عشر من رمضان سنة ثلاثين ومائتين وألف . راجع الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى ١٢٩/٢/٣ لأبي العباس أحمد بن خالد الناصري ، تحقيق جعفر الناصري ومحمد الناصري ، طبعة أولى سنة ١٩٩٧ دار الكتاب بالدار البيضاء .

أحدها : أن يدعي أنه انتقل إليه منه بمعاوضة .
ثانيها : أن يدعي أنه انتقل إليه بتبرع كهبة .
ثالثها : ألا يدعي عليه بواحد من الأمرين ، بل يحتج عليه بمجرد حوزة إياه على عينه وهو ساكت .
فالوجه الأول : يقبل منه ما ادعاه ، ولا يكلف بإثبات الشراء ، ويكفيه اليمين بشهادة العرف له .
والوجه الثاني : فيه قولان .
والثالث : لا تنفعه فيه الحيازة باتفاق .

وهذا الذي قاله لا يخالف فيه أحد ، وهو مأخوذ من قول الإمام السابق في السماع (أن يقول اشتريت إلخ)^(١) ، ومن صريح قول ابن القاسم ، ففي المسألة الثانية من رسم البراءة ، من سماع عيسى من كتاب القسمة ما نصه : مسألة : قلت فلو كان حظ رجل منهم من تلك الأرض بيد أخيه عشرين سنة أو نحوها ، فمات صاحب السهم ، وطلب ذلك بنوه من بعده من عمهم ، أو لم يمت فطلب ذلك هو ، والمنزل معروف لو الدهم أنه مات عنه ؟ .

قال : إن ادعى اشتراء أو صدقة فذلك له ، أقام البينة أو لم يقم ؛ لأن في عشرين سنة ما تنبذ الشهود . وإن كان لا يدعي شراء ولا صدقة ، وإنما يقول هو عندي ، فإن ذلك لا ينتفع به .

قال : ولو مات الذي كان الحظ في يديه ، فقال ورثته لا ندري بأي شيء كان في يد صاحبنا ، فليس عليهم شيء ، إلا أن يأتي الذين يدعونه بأمر يبين حقوقهم .

قال محمد بن رشد : مساواته في هذه المسألة بين الشراء والصدقة ، خلاف قوله في رسم (إن خرجت ...) من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق^(٢) ،

(١) راجع قول الإمام مالك في السماع المذكور : ص ٢٣ السابقة ، هامش ٤ .

(٢) انظر البيان والتحصيل ١٦٥/١١ .

في تفرقة بينهما في الأجبيين؛ إذ لا فرق بين المسألتين، ولم يجعل له في رواية عيسى عنه من كتاب الاستحقاق القول قوله ، إلا في الشراء دون الصدقة والهيئة والنزول . وقوله ” إن الورثة إذا قالوا لا ندري بم تصير ذلك إلى مورثنا الذي ورثناه عنه ؟ . قبل ذلك منهم ، ونفعتهم الحيازة وإن لم يدعوا الوجه الذي تصير به ذلك إلى مورثهم “ هو مذهب ابن الماجشون الصحيح في النظر .

وقد نقل ابن هشام في مفيدة عن الرعيني نحو ما قاله ابن رشد ، لكنه لم يصرح بالاتفاق ، ونصه : ” فلا قيام له في ذلك ، وحجته فيما قام به داحضة ، لا منفعة له فيها ، إذا ادعى الحائز ذلك ملكا لنفسه ، بوجه الملك لا بالحيازة وحدها “ .

والعجب من أبي علي رحمه الله ، سلم ما اعتمده في التحفة ، من أن الحيازة بشروطها لا تنفع الحائز مع دعوى الهيئة ونحوها^(١) ، ثم يقول إن قول ابن رشد ” إنها لا تنفع وحدها مجردة “ غير صحيح ، ما هذا إلا تهافت ، فالحق ما قاله أبو الوليد بن رشد ، من أنها مجردة لا تثبت الملك للحائز باتفاق ، وتلقاه بالقبول الناس قاطبة من الفحول والحقاق ، واعتمده في الحديث والقديم وسلموه ، وهو حقيق بالقبول والتسليم ، ووجهه ودليله واضح جلي ، خلافا لما توهمه أبو علي ، والعلم كله للكبير العلي^(٢) .

يتضح مما سبق أن الرهوني قد فهم عن ابن رحال، أنه يقول بأن الحيازة المجردة تنقل الملك من المحوز عليه إلى الحائز ؛ أي يقول بأنها وحدها كفعل مادي تعد سببا للملك . ولكن يبدو أن هذا الفهم الذي فهمه الرهوني عن ابن رحال في غير محله ؛ لأن الرهوني نفسه قد نقل عن ابن رحال وغيره القول

(١) يرى ابن عاصم صاحب التحفة أن الحائز إذا ادعى الهيئة فعليه البينة ، أما إذا ادعى الشراء

فعليه اليمين فحسب ، يقول : أو يدعي حصوله تبرعا من قائم فليثبت ما ادعى

أو يحلف القائم واليمين له إن ادعى الشراء منه معمله

انظر تحفة الحكام ومعها شرحها : البهجة وحلي المعاصم ، فصل في حكم الحوز ، ٢٥٧، ٢٥٦/٢

(٢) حاشية الرهوني ٥١٤/٧ ، ٥١٥ .

باشتراط ادعاء الحائز الملكية ، وأنه لو لم يدع ذلك واكتفى بادعاء حوزة فقط لم ينفعه ذلك .

يقول الرهوني في هذا : (وقول الزرقاني ” وأما إن لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه . كما قاله ابن مرزوق “^(١) ، نص كلامه : ” وبقي من أوصاف الحائز ما لا بد منه لم يذكره المصنف ، وهو أن يكون يدعي ملكية الموضع المذكور لنفسه في المدة المذكورة ، وأما إن لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا تنفعه “ .

فأفاد أنه لا بد من دعواه الملك خلال المدة ، فتكون النسبة من جملة الشروط . وقد جزم بذلك أبو علي ، وأنه شرط في البينة بالملكية وبالحياسة ، قائلاً ما نصه : ” قد ذكره غير واحد ، منهم صاحب المفيد “ ، ثم قال : ” والظاهر أنه لا بد من هذا الشرط في الموضعين — وإن سكت عنه في المختصر — لأنها إن لم تنسب إليه فذلك يحمل على الوديعة “ .

وفي أجوبة العلامة سيدي عبد القادر الفاسي ، جواباً عن سؤال يفهم من الجواب ، وفيه أن الحوز وقع ممن الشيء بيده المدة المعتبرة ، ما نصه : ” الجواب ، والله سبحانه الموفق للصواب ، أن هذا الرجل حيث اعترف وأقر أن تصرفه في تلك الأرض لم يستند إلى شيء ، وإنما وجدها عارية عن وضع يد عليها ، فأخذ يتصرف فيها ، ولم يثبت ولا بحث عن أربابها ، فكان ذلك تعدياً منه ، وإقداماً على ما لا يحل له ولا لغيره بتلك الحياسة ؛ إذ لا تعتبر شرعاً ؛ حيث لم تستند لشيء . والله أعلم “ .

وفي الارتفاق لأبي علي بن رحال ما نصه : ” ونعني بالحوز الحوز الذي يدعي معه صاحبه الملكية ، أي هو الذي نقول فيه ما ذكر ، وأما من أقر بأنه لا ملك له في الحوز الذي بيده ، فإنه ينتزع من يده لمن ثبت أنه اشتراه “ (٢) .

(١) شرح الزرقاني على خليل ٢٢٤/٧ ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

(٢) حاشية الرهوني ٥١٣/٧ .

وبجانب مفهوم ابن رحال — الوارد في كلام الرهوني هذا — للحيازة الناقلة للملك ، سبق أن نقلنا أيضا قوله في الرد على ابن رشد ، والذي اشترط فيه توافر شروط الحيازة لكي تنتقل الملك^(١) ، ومن شروط الحيازة شرط ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه ، وهو ما صرح به فقهاء المذهب .

ليس هذا فحسب ، بل إن ابن رحال أيضا قد صرح — في نقل الرهوني هذا أيضا — بأن من أقر بأنه لا ملك له في الحوز الذي بيده فإنه ينتزع من يده لمن ثبت أنه اشتراه ، معنى هذا أنه يرى ما يراه ابن رشد ، من أن الحيازة المجردة لا تنتقل الملك ، أي أن الحيازة المجردة عن دعوى الملك ، لا تصلح أن تكون سببا من أسباب التملك ، ولا تندرج تحت عقود نقل الملكية^(٢) .

وليس ابن رحال وحده الذي يرى هذا ، فالنفرأوي مثلا بعد أن نقل عن بهرام وآخرين قولهم بأن الحيازة تنتقل الملك ، نبه إلى أن هذا لا يتحقق إلا بعد ادعاء الملكية ، وأن الحائز إذا لم يدع الملكية فلا يملك ما حازه ، وتسمع بينة الغير^(٣) .

وعلى هذا أيضا يحمل قول كل من قال بأن الحيازة تنتقل الملك ، وهذا بدوره يصل بنا إلى خطأ القول بأن الحيازة في ذاتها ، انقسم الملكية حيال طبيعتها إلى رأي راجح ، يرى أنها قرينة فحسب على الملك ، وآخر مرجوح يرى أنها تعد سببا من أسباب الملك ، والصواب أن جميعهم متفقون على كونها قرينة فحسب على الملك ، كإرخاء الستر ومعرفة العفاس والوكاء^(٤) .

(١) راجع قوله ص ٢٦ .

(٢) وحتى لو اقترنت الحيازة بشروطها ، فإنها لا تنتقل الملك ؛ لأن شرط ادعاء الملك وإن كان يعد سببا لنقله في الظاهر ، فهو في حقيقته متصل بالسبب ، وليس هو السبب نفسه ، من بيع أو هبة أو ما شابه ذلك .

(٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفرأوي ، ٣٣٠/٢ ، ٣٣١ ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

(٤) وفي هذا يقول الونشريسي : مجرد الحيازة من غير تعرض لضميمة دعوى الملك معها ، لا ينقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز اتفاقا في المذهب المالكي ، حسبما صرح به زعيم الفقهاء القاضي ابن رشد وهو مما لا نزاع فيه ولا شقاق . الرهوني ٥٢١/٧ .

وفي ضوء ما سبق يتبين أن ما ذهب إليه الدكتور محمد عبد الجواد ، من أن الرأي الراجح عند المالكية ، والذي قال به أكثر فقهاء المذهب ، هو أن الحيازة تعد قرينة فحسب على نقل الملك ، وأن الرأي المرجوح هو جعلها في ذاتها ناقلة للملك ، وسببا من أسبابه كالإرث مثلا^(١) ، يتبين أن ما ذكره هذا ليس صوابا ، وأن الصواب هو أنه ليس للمالكية سوى رأي واحد ، وهو أن الحيازة في ذاتها ، أي الحيازة المادية المجردة فحسب ، لا تعد ناقلة للملك ، ولا سببا من أسبابه ، وإنما هي دليل فحسب على الملك وبينه عليه ، مثل الشهادة على البيع الذي يعد وحده — دونها — سببا لنقل الملك .

وقد احتاط الدكتور عبد الجواد من أن يعترض عليه ، فبعد أن نقل عن المالكية شرط ادعاء الحائز الملكية^(٢) ، استثنى منهم القائلين — في رأيه — بأن الحيازة وحدها تنقل الملك^(٣) .

ولكن هل هؤلاء لا يشترطون حقا هذا الشرط ؟ . والجواب أنه سبق قبل قليل عرض قول ابن رحال نفسه في اشتراط هذا الشرط ، وأكد به أن الحائز لو أقرب بأن علاقته بالمحوز لم تكن إلا علاقة حوز فحسب ، فإنه ينتزع منه ما بيده .

كما أن صاحب الفواكه الدواني الذي رجح قول بهرام ومن تبعه ، في أن الحيازة تنقل الملك ، سبق قبل قليل أيضا ذكر اشتراطه ما نحن بصده .

(١) الحيازة والتقادم للدكتور محمد عبد الجواد ، بند ١٣٥ : ١٦٥ ، ص ٢١٤ : ٢٣٦ ، منشأة المعارف — الإسكندرية ، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م .

(٢) السابق بند ٦٥ ، ص ١١٣ . فهذا الشرط لا يتفق والرأي المرجوح ، إذ لو كانت الحيازة بذاتها تنقل الملك لما احتاج الحائز أن يدعي الملك ، وإنما كان يكفي الحوز .

(٣) السابق بند ١٥٤ ، ص ٢٢٨ ، وقد جعل الدكتور عبد الجواد عنوان هذا البند : الفقهاء الذين يجعلون الحيازة تنقل الملك لم يشترطوا ادعاء الحائز الملكية . وانظر كذلك بند ١٥٥ وقد جاء تحت عنوان : الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية .

والخرشي الذي ذكر عنه الدكتور عبد الجواد أنه يقول بنقل الملك بالحيازة^(١) ، يقول بلزوم هذا الشرط ، وأن الحيازة المجردة لا تنفع الحائز ، وينسب هذا الكلام أيضا لابن مرزوق^(٢) ، كما أن صاحب الحاشية على الخرشي يؤكد هذا ويثبتته^(٣) .

والرهوني في قول سابق له، ذكر أن الناس قاطبة من الفحول والحذاق ، يقولون بأن الحيازة المجردة لا تنقل الملك، كما يذكر كنون أن هذا مما لا يخالف فيه أحد قطعاً^(٤) .

فليس معنى سكوت بعض الفقهاء عن ذكر هذا الشرط ، أنهم لا يقولون به ؛ إذ هو عندهم أثبت من أن يذكر، والدكتور عبد الجواد نفسه قد صرح بهذا، يقول : ” والواقع أن معظم فقهاء المذهب المالكي ، لم يتعرضوا لشرط ادعاء الحائز ملكية المال المحاز ، ولكن هذا الشرط مفهوم ضمناً “^(٥) . فلا أدري بعد هذا ، من أين جزم الدكتور عبد الجواد ، بنسبة القول بعدم اشتراط هذا الشرط إلى أصحاب القول المرجوح ؟! .

وإذا كان الدكتور عبد الجواد قد نفى نسبة هذا الشرط إلى أصحاب الرأي المرجوح ، ولم يكن تحت يديه ما يستند إليه، فإنه في نسبة القول ” بأن الحيازة بذاتها تنقل الملك “ إليهم كان له ما يستند إليه ، بيد أن أدلته في هذا لا يسلم له بها .

فقد استند لهم بحديث الحيازة (من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه)^(٦) ، يقول : ” الحديث يفترض وجود خصمين ، حائز ومالك

(١) السابق بند ١٤٣ ، ص ٢٢١ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل ٢٤٣/٧ ، دار صادر - بيروت ، بدون تاريخ .

(٣) حاشية العدوي على الخرشي ٢٤٣/٧ ، دار صادر - بيروت ، بدون تاريخ .

(٤) حاشية كنون على الرهوني ٥٠٨/٧ ، المطبعة الأميرية - مصر ، طبعة أولى ١٣٠٦هـ ، وانظر حاشية الدسوقي ٢٣٤/٤ ، والحطاب ٢٢١/٦ ، ٢٢٤ .

(٥) الحيازة والتقدم بند ٦٥ ، ص ١١٤ .

(٦) راجع تخريجه ص ٢٤ هامش ١ وراجع توجيه ابن رشد للحديث ص ٢٤ أيضا .

للشيء المحاز ، وأن الحائز الذي تستوفي حيازته الشروط الشرعية ، يكون أحق بملكية المال الذي يحوزه من مالكة ؛ وذلك — فيما يبدو لنا — لأن المالك أهمل ملكه، وترك الحائز يتصرف فيه تصرف المالك فيما يملك مدة عشر سنين ،^(١) .

وما يلاحظ هنا هو أن الحديث يفترض وجود حائز وخصم، وليس وجود حائز ومالك ، والخصم قد يكون مالكا للمحوز وقد يكون غير مالك له، فلا سبيل للجزم إذن بأن الملك قد انتقل من الخصم إلى الحائز ؛ إذ قد يكون الخصم غير مالك .

كما أن استيفاء شروط الحيازة ، سبق أن استثنى منها الدكتور عبد الجواد شرط ادعاء الملكية دون دليل ، والمفترض أن قوله هنا ” وأن الحائز الذي تستوفي حيازته الشروط الشرعية يكون أحق“ يشمل شرط ادعاء الملكية؛ لأن الدكتور عبد الجواد يرى أن الحديث يستتبع منه ومن غيره لزوم هذه الشروط ، فلا مبرر إذن لإسقاط شرط ادعاء الملكية. وهذا يعني أن الحديث لا يشهد له بأن الحيازة وحدها تنتقل الملك .

ثم إن الملك لا يسقط بإهمال صاحبه ، ولو اعتبرنا سقوطه بمعنى نقله ، فإنه لا يتم بالإهمال أيضا ، فلم يقل أحد بأن الإهمال يعد سببا من أسباب نقل الملك .

كما يرى الدكتور عبد الجواد كذلك ، أن القائلين بأن الحيازة في ذاتها تنتقل الملك ، يستندون في ذلك إلى تمييز الحيازة عن غيرها من أسباب الملك ، بحيث إذا لم تكن كذلك فإنها تصبح لا خصوصية لها، وقد نقل عن التسولي قوله في هذا المعنى ، يقول التسولي : (لما قال ابن رشد ’ مجرد الحيازة لا ينقل الملك اتفاقا ، ولكن يدل عليه كالعفاص والوكاء في اللقطة ‘ ، قال ابن رحال في شرحه عقبه : ’ هو عندي غير صحيح ، بل ينقل الملك ‘ ونقل على ذلك أنقالا ، ثم قال ’ وإن أراد ابن رشد أن الملك لا يقطع بنقله ، كما قاله ابن عرفة وغيره ،

(١) الحيازة والتقدم ، بند ١٣٩ ، ص ٢١٩ وقد أكد المعنى نفسه بند ١٥١ ، ص ٢٢٧ .

فلا خصوصية للحيازة، بل كذلك الإرث والشهادة الصريحة وغير ذلك . قلت : ولكن مراد ابن رشد هو ما قاله ثانيا ، من أنه لا يقطع بنقله ، بدليل قوله ' ولكن يدل عليه ' ، وحينئذ فلا وجه لاعتراض الشيخ الرهوني على ابن رحال ؛ لأن ابن رحال إنما أجال الأمر والنظر بين أن يقول أراد لا ينقله فلا يصح ، وبين أن يريد لا يقطع بنقله فهو صحيح ، ولكن لا خصوصية لها ^(١) .

ومما علق به الدكتور عبد الجواد في هذا الصدد قوله : يعلل هؤلاء الفقهاء اعتبار الحيازة ناقلة للملكية على أساس تمييزها ، كسبب لنقل الملكية عن الأسباب الأخرى ، وإلا فإنها تكون لا خصوصية لها ، إذا لم تؤد إلى نقل المال المحاز إلى الحائز بذاتها ، وبدون أي سبب آخر ^(٢) .

وأشير بداية إلى أنه ليس مراد ابن رشد كما قال التسولي ، مما فهمه من كلام ابن رحال ودلل عليه ، أي ليس مراده أن الحيازة المجردة تعد سببا لنقل الملك ظاهرا ؛ لأن كلام ابن رشد في جهة مغايرة لجهة الظاهر والباطن ، فهو أساسا لا يجعل الحيازة المجردة سببا للملك ، وإنما بيّنه على هذا السبب ، كالتعريف باللقطة يعد بيّنه على سبب تملكها الذي هو دعوى ملكيتها ، وكإرخاء الستر يعد بيّنه على الخلوة ، وكالشهادة تعد بيّنه على البيع وما دام يرى أن الحيازة المجردة لا تعد سببا للملك ، فإن ما يتفرع عن هذا السبب لا يراه بأولى ، وهو وصفه بظاهر أو باطن .

كما أنه من المعلوم أن أسباب نقل الملك نفسها ، لانستطيع أن نجزم بأنها تنقله ظاهرا أو باطنا ، فالبيع مثلا قد ينقل الملك ظاهرا وفي حقيقة الأمر ، وقد يمس ظاهرا فحسب ويحكم — برغم هذا — بنقل الملك به .

وما دام ابن رشد يقول بنفي نقل الملك بالحيازة وحدها ، فيلزم عن هذا أنه يقول أيضا بأنها لا تنقله باطنا ولا ظاهرا ؛ إذ إن نفي نقل الملك باطنا

(١) انظر : البهجة ٢٥٤/٢ .

(٢) انظر : الحيازة والتقادم بند ١٣٥ ، ص ٢١٥ .

لا يحتاج إلى تنويه ، فلم يبق إلا أن يقول بنفي الظاهر . فربط التسولي بين تشبيه ابن رشد الحيازة بالتعريف باللقطة ، وبين أن يستنبط من هذا القول أن ابن رشد يرى أن الحيازة وحدها تنقل الملك ظاهرا ، ربط منك العرى .

ثم ألا يكفي أن نجعل للحيازة خصوصية البيئة على الملك ؟! ، لو تأملنا كونها بيئة على الملك لوجدنا أنها أهم من سبب الملك نفسه ؛ إذ ما أسهل أن يدعي الحائز ملكه للمحوز ، مبينا سببه أو غير مبين ، ولكن ما يشق عليه هو أن يثبت حيازته للمحوز إذا كان غير حائز إياه . هذا بجانب أن حيازته مدة التقادم ترد عنه دعوى الخصم وبيئته .

وعلى افتراض صحة ما ذكره ابن رحال والتسولي ، فإننا نقف على تصريحهما بلزوم اشتراط ادعاء الحائز الملكية، وبأن الحوز وحده لا ينقل ملكا، وقد سبق قبل قليل نقل تصريح ابن رحال بهذا^(١) ، أما التسولي فيقول : ” وهذا كله [أي في حالة عدم تكليف الحائز ببيان وجه ملكه] إذا ادعى الحائز أنه ملكه، وأما إن ادعى أنه حوزه فقط ، فلا إشكال أنه لا ينفعه ذلك “^(٢). ولا إشكال إذن في القول بأن المالكية متفقون على أن الحوز لا ينقل الملك .

وبهذا القول أيضا للتسولي يحمل طعنه^(٣) — مستشهدا بكلام الرجراجي — في دعوى ” الاتفاق على أن الحيازة المجردة لا تنقل الملك “ التي قالها ابن رشد ، يحمل على شيء مغاير لما قصده ابن رشد ، فابن رشد يعني بالحيازة المجردة الحوز وحده ، دون أي شيء آخر ، أي الفعل المادي فحسب ، والتسولي يريد به — بناء على قوله السابق وتفسيره لكلام ابن رشد السابق أيضا — الحوز المتضمن دعوى الملك ، وهذا الأخير محل خلاف في المذهب ،

(١) راجع قوله ص ٢٩ فقد صرح فيه بأنه يعني بالحوز الحوز الذي يدعي معه صاحبه الملكية ، وبجانب هذا كان يرى عدم تكليف الحائز ببيان وجه ملكه ، ولهذا كان الخلاف بينه وبين ابن رشد ، وسيأتي مزيد تفصيل لهذا الأمر في الفصل الثامن من هذا الباب .

(٢) البهجة ٢٥٧/٢ .

(٣) السابق ٢٦١/٢ .

في كونه هل ينقل الملك دون يمين ولا بيان سبب الملك أم لا ؟ . وابن رشد لم يدع فيه الاتفاق ، بل ذكر فيه رأيه فحسب^(١) .

وأخيرا، فقد استند الدكتور عبد الجواد ، في نسبة القول بأن الحيازة تنتقل الملك ، إلى أصحاب القول المرجوح من المالكية ، استند إلى بعض عباراتهم الواردة في هذا الصدد ، حيث تعلق بكل لفظ ورد عنهم في نقل الحيازة للملك ، ليصرفه إلى جعل الحيازة في ذاتها ناقلة للملك ، أي تعد سببا له وليست قرينة عليه فحسب .

وما يسترعي النظر هنا ، هو أن النصوص التي أوردها الدكتور عبد الجواد ، ليستدل بها على ذلك ، نجد أن بعضها يشهد لعكس ما أراده ، فقد عقد مطلباً عنوانه (الحيازة تسقط الملك ، أو تنقله من المالك إلى الحائز) وقد أورد فيه جملة نصوص يرى أنها تشهد لذلك ، وكان يصدر كل نص يورده في هذا المطلب بعنوان جانبي يعبر عن مضمونه .

ومن المقبول أن نرى عنوانا جانبيا لأحد هذه النصوص يقول فيه : (الحيازة تنقل الملك عن المالك إلى الحائز) وما شابه ذلك من العناوين التي توافق العنوان العام للمطلب ، ولكن لا يكون مقبولا أن يورد عناوين جانبية أخرى تؤيد رأي المخالف ، مثل (الحيازة كالشهادة على الملك) ، (الحيازة تسقط حجة المدعي وتقطع دعواه) ، والنصوص التي أوردها في ذلك تشهد كذلك لما عنون له ، من جعل الحيازة قرينة فحسب على الملك .

أما النصوص التي أوردها ليستدل بها على نقل الحيازة للملك ، نجد أن أصحابها لم يقصدوا بها أن الحيازة بذاتها تنقل الملك ؛ لأنهم أنفسهم — وهذا ما

(١) تجدر الإشارة إلى أن التسولي نفسه ، قد نقل عن غيره ما يؤكد خطأ فهمه لكلام ابن رشد ، كقول أبي الحسن في الحائز ” وأما لو لم يدع إلا مجرد الحيازة ، فقال ابن رشد : لا خلاف أنه لا ينفعه ؛ لأنه مقر بالملك لغيره ، مكذب لشاهد العرف الذي هو الحيازة “ — البهجة ٢/٢٦١ — ففيه نفي نقل الملك مطلقا ، ظاهرا وباطنا .

لم يورده الدكتور عبد الجواد — قد صرحوا بأن الحيازة وحدها مجردة لا تنفع الحائز، ولا تنتقل إليه ملكا، صرح بهذا ابن رحال والنفراوي والخرشي والتسولي والحطاب وغيرهم ، وقد سبق قبل قليل إيراد أقوالهم أو الإشارة إليها. وأما كون بعض الألفاظ الواردة في عباراتهم جاءت بنقل الملك ؛ فلأنهم يرون وجوب ادعاء الحائز الملك — كما مر — والملك ينقل بهذه الدعوى التي ترجع لأحد أسباب نقله ، والحيازة تصير بينة عليه .

وإذا كان مقبولا أيضا ، أن ينسب الدكتور عبد الجواد نقل الملك بالحيازة إلى بعض المالكية ، حتى لو كان على غير صواب فيما ذهب إليه ، فإنه لا يكون مقبولا أن ينسب ذلك إلى الإمام مالك نفسه ، ليت هذا فحسب ، بل صرح بأنه يقول بأن الحيازة تسقط الملك عن صاحبها لتنتقله إلى الحائز ؛ أي أنه يجعل الخصم مالكا في حقيقة الأمر ، ولكن ملكه ينقل عنه إلى الحائز بفضل الحيازة وحدها ، وكأنه يقول بنقل الملك بالحيازة في واقع الأمر وباطنه . كما يرى الدكتور عبد الجواد أيضا أن الإمام مالك يكون بهذا قد فاق القانون الوضعي ، الذي اكتفى بجعل الحيازة سببا من أسباب الملك ، دون أن يسقط الملك عن مالكه .

يقول تحت عنوان (الإمام مالك يرى إسقاط الملكية بالحيازة) : (وإذا كان الرأي السائد أن الفقه الإسلامي ، ومصدره الأول القرآن الكريم ، إنما هو نظام قانوني يقوم على أساس الدين ، وأن ” اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير به الغاصب أو السارق مالكا ، بعد حيازته لما غصب أو سرق مدة معينة ، وأنه يحول بين الحق وصاحبه ؛ لتركه المطالبة به مدة من الزمن ، في حين أن مضي الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقا أو يسقط حقا “ كما يقول أستاذنا وأستاذ الجيل الشيخ علي الخفيف .

وإن رجال التشريع الوضعي في أخذهم بنظام التقادم ، يرون أنه يقوم ” على أسباب ودواع لها من القوة والأهمية ، بحيث صار ما دعت إليه من هذه

الأحكام مصلحة اجتماعية اقتصادية ، لا ينبغي إهمالها في نظرهم “ كما يقول أيضا .

فإن هذه الأسباب والدواعي المهمة القوية ، والمصلحة الاجتماعية الاقتصادية ، أو ما شابه ذلك من أسباب ، كانت الأساس لأقوال وآراء فقهاء المذهب المالكي، وعلى رأسهم الإمام مالك، الذي يرى فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ، ويمنع الطالب من الطلب .

ولم يصل القانون الروماني ولا القوانين الوضعية الحديثة إلى ” إسقاط الملكية “ بالتقادم أو الحيازة ، ولكنها جعلت التقادم سببا مكسبا للحق ، وسمته التقادم المكسب ، وبخاصة بالنسبة للعقارات ، ولم تجعله أبدا سببا مسقطا .

وبالرغم من أن رأي الإمام مالك لم يأخذ به إلا قلة من تلاميذه ومقلديه ، إلا أنه سيظل رأي الإمام مالك وكفى (١) .

وقد استند الدكتور عبد الجواد في نسبة هذا الأمر للإمام مالك ، إلى قول للمازري فهم عنه ذلك ، يقول الدكتور عبد الجواد تحت عنوان (الحيازة تسقط الملك ، والسكوت كالإقرار) : ” يقول الخطاب^(٢) : وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك فيمن له شيء ، ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب . قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ، وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب ، فالطلب ممنوع في سائر المطالب ، دون وثائق وأحكام ورباع ، بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به

(١) الحيازة والتقادم بند ٦ ، ص ١٨ .

(٢) نسب الدكتور عبد الجواد هذا القول إلى الخطاب خطأ ، والصواب أن الخطاب نقله عن البرزلي الذي نقله عن المازري . فالصواب نسبته إلى المازري لا الخطاب . انظر مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب ،^(١) .

وقد علق الدكتور عبد الجواد على هذا النص بقوله: ” يفهم من هذا النص:

١- الحيابة تشمل جميع أنواع الأموال من عقار ومنقول مما يمكن حيازته شرعا .

٢- الإمام مالك يسقط ملكية المال المحاز عن المالك لمصلحة الحائز .

٣- وقد أخذ بقوله بعض كبار الفقهاء في المذهب ، من أصحابه كعبد الله بن وهب وعبد الله بن الحكم ، ومن تلاميذه كأصبغ .

٤- وطبقا لهذا الرأي فإن سكوت المالك طوال مدة الحيابة ، وهو يرى الحائز يتصرف في ملكه تصرف المالك فيما يملك ، يعتبر كالإقرار المنطوق به منه للحائز ، بأنه لا حق له عنده ،^(٢) .

هذا ما ذكره الدكتور عبد الجواد عن الإمام مالك ودليله عليه ، ولكن لا يسلم له ذلك لما يأتي :

١- برغم غرابة ما نسبته الدكتور عبد الجواد إلى الإمام مالك ، فإنني لم أر أحدا من المالكية ، نسب إلى الإمام مالك القول بأن الحيابة وحدها ، تنتقل الملك للحائز وتسقطه عن المحوز عليه ، حتى المالكية الذين نسب إليهم الدكتور عبد الجواد بعض هذا القول ، لم ينسبه واحد منهم إليه ، وكذلك الحطاب - الذي أثبت عبارة المازري التي استدلت بها الدكتور عبد الجواد فيما نسبته للإمام مالك - لم ينقل عن الإمام مالك مثل هذا ، وإنما اكتفى بكلام ابن رشد الذي حكى الاتفاق على أن الحيابة المجردة لا تنتقل الملك ، ولم أر من طعن في كلام ابن رشد بأن إمام المذهب يرى خلافه . فبماذا يفسر الدكتور عبد الجواد سكوت هؤلاء عن مثل هذا ، برغم ما نقله جمع المالكية عن ابن رشد ؟!

(١) انظر الحيابة والتقادم بند ١٤٢ ، ص ٢٢٠ وانظر أيضا مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٢) الحيابة والتقادم بند ١٤٢ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

٢- ما ورد عن الإمام مالك نفسه من أنه لا يعتد بالحياسة وحدها في نقل الملك ، من ذلك أنه سئل عن الرجل ، تكون بيده الأرض يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزها ، ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟ . قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لو كان أبوه حيا ثم قال ذلك ، أكان ذلك له إلا ببينة ؟ ! ، ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمره ، فهو وغيره ممن لا يدبر بمنزلة واحدة . ففيل له يا أبا عبد الله فإن كان أجنبيا من الناس ؟ قال : ذلك أقوى أن يقول اشتريت ، ومات الشهود ، وطال الزمان . ففيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟ فوقف ولم يقض فيها بشيء وكان رأيُه أن يراه قويا . قال ابن القاسم : وهو رأيي ^(١) .

ولو تركنا رفض الإمام مالك نقل الملك بالحياسة للابن ، وأنه لا بد من البينة لنقله ، فإننا نراه يشترط دعوى الشراء من الحائز الأجنبي ، ولم يكتف بحيازته وحدها ، وبرغم هذا توقف في أن يقضي له بها ، وإن كان يرى — غير مصرح — أن موقفه قويا في نقل الملك إليه بدعوى الشراء ، وعجز الحائز عن البينة لموت الشهود ، وطول زمن الحيابة ^(٢) . فأين كل هذا مما نسبته الدكتور عبد الجواد إليه ، من أنه يقول بأن الحيابة وحدها تسقط الملك عن المحوز عليه وتنقله إلى الحائز ^(٣) ؟ ! .

٣- ما ذكره الدكتور عبد الجواد ، من أن بعض تلاميذ الإمام مالك كأصبع قد أخذ برأيه ، ليس في محله ؛ إذ إن أصبع نفسه — ومعه مطرف — قد اشترط على الحائز الوارث — حتى ينتفع بالحيابة — أن يبين وجه حيابة

(١) سبق ذكره ص ٢٣ هامش ٤ ، وانظر البيان والتحصيل ١٤٥/١١ .

(٢) ولهذا فقد استدلل الرهوني بهذه الرواية على أن الحيابة وحدها لا تنقل الملك . حاشية الرهوني ٥١٤/٧ .

(٣) وقريب من هذه الرواية ، ما أثبتته الدكتور عبد الجواد نفسه وأقره ، من أن الإمام مالكا كان يعتد بشهادة السماع في الدور المتقدم حيازتها ، حيث لم يكتف بالحيابة وحدها . انظر الحيابة والنقادم بند ٢٤ ، ص ٥٢ — بند ١٣٧ ، ص ٢١٧ .

مورثه^(١) ، فكيف بالحائز الأصلي ؟! . وما دام قد انتفى عن أصبغ القول بأن الحيازة وحدها تنقل الملك ، فإنه ينتفي تبعا لهذا القول عن أشركهم الدكتور عبد الجواد معه في نفس الحكم ، وفي مقدمتهم الإمام مالك .

٤- ثم كيف يجعل الدكتور عبد الجواد القانون موافقا للإمام مالك ، والقانون يعتد بسوء نية الحائز - الغصب - ويجعل حيازته وحدها سببا لاكتساب الملك ؟! . فهل يقول الإمام مالك بمثل هذا ؟! . الذي يؤخذ من كلام الدكتور عبد الجواد أن الإمام مالكا يقول به ؛ إذ إنه يسقط الملكية عن المالك الحقيقي بالحيازة وحدها ، ثم ينقلها للحائز . ولو أنه اقتصر على جعل الحيازة سببا لاكتساب الملك - كالقانون - لأمكن نفي مثل هذا عن الإمام مالك^(٢) ، ولكن أن تسقط الملكية بالحيازة وحدها ، فليسع الحائز إذن - شرعا - غصب الأموال بالحيازة !! .

٥- وفي ضوء ما سبق ، يتعين حمل كلام المازري السابق على معنى مغاير لما حمله الدكتور عبد الجواد ، وهو أن تكون الواو في قوله (فإن ذلك مما يسقط به الملك ، ويمنع الطالب من الطلب) عطفا تفسيريا ، وليست لعطف المغايرة ؛ إذ لو كانت كذلك لما كان لجملة (يمنع الطالب من الطلب) فائدة مستأنفة بعد سقوط الملك ، أي أن هذه الجملة تفسر لنا سقوط الملك ، بأن ترد الحيازة دعوى المدعي وبيئته ، لا أن تكون سببا لسقوط الملك عن المحوز عليه ونقله إلى الحائز .

٦- يؤيد ما سبق ، أنه ليس في كلام المازري ما يشير إلى أن الحائز ادعى الحيازة وحدها أو لم يدع الملك ، فضلا عن أن يستتبط منه الدكتور عبد الجواد أن الحيازة وحدها تسقط الملك وتنقله إلى الحائز .

(١) البيان والتحصيل ١١/١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢) مثل ما سبق بيان نفيه عن أصحاب القول المرجوح في رأي الدكتور عبد الجواد .

٧- ومما يدل على هذا أيضا ، أنه ورد في نهاية قول المازري ، أن سكوت الطالب طول مدة الحيازة على ما يفعله الحائز في ملكه ، يعد كالإقرار المنطوق منه للمطلوب ، بأنه لا حق عليه ولا تباعة ولا طلب . فنلاحظ أنه قد أرجع نقل الملك إلى شيء آخر غير الحيازة وحدها .

٨- وكذلك يؤيد ما سبق ، اقتصار جواب الإمام مالك في بعض مسائل الحيازة ، على قصر دورها على رد دعوى القائم وبينته ، ولم يشر إلى أن الحيازة وحدها كانت سببا في نقل الملك^(١) .

٩- وأخيرا، فإن عبارة المازري قد وردت في سياق جواز الحكم بتغليب الأحوال ، والمناسب في هذا الصدد هو حمل معناها على أن تكون الحيازة قرينة فحسب على الملك ، لا أن تكون بذاتها سببا لإسقاطه عن المحوز عليه ونقله إلى الحائز ؛ إذ لو كانت كذلك لما أدرجت في عداد الحكم بتغليب الأحوال ، وإنما في عداد الحكم بمسببات الأشياء ، مثل بقية أسباب نقل الملك التي تنتقله بذاتها ، مستغنية في ذلك عن تغليب الأحوال .

هذا عما استدل به الدكتور عبد الجواد ، في القول بأن الإمام مالكا يسقط الملك وينقله بالحيازة وحدها ، والجواب عليه . وبجانب هذا الاستدلال ذكر أن روايات المدونة بعضها يؤيد هذا القول ، وبعضها يرى أن الحيازة قرينة فحسب على الملك وليست سببا لإسقاطه أو نقله . ومع الافتراض بأن الروايات الأولى سلمت دلالتها لما يراه ، فكان أولى به أن يحملها على الأخرى ، أو أن يرجح الأخرى عليها ؛ ليوافق بذلك الراجح في المذهب في رأيه .

وأولى روايات المدونة التي أوردها الدكتور عبد الجواد ، وفهم عنها أن الإمام مالكا يقول بأن الحيازة وحدها تنقل الملك ، هي : ” أرأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين ، يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني ، وأقام آخر البينة أن الدار داره ، أيجعل مالك الذي أقام البينة على

(١) المدونة للإمام مالك ٩٩/٤ ، دار الفكر ، بدون تاريخ — التاج والإكليل ٢١٠/٦ .

الحيازة — وهي في يديه — بمنزلة الذي يقيم البيئة — وهي ليست^(١) في يديه — أنها له ، فيكون أولى بها في قول مالك ، ويجعل مالك الحيازة إذا شهدوا بها بمنزلة الملك ؟ . قال : قال مالك بن أنس : إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له ،^(٢) .

وقد علق الدكتور عبد الجواد على هذه الرواية بقوله : ” يفهم من هذا النص :

- ١— أن الحائز قد أثبت حيازته المستوفية للشروط بالبيئة ، أي بشهادة الشهود.
- ٢— وأن مدعي ملكية الدار أثبت بيئة مماثلة لمالكه لهذه الدار .
- ٣— غلب مالك البيئة الحائز بحيازته على بيئة المالك بملكه . وهذا الحل هو الذي يتفق مع رأي الإمام في إسقاط الملكية بالحيازة ،^(٣) .

وما يلاحظ هنا هو أن الدكتور عبد الجواد قد صدر هذه الرواية بعنوان (الحيازة بمنزلة الملك ، ترجيح بيئة الحيازة على بيئة الملك) ، وجملة ” الحيازة بمنزلة الملك “ ليست من كلام الإمام مالك ، وإنما وردت في نهاية كلام سحنون السابق استقهما لا تقريراً .

وحتى لو جاءت إخباراً فإنها لا تفيد أن الحيازة بذاتها تعد سبباً لنقل الملك ، وإنما تؤدي لنتيجة هذا السبب بطريق غيره ، وهو عدم النظر في دعوى القائم وبيئته ، وهو ما عبر عنه الإمام مالك في جوابه بقوله ” فلا حجة له “ ، فلم يجب بأن الحيازة وحدها كانت سبباً في نقل الملك ، بل لم يرد في الرواية — سؤالا وجوابا — أن الحائز اكتفى بدعوى الحيازة نافيا دعوى الملك .

وما ذكره الدكتور عبد الجواد ، من أن تغليب الإمام مالك (البيئة على الحيازة) على (البيئة على الملك) هو ما يتفق ورأيه الذي يسقط الملكية

(١) أشار الدكتور عبد الجواد إلى أن كلمة ’ليست‘ ليست بالأصل ، وأنه قد زادها ليستقيم المعنى .

(٢) الحيازة والتقدم بند ١٣٦ ، ص ٢١٦ . وانظر المدونة ٩٩/٤ .

(٣) الحيازة والتقدم بند ١٣٦ ، ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

بالحيازة ، ما ذكره هذا يتفق كذلك مع الرأي الآخر ، الذي يجعل من الحيازة قرينة فحسب على الملك . كما أن سكوت الإمام مالك عن لزوم ادعاء الحائز الملك في هذه الرواية ، لا يفهم عنه أنه ينفيه ، بدليل اشتراطه إياه في الروايات الأخرى ، وكأنه يرى أنه أوضح من أن يشار إليه في كل مرة ، خاصة عند النص على خصومة الطرفين .

وقد أشار الدكتور عبد الجواد — في حاشيته — خلال تعليقه على هذه الرواية إلى رواية ثانية من المدونة تؤيد رأيه ، وهي : ” عبد الجبار عن ربيعة أنه قال : إذا كان الرجل حاضرا ، وماله في يد غيره ، فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك ، كان المال للذي في يديه لحيازته إياه عشر سنين ، إلا أن يأتي الآخر بالبينة على أنه أكرى أو أسكن أو أعار عارية أو صنع شيئا من هذا ، وإلا فلا شيء له “^(١) .

وقد علق الدكتور عبد الجواد على هذه الرواية بقوله : ” يفهم من هذا النص أن سكوت المالك على حيازة الحائز لماله تجرده من ملكية هذا الشيء ، إلا إن أثبت أن حيازة الحائز عرضية “^(٢) .

ومن نظر في هذه الرواية يجد أنها عن ربيعة وليس الإمام مالك ، وحتى لو كانت عن الإمام مالك فإنها لا تدل على ما يريده الدكتور عبد الجواد بدلالة ما سبق .

وأخر الروايات التي أوردها الدكتور عبد الجواد ، ويرى أنها تشهد بأن الإمام مالكا يقول بأن الحيازة بذاتها تسقط الملك عن المالك وتنقله إلى الحائز ، هي ما جاءت جوابا لإحدى المسائل ، يقول الإمام مالك : ” إن كان المدعي حاضرا بالبلد التي الدار فيها ، وقد حيزت دونه السنين ، يراهم يسكنون ويحوزون

(١) الحيازة والتقدم ، بند ١٤٠ ، ص ٢١٩ . وانظر المدونة ٩٩/٤ ، ١٠٠ .

(٢) الحيازة والتقدم ، بند ١٤٠ ، ص ٢١٩ .

بما تحاز به الدور ، فلا حق له فيها ،^(١) .

أي لا يتوصل إلى حقه بعدم قبول دعواه وبينته ؛ بسبب سكوته على حيازة ماله، لا أن تكون الحيازة بذاتها سببا لإسقاط الملك عنه ونقله إلى الحائز، يدل على هذا التفسير لجملة (لا حق له فيها) قول الإمام مالك في الرواية الأولى : ” إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له “ . هذا بجانب ما سبق عرضه من أدلة ، تشهد بأن الإمام مالكا لا يجعل من الحيازة وحدها سببا لنقل الملك .

وبعد هذا العرض التفصيلي لما قاله الإمام مالك والمالكية عن الحيازة ، نصل إلى اتفاق كلمتهم على أن الحيازة المجردة أي الحيازة وحدها لا تعد سببا لإسقاط الملك ولا نقله ، وإنما هي قرينة فحسب على الملك كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء ، وأنه من الخطأ أن ننقل عن المالكية — كما فعل الدكتور عبد الجواد — أن لهم رأيين في هذا الصدد ، راجعهما هو كون الحيازة قرينة على الملك ، ومرجوحهما هو كونها سببا لنقل الملك .

٣- رأي ابن القيم^(٢)

وافق ابن القيم المالكية في القول بعدم سماع دعوى القائم ؛ لسكوته دون عذر المدة الطويلة وهو يرى تصرف الحائز ، يقول : ” قالوا : إذا رأينا رجلا حائزاً لدار ، متصرفاً فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة ، وهو ينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ، ويشاهد

(١) السابق بند ١٤١ ، ص ٢٢٠ . وانظر المدونة ١٠١/٤ .

(٢) باعتبار أن فقهه غير مذهبي ، وقد صنف في السياسة الشرعية وتناول موضوع تقادم الدعوى ، ووافق المالكية فيما ذهبوا إليه من عدم سماع الدعوى بالتقادم ، حيث لم يرد عن الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية عدم سماع الدعوى بالتقادم ، وإن كان بعض متأخري الشافعية جدا قد أفتى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان لنهي ولي الأمر عن هذا السماع . على أن جميعهم اتفقوا على أن الحق قديم لا يسقط أو يكتسب بالتقادم . كما سيأتي تفصيل أدلتهم في رفض تقادم الجرائم والعقوبات في الفصل الثالث من الباب الثاني .

أفعاله فيها طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يذكر أن له فيها حقا ، ولا مانع يمنعه من مطالبتة ، من خوف سلطان أو نحوه من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث ، وما أشبه ذلك مما تتسامح به القرابات والصهر بينهم ، في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه، بل كان عريا عن ذلك أجمع ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويريد أن يقيم بينة على ذلك ، فدعواه غير مسموعة أصلا ، فضلا عن يمينه ، وتبقى الدار في يد حائزها ؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾^(١) ، وأوجب الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى ، كالنقد وغيره ، وكذلك يؤخذ بهذا في هذا الموضع ، وليس ذلك خلاف العادات ، فإن الناس لا يسكتون على ما يجري هذا المجرى من غير عذر ،،^(٢) .

ففي هذا النص نقف على ما ذكره ، من أن الحائز ينسب الدار إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه ، أي لا تعد الحيابة وحدها — دون هذا الادعاء — سببا للملك .

٤- رأي الإباضية^(٣)

ذكر الدكتور عبد الجواد أن الرأي الراجح عندهم هو جعل الحيابة بشروطها سببا للملك ، يقول : ” الرأي الراجح في فقه المذهب الإباضي ، يأخذ بأن الحيابة تنقل ملك المال الذي عرف أصل ملكه لأحد إلى الحائز الذي تستوفي حيازته الشروط المحددة . وبذلك يكون المذهب الإباضي هو المذهب الوحيد بين المذاهب الفقهية العديدة الذي أخذ بنظام الحيابة ، بنفس الوضع الذي تأخذ به

(١) الأعراف : ١٩٩ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ١٥٦ ، ١٥٧ ، مكتبة المدني — جدة ، بدون تاريخ .

(٣) النيل وشرحه ، النيل للشيخ الثميني ، وشرحه للشيخ أطفيش ، ١٣ / ٥٠٢ : ٥٢٤ ، مكتبة الإرشاد — جدة ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥ م .

القوانين الوضعية“،^(١) .

ويقول أيضا في موضع آخر : ” المذهب الوحيد الذي يسقط الحق بالحيازة أو التقادم هو المذهب الإباضي ، ويستند في ذلك إلى الحديث النبوي في الحيازة ، وإلى أسباب عملية كهذه التي يستند إليها القانونيون “،^(٢) .

ولكن لا يسلم للدكتور عبد الجواد فيما قاله ؛ إذ إن تشبيه الحيازة عند الإباضية بما هي عليه في القانون ليس في محله، فقد اشترط الإباضية في التملك بالحيازة ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه ، والدكتور عبد الجواد نفسه قد صرح بهذا^(٣) ، وهذا الشرط لا يذهب إليه القانون ، إذ إنه يجعل الحيازة بذاتها سببا لاكتساب الملك .

كما أن المذهب الإباضي ليس هو المذهب الوحيد الذي يجعل الحيازة بشروطها سببا لنقل الملك ، فقد سبقهم المالكية بهذا القول ، وقد ذكروا أيضا أن الحيازة إذا خلت من شرط ادعاء الحائز الملكية ، فإنها تصبح قرينة فحسب على الملك ، وقد سبق قبل قليل بيان ذلك تفصيليا .

(١) الحيازة والتقادم بند ٢٥٠ ، ص ٣٤٣ .

(٢) السابق ص ٤١٨ .

(٣) يقول : ” وكذلك شرط ادعاء الملك ، أي أن الحائز يجب أن يدعي أنه المالك للمال الذي يحوزه “ . الحيازة والتقادم بند ٢٢٧ ، ص ٣٢١ . وقد نقل في هذا نصا من النيل وشرحه ١٣/ ٥٠٤ وهو ” (ويعطي ويمنع) أو يفعل بعض ذلك ، ويدعيه ملكا له “ .

ثانياً طبيعة تقادم الديون

١- رأي الحنفية

صرح الحنفية بأن التقادم يسقط الدعوى دون مساس بموضوعها ، بحيث لو اعترف المدعى عليه بحق المدعي فإنه يلزمه الوفاء به قضاء وديانة ، أما إذا أنكره فإن الحق يصبح عارياً عن الدعوى^(١) .

٢- رأي المالكية

استعرض الدكتور عبد الجواد رأي الإمام مالك والمالكية في المسألة ، حيث نقل نصاً من المدونة يوضح موقف الإمام مالك ، يقول : (جاء في المدونة : ” ولقد قال مالك في الرجل يقر لقوم أن أباهم كان أسلفه مالا ، وأنه قد قضاؤه والدهم . قال مالك : إن كان الذي ادعى حديثاً من الزمان والسنين ، لم يتناول ذلك ، لم ينفعه قوله قد قضيت إلا ببينة قاطعة على القضاء ، وإن كان قد تناول زمان ذلك أحلف المقر ، وكان القول قوله “)^(٢) .

وقد علق الدكتور عبد الجواد — بعد أكثر من مائة صفحة — على هذا النص بقوله : (والإمام مالك ، في النص المنقول عن المدونة ، لم يذكر سقوط الدين ، وإنما قرر أنه إذا ” تناول زمن ذلك ، أحلف المقر ، وكان القول قوله “ . وذلك يعني أن الشخص الذي اعترف بدين عليه لرجل مات ، وترك أولاداً وادعى — في الوقت نفسه — قضاء هذا الدين لنفسه دائنه قبل وفاته ، يجب أن يحلف اليمين على أنه سدد هذا الدين ، وبغير ذلك لا تبرأ ذمته من الدين . وإذا كان الإمام مالك لم يتعرض لسقوط الدين ، فإنه قرر ” سقوط الملك “ بالحيابة^(٣) .

(١) ابن عابدين ٣٤٢/٤ وما بعدها .

(٢) الحيابة والتقدم بند ٢٨ ، ص ٥٨ . والنص بالمدونة ٩٠/٤ .

(٣) الحيابة والتقدم بند ١١٢ ، ص ١٧٣ . وقد سبق مناقشة الدكتور عبد الجواد فيما عزاه للإمام مالك من سقوط الملك بالحيابة .

واقترار الدكتور عبد الجواد على هذا النص ، ربما يفهم عنه أن الإمام مالكا قد يقول بسقوط الدين نفسه وليس المطالبة به وحدها ، خاصة أنه أشار لموقف الإمام مالك من الحيازة ، بيد أن المازري نسب إلى الإمام مالك سقوط الدعوى والمطالبة بالدين دون تعرض لسقوط الدين نفسه ، يقول : (إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع **لطلب** الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة ، وهو قول مطرف ، أو ثلاثون سنة ، وهو قول مالك ؟ واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة **لطلب** الطالب)^(١) .

وقد تعرض الدكتور عبد الجواد كذلك لبيان موقف فقهاء المذهب من هذه المسألة ، يقول تحت عنوان (سقوط الدين أو سقوط طلب الدين) : (يتحدث فقهاء المذهب المالكي عن سقوط الدين أو عدم سقوطه بصفة مطلقة ، أو بطلان الحق أو عدم بطلانه ، والبطلان هنا يعني السقوط .

ويلاحظ هنا أن سقوط الدين أو بطلانه يقوم على أساس قرينة الوفاء به ، ولكن التقادم المسقط في القانون الوضعي يقوم على أساس مضي الزمن فقط ، أي أن مرور الزمان وحده كاف بحد ذاته لإسقاط الحق المدني^(٢) ، وإن تخلف عنه التزام طبيعي كما تقول القوانين المدنية الوضعية .

ولما كان الالتزام الطبيعي مرجعه ، من ناحية وجوب الوفاء به ، إلى ضمير المدين ، فإنه يمكن القول ، في مثل هذه الحالة ، بأن هذا الحكم في القوانين الوضعية يساير الوضع في الفقه الإسلامي ، من حيث حكم القضاء ببراءة ذمة المدين الذي استطاع بوسيلة أو بأخرى إقناع القاضي ببراءة ذمته ، وهو في الحقيقة مدين للمدعي .

(١) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٢) سيأتي تفصيل الكلام عن أساس التقادم بالفصل القادم .

ولذلك وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم القاعدة المشهورة ، التي تقضي بأن حكم القضاء لا يبرئ ذمة المدعى عليه، إلا إذا كان معبرا عن حقيقة الواقع ، حيث قال : ” إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئا، فإنما أقطع له قطعة من النار “ (١).

ثم وضع الدكتور عبد الجواد عنوانا جانبيا تحت العنوان السابق ، وهو (الخطاب يقرر سقوط طلب الدين لا الدين نفسه)، يقول فيه : (النصوص التي نقلناها في سقوط الدين بالتقادم ، عن الكثرة من فقهاء المذهب المالكي ، تتحدث عن سقوط الدين أو بطلانه، ولكن فقيها واحدا — على قدر ما استطعنا الحصول عليه من المراجع ، وعلى قدر ما وسعنا البحث فيها — هو الخطاب ، قد انفرد من بينهم بالحديث عن سقوط طلب الدين ، لا سقوط الدين نفسه . فالعنوان الذي وضعه للموضوع يقول ” في المدة التي يسقط بها طلب الدين “ وينقل تحته عن ولد ابن فرحون قوله ” الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ، ويصدق الغريم في دعوى الدفع “ .

فهل يمكن أن نفهم من ذلك ، أن الخطاب يرى أن الذي يسقط بمضي المدة هو الحق في المطالبة بالدين ، وأنه يفصل بذلك بين حق المطالبة بالدين والدين نفسه ؛ لاحتمال ألا يكون المدين قد قضى دينه ، وفي هذه الحالة يسقط الحق في المطالبة بالدين ، ولكن الدين نفسه يظل باقيا في ذمة المدين الذي يتحمل وزر ذلك أمام الله ؟ .

(١) الحيازة والتقادم بند ١١٢ ص ١٧٢ ، ١٧٣ . والحديث أخرجه :

— البخاري ، كتاب الحيل ، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت ، طبعة الشعب بمصر — بدون تاريخ .

— مسلم ، كتاب الأفضية ، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة . دار إحياء الكتب العربية ، الحلبي ، بدون تاريخ .

وإذا صح هذا الفهم ، الذي بنينا على نص العنوان الذي وضعه الحطاب والقول الذي نقله تحته ، فإن الحطاب يكون قد وضع أساس ” الدفع بالتقادم “ في الفقه الإسلامي . وهو الدفع الذي يرد به المدعى عليه دعوى المدعي بمجرد تمام مدة التقادم التي يحددها القانون ، دون أن يتعرض لأصل الحق ^(١) .

يتضح مما سبق أن الدكتور عبد الجواد ، يرى أن المالكية قد ذهبوا إلى سقوط الدين نفسه بالتقادم ، واستثنى منهم الحطاب الذي يرى سقوط طلب الدين أو دعواه — فحسب — بالتقادم ، ولكن ليس من شك في أن الدكتور عبد الجواد يرى أن قول المالكية بسقوط الدين نفسه يعني سقوطه قضاء لا ديانة ، وهو ما دلل عليه في قوله السابق ، وهذا بدوره يدفعنا للتساؤل عن الفرق بين القول بأن التقادم يسقط الدين قضاء فحسب ، وبين اقتصار دوره على رد دعوى الدائن؟! خاصة أن إقرار المدين بحق الدائن سيقبل في كليهما ، بحيث تسمع الدعوى ويقضى بقضاء الدين .

وهذا يعني أن الخلاف بين الحطاب وبقية المالكية خلاف متوهم ، وأنهم لم يقصدوا بتعبير (سقوط الدين) إلا عدم قبول طلب المدعي أو دعواه لا سقوط الدين نفسه ، يؤيد هذا أنهم لم يؤكدوا لفظ الدين بشيء ، فلم أر واحدا منهم يذكر — حتى في النصوص التي أوردها الدكتور عبد الجواد عن بعضهم — أن الدين (نفسه) أو (ذاته) يسقط بالتقادم ، وما جاء من تأكيد للدين في كلام الدكتور عبد الجواد السابق فلم يكن إلا من تصرفه هو ^(٢) .

يؤيد هذا أيضا ما نقله الدكتور عبد الجواد نفسه عن الدردير ، يقول : ” يقول الدردير في الشرح الصغير : وأما الديون الثابتة في الذمم ، فقل يسقطه مضي عشرين عاما ، مع حضور رب الدين وسكوته ، وهو قول

(١) الحيازة والتقادم بند ١١٣ ، ص ١٧٤ .

(٢) مثل ما ذكره من أن ” الحطاب قد انفرد من بينهم بالحديث عن سقوط طلب الدين ، لا سقوط الدين نفسه “ .

(مطرف) ، ... ، (١) .

وفي البند نفسه الذي نقل فيه الدكتور عبد الجواد هذا النص عن الدردير ، أثبت نصا للمازري يتضح من خلاله أن المقصود بسقوط الديون ، هو سقوط طلبها لا سقوطها هي نفسها، يقول المازري : ” إذا طال الزمان على الطالب ، وبيده وثائق وأحكام ، وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول (مطرف) ، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك ؟ . واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب “ (٢) .

يتضح من هذين النصين ، أن الدردير حينما نقل عن مطرف القول بسقوط الدين بعد عشرين سنة ، لم يكن يقصد بذلك إلا سقوط طلب الدين وليس الدين ذاته ؛ بدلالة ما جاء في نص المازري . وهذا التجوز في العبارة من الدردير شأنه شأن بقية من تجوزوا في العبارة من فقهاء المالكية .

ومما يؤكد كون الخلاف بين الحطاب وبقية المالكية خلافا متوهما ، هو أنني لم أر له ذكرا فيما وقفت عليه من مصادر الفقه المالكي ، حتى إن الحطاب نفسه — وهو ممن يحرصون على تدوين خلافاً للمذهب — لم يذكره ، برغم أنه — في رأي الدكتور عبد الجواد — الوحيد الذي تكلم عن سقوط المطالبة بالدين لا الدين نفسه ، أي أنه طرف أصيل في الخلاف .

وما ذكره الدكتور عبد الجواد ، من أن الحطاب يكون قد وضع بذلك أساس الدفع بالتقادم في الفقه الإسلامي ، فغير مسلم به كذلك ؛ لأن من سبق الحطاب من المالكية يقولون بهذا أيضا ، وعلى رأسهم الإمام مالك ، ومنهم

(١) الحيابة والتقادم بند ١١١ ، ص ١٧١ . وقد أثبت الدكتور عبد الجواد نصا مماثلا للدردير أيضا من الشرح الكبير .

(٢) الحيابة والتقادم بند ١١١ ، ص ١٦٩ . وقد سبق قبل قليل الاستشهاد بهذا النص على أن الإمام مالكا يقول بسقوط طلب الدين لا الدين نفسه .

أيضا مطرف والمازري وولد ابن فرحون وغيرهم ، وكل هؤلاء أثبت الحطاب نفسه أقوالهم في سقوط طلب الدين بالتقادم وليس الدين نفسه . وإذا ما تركنا المذهب المالكي نجد أئمة المذهب الحنفي — ممن سبقوا الحطاب — قد قالوا أيضا بدفع الدعوى بالتقادم على ما سبق ذكره وما سيأتي بيانه .

وبعد هذا الاستعراض لمذاهب الآخذين بالحيازة وتقادم الديون ، نصل إلى القول بأن الفقه الإسلامي يحدد طبيعة الحيازة — التقادم المكسب — بأنها قرينة فحسب على الملك ، والشأن ذاته في تقادم الديون — التقادم المسقط — يعد قرينة على وفاء الدين أو الحق ، بحيث يقتصر دوره على رد المطالبة به دون أن يتأثر الحق نفسه ، حيث إن هذه الدعوى تصير مقبولة إذا أثبت المدعي إقرار المدعى عليه بموضوعها^(١) .

(١) ستأتي مناقشة الحنفية فيما ذكره من تأثر الحق نفسه بالتقادم المتعلق ببعض الجرائم والعقوبات في الفصل الثالث من الباب القادم . كما أنني لم أثبت كلام الحنفية في هذا الموضوع هنا ؛ لارتباطه الوثيق ببقية الأحكام المثبتة هناك .

ثالثا طبيعة التقادم في القانون

صرح المشرع بجعل الحيازة سببا من أسباب كسب الملكية ، من ذلك ما نص عليه في المادة (٩٦٨ مدني) : ” من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية هذا الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة “ .

كما صرح المشرع بتقادم الحق بالتقادم المسقط حتى لو أقر به المدين — عدا التقادم الحولي — ، من ذلك ما نص عليه في المادة (١/٣٧٥ مدني) : ” يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين، كأجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والإيرادات المترتبة والمهايا والأجور والمعاشات “ .

والتقادم الجنائي — باعتباره تقادما مسقطا — لم يختلف عما سبق ، فقد أسقط الدعوى والعقوبة عن الجاني بمدد محددة ، بل عده القانون من النظام العام ، بحيث يجب على المحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها ، ولا يقبل طلب الجاني بمحاكمته^(١) .

وقد حاول الدكتور عبد الرازق حسن فرج رد قاعدة التقادم في الفقه الإسلامي إلى القواعد الموضوعية لا الإجرائية ، حيث جعل أثرها منصبا على الحق ذاته ؛ إذ إن الحق إذا خلا عن الدعوى صار معدوما ، كما أن قاعدة التقادم هي المقابل الفعلي لقواعد التملك بمضي المدة ، وكذا سقوط التعهدات والديون بها أيضا ، فهي من لب قواعد الموضوع في القوانين الوضعية ، ولا توجد أية قاعدة غيرها في الشرع الإسلامي لتنظيم الحقوق التي تمضي عليها

(١) انظر تفصيل ذلك : انقضاء سلطة العقاب بالتقادم للدكتور محمد عوض الأحول ، ص ٣٦٣ :

٣٨٦ ، رسالة دكتوراه بحقوق القاهرة ، سنة ١٩٦٤ .

المدة^(١) .

ولكن لا يسلم بأن الحق يصير معدوماً — في الفقه الإسلامي — إذا خلا عن الدعوى ؛ لأن الدعوى نفسها لا تعدم مع إقرار المدعى عليه بحق المدعي ، ولو كان الحق يعدم بالتقادم لعدمت معه الدعوى أيضا ، حتى لو اقترنت بإقرار المدعى عليه بحق المدعي . وقد ذكرنا أن الفقهاء يقصرون أثر التقادم على الدعوى وحدها ، وأن الحق يظل باقيا ويلزم المدعى عليه ديانة إذا أنكره ، وقضاء إذا أقر به ، أي يظل الحق باقيا في كلا الحالين ، يرتبط بالدعوى أو لم يرتبط . فالفقه الإسلامي لا يمكنه بحال أن يكسب حقا أو يسقطه بالتقادم ، والقانون قد حاد عن الصواب في إقراره هذا الأمر .

كما لا يسلم بأن قاعدة التقادم في الفقه الإسلامي ، هي المقابل الفعلي لها في القانون الذي يجعلها من لب الموضوع ؛ لأن فقهاء القانون أنفسهم اختلفوا في التقادم ، هل هو من القواعد الموضوعية أم الإجرائية أم أنه ذو طبيعة مشتركة بينهما ؟ . ومع غض الطرف عن هذا فإنه لا يلزم من تشابه نظامي التقادم في الفقه الإسلامي والقانون في بعض قواعدهما ، أن ننفي عنهما بعض الاختلاف بينهما .

(١) دوام حق الملكية ص ٢١١ ، بدون ناشر ، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م .

الفصل الثالث أساس التقادم

المبحث الأول أساس تقادم الديون

المبحث الثاني أساس الحيـازة

المبحث الأول

أساس تقادم الديون

رأي الحنفية

ذكر الحنفية أن المدعي الساكت عن حقه مدة التقادم دون عذر ، بأنه محتال في دعواه ، وأن شاهده شاعدا زور^(١) ، وقد فسر بعض الفقهاء كالشيخ المراغي حكم الحنفية هذا بقوله: ” من خبر القضاء وألم بماضيه البعيد والقريب ، لا يزال في نفسه أثر من مرارة الشكوى من أحكام صدرت بزوجيات وأنساب ووصايا وأوقاف وشروط في أوقاف ونفقات لمعتدات متعنات ، وكانت هذه الأحكام تبنى على شهادة الشهود وحدهم ، وعلى حيل أحكم أمرها ودبرت فيها طرق التزوير بمهارة ، وكانت التجارب دائما تؤيد صدق هذه الشكايات وخطأ تلك الأحكام ، فلم يكن لولادة الأمر بد من أن يضعوا سدا أمام ذمم الشهود التي تباع وتشترى ،،(٢) .

فولي الأمر له أن يقيد المباح لمصلحة راجحة ، وإذا كان المدعي له أن يطالب بحقه ، فإن ولي الأمر له أيضا تنظيم المطالبة بهذا الحق ؛ إذ إنه الأداة التي يستطيع المدعي من خلالها الوصول إلى حقه ، فليس المدعي وحده المتحمل عناء المطالبة، وإنما القسط الأوفر منه يقع على عاتق القضاء، المطالب بالوثوق من بيئة المدعي المتقدمة ، حتى يتسنى له الحكم باسترداد حقه ، وفي هذا ما فيه من العناء والمشقة ، فدور ولي الأمر هنا يقتصر على تحديد مدة التقادم بما يراه مناسبا ، أي أن ولي الأمر ليس هو الباعث الحقيقي للتقادم الذي ترد به الدعوى التي تحمل اتهاما لصاحبها ، وإنما هو محدد أطر هذا الاتهام وكاشف عنه تحقيقا للعدل ما أمكن ، ولا يقتصر هذا الدور على التقادم المسقط ، وإنما يتعداه إلى المكسب أيضا .

(١) انظر مثلا : حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٢) الاجتهاد، للشيخ المراغي ، ص ٥٨ ، هدية مجلة الأزهر بالقاهرة ، عدد صفر ١٤١٧ هـ .
وكلامه وإن جاء في سياق أهمية توثيق الحقوق ، فقد أثبتته أيضا عند كلامه عن مضي المدة .

هذا ، وقد نقل الدكتور حامد عبد الرحمن عن بعض مصادر الفقه الحنفي ، أن أساس النهي عن سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة أو أكثر ، هو اجتهاد الفقهاء — فقهاء الحنفية — ، وأن أساس النهي بعد خمس عشرة سنة هو أمر ولي الأمر ، وأنه لا يجوز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها مدة التقادم — ثلاثين سنة أو أكثر — حتى لو أمر ولي الأمر بسماعها ؛ لأن ولي الأمر لا يملك مخالفة الشرع ، وإنما تجب طاعته فيما وافق الشرع .

ثم أورد — عن هذه المصادر — سؤالا وجوابه ، يذكر فيه أن ولي الأمر إذا كان لا يملك أن يزيد في هذه المدة ، فهل له أن ينقص منها ، فيجعل أجلا أدنى من ذلك حدا لعدم سماع دعوى المدعي المهمل على المدعى عليه المنكر؟ . وأجاب بأنه يجوز لولي الأمر أن يحدد مدة أدنى من ذلك ، ويجعلها حدا لعدم سماع دعوى المدعي المهمل على المدعى عليه المنكر ؛ وذلك بمقتضى ما له من حق في تخصيص القاضي بنوع معين من الدعاوى^(١) .

ولكن من أين جاء تحديد مدة التقادم حتى نقول إن الزيادة عليها مخالفة للشرع ؟ . ألم تأت من اجتهاد الفقهاء المبني على عوائد الناس وأعرافهم ؟! . أي أن تحديدهم ليس نصا ثابتا لا تجوز مخالفته . ثم أليس تعديل ولي الأمر مدة التقادم مبنيا أيضا على اجتهاد الفقهاء — إن لم يكن هو نفسه مجتهدا — الأمر الذي يجعل من مخالفته مخالفة للشرع أيضا ؟! . كما أن جواز نقص المدة يلزم عنه جواز زيادتها ؛ إذ كلاهما مخالف لتحديد المدة المعين بالشرع . ثم كيف لا يملك ولي الأمر الزيادة على ما حدده الفقهاء ، وقد زاد بالفعل في دعوى الحيازة ؟! . فالحنفية وإن لم يقيدوا لها مدة محددة ، فإنهم جعلوا المدة اليسيرة — كالسنوات الثلاث — مانعة من سماعها^(٢) ، وبرغم هذا فقد نصت المجلة — المقننة على الفقه الحنفي — في المادة (١٦٦٠) على عدم سماع دعوى الملك بعد خمس عشرة سنة .

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٩٠ : ٩٢ ، ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ، ٤٧٣/٥ .

هذا ، وربما يفهم من كلام الدكتور حامد السابق ، أن التقادم مبني على إهمال المدعي ، بعدم مطالبته بحقه في المدة المحددة . بيد أن هذا الفهم غير صحيح ؛ فقد يطالب الدائن مدينه بحقه سرا سترأ عليه ، فهو بهذا لا يعد مهملأ ، وبرغم هذا فإنه لا يستطيع أن ينال حقه إذا انقضت مدة التقادم ، ولو كان التقادم مبنيأ على الإهمال لما سقطت دعواه .

ثم إن كثيرا من الناس لا يعلم حكم التقادم ، ولا يدري أن دعواه سترد به، فلا نستطيع أن ننسب إليه إهمالأ بعدم المطالبة القضائية؛ لاعتقاده مشروعية المطالبة بحقه في أي وقت ، خاصة إذا كان يطالب به بالطرق الودية أثناء مدة التقادم ، وبرغم هذا فإن دعواه تسقط بالتقادم ؛ لأن الجهل بالتقادم ليس عذرا موقفا له ؛ إذ لو كان الأمر كذلك لادعاه كل مدع ، ولما كان للتقادم مجال للتطبيق .

وقد أبطل الدكتور عبد المنعم البدرأوي أن يكون التقادم المسقط — في القانون — مبنيأ على إهمال الدائن ، ومما قاله في هذا الصدد : ” إذا أمكن نسبة تقصير إلى الدائن ، ألا يمكن نسبة التقصير أيضا إلى ذلك المدين الذي يقعد عن تنفيذ التزامه ؟ فكل منهما إذن مقصر ، وليس هناك سبب واضح لمعاقبة أحدهما على الآخر ،(١) .

رأى المالكية

إذا كان الحنفية قد ركزوا على جانب المدعي في تبريرهم للتقادم ، بأنه متهم في دعواه ، فإن المالكية قد صرفوا تركيزهم إلى جانب المدعى عليه ، وقد تعددت تعليقاتهم في ذلك ، منها أن المدعى عليه لا يستطيع أن يحضر شهوده بعد هذه المدة ؛ لإمكان موتهم أو نسيانهم ، فإن ” الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ، ولا يكلف الغريم ببينة

(١) أثر مضي المدة في الالتزام ص ٢٤ ، مطبعة جامعة فؤاد الأول (القاهرة) ، سنة ١٩٥٠ م .
وهو رسالته للدكتوراه بحقوق القاهرة .

لإمكان موتهم أو نسيانهم للشهادة“ (١) .

ولا يعترض بأنه إذا كان هذا هو الظن بشهود المدعى عليه، فأولى بذلك شهود المدعى ؛ لأن المدة في جانبهم أطول ، إذ إنهم شهدوا على الدين ، وشهود المدعى عليه شهدوا على القضاء ، فينبغي — قبل أن ينظر إلى المدعى عليه — رد دعوى المدعى المبنية على الشهادة . أقول لا يعترض بهذا ؛ لأن شهود المدعى عليه المظنون موتهم أو نسيانهم ، إنما شهدوا على القضاء ، وهذا يعني أن المدعى عليه يقر بالدين ، بيد أنه يدعي وفاءه ، فلسنا إذن بحاجة إلى مطالبة المدعى بشهوده ما لم ينكر المدعى عليه الدين (٢) .

ومما ذكره المالكية أيضا في تبرير التقادم ، تعميم حديث الحيازة ليشمل الديون ، يقول المازري : (إذا طال الزمان على الطالب ، وبيده وثائق وأحكام ، وهو حاضر مع المطلوب ، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه ، وسكت عن الطلب ، فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام ، هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف ، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك ، واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب ، وقوله عليه السلام ” لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قُدم “ (٣) معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبوبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور ،

(١) مواهب الجليل ٦ / ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

(٢) وقد جاء التصريح بادعاء المدعى عليه القضاء في المدونة في باب ” في الشهادة على السماع في الدور القريب حيازتها “ ، فقد ورد عن الإمام مالك في الرجل يقر لقوم أن أباهم كان أسلفه مالا ، وأنه قد قضاه والدهم . قال : إن كان الذي ادعى حديثا من الزمان والسنين — لم يتناول ذلك — لم ينفعه قوله ” قد قضيت “ إلا ببينة على القضاء ، وإن كان قد تطاول زمان ذلك ، أُلِفَ المقر وكان القول قوله .

(٣) لم أقف عليه فيما بحثت فيه من كتب السنة ، وهو في كثير من مصادر الفقه المالكي ، وقد ذكره الإمام محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة في ” الحجة “ من جملة كلامه وليس كرواية ، ودون أن يذكر فيه القدم . الحجة ٤٤/٣ ، عالم الكتب — بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٣ هـ — . وسواء أضح الحديث من جهة سنده غير المذكور هنا أم لم يصح فإن معناه صحيح .

حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ” من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به “^(١) ، فأطلق عليه السلام ذكر الحيازة ، فهو عام في كل ما يحاز ، من ربع ومال معين وغيره^(٢) .

وحتى يجعل المازري كلامه غير منتقد، بأن حديث الحيازة لو كان يشمل الدين لصارت مدة تقادم كل من الحيازة والدين واحدة ، بادر بقوله : ” ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين ، وحد في الدين العشرين والثلاثين ، رأى أن ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب ، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة ، وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين ، جعلها حداً قاطعاً لأعداء الطالبين ؛ لأن الغالب من الحال أنه قضاه ، وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب ، وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب . قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعاً له من الطلب ، فالطلب ممنوع في سائر المطالب دون وثائق وأحكام ورباع ؛ بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب “^(٣) .

وقد انتقد البرزلي كلام المازري هذا بقوله : ” وقياسه على باب الحيازة فيه نظر ؛ لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله^(٤) ،

(١) سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ مع اختلاف يسير في اللفظ .

(٢) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ .

(٣) السابق : الموضع نفسه .

(٤) ما ذكره ابن رشد من جهل الحائز بأصل مدخله ، ورد في سياق كلامه عن الحائز الوارث ، حيث لا يطلب منه معرفة كيفية دخول مورثه على المال — الجهل بأصل المدخل — ، فليس المراد بالجهل هنا أن يجهل الحائز سبب تملكه للمال كالإرث والهبة والبيع وما شابه ذلك . يقول الحطاب:

وأما إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك، فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزمان، والدين إن ثبت أصله أيضا^(١)، وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من المدونة، لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره^(٢)، خلافا لقول الغير، وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس، ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان، فيعمل عليها في البراءة. والله أعلم^(٣).

وما يلاحظ هنا هو أن البرزلي قد خص حديث الحيازة بغير الحيازة العارضة، وألحق الدين الموثق أو ثابت الأصل بالحيازة العارضة من حيث عدم

(ويشير — والله أعلم — بقوله ”وقياسه على باب الحيازة فيه نظر؛ لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله“ إلى ما قاله في شرح المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ولنذكر المسألة وكلامه عليها، ونصها: مسألة: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلا، فلما دخل ابنه بالمرأة، أخذت المنزل إلا حقولا يسيرة تركتها في يد حموها، فلم تزل في يده حتى مات بعد طول زمان، ثم أرادت المرأة أخذها، فمنعها ورثة الحمو، وقالوا قد عاينتها زمانا من دهرك وهي في يده، ولا تشهد عليه بعارية ولا كراء، ولا ندري لعلك أرضاك من حقا. أترى للمرأة في ذلك حقا؟.

قال: نعم، لها أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنه، ولا يضرها طول ما تركت ذلك في يد الحمو؛ لأنها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان، وكذلك لو تركت كل ما أصدقها في يد الحمو، لم يضرها ذلك.

قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة، لا إشكال فيها ولا اختلاف؛ لأن حقها تركته في يد حموها، فلا يضرها ذلك، طال الزمان أو قصر، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ”لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم“، وليس هذا من وجه الحيازة التي ينتفع بها الحائز ويفرق بين القرابة والأجنيين والأصهار فيها؛ إذ قد عرف وجه كون الأحقال بيد الحمو، فهي على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها إليه بوجه صحيح؛ لأن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها، وهذا أصل في الحكم بالحيازة. وبالله التوفيق (مواهب الجليل ٢٣٠/٦ ولا يفهم من هذا النص الاقتصار على الحائز الوارث، وإنما ينسحب الحكم إلى كل حائز يعتقد أن المحوز قد انتقل إليه بسبب صحيح كالبيع مثلا، فلكي تصح حيازة هذا المشتري، لا بد من جهله أن المحوز كان بيد سلفه بسبب عارض.

(١) يثبت له الحكم نفسه وإن طال الزمان.

(٢) من عدم سقوط طلب الدين — ثابت الأصل — بالتقادم.

(٣) مواهب الجليل ٢٣٠/٦.

قبول التقادم ، ولذا فقد نفى أن يكون هذا الدين — ثابت الأصل — مقاسا على الحيازة غير العارضة .

ومع غض الطرف عن كون المازري لم يقس الدين على الحيازة — وإنما وسع من دائرة مفردات حديث الحيازة بما يشمل الدين — فإن المازري نفسه — ومعه فقهاء مذهبه — لم ينف عدم تقادم الحيازة العارضة ، فلا يعترض عليه بما ذكر . ولو كان ثم اعتراض عليه فهو أن حديث الحيازة لا يتناول الدين — موثقا أو غير موثق — لعدم التصرف واختلاف طبيعة الحيازة عن الدين^(١) . وبرغم هذا فإن الدين يلحق بالحيازة للعلة المشتركة بينهما ، وهي تهمة المدعي في سكوته زمنا متقادما دون أن يطالب بحقه ، وهذا ما دفع المازري لترجيح قول من قال بتقادم الديون الموثقة ، حيث كان لا يحول ذلك في عصره ومن سبقه من اتهام المدعي بالاحتيال والتزوير ، على أنه سيأتي تفصيل القول في تقادم الديون الموثقة وترجيح عدم تقادمها^(٢) .

ومن الأسس التي ذكرها المالكية أيضا في تقادم الديون ، النظر إلى سكوت المدعي طول مدة التقادم ، وكأنه إقرار منطوق منه ، بأنه لا حق له على المدين أو المدعى عليه ، فقد جاء في نهاية كلام المازري السابق قوله : السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب ، بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب .

ومما قالوه كذلك في تأسيس هذا التقادم ، سبق وفاء المدعى عليه بحق المدعي ؛ إذ جرت أعراف الناس وغالب أحوالهم ، ألا يؤخر سداد الدين هذه المدد الطويلة ، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بتغليب الأحوال^(٣) .

(١) فتاوى عليش (فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك) ٣٢٠/٢ ، طبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م — أثر مضي المدة في الالتزام ص ٣٩ ، ٤٠ .

(٢) انظر ص ١٨٣ : ١٨٦ .

(٣) مواهب الجليل ٢٢٩/٦ . وهو من كلام المازري السابق ذكره .

على أية حال ، فإن مجمل كلام المالكية في تأسيس تقادم الديون ، يفهم منه أنهم يتهمون المدعي بأنه غير محق في دعواه ، وهذا ما صرح به الحنفية ، ويبدو أن هذا هو الصواب ؛ إذ إن الأسس الأخرى تعود — في مجملها — إلى هذا الأساس. فلو قلنا مثلا إن التقادم يعود إلى أن الحاكم له تقييد المباح بشرطه ، فإن دافعه في ذلك هو تهمة المدعي فيما يدعيه ، فقيده حقه في الدعوى ، بما يحقق نفي التهمة ، من تحديد أجل معين لها . كما لا يصح أن يكون التقادم مبنيا — في الفقه الإسلامي — على حق الحاكم في تقييد المباح منفصلا عن تهمة المدعي ؛ إذ لو كان كذلك لما كان إقرار المدعى عليه بحق المدعي ملزما برده إليه ؛ إذ إن هذا الإقرار لا يتعارض — حينئذ — مع نهي الحاكم وحده ، دون نظر إلى اتهام المدعي ، أما إذا أرجعنا التقادم إلى التهمة ، فإنه لا يمكن بحال إمضاء التقادم مع إقرار المدعى عليه بحق المدعي ، إذ لا تهمة حينئذ في جانبه .

كما أننا لو اعتبرنا — وهو ما سبق مناقشته — أن الدين يدخل تحت عباءة حديث الحيابة ، فإن حديث الحيابة نفسه إذا كان يحكم لجانب الحائز ، فإن ذلك يرجع إلى أن الحال يشهد بأن المدعي متهم في دعوى الملك ، وتبعا لذلك فإن هذا الأمر ينسحب إلى المدعي في تقادم الديون ، بأنه غير محق أيضا في دعوى الدين .

ولو جعلنا تقادم الديون مبنيا على الإقرار السكوتي من المدعي ، بأنه لا حق له على المدعى عليه ، فإنه لا يكون بذلك إلا متهما في دعواه .

وكذلك إذا افترضنا بناءه على سبق الوفاء ، فإن ذلك أيضا لا يعفي المدعي من التهمة ، حتى لو قلنا إن هذا الوفاء قد خرج مخرج الغالب ؛ حيث لا اعتبار للنادر الذي يكون صادقا في دعواه .

يبقى أن نشير إلى ما ذكره أستاذنا الدكتور محمد سراج في بيان أساس التقادم ، يقول : ” التقادم بوجه عام قرينة على البراءة ؛ استصحابا لما ثبت في الزمان الماضي ، فالقاعدة أن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يدل دليل على

خلافه ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل براءة الذمة . ومن جهة أخرى ، فإن عدم التقييد بمرور الوقت يؤدي إلى ضياع الحقوق ، فإنه يتعذر على المدعى عليه تقديم بينته على البراءة والوفاء مع طول الزمن ومروره . وبهذا فإن ترك الدعوى زمانا مع التمكن من إقامتها ، دليل على انتفاء الحق في الظاهر ، وإن لم يدل على سقوط الحق في الواقع ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بالحق يحكم به “ (١) .

ويمكن التعليق على قول أستاذنا ’ التقادم بوجه عام قرينة على البراءة ‘ بأننا قبل أن نؤسس التقادم على هذه البراءة ، ينبغي تأسيسه أولا على الدافع للحكم بهذه البراءة ، وهو اتهام المدعي والطعن في دليله بسبب تقادمه ، فتهمة المدعي قبل براءة المدعى عليه هي المؤسس الحقيقي للتقادم ، وهذا هو قول الحنفية ، وهو أيضا ما سبق ترجيحه .

كما أن قول أستاذنا ” إن عدم التقييد بمرور الوقت يؤدي إلى ضياع الحقوق ، فإنه يتعذر على المدعى عليه تقديم بينته على البراءة والوفاء مع طول الزمان ومروره “ ، لا يصلح أن يكون أساسا عاما للتقادم ؛ فإن بينة المدعى عليه قد تكون الوثيقة التي أخذها من المدعي ، وقد تكون شاهدين :

فلو كانت الوثيقة ثم ضاعت منه بعد مدة يسيرة من الوفاء ، فإن ذلك لا يعفيه من الوفاء مرة أخرى ، وذلك إذا أتى المدعي بشاهدي زور اتشحا برداء العدالة . أما لو ضاعت منه بعد زمن متقادم فأتى المدعي بالشاهدين السابقين ، أو لو ضاعت منه بعد مدة يسيرة ولكن المدعي أقام الدعوى بهذين الشاهدين بعد زمن متقادم ، فإن دعواه ترد . والرد هنا يجب ألا يكون لمراعاة حال المدعى عليه من تعذر احتفاظه بهذه الوثيقة ؛ إذ الاحتفاظ بها ليس متعذرا ، كما أنه أولى بتحمل تبعة إهماله من غيره ، وإنما ينبغي أن يكون رد الدعوى راجعا إلى تهمة المدعي في تأخير مطالبته هذه المدة دون عذر .

(١) الأوراق التجارية ص ١٣٩ ، دار الثقافة — القاهرة ، ١٩٨٨ .

كما أن مراعاة جانب المدعى عليه ليس بأولى من مراعاة جانب المدعى ،
فلو أن المدعى عليه لم يسدد حق المدعى ، ثم طالب المدعى بحقه بعد مدة
— قصيرة أو متقدمة — من تاريخ استحقاقه ، بيد أنه ادعى ضياع الوثيقة ،
وأنه لا يملك بينة غيرها ، فإن ذلك لا يقبل منه ويضيع حقه ظاهرا .

ولا يقال إن العادة قد جرت بأن يعتني الدائن بالوثيقة خشية ضياعها ،
ومن ثم ضياع حقه ، أما المدين فلا يكون منه هذا القدر من الحرص ؛ ذلك أنه
إذا علم أنه قد يسدد الدين ثانية إذا ضاعت منه الوثيقة لاعتنى بها اعتناء
الدائن . وإذا كان قد أمكنه الاحتفاظ بها مدة التقادم — والتي تبلغ الثلاثين عاما
أو أكثر في قول بعض المالكية — فإن احتفاظه بها لا يخرج إذن عن طوق
الطاقة .

هذا إذا كانت بينة المدعى عليه هي الوثيقة ، أما إذا كانت شاهدين ، ثم
تقادم الزمان بحيث يتعذر عليه الإتيان بهما ؛ لاحتمال النسيان أو الموت ، فإن
هذا قد يصلح مخرجا له في حالة ادعائه الوفاء ، ولكنه لا يتصور إذا أنكر الدين
من أساسه ؛ إذ كيف يدعي موت الشهود أو نسيانهم وهو ينكر الدين ذاته ؟!
ولذا فإن القول بأن التقادم يعفي المدين من السداد مرتين ، بناء على اندثار
أدلته ، لا يصلح أن يكون أساسا عاما للتقادم ، خاصة أن طريق إنكار المدعى
عليه الدين سيكون أسهل له من إقراره به ووفائه ، مع ادعائه فقد دليل الوفاء
لاندثاره . فهذا يختلف عن تأسيس التقادم على تهمة المدعي بسبب تأخير
المطالبة دون عذر ؛ إذ إن هذه التهمة تصلح أن تكون أساسا عاما للتقادم ،
سواء أنكر المدعى عليه حق المدعي أم أقر به ، وسواء أيضا أكان دليل وفائه
سندا مكتوبا ضائعا أم شهادة مندثرة .

أساس تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي

هذا فيما يخص أساس تقادم الديون في المعاملات ، أما أساس تقادم الجرائم والعقوبات — باعتباره نوعا من تقادم الديون أيضا أو التقادم المسقط — فعلى الرغم من أن تقادم الجرائم والعقوبات يعد من الموضوعات الاجتهادية عند القائلين به — الحنفية — ، لكنهم لم يعدموا النصوص التي صدرت بها مبرراتهم لهذا التقادم ، فقد ذكروا بعض الأحاديث التي مفادها أن صاحب الجريمة قد كان يأتي مقرا بها عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فراجعته النبي صلى الله عليه وسلم رجاء رفع الحد عنه ، حتى إذا ما أكد له الجاني أنه قد ارتكب جريمته ، عاقبه النبي صلى الله عليه وسلم بما يلائم جريمته ، ما دامت حدا من حدود الله سبحانه .

من ذلك ما رواه نعيم بن هزال قال : ” كان ماعز بن مالك يتيما في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي ، فقال له أبي : انت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك . وإنما يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجا . فأتاه فقال : يا رسول الله ، إني زنيت فأقم علي كتاب الله . فأعرض عنه . فعاد فقال : يا رسول الله ، إني زنيت فأقم علي كتاب الله . فأعرض عنه . فعاد فقال : يا رسول الله ، إني زنيت فأقم علي كتاب الله . حتى قالها أربع مرار . قال النبي صلى الله عليه وسلم : إنك قد قلتها أربع مرات ، فبمن ؟ قال : بفلانة . فقال : هل ضاجعتها ؟ قال نعم . قال هل باشرتھا ؟ قال نعم . قال : هل جامعته ؟ قال نعم . قال فأمر به أن يرحم ، فأخرج به إلى الحرة ، فلما رجم فوجد مس الحجارة جزع ، فخرج يشدد ، فلقى عبد الله بن أنيس ، وقد عجز أصحابه ، فنزع له بوظيف بعير^(١) فرماه به فقتله . ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك . فقال : هلا تركتموه لعله أن يتوب

(١) وظيف البعير : خفه ، وهو له كالحافر للفرس . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (وظف) ، دار إحياء الكتب العربية ، سنة ١٩٦٣ م .

فيتوب الله عليه ،،^(١) .

كما أنه صلى الله عليه وسلم دعا إلى الستر ، فقد قال لهزال : ” يا هزال ، لو سترته بردائك لكان خيرا لك “،^(٢) وقال : ” ، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة “،^(٣) وقال أيضا : ” أيها الناس ، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله “،^(٤) .

معنى هذا كله ، أن سقوط الجريمة أو العقوبة بالتقادم إنما يعد دائرا في فلك ترغيب الشارع في درء الحدود عن الناس، وأنه ليس إلا مظهرا من مظاهر تقرير هذا الأصل ، فليس بدعا من الأمر الاعتداد به لإقالة عثرات الناس .

كما أن من مقاصد الشارع من عقوبة الجاني هو زجره وردعه عن عدوانه ، وبتقادم جريمته يكون مظنة توبته ، فيكون قد تحقق بذلك مقصود العقوبة دون استيفائها ، إذ لو عاقبناه لصادفنا نفسا طهرت من ذنبها ، وربما أدى عقابه لانتكاسته ، بل فضيحته وسط أهله وعشيرته ، الأمر الذي يتعارض وصيانة الأسرة مما يعصف بها ، وفيما سبق من أحاديث شاهد على استحباب ترك عقوبة من اقترف جريمة ليس للعبد حق فيها .

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود ، واللفظ لأبي داود (دار الفكر ، بدون تاريخ) :

البخاري ، كتاب الحدود ، باب هل يقول الإمام للمقر : لعك لمست أو غمزت ؟ .

مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنى .

أبو داود ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز بن مالك . وروايته أتم في ذكر الواقعة .

(٢) الموطأ للإمام مالك ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم . دار إحياء الكتب العربية ، الحلبي ،

بدون تاريخ .

(٣) الحديث أخرجه بلفظه :

البخاري ، كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه .

مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم الظلم .

(٤) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنى .

وأهم أساس يقوم عليه تقادم الجرائم والعقوبات عند القائلين به ، هو الشبهة التي تحوم حول البيئة المتقادمة ، فقد قالوا بأن مرور الزمان على سكوت الشاهد دون عذر في الإدلاء بشهادته فور الجريمة يعد جرحا في عدالته ، فإن الدافع الذي دفعه للشهادة بعد هذا الزمان ليس لإعدادة حدثت بينه وبين المشهود ضده ، فحركته هذه العدواة للشهادة عليه ، ومثل هذه الشهادة لا تكون مقبولة ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة ذي الغمر على أخيه^(١) ، ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ” أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن ، فلا شهادة لهم “^(٢) ، ويذكر أنه لم ينكر أحد عليه قوله فيكون إجماعا .

ثم لما كان الضغن أمرا نفسيا غير منضبط ، يصعب الاستدلال على تواجده في كل شاهد تقادمت شهادته ، جعل التقادم ضابطا له ، ومنبئا — إن لم يكن كاشفا — عنه .

وليس الشاهد وحده محل اتهام عندما تتقادم شهادته ، فقد يكون المدعي أيضا موضع اتهام إذا تأخرت دعواه دون عذر ، كالمسروق منه إذا اتهم أحدا بعد زمن متقادم ، فإن اتهامه المبني على الشهادة لا يقام به الحد ، وهذا ليس إلا لخلل في دعواه .

(١) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والغمر : الحقد والضغن . النهاية (غمر) . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . التلخيص الحبير ١٩٨/٤ ، طبعة مؤسسة قرطبة ، طبعة سنة ١٤١٦هـ / ١٩٩٥ م .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٤٣٢/٧ رقم ١٣٧٦٠ ، طبعة أولى ١٣٩٢هـ / ١٩٧٢م ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية . وانظره أيضا عند ابن حزم بسنده : المحلى ٤٥/١٣ ، ٤٦ ، مكتبة الجمهورية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٨٧هـ إلى سنة ١٣٩٢هـ . وطبعة أخرى نشر دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ ولا طبعة . وكذلك البيهقي في سننه ١٥٩/١٠ ونوه على انقطاعه . مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن بالهند ، طبعة أولى سنة ١٣٥٤هـ . وسيأتي تفصيل القول فيه ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

كما لم يقتصر القائلون بالتقادم على وصف الشاهد أو المدعي بالضغن والتهمة فحسب ، بل قالوا أيضا بأن تطرق النسيان إليهم أمر وارد ، خاصة إذا طال عهد الجريمة . والنسيان قادح في صحة الشهادة أو الادعاء ، بل إنه يعد شبهة دارئة للحد .

ثم يزيد بعض القائلين بالتقادم على ما سبق ، الطعن في المقر نفسه في جريمة شرب الخمر خاصة ، فمن أقر على نفسه بشرب الخمر بعد أن ذهب ريحها من فمه فقد قال فيه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف برد إقراره ؛ استدلالا بما ورد عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في ذلك^(١) .

ولا يخفى أن رد شهادة الشاهد ، أو ادعاء المدعي ، أو إقرار المقر إنما هو نوع من رد دليل الإثبات والطعن فيه لعدم اتضاحه ، دون مساس بأصل الجريمة أو العقوبة، فالتقادم إنما يؤثر فحسب في إثبات الجريمة وتنفيذ عقوبتها، لكنه لا يلغي أساسها كأن لم تكن .

ويذكر كذلك القائلون بالتقادم أن الحاكم إذا كان له الحق في العفو عن العقوبات التعزيرية المرتكبة في حق المولى سبحانه ، فسقوطها بالتقادم أولى ، ومما يروى في ذلك أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، إنني عالجت امرأة في أقصى المدينة ، وإنني أصبت منها دون أن أمسها ، فأنا هذا فاقض في ما شئت . فقال له عمر : لقد سترك الله ، لو سترت نفسك . قال فلم يرد النبي صلى الله عليه وسلم شيئا . فقام الرجل فانطلق . فأتبعه النبي صلى الله عليه وسلم رجلا دعاه، وتلا عليه هذه الآية ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ وَزُلْفَا مِنْ اللَّيْلِ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذِكْرَى لِلذَّاكِرِينَ ﴾^(٢) فقال رجل من القوم : يا نبي الله ، هذا له خاصة ؟. قال : بل للناس كافة^(٣) .

(١) سيأتي ذكر ذلك ومناقشته تفصيلا في الفصل الثالث من الباب القادم .

(٢) هود : ١١٤ .

(٣) أخرجه الشيخان ، والسياق لمسلم :

البخاري ، كتاب التفسير ، باب ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ ﴾ .

مسلم ، كتاب التوبة ، باب قوله تعالى ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾ .

فالتقادم يعد من المسائل الاجتهادية التي تخول الحاكم أن يضرب مدة لأداء الشهادة في جريمة الحسبة؛ إذ ليس في النصوص التي جاءت في الشهادة ، — كقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١) — ما يمنع من تقييد الشهادة فيها بمدة، بحيث لا تقبل بعد انقضائها .

كما أن التقادم لا يقتصر على الجريمة وحدها ، فقد ذهب غالب من قال بتقادم الجريمة إلى تقادم العقوبة أيضا ، وقد تنوعت تبريراتهم في ذلك ، فمن قائل بقياس تقادم العقوبة على تقادم الجريمة ، وأن استيفاء الحد من القضاء في حقوق المولى سبحانه، يقول ابن الهمام : ” الاستيفاء (من القضاء)^(٢) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره ، وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استتابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة، فكان الاستيفاء من تنمة القضاء ، أو هو هنا ؛ إذ لم يحتج إلى التلطف بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلطف به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه ، والله سبحانه مستغن عنهما ، فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها. وإذا كان كذلك، كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء ، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا . وبالتقادم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتهى ،“^(٣) .

وهناك من يذهب إلى مبرر آخر لتقادم العقوبة ، وهو أنه جزاء التفريط من أعوان الحاكم حتى تمكن من الهرب منهم ، وأن الظاهر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه بعد ذلك^(٤) .

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) ما بين القوسين من كلام المرغيناني .

(٣) فتح القدير لابن الهمام ١٦٤/٤ ، المطبعة الأميرية — مصر ، طبعة أولى ١٣١٦هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر .

(٤) المبسوط للسرخسي ٧٠/٩ ، دار المعرفة — بيروت ، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م وسيأتي مزيد تفصيل ومناقشة لأساس تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي خلال عرض أحكامه في الفصل الثالث من الباب القادم .

أساس التقادم الجنائي في القانون

أما أساس التقادم الجنائي في القانون فقد تنوعت اجتهادات مؤيدي التقادم الجنائي في بيان الأسس التي يقوم عليها، رغبة في الوقوف به على سند قانوني يكفل له شرعيته ، ويمكن إيجاز هذه الأسس فيما يأتي :

١- اندثار الأدلة^(١)

ومؤدى هذا التبرير هو أن مضي سنوات طويلة على الجريمة يؤثر تأثيرا مباشرا في أدلة إثباتها، فالشهادة مثلا قلما أن يبقى الشهود على قيد الحياة، ولو كانوا على قيد الحياة فليس من السهل بمكان أن تظل ذاكرتهم محتفظة بتفاصيل الجريمة ، فيكون الأجدر للدولة والأفضل لماء وجهها أن تفرض نظام التقادم ، وأن تمنح هي المجرم براءته بدلا من أن يكون المجرم جانبه هو الأقوى ، وأن ينال هو براءته بسبب عجز النيابة عن إدانته .

وقد عيب على هذا الأساس أنه يتبع نظرية الإثبات وليس نظرية التقادم ، كما أن تقرير التقادم على هذا النحو ، يلغي استقلال قاضي الموضوع في تقدير الدليل المتفرع عن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع الذي يأخذ به التشريع المصري. ثم إن هذا الأساس قد يصدق على الدليل المستمد من الشهادة ، ولكنه لا يصلح بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى وما تقدمه لنا الوسائل العلمية الحديثة ، ومن المقرر أن الأدلة في المواد الجنائية ضائم متساندة يقوي بعضها بعضا .

كما أن المشرع إذا ما رأى أن دليلا ما تخور قواه بفعل الزمن ، فإن له أن يستبعد هذا الدليل وحده ، كأن ينص على عدم جواز الحكم بشهادة متقدمة ،

(١) انظر :

— المباحث الجلية في أحكام المدة الطويلة ، أحمد بك عفيفي ، ص ١٣٦ ، المطبعة الإعلامية بمصر ، سنة ١٣٠٨ هـ .

— مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، د. رعوف عبيد ، ص ١٣٣ .

— سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، د. نبيل عبد الصبور ، ص ٢١٣ ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق — جامعة عين شمس .

وبذلك يقيد مبدأ حرية القاضي في الاقتناع بجرعة محدودة من مبدأ الأدلة المقيدة ، بدلا من أن يستبدل الأخير بالأول جملة على حساب حق الجماعة في العقاب .

وأخيرا ، فإن منطق هذا الأساس يلزم عنه أن تكون مدة التقادم واحدة بالنسبة لجميع الجرائم ، بصرف النظر عن مدى جسامتها ؛ لأن الوهن الذي يصيب الدليل أساسه مضي المدة لا جسامة الجريمة ، وهو ما لم يأخذ به أي نظام قانوني ، حيث تختلف مدة التقادم بحسب نوع الجريمة .

٢- تفريد العقوبة^(١)

ومفاد هذا الأساس أن المجرم لا تجتمع عليه عقوبتان ، معنوية ومادية . معنوية تتمثل في العذاب النفسي للمجرم الهارب خشية القبض عليه ، فالمشرع اكتفى بوقوع العذاب النفسي على المجرم ليل نهار سنوات عديدة ، واعتبر هذا العذاب بديلا عن العذاب المادي المتمثل في حبسه أو غرامته أو غير ذلك من وسائل التعذيب المادي ، وذلك حتى لا يكون المجرم قد عوقب مرتين ، الأمر الذي يتعارض ومبدأ التفريد العقابي . وقد يكون العذاب المعنوي أشد إيلا من العذاب المادي .

وقد أخذ على هذا الأساس أن الألم النفسي الواقع على المجرم أثناء هروبه لا يمكن اطراده على جميع المجرمين ، فإن منهم من يلتذ بفعل الجريمة، ولا يخالجه أدنى أذى نفسي خلال فترة فراره .

وعلى التسليم بوجود هذا العذاب النفسي ، فإن المجرم قد تسبب فيما هو مثله أو أشد على المجني عليه ، وعلى أهله وذويه ، بل ربما على المجتمع بأسره ، فما العقاب المادي الذي يقابل جريمته هذه ؟!

(١) انظر :

— الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، د. أحمد فتحي سرور ، ص ٢١٠ .
— في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٠ .
— سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٥ .

كما أن الإيلاام المعنوي ليس وقفا على المجرم الهارب فحسب ، وإنما يقاسي منه أيضا المجرم الذي ينتظر مصيره بين يدي العدالة ، منذ لحظة ارتكاب الجريمة وعبر مراحل الدعوى المتعاقبة ، حتى يصدر حكم بات فيها .

وأیضا فإن قانون العقوبات قانون واقعي لا يقوم إلا على الظاهر من الأمور، ولا تتعلق أحكامه إلا بالماديات ، ولهذا نجده لا يعاقب إلا بارتكاب فعل مادي ينم عن خطورة معينة ، دون أن يتدخل بالعقاب على أفكار الناس الداخلية، ونواياهم الخبيثة طالما ظلت في طيات النفوس .

فتقدير فداحة ما يختلج بالنفس أمر يتعذر ضبطه ، ولا يهتم به قانون العقوبات بحسب الأصل ، وقد أملت هذه الفكرة ذاتها على قانون العقوبات أن يكون للعقاب مظهر مادي ملموس يمكن ضبطه وتحديده .

أما ما يصاحب العقوبة المادية أو التهديد بها من خوف أو قلق أو تأنيب للضمير ، فهو لا يعدو أن يكون أثرا لها ، ولا يمكن أن يستعاض بالأثر إذا ما تحقق بهروبه عن السبب المحدث لهذا الأثر .

كما أن من أغراض العقوبة تحقيق الردع العام فضلا عن الردع الخاص، فإذا قيل جدلا بأن التقادم ينطوي على عقاب معنوي للمجرم فإن هذا العقاب يخلو تماما من فكرة الردع العام التي تتوخاها العقوبة بوجه عام .

٣- جزاء الإهمال^(١)

والمتمثل في إهمال النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية ضد المجرم من تاريخ علمها بالجريمة ، فليس التقادم هنا إلا جزاء هذا الإهمال الذي يعد تنازلا

(١) انظر :

— الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، د. مأمون محمد سلامة ، ص ٢٣٩ .

— تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح السيد جاد ، ص ٤٩ . دار الهدى — القاهرة ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .

— سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٦ .

من النيابة العامة — والتي تتوب عن المجتمع — عن عقاب المجرم ، قياساً على الدائن الذي يفقد حقه في الدين إذا لم يباشر دعواه في ميعاد محدد .

وقد نقد كثير من شراح القانون هذا الأساس فذكروا أن التنازل عن الدعوى ليس ملكاً للنيابة العامة باعتباره حقاً من حقوقها ، وإنما هو حق للمجتمع بأسره ، وأن النيابة أمينة عليه تباشره لحسابه ، فلا يحق لها التنازل عن الدعوى الجنائية ؛ لأنها لم تفوض في إجراء هذا التنازل .

كما أنه لا محل لتشبيه التقادم الجنائي بالتقادم المدني ؛ لأن الأول يصيب مصلحة المجتمع بأسره ، بخلاف الثاني الذي يصيب مصلحة خاصة بفرد معين ، فضلاً عن أن التقادم المدني ليس مبناه فكرة الإهمال دائماً .

بالإضافة إلى ذلك — ومما يؤكد أن التقادم ليس جزاء تقاعس النيابة العامة عن مباشرة إجراءات الدعوى — أن المشرع قد جعل بداية مدة التقادم هو يوم وقوع الجريمة وليس يوم علم السلطات بها .

ومن ناحية أخرى فإن أثر التقادم يتحقق بغض النظر عن خطأ عضو النيابة في عدم رفع الدعوى ومباشرة الإجراءات ، إذ لا يصلح عذراً لإطالة مدة التقادم أن يدعي عضو النيابة عدم علمه بالجريمة أو عدم وقوعه في أي خطأ بسبب عدم رفعها في الميعاد القانوني ، بل إن النظم التي تأخذ بمبدأ وقف التقادم قد قصرت نطاق هذا المبدأ على حالات استثنائية ، ولم تجعل من مبدأ عدم إهمال عضو النيابة بصفة مطلقة سنداً لتبرير الوقف في جميع الأحوال .

كما أن الدعوى الجنائية تتقادم ، سواء علمت بها النيابة وكانت قادرة على تحريك الدعوى ، أو كانت عالمة بها ولكنها لا تستطيع تحريكها لوجود قيد إجرائي ، أو كانت غير عالمة بوقوع الجريمة .

٤- الاستقرار القانوني^(١)

ويعني هذا الأساس عدم وقوع طائفة من المجتمع تحت طائلة الخوف والتهديد ؛ بسبب خوفهم من ملاحقة رجال الأمن لهم ، الأمر الذي ينتج عنه عدم مشاركة هؤلاء الأفراد في حركة المجتمع بسبب شعورهم بالمطاردة بما لا يتحقق معه أي استقرار قانوني تستطيع من خلاله هذه الطائفة أن تمارس حياتها الطبيعية ، وربما تأثر بسبب ذلك أيضا من يتعامل مع هؤلاء المطاردين على أن ذمتهم بريئة من أية جريمة كسائر أفراد المجتمع ، ويتنامى حجم تشابك التعامل معهم ، ثم يأتي ما لم يكن في الحسبان بأن يقع هؤلاء تحت طائلة القانون ، الأمر الذي ينتج عنه أضرار ومخاطر تلحق بهم وبمن تعامل معهم ، بما يتنافى مع مبدأ الاستقرار القانوني للأفراد .

ومبدأ الاستقرار القانوني هذا نجده أيضا في الحكم البات الذي ينهي الدعوى الجنائية ، فقد رأى المشرع تحقيقا لمبدأ الاستقرار القانوني أن صدور حكم بات في الدعوى الجنائية يحول دون إثارتها من جديد . فهنا كان الاستقرار القانوني أساسا لانقضاء سلطة العقاب بالحكم البات ؛ لأن المشرع رأى ضرورة وضع حد للنزاع تحقيقا للاستقرار ، وهذه الضرورة بعينها هي التي أملت على المشرع تقرير مبدأ التقادم تحقيقا للاستقرار القانوني أيضا .

وقد عيب هذا الأساس بأنه قد يصلح سنداً مقبولا لتقادم الحقوق في مجال علاقات القانون الخاص ، لا سيما أنها ترتبط بقرينة إهمال صاحب الحق ، ولكن استعارتها لمجال التقادم الجنائي فيه نظر ؛ لأن إقرار المجرم على جريمته بالتقادم لا يحقق استقرارا بل اضطرابا ، إذ ينشأ عنه إحباط اجتماعي ، يتولد عن عدم إشباع حاجة الجماعة إلى العدل بالافتئات على حقها في العقاب ،

(١) انظر :

— في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٠ .
— التعليق على قانون الإجراءات القانونية ، د. مأمون محمد سلامة ، ص ١٥٣ .
— سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٧ .

وذلك بإسقاطه بغير ما مسقط ، مع عدم إمكان نسبة إهمال حقيقي إليها ، وإذا كان ثمة استقرار حقيقي يحققه التقادم الجنائي فهو استقرار الجاني وليس استقرار الجماعة .

كما أن الاعتماد على هذا الأساس لتبرير تقادم الدعوى الجنائية قد يفضي إلى نبذ فكرة التقادم في ذاتها؛ لأن مرور سنوات حتى يحصل بعدها الجاني على استقرار قانوني قد يحدث في أثائها — أي قبل مرور مدة التقادم — ما يخشى حدوثه ، بأن يقع الجاني في قبضة رجال الأمن ، فكان يستلزم من تشريع التقادم — تبريرا بالاستقرار القانوني — أن ينال الجاني هذا الاستقرار فور علم النيابة العامة بهروبه .

وأخيرا ، فليس التقادم وحده الذي يكفل حماية من يتعامل مع الجاني الهارب بسبب عدم استقراره القانوني ، إذ قد تتعامل الجماعة مع شخص يتمتع بالاستقرار القانوني ثم يرتكب ما يستوجب سجنه وتجميد بقايا أمواله ، الأمر الذي يلزم عنه ضياع حقوق هذه الجماعة .

٥- النسيان^(١)

إذا مرت فترة زمنية على وقت ارتكاب الجريمة دون اتخاذ أي إجراء بشأنها من قبل السلطات المختصة ، فإن ذلك يعني أن الجريمة قد محيت من ذاكرة الناس أو كادت ، ومن ثم لم يعد محققا لمصلحة المجتمع ملاحقة الجاني بغية إخضاعه للعقاب ، لأن مرور الزمن يؤدي إلى تلاشي الحاجة إلى الموعظة والعبرة ، ولذا فلا يجوز إعادة ذكرى الجريمة إلى أذهان الرأي العام بإزاحة الستار عنها ونبشها ، فمن مصلحة المجتمع عدم تهيج أحقاد واستثارة حفاظته بنشر ما طوي من صحف بفضل مرور الزمن .

(١) انظر :

- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم ، د. محمد عوض الأحول ، ص ٤٣ .
- تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح السيد جاد ، ص ٥٢ .
- سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢١٨ .

وقد أخذ على هذا الأساس بأن حدة التفاعل الاجتماعي قد تهبط مع الجريمة بتأثير الزمن ، بل قد تتوارى في لا شعور الجماعة ، ولكن يترسب مع هذه النتيجة — في الوقت نفسه — إحباط اجتماعي يولده الإحساس بالظلم واهتزاز الثقة في العدالة ، بل ربما كان هذا دافعا لمن تساوره نفسه بارتكاب الجريمة بأن يرتكبها ؛ إذ ليس عليه إلا أن يترك مرور الأيام تنسي المجتمع عقوبته وجريمته .

كما أن المجتمع لا يهتز لكل جريمة ويشار لها الرأي العام ، حتى يقال إنه ليس من المصلحة الاجتماعية إثارة ما طواه الزمن ، فالجرائم المعتادة والمتكررة والتي لا يسبب إثارتها بعد زمن أدنى إيذاء هي كثير الجرائم وغالبها، وما يصدق عليه هذا الأساس — على فرض التسليم بصحته — هو يسير الجرائم إن لم يكن نادرها .

وأیضا فإنه يمكن معاقبة الجناة الفارين — في حالة الجرائم التي تثير الرأي العام — دون الإعلان عن ذلك تماشيا مع هذا الأساس ، وحفاظا على مصلحة المجتمع .

٦- توبة الجاني^(١)

ويعني أصحاب هذا الأساس بذلك أن مرور فترة زمنية طويلة على ارتكاب الجريمة كفيلة بتوبة الجاني عما ارتكبه، بل ربما يكون قد نسي جريمته، الأمر الذي يجعل من عقابه نوعا من التعسف ، لأن من أهم أهداف العقوبة الردع الخاص الذي يردع المجرم عن معاودة الجريمة ، وأن يجعله فردا صالحا في مجتمعه ، ألا وقد تحقق هذا الهدف دون عقابه ، فما الفائدة المرجوة إذن من الإصرار على إنزال العقاب عليه ؟!

(١) انظر :

— في أصول الإجراءات الجنائية ، د. حسن صادق المرصفاوي ، ص ١٥٤ .

— سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، ص ٢٢٠ .

ويلاحظ هنا أن هذه النظرية تحقق أهمية عملية للأساس القانوني الذي نادت به ، فهذا الأساس بعيد الصلة عن الواقعة الإجرامية ذاتها التي ارتكبتها الجاني ، وإنما يتوقف على شخصية المجرم ذاته ، فهو أساس شخصي لا موضوعي . وقد سائرت هذه النظرية منطقتها فنادت باختلاف مدد التقادم لا بحسب جسامه الواقعة فحسب ، وإنما وفقا لسن الجاني أيضا ، فنادت بوجوب فرض مدة تقادم خاصة بالمجرمين الأحداث .

وقد قوبل هذا الأساس أيضا بالرفض من قبل بعض شراح القانون ، فذكروا أن الردع الخاص ليس وحده هدف العقوبة ، وإنما للعقوبة أهداف أخرى تسعى لتحقيقها ، وأهمها الردع العام ، وإشعار المجتمع بتحقيق العدالة وتساويها بين أفرادها . كما أن من أهدافها زجر من تساوره نفسه بارتكاب جريمة متكررا على مرور الزمان ، متقنعا بقناع التوبة الزائف الذي لا يعكس أي صدق أو خير تطويه جوانحه .

ولو سلمنا أن العقوبة قد صارت نوعا من التعسف بسبب توبة الجاني ، فإن هذا يقتضي عدم التسليم بمبدأ انقطاع التقادم ؛ لأن إجراءات الدعوى قد تطول مدة من الزمن دون أن يصيبها التقادم ، ثم ينتهي الأمر بتوقيع العقوبة على الجاني رغم ما قد يصيب شخصيته من تغيير وتوبة بمرور الزمن .

ولعل العيب الأساسي في هذه النظرية ، هو أن محور توبة الجاني وتغير شخصيته ليس أساسه مرور الزمن وحده ، وإنما محوره الجاني نفسه ، فرب جان تصدق توبته فور ارتكابه الجريمة ، ورب آخر يزداد جرما بمرور الزمن .

ولذا ، فإذا كان أصحاب هذه النظرية يرون في التقادم تطبيقا لمبدأ تفريد العقوبة ، فالأولى أن تترك مهمة هذا التفريد للقاضي لا للشارع ؛ لأن القاضي وحده هو الذي يقدر مدى تأثير الزمن في شخصية كل جان على حدة ، وهو ما لا يمكن أن يتنبأ به الشارع سلفا .

هذه هي أهم الأسس^(١) التي ذكرها أنصار التقادم الجنائي ، وبرغم أن كلا منها لم يسلم من النقد والطعن ، فإن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ التقادم الجنائي ، ولكنه لم يفصح عن الأساس الذي اعتمد عليه في ذلك ، وكأنه يرى الأخذ بكل هذه الأسس مجتمعة .

(١) وقد ذكر بعض الفقهاء بعض الأسس الأخرى ، ولكن يمكن إدراجها فيما مضى من أسس ، مثل من يرى أن التقادم يعتبر جزاء تراخي النيابة العامة عن مباشرة إجراءات الدعوى . وهذا يمكن أن يدرج الجواب عليه تحت الرد على أساس جزاء الإهمال السابق ذكره . ومثل من يسند التقادم إلى نظرية التوازن القانوني ، ويقصد بها أن من أهداف العقوبة هو أن يحدث للجاني نوع من إقامة العلاقات بينه وبين أفراد المجتمع ، ومرور الزمن — دون العقوبة — كفيل بإحداث هذا التوازن . والجواب على هذا قد سبق التعرض له خلال الاعتراض على أساس توبة الجاني . انظر على سبيل المثال : سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ص ٢٢٣ ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ص ٢١٦ .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

إذا ما نظرنا إلى الأسس التي اعتمد عليها القائلون بتقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي والقانون ، نجد التشابه بينهما في بعض الجزئيات ، حيث نجد أن كلا منهما جعل من مرور الزمن سببا لرفع الجريمة أو العقوبة عن الجاني ، كما نجد أنهما يدعوان إلى إقالة عثرات الناس ، ويدعوان أيضا إلى الحفاظ على سلامة المجتمع من أية إثارة ، وأن الردع الخاص إذا ما تحقق في الجاني بتوبته فلا حاجة إلى عقوبته ، كما نجد أن الطعن في شهادة الشهود كان من أهم الأسس التي اعتمد عليها كلا الفقهاء ، وأخيرا نجد فكرة التقادم جزاء إهمال السلطات لم تغب عنهما أيضا .

ومع هذا التشابه بين النظامين نجد التمايز واضحا بينهما ، ففي الفقه الإسلامي نجد أن التقادم يقوم أساسا على الطعن في صحة الدليل — وهو الشهادة غالبا — ، أي عدم ظهور الحق واضحا ، أو ما يعرف بتعبير أهل القانون بالتشكيك في القواعد الإجرائية ، فالفقه الإسلامي بذلك لا يسقط أصل الجريمة ، وإنما فقط لا يقبل دعوى سماعها .

أما القانون فيجعل من التقادم وحده سببا لاقتلاع الجريمة من جذورها ، ونفيها عن مرتكبها نفيا تاما كأن لم تكن ، لا يقبل في إثباتها أي دليل مهما بلغت صحته وقوته ، يقول الشيخ أبو زهرة : ” عبارات القانونيين تفيد أنه تعتبر الجريمة ساقطة بالتقادم ، فلا توجد جريمة قط ولا دعوى ولا حساب ولا عقاب ، ولكن الشريعة لا تسقط الجريمة ذاتها ، ولكن لا تسمع الدعوى لإقامة الحد ، ولذلك لو جاء شهود أربعة وشهدوا على رجل بالزنى ، ثم تبين أن المدة المقررة للتقادم قد مضت ، لا يحدون حد القذف ، وهذا دليل على أن الجريمة لم تسقط ، وإنما لم يترتب عليها آثارها ؛ إذ لو كانت قد سقطت وكان الشخص بريئا لحدوا حد القذف باعتبارهم رموا بريئا محصنا . وفوق ذلك فإن عدم ترتب الحد في الجريمة التي توجب حدا لا يسقط العقاب نهائيا ، بل قد يحل محل الحد

تعزير^(١) .

وفي الحق ، إن الشريعة لأنها قانون ودين نظرت إلى سقوط العقوبة الشديدة ، ولم تنظر إلى ذات الجريمة وكان الحساب عسيرا يوم القيامة . أما القانون الوضعي فلأنه قانون لا صلة له بالدين ، فقد اعتبر الجريمة والعقوبة والدعوى بها أمورا ثلاثة متلازمة، فإذا سقطت الدعوى فإن الجريمة تسقط معها لا محالة ؛ إذ لا معنى لجريمة لا تسمع الدعوى بالعقوبة فيها ، إذ الجزاء جزء من اعتبار الفعل جريمة في حكم القانون^(٢) .

ولا يخفى هنا قصور نظرة القانون في بعض جوانب هذا الأمر ؛ إذ نجد هيئة القضاء تبعا لهذا قد صارت عاجزة عن معاقبة الجاني الذي استمرأ الشر وعرف به ، وبرغم ثبوت الأدلة ضده ، وفي هذا ما يكفي لاهتزاز الثقة بين الجماعة والقوانين الحاكمة لها .

ولذا كان من العدل والإنصاف التعديل الذي قام به الشارع مؤخرا من جعل هروب أصحاب الأموال مانعا ماديا يوقف سريان مدة تقادم العقوبة ، إذ كان قبل وقت قليل لا يعد مانعا ماديا للوقف ، وكان لا تسري عليه المادة (٥٣٢ إجراءات) التي تنص على ” يوقف سريان المدة كل مانع يحول دون مباشرة التنفيذ ، سواء كان قانونيا أو ماديا “ .

نعود لرصد التمايز بين النظامين فنذكر أن تقادم العقوبة في الفقه الإسلامي يقوم أساسا على أن الاستيفاء من القضاء ، والقانون — وإن قال بتقادم العقوبة أيضا — لم يعتمد على هذا الأساس في نفي العقوبة ، وإنما على ما سبق عرضه من أسس .

وأخيرا ، فإننا نجد في القانون فكرة تفريد العقوبة لتبرير التقادم وكذا الاستقرار القانوني غير مشار إليهما في الفقه الإسلامي ؛ لعدم توسعه في الأخذ بنظام التقادم ، وإن كان مبدأ توبة الجاني قد يصاحبه تفريد العقوبة .

(١) بل قد ذهب أيضا القائلون بالتقادم إلى ضمان السارق ما سرقه وإن سقط عنه حد القطع .

(٢) الجريمة للإمام أبي زهرة ، ص ٩٨ ، دار الفكر بالقاهرة ، بدون تاريخ .

المبحث الثاني

أساس الحيازة

سبق القول في المبحث السابق بأن الحنفية بنوا عدم سماع الدعوى للتقادم — في تقادم الديون — على تهمة المدعي ، وحينما وجد الحنفية أن التهمة تزيد في الحيازة — حيث يزيد على المسقط العلم بتصرف الحائز بالمحوز تصرف المالك — نصوا على عدم سماع الدعوى فيه قبل خمس عشرة سنة ، ومما جاء في هذا الصدد ، أن من له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ، ويتصرف فيه هدمًا وعمارة ، مع اطلاع جاره على ذلك فإن دعوى الجار عليه البيت أو بعضه لا تسمع^(١) .

وبالنسبة للمالكية ، فإننا نجد حديث الحيازة ” من حاز شيئًا عشر سنين فهو له “^(٢) يأتي في صدر أدلتهم في تأصيل الحيازة ، ولا تبدو أهمية عملية في البحث في سند هذا الحديث المرسل صحة أو ضعفًا ؛ لأن المالكية أنفسهم لم يلتزموا السنين العشر في كل صور الحيازة ، وإنما زادوا عليها مدداً أخرى ، تزيد أو تقل عن العشر تبعاً لظروف كل حالة .

كما أنهم أضافوا إلى الحديث أدلة أخرى تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز ، حتى إن ابن القيم الذي لم ير صحة الحديث عمل بمضمونه ، وأخذ عن المالكية أدلتهم هذه في رد الدعوى^(٣) .

وقد تعرض الدكتور عبد الجواد لذكر الأسانيد التي تدعم حديث الحيازة ، وتؤيد وجهة نظر فقهاء المالكية الذين يرون — في رأيه — أن الحيازة تسقط الملك عن المالك ، وتنقله إلى الحائز ، وهي : حث المالك على المحافظة على ملكه ووضع جزاء لإهماله ، ومكافأة من يحيي أرضاً مواتاً بتملكها ، وتمليك

(١) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ .

(٣) الطرق الحكيمة ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

اللقطة لواجدها^(١) . ثم أخذ يوضح علاقة هذه الأسانيد بحديث الحيازة من وجوه شبه^(٢) .

ولا نخوض هنا في مناقشة الدكتور عبد الجواد في كل سند مما ذكره منفردا ، وإنما يكفي القول بأن الدكتور عبد الجواد إنما ذكر هذه الأسانيد ليؤكد قول من قال — في رأيه — بأن الحيازة تسقط الملك عن المالك وتنقله إلى الحائز ، وهذا القول سبق مناقشته وبيان عدم صوابه^(٣) ، وتبعا لهذا فإن هذه الأسانيد لا تشهد لما أراد الدكتور عبد الجواد .

وقد أردف الدكتور عبد الجواد هذه الأسانيد مطلبا عنوانه (الأسس التي اعتمد عليها فقهاء المالكية في الحيازة غير الحديث النبوي) ، ثم ذكر الأسس الأول ، وهو أن (الأصل في الحكم بالحيازة جهل الحائز بأصل مدخله فيها . الحيازة لحماية المالك أو من يظهر بمظهر المالك) .

وبخصوص الشق الأول من هذا الأساس ، فقد انتهى إلى أن المقصود بجهل الحائز بأصل مدخله فيما يحوزه ، هو أن يجهل الحائز أنه دخل في الحيازة بسبب مؤقت أو عارض ، كالإجارة والإعارة ، أو بسبب غير شرعي كالغصب مثلا^(٤) .

ولكن يبدو أن هذه الجزئية لا تتدرج تحت تأسيس الحيازة ، وإنما تتبع شروطها ، ولا يعني هذا أن شروط الحيازة غير مرتبطة بأسسها ، فمثلا شرط تصرف الحائز في المحوز تصرف الملاك ، يؤسس للحيازة بأن العرف يشهد للحائز بأنه أحق بالمحوز ، وكذلك شرط حضور المحوز عليه وعلمه بالحيازة وسكوته مدة التقادم ، يؤسس لها بأن المحوز عليه متهم في ادعائه الملك . وأما

(١) وقد ذكر سندا رابعا ، وهو استبعاد الأرض الموات والأشياء المتروكة من مجال تطبيق حديث الحيازة . وواضح أن هذا السند يتعلق بالسند الثاني ، وهو مكافأة من يحيي أرضا مواتا بتملكها .

(٢) الحيازة والتقادم ص ٢٥٢ : ٢٥٥ ، بند ١٧٧ : ١٧٩ .

(٣) وذلك عند الكلام عن طبيعة الحيازة بالفصل السابق .

(٤) الحيازة والتقادم نهاية بند ١٨٢ ، ص ٢٦٠ وراجع ص ٦١ هامش ٤ — من هذه الرسالة — حيث الكلام عن جهل الحائز بأصل مدخله .

ما نحن بصدد من علم الحائز بسبب دخوله على المحوز بما ينقل الملكية إليه ، فهو وإن كان شرطاً للحيازة لكنه لا يصلح أن يكون مؤسساً لها ، بمعنى أن دعوى الخصم لا ترد لأجل هذا العلم ، بخلاف العرف أو التهمة أو ما شابه ذلك مما يصلح لردّها .

أما الشق الآخر — الحيازة لحماية المالك أو من يظهر بمظهر المالك — من هذا الأساس ، فلم يذكر الدكتور عبد الجواد وجهه ، ويمكن القول بأن الحائز قد لا يكون بيده سند الملكية ، كأن يكون وارثاً وليس معه سند ملكية مورثه ، أو يكون مشترياً ثم يفقد عقد البيع — غير المسجل — ، ولكن تظل يده على المبيع مدة الحيازة ، فهنا تكفي الحيازة سنداً له ، وبأولى تعفيه من تسلسل الملكية .

ثم ذكر الدكتور عبد الجواد الأساس الثاني للحيازة ، وقد جعل عنوانه (عشر سنين أبلغ شيء في الإعذار) ، وأيضاً (مدة العشر سنين في الحيازة أبلغ عذر للمحاز عليه) ، وقد نقل تحت العنوان الأول قول الخطّاب : ” قال ابن يونس : قال ابن سحنون : لما أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالقتال بعد عشرين سنين ، كانت أبلغ شيء في الإعذار . واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم^(١) ، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة ، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين ، دليل على انتقاله عنه . والله أعلم “، (٢) .

ثم نقل تحت العنوان الثاني قول بعض المفسرين في بعض آيات الكتاب ، مثل قوله تعالى ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾^(٣) ، ثم قال معلقاً : ” وعلى ذلك فبعض المفسرين وبعض فقهاء المالكية ، يرون أن المدة التي مضت بين بدء الرسالة والأمر بالقتال هي عشر سنين ، وهي مدة كافية في الإعذار ، لمن يقتنع بالحجة والبرهان ، فإذا مضت هذه المدة ، فإن الذين

(١) حديث الحيازة السابق . وقد سبق تخريجه ص ٢٤ هامش ١ .

(٢) الحيازة والتقدم بند ١٨١ رقم ٢ منه ، ص ٢٥٧ . وانظر مواهب الجليل ٢٢٤/٦ .

(٣) الحج : ٣٩ .

لم يقتنعوا بصحة الرسالة ، يجب أن يعلن عليهم الجهاد ، وأن يقاتلهم النبي صلى الله عليه وسلم .

وقياسا على هذه المدة في موضوع الحيازة ، فإن استمرار الحائز مدة عشر سنين ، يستعمل المال المحاز المملوك لغيره ، أو يتصرف فيه تصرف المالك فيما يملك ، كما يقول الفقهاء ، وسكوت المالك طوال هذه المدة ، دون أن يعترض على الحائز أو يطالبه بحقه ، هذه المدة كافية لاعتبار هذا المالك مهنلا أو تاركا لحقه، وتكون بذلك كافية لإسقاط الحماية المقررة للمالك على ملكه عنه، بل إسقاط ملكيته عنه ونقلها إلى الحائز عند الإمام مالك وبعض أصحابه ، ومن أخذ بقولهم من فقهاء المذهب المالكي ، كما سبق أن ذكرنا ،^(١) .

وما يلاحظ هنا هو أن الخطاب لم يورد هذا الكلام في تأسيس الحيازة ، وإنما ساقه في بيان مدة الحيازة والتدليل عليها ، والدكتور عبد الجواد نفسه ذكر في كلامه السابق ، أن تحديد العشر في الحيازة مقاس على مدة الإعذار . وسيأتي خلال الكلام عن مدة الحيازة بيان عدم صحة هذا القياس^(٢) .

كما أننا نجد في كلام الدكتور عبد الجواد السابق أنه يبني الحيازة التي تسقط الملك عن المالك ، وتنقله إلى الحائز ، على الإهمال أو التنازل ، أو على حد قوله ” هذه المدة كافية لاعتبار هذا المالك مهنلا أو تاركا لحقه “ . وهذا لا يصح ؛ لأن الإهمال لا يكون أبدا سببا لإسقاط الملك ونقله إلى غير صاحبه ، سواء أكان الإهمال في ترك ملكه وعدم استعماله، أم كان في سكوته على الحائز الذي يتصرف في ملكه ، وهذا الإهمال الأخير يقتصر أثره على رد دعوى المحوز عليه ، وليس إسقاط ملكه عنه^(٣) .

(١) الحيازة والتقادم بند ١٨٣ ، ص ٢٦١ .

(٢) انظر ص ١١٧ ، ١١٨ .

(٣) وهو ما سبق التدليل عليه في طبيعة الحيازة وقريب من هذا قول الدكتور عدلي أمير : ” بالرغم من أن المالك للعقار حر يفعل في ماله ما يريد ، إلا أنه لا يجوز لصاحب العقار أن

هذا عن الإهمال ، أما تبرير الحيابة على اعتبار تنازل المالك — الوارد في كلام الدكتور عبد الجواد السابق أيضا — فإنه لا يصلح كذلك ؛ إذ فيه افتئات على المحوز عليه ، ونسبة قول إليه وهو يبدي غيره بالمطالبة بالمحوز ، وقد يكون هو المالك حقيقة للمحوز ، وأنه لم يتركه تنازلا ، الأمر الذي لا ينفى الملكية عنه . وأيضا فإن الحيابة إذا كانت بذاتها تعد تنازلا ، لكفى الحائز حينئذ ادعاء الحيابة وحدها دون ادعاء الملكية ، وهذا ما لم يقل به الملكية أنفسهم .

وأما الأساس الثالث الذي نقله الدكتور عبد الجواد عن الملكية ، فهو ما ذكره من أن سكوت المحوز عليه على الحائز يعد كإقراره بحق الحائز^(١) ، كما ذكر فيه جواز القضاء بتغليب الأحوال ، وأن العادة جرت على ألا يترك أحد ماله بيد غيره مدة طويلة^(٢) .

هذا عن الملكية ، أما الإباضية فقد استدلوا بحديث الحيابة أيضا ، وذكروا أن الحيابة تنهي الصراع بين المتخاصمين ، وتعفي القاضي من عناء التقصي والبحث عن الأدلة المطمورة والمتعذرة ؛ لموت الشهود وضياح العقود^(٣) .

فالحائز وإن كان له المطالبة بحقه ، فإن القضاء — أداة الحائز — له أن ينظم هذه المطالبة بما يحقق له الوثوق من الأدلة ، فالحيابة بهذا الاعتبار هي

يمارس حقه على وجه يلحق الضرر بغيره ، وقد حرمت عليه الشريعة حبس الأموال عن التداول ؛ لما في ذلك من إضرار بالثروة القومية ، ولأن الله سبحانه وتعالى ما خلق هذا الكون إلا لمصلحة عباده ؛ لقوله تعالى ﴿ وَالْأَرْضَ وَضَعَهَا لِلْأَنَامِ ﴾ ، ولم يرسل رسله وأنبياءه إلا لمصلحة العباد ، فالأحكام الشرعية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد . فالتملك ليس إلا مكنة أباحها الشارع للمنفعة ، ومن ثم فلا يجوز أن تتخذ الملكية وسيلة للإضرار بالمجتمع ، وذلك بالقول بعدم اكتساب ملكية العقار لحائزه زمنا طويلا بالشروط المقررة للحيابة ، بحجة الحفاظ على بقاء الملكية للمالك الذي أهملها “ . تملك العقارات بوضع اليد ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٢ .

(١) إقرار المحوز عليه بحق الحائز يختلف عن التنازل ؛ إذ إن التنازل يفترض فيه أن المحوز عليه كان مالكا للمحوز ، بخلاف الإقرار الذي لا يشترط فيه ذلك .

(٢) الحيابة والتقادم بند ١٨٤ ، ص ٢٦١ : ٢٦٣ .

(٣) السابق بند ٢٤٧ وما بعده ص ٣٤١ ، ٣٤٢ . وانظر شرح النيل ١٣/٥١٧ ، ٥١٨ .

جزء من النظام العام .

على أية حال ، فهذا الأساس — وما سبقه من أسس — إنما يعود إلى تهمة المدعي فيما يدعيه ، وهو بهذا يتفق مع ما سبق بيانه — في المبحث السابق — من بناء تقادم الديون على التهمة أيضا^(١) .

وأخيرا فإن بناء التقادم في الفقه الإسلامي على التهمة ، إنما هو في مجال حقوق الأفراد فيما بينهم — محل اهتمام الفقه الإسلامي في تناوله للتقادم — ، أما حقوق الأفراد من السلطة الحاكمة بأشكالها المختلفة فإن أساس التقادم فيها يرجع إلى النظام العام وسلطة ولي الأمر — بصوره المتدرجة — في تقييد المباح ، فكل من الهيئات والمؤسسات والوزارات المدنية وغير المدنية لها إسقاط حقوق من يتعامل معها بالتقادم — برغم ثبوت هذه الحقوق — مراعاة لتقديم المصلحة العامة ، وتقاديا من الوقوع في الحرج الشديد إذا لم تسقط هذه الحقوق بالتقادم .

(١) راجع ص ٦٤ .

الفصل الرابع

نطاق التقادم

المبحث الأول نطاق الحيابة

المبحث الثاني نطاق تقادم الديون

المبحث الأول نطاق الحيابة

ترتبط الحيازة — التقادم المكسب — بالحقوق العينية ، فإذا حاز حائز حقا عينا حيازة صحيحة أو بشروطها ، صار ذلك قرينة على تملكه هذا الحق ، ولكن يستثنى من ذلك ما يأتي :

١- الحق العيني المقيد بالسجل العيني ، فهذا الحق وإن كان قابلا للتعامل معه وحيازته ، فإنه لا يكتسب بتقادم حيازته ، ومبادئ الفقه الإسلامي لا تتعارض مع ما يستجد من أساليب توثيق الحقوق ، ما دامت لا تخالف روح الشرع^(١) .

كما لا تتعارض مبادئ الفقه الإسلامي مع عدم سقوط الحق المقيد بصحيفة الوحدة العقارية بالسجل العيني بالتقادم ، فمالك العقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بأن غيره قد تملك عقاره بالتقادم ؛ وذلك اعتمادا على أن البيانات المدونة بالسجل العيني لا يرقى إليها شك ، وأنها تعبر عن حقيقة الأمر وواقعه^(٢) . وقد نصت المادة (٣٧) من قانون السجل العيني الصادر سنة ١٩٦٤م على أنه ” يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل “^(٣) .

(١) انظر على سبيل المثال في تأصيل هذا الموضوع : بحث الشيخ علي الخفيف ” شهر العقار وتسجيل التصرفات وموقف الشريعة من ذلك “ ، وهو مدرج بالجزء العاشر من (وثائق ونصوص) ، وهو الجزء الخاص بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية . ص ٥٥١ : ٥٦٠ ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية — جامعة الدول العربية ، سنة ١٩٧٢ .

(٢) انظر على سبيل المثال في تأصيل هذا الموضوع : بحث الدكتور محمد عبد الجواد ” نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية “ بالمرجع السابق أيضا ، ص ٢٦١ : ٣٢٤ .

(٣) لم يسلم الدكتور محمد لبيب شنب لمدلول هذه المادة . راجع بحثه ” اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من الشهر الشخصي والشهر العيني “ بالمرجع السابق أيضا ، ص ٦٠٥ : ٦١٣ . وانظر كتابه أيضا ” دراسات في قانون السجل العيني المصري “ ، ص ٥٠ ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية — المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم — جامعة الدول العربية ، سنة ١٩٧٤ . وانظر في الرد عليه ” السجل العيني في التشريع المصري “ الدكتور إبراهيم أبو =

وإذا كنا نلاحظ ثم تعارضاً بين القانون المدني الذي يقر الحائز الغاصب على ما حازه ، حتى لو أقر بغصبه ، ما دام شروط حيازته قد توافرت ، وبين ما نحن بصده ؛ إذ لن يبلغ الشهر العيني مبلغ الإقرار بالغصب توثيقاً لصاحب الحق . أذكر أننا إذا كنا نلاحظ هذا التعارض في القانون ، فإننا لا نجد له أثراً في الفقه الإسلامي الذي لا يقر حيازة غاصب .

هذا ، وينبغي أن يتوجه النظر إلى أن إجراءات التحري عن مالك العقار قبل تدوينه بالسجل العيني — حتى يسلم عقاره من التملك بالتقادم — من الناحية النظرية يمكن أن نصل بها إلى حقيقة الأمر وواقعه ، غير أن بعض القائمين على أمر السجل العيني لم يتحروا هذه الإجراءات عند التطبيق ، وإنما اكتفوا في تدوين بيانات العقار بالسجل العيني على بيانات سجلات الشهر الشخصي أو العقاري ، دون تحرر وتأكد ونزول إلى أرض الواقع ، للوقوف على مدى صدق هذه البيانات التي ينبغي أن يقتصر دورها على الإرشاد المبدئي لمعرفة صاحب العقار ، لا أن تكون هي كل ما يعتمد عليه القائمون بالأمر . ولذا فإننا لو أخذنا بمبدأ القوة المطلقة للسجل العيني ، وأن المدون فيه لا يجري عليه التقادم ، يجب أن يتبع ذلك تطبيق ما وضع له من إجراءات نظرية .

٢- وقد يكون الحق العيني غير مقيد بالسجل العيني ، وبرغم هذا لا يصح اكتسابه بالتقادم ، فقد يكون هذا الحق غير قابل للتصرف فيه أو حيازته ، وقد مثل الفقه الإسلامي لهذا بالأموال غير الخاصة ، كالطرق والمساجد وغير ذلك^(١) ، ولا يبتعد القانون عن الفقه الإسلامي في هذا الأمر ، فقد نص على أن الشيء لا يكون صالحاً لأن يكتسب بالتقادم بسبب طبيعته كالشمس والهواء والبحار ، أو بسبب الغرض الذي خصص له كالأموال العامة ، أو بسبب

= النجا، ص ٤٦٤ وما بعدها، بدون ناشر ، سنة ١٩٧٨ ، وكذلك ” نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية “ للدكتور ياسين محمد يحيى ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، دار النهضة العربية — القاهرة ، سنة ١٩٨٢ .

(١) المجلة : مادة ١٦٧٥ ، حاشية العدوي على الخرشى ٢٤٢/٧ ، شرح النيل ٥٠٨/١٣ .

مخالفته للقانون والآداب كالمخدرات وبيوت الدعارة^(١). على أنه إذا حولت الدولة بعض أموالها العامة إلى أموال خاصة ، فإنه يجري عليها أحكام التقادم .
ومن الأموال العامة التي لا تكتسب بالتقادم الوقف ، وهذا ما ذهب إليه المالكية^(٢) والإباضية^(٣) ، أما الحنفية فيرون أن الدعوى التي تعود لأصل الوقف تتقادم بثلاث أو ست وثلاثين سنة^(٤) ، وما ذهب إليه المالكية والإباضية هو الراجح في ذلك ؛ إذ لم يسبق الحنفية دليلاً على إلحاق الوقف بالأموال الخاصة التي يجري عليها التقادم .

٣- حيازة الضرر: وقد تعرض الدكتور عبد الجواد لهذه الجزئية، يقول :
((جعل ابن فرحون في تبصرة الحكام فصلاً ” في نفي الضرر وسد الذرائع “
وقد جاء فيه : ” (مسألة) : ومن أحدث عليه ضرر من الاطلاع ، أو خروج ماء من مرحاض قرب جدار داره ، أو غير ذلك من الإحداثيات المضرة ، وعلم بذلك ولم ينكره ولا اعترض عليه فيه عشرة أعوام ونحوها ، من غير عذر يمنعه من القيام ، فلا قيام له بعد هذه المدة ، وهو كالاستحقاق . وهو مذهب ابن القاسم ، وقاله ابن الهندي وابن العطار . قال أصبغ : ” لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد عشرين سنة أو نحوها ” . وجعلها خلاف الحيازة في الأصول ، وبالأول القضاء ، ”^(٥) .

وعلى ذلك فالاطلاع، وهو حق المظل، وكذلك حق المسيل وما أشبههما، يمكن أن تكون موضوعاً للحيازة بشروطها المذكورة^(٦) .

(١) الحيازة ، د. محمد المنجي ، ص ١٦١ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثانية ١٩٨٥ .

(٢) البهجة ٢٦١/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٦/٦ .

(٣) شرح النيل ٥٠٨/١٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ .

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٥٤/٢ ، المطبعة الشرفية - مصر ، الطبعة الأولى ١٣٠١ هـ .

(٦) أحال الدكتور عبد الجواد في حاشيته إلى الموضوع الذي ذكر فيه شروط الحيازة ، مثل استمرار الحيازة المدة المطلوبة ، وتصرف الحائز في المحوز بما يناسب طبيعته ، وغير ذلك من شروط . وما أشار إليه الدكتور عبد الجواد من حيازة حق المسيل ، جاء بناء على نص نقله عن الحطاب قبل استعراض كلام ابن فرحون في حيازة الضرر .

يقول بعد المسألة السابقة : ” (فرع) وفي الطرر : وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سواء ، على القول بحيازته ، ولا يفرق بين الأقارب والأجانب “،^(١) .

كما يقول أيضا : ” (مسألة) وفي المتطية : قال ابن حبيب : وجوه الضرر كثيرة ، وإنما تتبين عند نزول الحكم فيها ، من ذلك دخان الحمامات والأفرنة وغبار الأندر^(٢) ، ونتاج الدباغين ، إن لم يكن يضر لمن جاوره وإلا فاقطعوه ، وسواء كان قديما أو محدثا ؛ لأن الضرر لا يستحق بالقدم ، وإنما حيازة التقادم الذي جاء فيها الأثر ” من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه “، فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض ، من أجل أن الحائز لذلك يستغني بالحيازة عن أصل وثيقته التي حاز بها إليه ذلك ، من شراء أو هبة . ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة ، بل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلما وعدوانا “،^(٣) .

وعلى ذلك فطبقا لقول ابن حبيب ، لا يمكن حيازة حقوق الارتفاق الضارة بصاحب الملك المجاور أو العقار الخادم ، ولكن هذا مخالف لرأي الغالبية العظمى من كبار فقهاء المذهب المالكي ، ومنهم ابن القاسم وابن الهندي وابن العطار وأصبغ ، كما هو مذكور في النص الأول .

ولكن هناك وجهة نظر أخرى أوضح من وجهة نظر ابن حبيب ، نقلها ابن فرحون عن ابن أبي زَمَنِين^(٤) الذي يقول : ” رأيت في مسائل يسأل عنها

(١) تبصرة الحكام ٢/٢٥٤ .

(٢) الأندر بوزن الأحمر : البيدر بلغة أهل الشام . والبيدر بوزن خبير : الموضع الذي يداس فيه الطعام . مختار الصحاح للرازي : ندر ، بدر . دار الحديث — القاهرة ، بدون تاريخ . وداس الزرع أو الحصيد أو الحب : درسه . المعجم الوسيط : دوس . إصدار مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة دار المعارف بالقاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ، ١٩٧٢م .

(٣) تبصرة الحكام ٢/٢٥٥ .

(٤) أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن أبي زَمَنِين المُرِّي ، أجل أهل وقته قدرا في العلم والرواية ، صنف في علوم متعددة ، منها تفسير القرآن ، واختصار لشرح ابن مزين للموطأ ، وكتاب أصول السنة . توفي بالبصرة سنة تسع وتسعين وثلاثمائة . الديباج المذهب ١/٢٦٩ ، ٢٧٠ .

ابن مزين^(١) أنه قال : ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا تزيد، كفتح الأبواب والكوّة يطلع منها ، وشبهه مما يحدث بمحضر من أحدث عليه ، فإن محدثه يستحقه في مثل ما يستحق في الحيازة من طول الزمان . وما كان ضرره يتزايد كالكنيف فلا يستحقه محدثه بطول حيازته ، وإن أمسك المحدث عليه ذلك عن القيام فيه ، ثم أراد القيام بعد ما مضى من الزمان ما يكون فيه الحيازة ، فإن ذلك لا يحاز بطول الزمان ، ويقطع عن المستضر به متى قام فيه . وكذلك الدباغ ؛ لأنه مما لا يبقى على حالة واحدة كالكنيف ، وإن لم يزد في حفرته في السعة والطول ، فقد يوهن ما يلي الحفرة بكثرة ما استتقع فيها من الماء وغيره عاما بعد عام ، فيحدث عند جاره من الوهن في جداره ما لم يكن حدث عليه من قبل ذلك ،^(٢) .

ومن الواضح أن ابن مزين قد فرق بين نوعين من حقوق الارتفاق :
النوع الأول هو الذي يبقى على حالة واحدة لا تزيد ، أي أن الضرر الناتج عنه ثابت لا يزيد بمرور الزمن ، وذلك كفتح الأبواب وحق المطل ، وهذا النوع من حقوق الارتفاق تطبق عليه قواعد الحيازة .

والنوع الثاني من حقوق الارتفاق ، هو ما كان ضرره يتزايد بمرور الزمن ، كالكنيف في الزمن الماضي للمدن الكبيرة ، قبل وجود نظام المجاري ، وكما هو الوضع في الوقت الحاضر في القرى والأرياف ، وذلك للسبب الواضح المذكور في النص .

(١) يحيى بن زكريا بن إبراهيم بن مزين ، أصله من طليطلة وانتقل إلى قرطبة ، ورحل إلى المشرق فلقى مطرف بن عبد الله وروى عنه الموطأ ، ورواه أيضا عن حبيب كاتب مالك ، وكان حافظا للموطأ فقيها فيه . يقول عنه ابن لبابة : ابن مزين أفقه من رأيت في علم مالك وأصحابه . ولي قضاء طليطلة ، وله تأليف حسان منها تفسير الموطأ ، وكتاب تسمية رجال الموطأ ، وكتاب علل حديث الموطأ وهو كتاب المستقصية . مات في جمادى الأولى سنة تسع وخمسين ومائتين وقيل سنة ستين .
الديباج المذهب ١/ ٣٥٤ ، ٣٥٥ .

(٢) تبصرة الحكام ٢/ ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

وهذه التفرقة الدقيقة بين هذين النوعين من حقوق الارتفاق ، تدخل فيما أُلْفناه من دقة الفقهاء المسلمين في تحليل المراكز من حيث طبيعتها وآثارها . ونحن لا نشك في أن النتيجة المنطقية التي وصل إليها ابن مزين من التفريق بين هذين النوعين من حقوق الارتفاق، جديرة بالاعتبار والتطبيق العملي ((^(١)).

ولكن يبدو أن المدار الذي رجحه الدكتور عبد الجواد ليس في محله ، أي لا يعد عدم استفحال الضرر أو استفحاله سببا لاكتساب الحق بالتقادم أو عدم اكتسابه ؛ لأن المحوز عليه يكون في غالب الأحوال على علم بما سيؤول إليه الأمر من ثبات الضرر على حالة واحدة أو عدم ثباته ، وحتى لو كان غير عالم فإن مقياس تزايد الضرر لا يعتد به أيضا ، وإنما بقرائن الأحوال ، حيث ينظر إلى نوع العلاقة التي تربط الحائز بالمحوز عليه ، ومدى تسامح المحوز عليه في ترك الحائز يستخدم ملكه ، وكذلك نوع وحجم تصرف الحائز في ملك المحوز عليه ، ومقدار الإجراءات والإشغالات المادية التي تصاحب استخدامه .

وإذا كان هذا هو المدار في الحيابة بعامة ، فإن الأمر يختلف في حيابة الضرر خاصة ؛ لأنه يمكن القول بأن الضرر — تزايد أو لم يتزايد — لا يجوز حيازته بدءا ، قياسا على حيابة المنهي عنه شرعا ، فالأمر ليس متعلقا بالزمن ، وإنما بثبوت الضرر الذي يجوز رفعه ولو مر عليه السنون . كما أن أساس التقادم هو التوهين من دليل المحوز عليه في أنه يملك المحوز ، وهذا ما لا نجد منه شيئا هنا ، إذ يقر الجميع — ومنهم الحائز نفسه — أن ما يحوزه هذا الحائز لا حق له فيه ، فكيف يكتسبه بالتقادم ؟!

(١) الحيابة والتقادم بند ١٣١ : ١٣٣ ، ص ٢٠٩ : ٢١٢ .

المبحث الثاني

نطاق تقادم الديون

إذا كان نطاق الحيابة مرتبطا بالحقوق العينية فحسب ، فإن نطاق تقادم الديون قد تخطى ذلك ليشمل الحقوق الشخصية أيضا ، غير أنه يستثنى من هذا ما يأتي :

١- الحقوق الخاصة بالأحوال الشخصية ، فلا يسقط بالتقادم حق الإنسان في النسب ، ولا حقه في الطلاق . وكذلك لا تسقط بعدم الاستعمال الأسماء والألقاب العائلية ؛ إذ إن الأسماء لصيقة بالشخصية ، وليست من الحقوق المالية التي يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه ، مهما طال مدة انتحاله أو استعماله له . وعدم استعمال اللقب خاصة لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طال مدة إهماله^(١) . وإذا كان هذا الاستثناء قد ورد في القانون ، فإن الفقه الإسلامي لا يعارض ذلك ؛ لأن مثل هذه الرخص لا تحتاج إلى تجديد نفسها من حين لآخر ، ولأنها لا تتعارض ودوافع تشريع التقادم .

٢- توثيق الحق : الإقرار بالحق لا يعد فحسب قاطعا للتقادم ، بل يعد مانعا له أيضا^(٢) ، وتوثيق الحق هو صورة من صور الإقرار ، فلو كان بيد المدعي وثيقة بموضوع الحق — كوثيقة الزواج الرسمية — تحمل توقيع المدعي عليه أو خاتمه ، فله أن يتقدم بها للقضاء ، مطالبا بحقه حتى لو تقادم ، وإذا كان للمدعي عليه الدفع ، فله أن يطعن مثلا في صحة التوقيع أو سرقة خاتمه ، وهذا الدفع غير مرتبط بالتقادم؛ إذ له أن يستعمل هذا الدفع حتى لو لم يتقادم موضوع الدعوى . وتوثيق الحق هنا بالتوقيع أو الخاتم يختلف عن توثيقه بالشهادة ؛

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣١٧ ، ص ٢٧٠ ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

(٢) سيأتي تفصيل القول في انقطاع التقادم في الفصل السابع من هذا الباب .

إذ شبهة التزوير تظل في جانبها بالتقادم . ولا يعترض بأن الطعن في صحة الشهادة يمكن أن يدفع به المدعى عليه حتى لو لم تتقدم الدعوى ؛ وذلك لأن طعنه في هذه الحالة سيكون مبنيا على جرح الشهود ، وليس له ذلك إذا كانوا عدولا ، بخلاف ما لو تقدمت ، فإن التأخير — دون عذر — يعد جرحا فيهم — أو في المدعي — ولو كانوا ظاهري العدالة^(١) .

٣- دعوى البطلان : وهذا بدهي؛ لعدم احتياج العقد الباطل لشيء خارج عنه لإبطاله ، يقول الشيخ الزرقا : لا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ، ولو مضت على العقد مدة التقادم ؛ ذلك لأن الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجودا بطول الأمد .

فلو فرض في البيع الباطل مثلا ، أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاما ، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ؛ ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن ، فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع . وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالبا تسليم المبيع بعد التقادم ، فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع . ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم ؛ ذلك لأن كلا منهما في الأصل غير مكلف بالادعاء والتقاضي لإبطال العقد ؛ لأن الباطل لا يحتاج إلى إبطال .

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تم تنفيذه بالتقايض ، ومضت مدة التقادم ، ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاما ، يطلب استرداد المبيع بحجة بطلان البيع ، فإن للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل ، وعندئذ يقضى ببرد دعوى الاسترداد ؛ لأنه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله ، فإن استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج إلى دعوى ، فيخضع حق الاسترداد

(١) وعدم تقادم الحق الموثق بالسند ، هو القول الراجح عند المالكية . انظر الحيازة والتقادم

— ومصادره — بند ١١٥ . وستأتي معاودة كلام عن هذا الموضوع ص ١٨٣ : ١٨٦ .

للتقادم ؛ لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع سماعها . فيعتبر حكم التقادم هنا ساريا على حق الاسترداد ، لا على بطلان العقد .

ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال ، طالبا استرداد الثمن ، لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن ، فإن للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به .

ويظهر الفرق جليا بين سريان حكم التقادم على حق الاسترداد ، وعدم سريانه على بطلان العقد ، فيما لو تأخر التقابض في البدلين عن تاريخ العقد ، حتى مضت مدة التقادم على العقد الباطل ، ولم تمض على التقابض . ففي هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلمه بحجة بطلان العقد ، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقد ؛ ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم ، وحق الاسترداد لم يتقادم^(١) .

ويبدو أن القانون المدني الحالي لم يكن موفقا حينما أضاف إلى المادة (١٤١) تقادم دعوى البطلان ، فقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه ” تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد “ ، وبرغم أن العقد الباطل لا يتغير وصفه بتقادمه ، فإن إجراء ما يجري على العقد الصحيح عليه ، أمر غير سائغ .

٤- الدفوع : قيل في تبرير أبدية الدفوع ، بأن التقادم لا يتناول إلا الدعوى التي أهمل ذووها استعمالها ، فيسري عليها ميعاد التقادم من الوقت الذي كان يمكن فيه استعمالها ، أما الدفوع فهي لا تعدو أن تكون دفاعا يتمسك به المدين لصد دعوى الدائن ، ولا سبيل أمام المدين في التمسك بالدفع إلا إذا رفعت عليه الدعوى . وعلى ذلك يبقى الدفع ما بقيت الدعوى ، حتى لو انقضت على الدفع مدة التقادم .

(١) المدخل الفقهي العام بند ٣٦١ ، ص ٦٧٠ ، ٦٧١ ، دار الفكر — دمشق ، الطبعة العاشرة ١٩٦٨ ، ١٣٨٧ .

ويفترض تطبيق قاعدة أبدية الدفع أن يكون المتمسك بها مدعى عليه ، فهو يدفع الدعوى المرفوعة عليه ، وينتج من ذلك ، أن هذه القاعدة لا يمكن التمسك بها في صورة رد أو في صورة طلب فرعي أو دعوى المدعى عليه .

فبالنسبة للرد ، فمن المسلم أن من يتمسك به لا تتحول صفته من مدع إلى مدعى عليه ، فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع .

وبالنسبة للطلب العارض أو دعوى المدعى عليه، فلا يمكن أيضا التمسك بهذه القاعدة ؛ إذ يكون من يتمسك بالبطلان ، أو بالحق الذي مضت عليه مدة التقادم ، قد أصبح مدعيا في هذه الحالة ، وعليه إذن التمسك بحقه ورفع الدعوى به في المواعيد القانونية .

وقد قضي في خصوص ما تقدم بأنه ولئن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا؛ ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما ، فلا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنما تتقادم الدعوى به ، فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ؛ لأنه دفع والدفع لا تتقادم^(١) .

وما دامت الدفعات تتعلق بجانب المدعى عليه ، فإنه ليس ثم ما يعارض أباديتها في الفقه الإسلامي ، الذي خص التقادم بالمدعي وحده ، والتبرير الذي قدمه القانون في تسويغ أباديتها يتفق ومبادئ الفقه الإسلامي .

٥- الأحكام : القاعدة العامة أن قوة الأحكام تسقط بالتقادم بمضي خمس عشرة سنة ، فالحق الذي يقرره الحكم يسقط إذا لم يقم المحكوم له بتنفيذه خلال هذه المدة ، وهذه القاعدة لا يجوز الأخذ بها على إطلاقها ؛ ذلك أنه إذا كان الحكم مقررًا لحق الملكية ، فيعتبر منتجا بصرف النظر عن أي تنفيذ له، إذ يظل

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣٢٣ ، ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

حق الملكية قائما ما لم يقدّم الدليل على أن الغير قد اكتسب الملكية بوضع اليد باعتبار أن حق الملكية لا يتقدم بالإهمال أو عدم الاستعمال^(١) .

والقانون بهذا يتابع ما قرره من تقدم الإقرار نفسه ؛ لأن حكم القاضي لن يبلغ مرتبة الإقرار ، فبأولى تقدمه . أما الفقه الإسلامي ، فإن التقدم فيه مبني على الطعن في دليل الخصم ، ولذا فإن حكم القضاء فيه لا يتقدم ، سواء أكان مؤسسا على الإقرار أم غيره ، تنفيذاً لحكم دعوى الاسترداد أم غيره أيضاً؛ لأن حكم القضاء إذا وجب تنفيذه في الحال ، فإن مرور الزمن لا يؤثر على وجوب نفاذه ، إذا لم ينفذه المحكوم له^(٢) .

٦- الإبراء : التنازل الذي يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما ، إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات، وإذا كان التقدم المسقط هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، فإنه لا يمكن أن يرد عليه مثل هذا التنازل ، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائياً ، فإنه ينشئ مركزاً قانونياً ثابتاً لا يتقدم أبداً ، ويحق للمتنازل إليه أن يطلب في أي وقت أعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ، ومن بينها إبطال ما اتخذته المتنازل من إجراءات تخالف تنازله^(٣) . ولا يختلف الأمر في الفقه الإسلامي عنه هنا لهذا السبب أيضاً ، ولأنه كذلك لا يتعارض ودوافع تشريع التقدم فيه .

(١) التقدم ، محمد أحمد عابدين ، ص ٢٨٦ ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، ١٩٩٥ م .
(٢) وفي هذا يقول ابن فرحون : ” إذا قضي للرجل على الرجل بالدار أو غيرها من الأشياء ، فلم يخرج المقتضي له من يد المقتضي عليه ، حتى تقدم زمانه ، وحازره عليه بعد أن قضي له به ، فذلك لا يسقط حق المقتضي له “ . التبصرة ٨٨/٢ ، وانظر الحيازة والتقدم للدكتور عبد الجواد بند ٣٧ ، ص ٧١ ولبعض الحنفية رأي مخالف لهذا — درر الحكام شرح مجلة الأحكام للشيخ علي حيدر ٢٣٧/٤ ، دار الجيل ببغداد ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ / ١٩٩١ م — ولكن رأي المالكية هو الراجح .

(٣) التقدم ، علي أحمد حسن ، ص ٢٧٥ .

نطاق تقادم الجرائم والعقوبات

هذا عن نطاق التقادم المسقط في المعاملات ، أما نطاقه في الجرائم والعقوبات فقد حدد الآخزون بمبدأ التقادم نطاقه فيما يخص دعوى الحسبة ؛ لأن حق الفرد أقوى من أن يسقط مرور الزمان المطالبة به ، لذا نرى الفقهاء لا يسقطون القصاص بالتقادم ، حيث حق العبد واشتراط الدعوى فيه ، وقد وافق في ذلك الحنفية الجمهور الذي لا يرى الأخذ بالتقادم في كافة الجرائم على ما سيأتي بيانه في الفصل الثالث من الباب القادم .

وفي جرائم الحدود استثنى الفقهاء القائلون بالتقادم جريمة القذف من الجرائم التي تسقط دعواها بالتقادم ؛ لحق العبد واشتراط الدعوى فيه أيضا ، أي أن شكوى المقذوف شرط في إقامة الدعوى ، وعلى ذلك فلا محل لاتهام الشهود بتأخير شهادتهم ووصفها بأنها شهادة ضغن ؛ لأن شهادتهم لا تفرز أثرا ما دام المقذوف لم يتقدم بشكوى قاذفه ، الأمر الذي يلزم عنه قبول شهادتهم إذا قام المقذوف برفع الدعوى ، وما لم تتقادم هذه الشهادة بعد هذه الدعوى .

وعلى الرغم من أن جريمة السرقة مشروط في دعواها أيضا شكوى المسروق منه ، فإنها لم تأخذ حكم القذف ؛ لإمكان الفصل بين حق العبد وحق المولى سبحانه فيها ، بخلاف القذف الذي لا يمكن فيه الفصل بين الحقين . وقد ذكر بعض الآخذين بالتقادم أن الشهادة المتقدمة في السرقة توجب على السارق رد المال دون إقامة الحد عليه ؛ لأن المال حق العبد .

هذا عن تقادم الجريمة الحدية أما تقادم العقوبة الحدية فقد ذهب بعض القائلين بالتقادم أيضا إلى تقادمها وسقوطها بمرور الزمن — عدا القذف — وذهب بعض آخر إلى القول بعدم تقادمها ، وأن العقوبة تلازم الجاني الهارب مهما مر عليها من زمن .

وأما جرائم التعازير فإن القائلين بالتقادم فيما مضى لم يذهبوا إلى تقادم التعازير ؛ ذلك لأن التعازير في حقوق المولى سبحانه تقبل العفو من ولي الأمر ،

فلا حاجة إذن للتقادم لإسقاطها ، بيد أن بعض الفقهاء المعاصرين ذهب إلى تقادمها ، على ما سيأتي بيانه كذلك في حينه^(١) .

وما سبق كله إنما هو في تقادم الشهادة فحسب ، أما تقادم الإقرار فلم يذهب إليه أحد ، سوى ما جاء عن ابن أبي ليلى وزفر في تقادم الجريمة عامة ، وسوى ما جاء عن الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف في تقادم الإقرار بحد الشرب خاصة ، على ما سيأتي بيانه أيضا^(٢) .

نطاق التقادم الجنائي في القانون

أما نطاق التقادم الجنائي في القانون فمن المقرر أن أحكام التقادم تسري على كل جريمة أيا كان نوعها، وأيا كانت عقوبتها، وأيا كان مصدرها القانوني، في قانون العقوبات أو في قوانين خاصة . ويستوي في هذه الجرائم أن تكون مضرة بالمصلحة العامة أو بأحد الناس ، كما يستوي أن تكون من الجرائم المعتادة أو السياسية .

ولا يؤثر في عمومية مبدأ التقادم أن تكون الجريمة في طي الكتمان أو أن يكون سبب إخفائها عن علم السلطات تدبير المتهم أو إهمال القائمين على الأمن العام . كما يسري التقادم على كل جريمة سواء كانت معلومة للمجني عليه أو مجهولة ، وسواء حصل عنها تبليغ للسلطات المختصة أو لم يحصل .

وتطبيقا لمبدأ العمومية يسري التقادم على جميع مرتكبي الجرائم أيا كانت صفاتهم ، وأيا كانت ظروف ارتكابهم للجريمة ، ولا يؤثر في سريان مبدأ التقادم كون الجاني قد انتفع بثمره جريمته أو لم يقد بإصلاح الضرر الذي ترتب عليها ، أو ارتكب جريمة أخرى خلال المدة المحددة للتقادم . فكل هذه الظروف لا تحول دون الاستفادة من التقادم متى توافرت مدته ومقتضاه ، ولا عبرة بما

(١) انظر الكلام عن تقادم التعزير ص ٤١٩ : ٤٢٢ .

(٢) انظر رأي ابن أبي ليلى وزفر ص ٤٠٧ ، ورأي الشيخين ص ٣٨٤ .

إذا كان المتهم غائبا عن إقليم الدولة أو باقيا فيها^(١) ، كما يستوي أن يكون المتهم قد لبى نداء القضاء أو التفت عنه ، فكل هذه الظروف وغيرها لا تؤثر في وجوب انقضاء سلطة العقاب متى انقضت المدة المحددة في القانون .

هذا وفي ظل ثورة التصحيح و صدور الدستور المصري سنة ١٩٧١ ورد بعض الاستثناءات على عمومية التقادم ، وذلك فيما يخص بعض الجرائم المتعلقة بالحقوق والحريات العامة والخاصة ، فقد جاء في المادة (٥٧) من هذا الدستور بأن ” كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنهما بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء “ .

وهذا النص الدستوري رغم ما يبدو من عموميته فهو قاصر على الجرائم التي تقع من الموظفين العموميين وتمس الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة والحريات العامة ؛ وذلك لأن حكمة إيرادها هي احتمال أن يبقى أمر الجريمة خافيا أو يخشى الإبلاغ عنها ما دام مرتكبها في موضع السلطة ، وقد يبقى كذلك إلى أن تنتضي الدعوى الجنائية بمضي المدة ، وتداركا لمثل هذا الموقف كان من المنطقي ألا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . أما لو وقعت الجرائم من المواطنين من غير المذكورين فإن الإبلاغ عنها ومباشرة الإجراءات الجنائية لا يعوقها عائق ، ومن ثم تنتفي الحكمة من منع انقضاء الدعوى الجنائية عنها .

وتطبيقا للمادة (٥٧) السابقة صدر القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢م الذي أضاف للمادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية ما يأتي : ” الجرائم المنصوص عليها في المواد ١١٧ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ٢٨٢ ، ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) من قانون العقوبات ، والتي تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون فلا

(١) راجع الاستثناء أو التعديل الوارد في هذا ص ٨٢ .

تنقضي الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضي المدة “ .والجرائم المشار إليها هي :

— م ١١٧ عقوبات : ” يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل موظف عمومي استخدم عمالا في عمل للدولة أو لإحدى الهيئات العامة سخرة ، أو احتجز بغير مبرر أجورهم كلها أو بعضها “ .

— م ١٢٦ عقوبات : ” كل موظف أو مستخدم أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر . وإذا مات المجني عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمدا “ .

— م ١٢٧ عقوبات : ” كل موظف عمومي وكل شخص مكلف بخدمة عمومية أمر بعقاب المحكوم عليه أو عاقبه بنفسه بأشد من العقوبة المحكوم بها عليه قانونا أو بعقوبة لم يحكم بها عليه يجازى بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا ، ويجوز أن يحكم عليه أيضا مع هذه العقوبة بالعزل “ .

— م ٢٨٢ عقوبات : ” إذا حصل القبض في الحالة المبينة بالمادة ٢٨٠ من شخص تزيا بدون وجه حق بزي مستخدمى الحكومة ، أو اتصف بصفة كاذبة ، أو أبرز أمرا مزورا مدعيا صدوره من طرف الحكومة يعاقب بالسجن ، ويحكم في جميع الأحوال بالأشغال الشاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق ، وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيبات البدنية “ .

— م ٣٠٩ مكرر ، م ٣٠٩ مكرر (أ) عقوبات : وهما يخصان عقاب من يعتدي على الحياة الخاصة للمواطن ، سواء باستراق السمع أو التسجيل أو نقل الأحاديث التي تجري في مكان خاص ، أو بالنقاط أو نقل صورة شخص في مكان خاص ، كذا وتوقيع العقاب على حيازة أو إذاعة أو تسهيل إذاعة أو استعمال مثل هذه التسجيلات ، وتشدد العقوبة إذا وقعت من موظف عام اعتمادا على سلطة وظيفته .

فهذه الجرائم استثنائها المشرع من أحكام تقادم الدعوى الجنائية ، يضاف لذلك أن قانون الأحكام العسكرية لسنة ١٩٦٦م قد استثنى من أحكام التقادم جرائم الهروب والفتنة ، فقد نصت المادة (٦٥) منه على أن هذه الجرائم لا تتقادم الدعوى الجنائية فيها بمضي المدة^(١) .

يتضح مما سبق اختلاف القانون عن الفقه الإسلامي في تحديد الجرائم التي لا تسقط بالتقادم ، فالقانون لم يعنه كثيرا حق الفرد ومدى عدم تأثير مرور الزمن عليه ، ولذا فقد جاءت دائرة التقادم فيه أوسع من الفقه الإسلامي ، وما أورده القانون من استثناءات 'عدا جريمة الهروب من الخدمة العسكرية والفتنة' لم يكن إلا وليد ثورة التصحيح ، فهذه الاستثناءات ما هي في حقيقتها إلا خدمة لمبادئ الثورة وقطع ذيول مراكز القوى أكثر من أن تكون تشريعا عاما عاريا عن أية تأثيرات ؛ وإلا فإن جريمة القتل مثلا تعد أشد ضررا من الاعتداء على الحريات الخاصة ، ورغم هذا فإنها تسقط بالتقادم .

يضاف لهذا أن القانون لم يفرق بين وسائل إثبات الجريمة ؛ حيث يسري التقادم على جميعها ، إقرارا كان أو شهادة أو غير ذلك . أما الفقه الإسلامي فقد عمد إلى تقادم ما يصيبه الوهن بمرور الزمن من هذه الوسائل ، ولذا فقد جاءت الشهادة أكثر ارتباطا بأحكام التقادم من غيرها .

(١) انظر فيما سبق كله :

- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم ص ٩٢ .
- تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ٦٣ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ص ١٤١ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية ، د. عمر السعيد رمضان ، ص ١٧٢ .
- في أصول الإجراءات الجنائية ص ١٥٢ .

الفصل الخامس

مدة التقادم

انتهى متأخرو الحنفية — بناء على أمر ولي الأمر — إلى تحديدها بخمس عشرة سنة ، وأن دعوى الأراضي الأميرية تسمع حتى عشر سنين فقط ؛ نظراً لعدم خفاء التصرف الواقع بها ، فلو ” تصرف أحد في مزرعة في الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر ، وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر ، فأقام الدعوى قائلاً: إن تلك المزرعة هي بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة ، وأنكر المدعى عليه ، فلا تسمع دعواه “^(١) .

وقد يظن أن الحنفية اقتصروا في التقادم على هذه المدة الطويلة ، بيد أننا نجدهم يقللون المدة في حيازة الملك الخاص ، فقد ردوا دعوى المالك ممن يطلع على غيره وهو يتصرف في المحوز تصرف الملاك ، ولم يشترطوا لذلك مرور خمس عشرة سنة أو حتى عشر سنوات، بل جعلوا السنوات القليلة كالثلاث مانعاً من الدعوى ، ولم يشترطوا في المنع أيضاً بهذه المدة القليلة عملاً من أعمال التفويت^(٢) .

أما إذا حضر المدعي المجلس الذي تم فيه التصرف بالمحوز بعمل من أعمال التفويت كالبيع ، فقد ذكر الحنفية أن هذا المدعي إذا كان قريباً أو زوجاً للمدعى عليه ، فإن دعواه ترد ، دون انتظار مدة يطلع فيها على تصرف الحائز المشتري في المحوز . أما إذا كان أجنبياً فقد اشترطوا في رد دعواه أن يطلع

(١) درر الحكام ٣٠٤/٤ . هذا وقد سبقت الإشارة ص ٩٢ إلى ترجيح رأي المالكية بعدم تقادم الدعوى العائدة لأصل الوقف ، على رأي الحنفية الذي يرى تقادمها بثلاث أو ست وثلاثين سنة. كما أن الحنفية أنفسهم اختلفوا في مدة سماع دعوى الإرث ، هل تلحق بالأصل العام — خمس عشرة سنة — أم تستثنى من ذلك ؟ . ابن عابدين ٣٤٣/٤ ، نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٠٢ . كما تجدر الإشارة إلى أن المجلة قد حددت مدة دعوى الإرث بخمس عشرة سنة ، المادة ١٦٦٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ، ٤٧٣/٥ . وبرغم هذا فقد نصت المجلة على سقوط دعوى العقار الملك بعد خمس عشرة سنة . انظر المادة ١٦٦٠ أيضاً .

— بجانب حضوره مجلس التفويت — على الحائز المشتري وهو يتصرف في المحوز ولو بغير أعمال التفويت ، كالزراع أو البناء أو السكنى أو غير ذلك .
أي أن دعوى الأجنبي تقبل بعد مجلس التفويت ، ما لم تنقضى مدة قليلة — غير محددة — يطلع خلالها على تصرف الحائز المشتري بالمحوز .

يقول الرملي في التفرقة بين القريب والأجنبي : ” الذي ظهر لي في الفرق: أن الأطماع الفاسدة في القريب أغلب ، فمظنة التلبيس فيه أرجح ، ولذلك غلب في الأقرباء ، خصوصا في دعوى الإرث لسهولة إثباته . بخلاف الأجنبي فإن طمعه في مال من هو أجنبي عنه نادر ، فلا بد من مرجح يرجح جهة التزوير ، وهي أن يتصرف فيه المشتري زمانا “،^(١) .

ولكن لا يسلم للرملي فيما ذكره؛ لأن اللبس في علاقة الملك بين الأقرباء يحتاج مدة لنفيه ، وهذا ما دفع بعض الحنفية لاستثناء دعوى الإرث من الرد ، كما أنه يمكن للمدعي أن يدعي مثلا بأنه لم يحتج في مجلس التفويت خشية فساد العلاقة الأدبية ، وقد يدعي أيضا بأنه اعترض وادعى ملك الأرض عقيب علمه بأن قريبه البائع لن يعطيه شيئا من ثمنها، فكيف ترد دعواه بانتهاء مجلس البيع؟.

هذا في حق المدعي القريب ، أما الأجنبي فإن الحنفية أنفسهم ذكروا أن من يطلع على من يتصرف بالمحوز تصرف الملاك ، دون أن يسبق بعمل من أعمال التفويت ، فإن دعواه ترد بعد المدة القصيرة من التصرف كالسنوات الثلاث . فإذا كانت دعواه ترد بسبب اطلاعه على التصرف — المدة القليلة — دون بيع مثلا ، فكيف لا ترد إذا حضر مجلس بيع ملكه ولم يعترض ، دون أن يكون له عذر في سكوته؟! أي إذا كان له — وهو ما لا يقبل منه — أن يعترض في الحال الأولى ، بأنه كان يظن أن تصرف الحائز في المحوز تصرف الملاك لا يمنعه من مباشرة ملكه وقتما يشاء ، فأنى له أن يعترض بهذه الشبهة في الحال الأخرى وهو يشاهد بعينه بيع ماله؟! .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٧٤/٥ .

على أية حال ، فإنه ينبغي أن ترد دعوى الملك بانتهااء مجلس التفويت ، سواء أكان المدعي قريبا أم أجنبيا ، طالما أنه حضر المجلس ولم يعترض على ما يتم فيه ، ولم يكن له عذر في سكوته . ولا يسلم بأن حرص المدعي على عدم فساد العلاقة بينه وبين قريبه ، يعد سببا لسكوته أو لوقف مدة التقادم ، ومن ثم قبول دعواه ؛ ذلك أن المدعي إذا كان له أن يتذرع بخشية فساد العلاقة في الحيابة التي لا تشتمل على أعمال التفويت ، الأمر الذي تطول معه مدة التقادم أو تقف ، فهذا يرجع إلى أنه يعلم أن المحوز لن يخرج عن ملكه بهذه الحيابة التي لا تفوت عليه ملكه ، أي أنه أراد أن يجمع بين عدم فساد العلاقة والاحتفاظ بملكه الذي سوف تتول إليه حيازته بعد ، وهذا ما لا يصح افتراضه في مجلس التفويت .

هذا بجانب أن سكوته يعد رضا وإقرارا سكوتيا بصحة البيع مثلا ، وبأنه لم يكن له حق في المحوز . كما أنه لا يقبل أن يتحمل المشتري وحده تبعة مجاملة المدعي قريبه البائع ، ويعفى منها المدعي نفسه .

ولو أننا قبلنا دعوى المدعي الذي حضر مجلس التفويت ، ولم يكن له عذر في سكوته سوى خشية فساد العلاقة بينه وبين قريبه البائع ، أو أن هذا القريب غشه فلم يعطه ثمن المبيع ، لفتحنا بذلك الباب واسعا للاحتيال ونصب الشراك للمشتري ، كأن يختفي البائع فلا يستطيع المشتري استرداد ثمن المبيع ، أو أن يتهم كل من المدعي والبائع المشتري بالسرقة واختلاق وتزوير عقد البيع — لو كان بيده عقد — ، أو غير ذلك من حيل .

وفي هذا يقول الإمام مالك : ” كل مال بيع أو تصدق به ، وصاحبه حاضر ينظر ، حتى بيع أو تصدق به ، ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك ، فليس ذلك له ؛ لأنه مكر وخديعة ، إذا كان بالبلد غير مقهور “^(١) .

(١) حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم للتاودي ٧١/٢ ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ / ١٩٥٠م .

وفي هذا أيضا يقول صاحب تحفة الحكام :

- ١ - وحاضر بيع عليه ماله بمجلس فيه السكوت حاله
- ٢ - يلزم ذا البيع . وإن أقر من باع له بالملك أعطي الثمن
- ٣ - وإن يكن وقت البيع بائع له لنفسه ادعاه وهو سامعه
- ٤ - فما له إن قام أي حين في ثمن حق ولا مثنون
- ٥ - وغائب يبلغه ما عمله وقام بعد مدة لا شيء له
- ٦ - وغير من في عقدة البيع حضر وبالمبيع بائع له أقر
- ٧ - وقام بالفور فذا التخيير في إمضائه البيع أو الفسخ اقتفي
- ٨ - وإن يقر من بعد أن مضى زمن فالبيع ماض وله أخذ الثمن
- ٩ - إن كان عالما بفعل البائع وساكتا من غير عذر مانع
- ١٠ - وحاضر لواهب من ماله ولم يغير ما رأى من حاله
- ١١ - الحكم منعه من القيام بانقضاء مجلسه ؛ إذ صمته عين الرضا
- ١٢ - والعق مطلقا على السواء مع هبة والوطء للإماء^(١)

ففي البيت الأول وبداية الثاني ، يذكر ابن عاصم أن من يحضر^(٢) مجلسا يباع فيه ماله ، ولم ينكر هذا البيع وظل ساكتا ، فالبيع يصبح لازما ، بحيث لا يستطيع رده بعد ذلك . وأما بقية البيت الثاني ، وكذا الأبيات السادس والسابع والثامن والتاسع ، ففيها بيان الأثر الناتج من إقرار البائع بحق المالك ، وهذا الأمر لا يتبع التقادم ؛ حيث يشترط في التقادم إنكار الخصم حق المدعي .

ثم يذكر في البيت الثالث والرابع ، أن هذا الحاضر إذا كان يسمع البائع وهو ينسب البيع لنفسه ، فما لهذا الحاضر بعد ذلك الحق في ثمن المبيع ولا استرجاع المبيع نفسه .

(١) التحفة ، فصل : في بيع الفضولي .

(٢) أجنبيا كان ، أو قريبا ، أو شريكا بيع أماله كل المال . البهجة ٦٨/٢ .

وفي البيت الخامس يبين حكم الغائب عن المجلس ، ولكن يبلغه بيع ماله فيه ، فلم يعترض على ذلك إلا بعد مدة ، ولم يكن له عذر في هذا التأخير ، فإنه بهذا لا يستطيع رد المبيع ولا الحصول على ثمنه . ويمكن تحديد المدة في هذا البيت بما يتعارف عليه الناس ، وما تمليه شواهد الحال ، بحيث يمكن أن يترك لولي الأمر تحديدها .

وفي البيت العاشر والحادي عشر يوضح حكم الهبة ، فيذكر أن من يحضر مجلسا يوهب فيه ماله ويسكت على هذا حتى انقضاء المجلس ، دون أن يكون له عذر في هذا السكوت ، فليس له المطالبة بماله فور انتهاء المجلس ؛ إذ يعد سكوته إقرارا ورضا بهذا التصرف .

وفي البيت الأخير يسوي بين العتق — المنجز أو المؤجل — وبين الهبة والتصريح بملك الإمام ووطنها ، فليس لمدعي ملك الرقيق القيام بعد انتهاء المجلس بطلب ما يراه حقا له .

وعلى الرغم من وضوح معنى هذه الأبيات ، فإن التسولي حملها على معنى آخر ، يوافق به قول ابن رشد في هذا الأمر ، يقول ابن رشد : ” لا اختلاف في أن الحيابة تكون بين أهل الميراث بالتقويت ، من البيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والتدبير ، وما أشبه ذلك من الوطاء الذي لا يصح للرجل أن يفعله إلا فيما خلص من ماله ، وإن لم تطل المدة ، هو أمر متفق عليه في الجملة ، ويفترق الحكم فيه على التفصيل ؛ إذ لا يخلو من أن يكون فوت بذلك كله ، الكل أو الأكثر أو الأقل أو النصف وما قاربه .

فأما إذا فوت الكل بالبيع ، فإن كان المحوز عليه حاضر الصفقة ، فسكت حتى انقضى المجلس ، لزمه البيع في حصته ، وكان له الثمن . وإن سكت بعد انقضاء المجلس ، حتى مضى العام ونحوه ، استحق البائع الثمن بالحيابة ، مع يمينه أنه انفرد بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة أو ما أشبه ذلك .

وإن لم يعلم بالبيع إلا عند وقوعه ، فقام حين علم ، أخذ حقه . وإن لم يعلم إلا بعد العام ونحوه ، لم يكن له إلا الثمن . وإن لم يقم حتى مضت مدة

الحيازة لم يكن له شيء ، واستحققه الحائز بما ادعاه ، بدليل حيازته إياه .

وأما إن فوته بالهبة أو الصدقة^(١) أو التدبير أو العتق ، فإن كان حاضرا فسكت حتى انقضى المجلس ، لم يكن له شيء . وإن لم يكن حاضرا فقام حين علم كان على حقه ، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه ، كان القول قول الحائز ، ولم^(٢) يكن له هو شيء^(٣) .

أعود فأذكر أن التسولي حمل نظم ابن عاصم السابق على كلام ابن رشد هذا، دون أن يكون له دليل على هذا التوجيه ، يقول معلقا على قول ابن عاصم: وإن يكن وقت البيع بائعه لنفسه ادعاه وهو سامعه فما له إن قام أي حين في ثمن حق ولا مثمون وغائب يبلغه ما عمله وقام بعد مدة لا شيء له

يقول : ” (لنفسه ادعاه) ولم يقر به للمالك ، بل قال أنا أبيع مالي وملكي (وهو) أي المالك (سامعه) حين كان يقول ذلك ، ومع ذلك سكت فلم يغير ولم ينكر حتى انقضى المجلس وتم البيع ، فإن قام قبل السنة وأثبت أنه ملكه، والبائع لا زال على إنكاره ولكنه لم يجد مطعنا فيما أثبتته المالك ، فيقضى على البائع بدفع الثمن للمالك ، ولا ينقض البيع ؛ لأنه بسكوته لزمه .

وأما إن قام بعد السنة من يوم البيع فهو قوله (فما له إن قام أي حين) أي بعد حين ، وهو السنة (في ثمن حق ولا مثمون) هذا ما يفيد كلام ابن رشد المنقول في الحطاب ، ونصه : قال ابن رشد : إن كان حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع ، وكان له الثمن . وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه . اهـ . زاد المواق عنه في آخر الشهادات : مع يمينه أنه انفرد به بالوجه الذي يذكره من ابتياع أو مقاسمة وما أشبه ذلك . اهـ .

(١) في الأصل : الصفقة . والصواب ما جاء أعلاه .

(٢) في الأصل : وإن لم . والمناسب ما جاء أعلاه .

(٣) البيان والتحصيل ١٤٨/١١ ، ١٤٩ .

ومعنى كلامه أنه كان ينكره ، ولكن أثبت الملك بعد سكوته أنه ملكه ، ولم يجد البائع مطعنا فيه ، ولكن ادعى أنه صار إليه بابتياح أو مقاسمة أو هبة ونحوه ، فالبائع لازم بسكوته ، وله الثمن إن قام قبل السنة لا بعدها .

وبه يسقط إشكال التاودي الذي أشار له في حاشيته على الزرقاني ، من أنه إذا كان البائع يدعي ملكه ، فلا وجه للتقييد بالسنة ؛ إذ القول قوله — ولو داخلها — لحوزه وتصرفه وإن كان مقرا بأنه ملك لغيره ، فالثمن له ولو بعد سنين .

وجوابه هو ما تقدم من أنه كان ينكره ، لكنه لما اتصل سكوته من ابتداء البيع إلى تمام السنة ، تقوى جانب البائع ، وصدق في الوجه الذي يذكره ، ولم تعتبر بينة المالك ، بخلاف ما إذا لم يتصل سكوته وقام بالفور ، فلو أبدل الناظم (أي) بـ(بعد) لكان أحسن ،^(١) .

من كل ما سبق يمكن تقسيم المسألة إلى قسمين ، أولهما حكم من يحضر مجلسا يرى فيه تفويت ماله ، والآخر من غاب عن هذا المجلس .

ففي القسم الأول لم يختلف أحد في أن هذا الحاضر، إذا اعترض خلال المجلس على ما يفعله الحائز من تفويت المال، أن البيع أو الهبة أو ما شابه ذلك لا يتم حتى يفصل في الأمر .

أما إذا سكت حتى انقضى المجلس ثم اعترض بعد ذلك ، فقد ذهب الإمام مالك ومن تبعه — كابن عاصم والتاودي — إلى أنه ليس له حق فيما يدعيه ، وأن البيع مثلا لازم للمشتري ، وثنه يستحقه الحائز البائع ، وقد عبر الإمام مالك عن فعل المدعي بالمكر والخديعة ، طالما أنه لم يكن له عذر في سكوته أثناء المجلس .

(١) البهجة ٦٨/٢ ، ٦٩ .

أما ابن رشد — ومن وافقه كالتسولي — فقد ذهب إلى عدم لزوم البيع إذا اعترض أثناء المجلس ، ولزومه بانقضائه وسكوته ، ثم جعل له رد ثمن المبيع قبل مضي عام من يوم البيع، حتى لو لم يكن له عذر في سكوته وعدم اعتراضه على الحائز البائع أثناء المجلس ، ودليل ابن رشد في هذا هو ما يؤخذ من قول التسولي خلال رده على التاودي أثناء كلامه السابق ، من أن جانب صدق هذا الحاضر وبينته يكون قويا خلال عام ، أما بعد العام فجانِب الحائز البائع يكون أقوى فيستقر له الثمن .

ويمكن ترجيح رأي الإمام مالك على رأي ابن رشد هنا ؛ لأن سكوت المدعي أثناء المجلس دون عذر ، ثم اعتراضه بعد ذلك مع عدم تقديمه تفسيراً لسكوته أثناء المجلس ، يعد طعنا في عدالته وبينته ، فقد جرت العادة على ألا يسكت المالك على بيع ملكه أمامه ولا يتكلم ، أو يسكت عن المطالبة بالثمن من البائع عقيب البيع . ثم ما دام ابن رشد يقول بلزوم البيع بالسكوت ، فكان من المناسب إقرار الثمن للبائع بالسكوت أيضا دون عذر . ثم لماذا تحديد المدة بعام، أليس في مرور ستة أشهر مثلا معنى مواز لمعنى مرور العام؟! . كما أن الأخذ برأي ابن رشد سيفتح باب الاحتيال ، الأمر الذي يؤكد الأخذ برأي الإمام مالك ، خاصة في زماننا هذا .

هذا عمن يحضر بيع ماله ، أما من يحضر هبته أو التصديق به أو ما شابه ذلك ، فإن رأي الإمام مالك لا يختلف عما قاله في البيع ، وقد جاء رأي ابن رشد موافقا لهذا أيضا .

هذا عن القسم الأول من المسألة ، أما القسم الآخر فهو يخص من لم يحضر المجلس ولكن يبلغه ما تم فيه ، وقد قال ابن عاصم في هذا القسم :
وغائب يبلغه ما عمله وقام بعد مدة لا شيء له

فهذا البيت وإن ورد في سياق البيع ، فإن حكمه ينطبق بأولى على الهبة والصدقة وما شابه ذلك ، وفي ضوء ما ذكره ابن عاصم فيمن حضر مجلسا

يفوت فيه ماله — بيعا كان أو هبة مثلاً — وسكت دون عذر ، يمكن تحديد المدة الواردة في البيت — بما سبق ذكره — بما يتعارف عليه الناس ، وما تملّيه شواهد الحال .

وقد ذهب ابن رشد — حسب ما وقفت عليه من نقل مصادر الفقه المالكي كلامه — إلى أن الغائب إذا بلغه بيع ماله ، فقام حين علم أخذ حقه ، كما يكون له الثمن حتى مرور العام ونحوه ، وليس له شيء بمرور مدة الحيابة .

وعلى الرغم من أن التسولي قد وافق ابن رشد في حكم من حضر المجلس ، فإنه بدا مخالفاً له هنا ، حيث لم يشترط العام لأخذ الثمن ، فقد علق على قول ابن رشد (حين علم) بقوله: ” أي بفور علمه قبل مضي مدة تدل على رضاه بالبيع، وإلا فليس له الثمن ولو قام قبل السنة “^(١). ولكن ما دام التسولي جعل مدار حكمه هنا على مرور مدة تدل على رضا المدعي بالبيع ، الأمر الذي يرد دعواه بالمطالبة بثمن المبيع ، كان أولى به أن يسحب هذا الحكم على من حضر المجلس وسكت دون عذر ، بحيث لا يظل له الحق في الثمن حتى مرور عام .

كما نفى التسولي أن تكون مدة الحيابة الواردة في كلام ابن رشد عشر سنين ، يقول : ” الظاهر أن المراد بها ما زاد على العام ونحوه زيادة لها بال ، تدل على صدق البائع وكذبه هو في دعواه ، لا أنها لعشر سنين ؛ وإلا حصل التدافع والتعارض في كلامه كما لا يخفى ، لأنه إذا كان المراد بها العشر ، فلا معنى لتحديد كون الثمن له بالعام ونحوه “^(٢) .

وحتى لو أخذنا بتفسير التسولي هذا ، فإنه لا يرفع التعارض في كلام ابن رشد ؛ لأن المدعي إذا كان له الثمن بالعام ونحوه ، فما يفهم من هذا هو أنه بعد العام ونحوه لا يكون له الحق في الثمن ، حتى لو لم يبلغ المدة التي تنبئ بكذبه وصدق البائع — وهي مدة الحيابة في رأي التسولي — ، والسؤال هو ماذا

(١) البهجة ٦٩/٢ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

سيفقد المدعي ببلوغه مدة الحيازة هذه إذا كان لا يحق له المطالبة بالثمن بالعام ونحوه ؟. أي يظل اعتراض التسولي نفسه قائما: ” فلا معنى لتحديد كون الثمن له بالعام ونحوه “ .

وهذا الاضطراب في فهم كلام ابن رشد ، إنما يرجع إلى الاختلاف في نقل عبارته عما هي مثبتة في كتابه (البيان والتحصيل) ، ونص كلامه في البيان هو ” وإن لم يعلم بالبيع إلا عند وقوعه ، فقام حين علم أخذ حقه ، وإن لم يعلم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن ، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء ، واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه “^(١) .

وما جاء في مصادر الفقه المالكي مما وقفت عليه — ومنها بهجة التسولي — هو تغيير الفعل **يعلم** الثاني ، حيث جاء الفعل **يقم** بدلا منه، بحيث صارت العبارة عندهم (وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه ، لم يكن له إلا الثمن) ، أو ما في معناها مثل (وإن سكت العام ونحوه) . ويبدو أن هذا الاختلاف في النقل عنه ، يرجع إلى قياسهم الحكم هنا على ما قاله في حكم حاضر المجلس ، فقد جعل سكوته العام سببا لفقد الثمن كما سبق أن ذكرنا .

ولو أننا أخذنا كلام ابن رشد كما ورد في بيانه ، لما كان للاعتراض السابق محل ، بيد أنه سيظل علينا اعتراض آخر ، وهو أن المدعي إذا لم يعلم ببيع ماله إلا بعد العام ونحوه ، فإنه ينبغي أن يكون له الحق في استرداد المبيع أو أخذ ثمنه إذا أجازته ، ولا يقتصر الأمر على الحق في ثمن المبيع فحسب ؛ إذ لا ذنب له في السكوت لعدم علمه . ولكن يمكن دفع هذا التعارض بأن يفترض أن ابن رشد لم ينظر إلى هذا المدعي فحسب ، وإنما نظر أيضا لحال المشتري ، إذ لا ذنب له أيضا ، فقد يستحيل مع مرور العام رد ما اشتراه ، أو يقع في حرج شديد ، أو غير ذلك مما يتنافى مع مقصود تشريع البيع .

(١) البيان والتحصيل ١٤٨/١١ .

هذا عمن لم يحضر مجلس البيع ، أما إذا كان مجلس هبة أو صدقة أو ما شابه ذلك ، فقد ذهب ابن رشد إلى أنه إذا قام حين علم أخذ حقه ، وإذا سكت العام ونحوه لم يكن له شيء . وقد خالفه التسولي أيضا في ذلك بما ذكره في البيع ، من أنه لا يشترط انتظار العام ونحوه كي يسقط حقه ، وإنما بمضي مدة تدل على رضاه بالتصرف^(١) . هذا ، ولا يخفى عدم صواب رأي ابن رشد أيضا في هذا القسم — بفرعيه — من المسألة .

وما سبق يمثل أقصى تصرف في المحوز ، وهو تقويته ، الأمر الذي لزم عنه أقصر مدة لقبول الدعوى ، ومعنى هذا أن مدة التقادم إنما ترتبط ارتباطا وثيقا بنوع التصرف ، وطبيعة المحوز من حيث كونه منقولا أو غير منقول ، وكذلك نوع العلاقة بين الحائز والمحوز عليه ودرجة التسامح بينهما .

هذا وإذا كان أقصر مدة للتقادم هو تقويت المحوز ، فإن عكس ذلك هو ألا تكون الحيازة من قبيل أعمال التسامح ولو مر عليها الدهر الطويل ، أي يعلم من حال المحوز عليه أنه ما ترك الحائز يتعدى على ملكه إلا على وجه المسامحة ، من ذلك ما ذكره الرهوني في الغني الذي جرت عادته على ترك الناس في ملكه ، يقول : ” في نوازل الشريف ما نصه : وسئل أبو زكريا سيدي يحيى السراج ، عن أناس لهم أملاك عديدة ببلاد شتى وبكل موطن ، وجرت عادتهم مع الناس أنهم يتفضلون معهم في أملاكهم بالبناء والحرث والغراسة وغير ذلك من أنواع العمارة ، وذلك كله على وجه الفضل ؛ لكثرة ذمتهم وغناهم وعلو همتهم ومحاسنتهم مع الناس ، ثم إن بعض الساكنين أنكروا الفضل والإحسان والخير ، وأرادوا بزعمهم أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة ، وينسبونها لأنفسهم من غير أن تقوم بينة على ذلك ، فهل — سيدي — تجوز العمارة على أصحاب الأملاك ، أو لا تجوز على الوجه المذكور ، إلا إذا قامت بينة عادلة بانتقال الأملاك ببيع أو هبة أو صدقة ؟“

(١) البهجة ٧١/٢ مع مراعاة تصحيح الخطأ المطبعي الوارد بالموضع المذكور في قوله "وقولي حين علم إلخ" وصوابه "وقوله حين علم إلخ" . هذا ، ولم يعرض البحث رأي الشافعية والحنابلة في المسألة ؛ لأنهم لا يجيزون تصرف الفضولي أساسا .

فأجاب : الجواب — والله الموفق للصواب — أنها لا تجوز على الوجه المذكور ، إلا إذا قامت بينة مقبولة بانتقال ملك الأملاك ، إما ببيع أو هبة أو صدقة ، وأما مجرد العمارة العارية عن ذلك فلغو ولا عبرة بها ولا معول عليها. وكتب يحيى بن محمد السراج . انتهى منها بلفظها ، وكان شيخنا محمد الجنوي يسلم هذا الفقه ، ويقول إنه منصوص عليه قبل السراج ، وهو ظاهر ، والله أعلم ،^(١) .

ويمكن تشبيه هذا الشرط بما يعرف في القانون بأعمال الرخص والمسامحة ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٤٩ مدني) على أنه ” لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح “ .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن السنين العشر هي أصل مدة الحيابة عند المالكية ، وهي حيابة الأجنبي غير الشريك ، ومن الأدلة التي ذكرها بعضهم في ذلك ، هو أن المولى سبحانه لما أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالقتال بعد عشر سنين ، كان ذلك أبلغ شيء في الإعذار^(٢) . وقد أيد الدكتور عبد الجواد هذا القول ، وذكر أن الحيابة تقاس عليه فتحد بعشر كذلك^(٣) .

ولو سلمنا أن الإذن بالقتال جاء بعد عشر سنين ، فإن هذا القياس فيه من الفوارق ما فيه ، من ذلك أن هناك مددا أخرى للحيابة تزيد على العشر — كحيابة الأقارب — أو تقل — كحيابة المنقولات — ، كما أن الإذن بالقتال لم يكن لأجل الإعذار ، حيث لم يخاطب المشركون بأنهم سيقاتلون بعد عشر ، كما جاء الإذن بعد أن قويت شوكة المسلمين ، أي كان لهم العذر في عدم القتال قبل ذلك ، فالعذر لم يوقف السنين العشر ولكنه يوقفها في الحيابة ، ثم لو كان

(١) حاشية الرهوني ٥١٢/٧ وانظر أيضا حاشية كنون ٥٠٩/٧ .

(٢) مواهب الجليل ٢٢٤/٦ .

(٣) الحيابة والتقادم بند ١٨٣ ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

انتظار العشر للإعذار ، لانتظرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتاله ضد غير مشركي مكة ، كما أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكفوا عن دعوة المشركين للإسلام ، وهذا ما يتعين نفيه في الحيازة ، حيث يجب على المحوز عليه ألا يدعي على الحائز خلال المدة حتى تحسب عليه السنون العشر ، إلى غير ذلك من فوارق تمنع قياس تحديد العشر في الحيازة على الإذن بالقتال وأحكام العقيدة والجهاد .

ومن كل ما سبق يمكن القول بأن مدد التقادم ليست ملزمة لكل زمان ومكان ؛ إذ إن للأعراف والعوائد وقرائن الأحوال نصيبا كبيرا منها ، ولذا يمكن ترجيح رأي الإمام مالك بترك تحديدها لولي الأمر ، وذلك بما يراه مناسبا لزمانه ومكانه ، وهذا ما يجب العمل به اليوم ؛ فقد تفرعت بنا شئون الحياة وزادت تخصصاتها ، بما أدى إلى تنوع قوانينها المنظمة لها ، ومن ثم اختلاف أحكامها ، والتي منها تحديد مدة التقادم في كل منها^(١) .

(١) لم يتعرض هذا الفصل لبيان مدد تقادم الجرائم والعقوبات ؛ نظرا لارتباطها الشديد بسائر أحكامه ، وسوف يأتي استعراضها في الفصل الثالث من الباب القادم ، محل دراسة تقادم الجرائم والعقوبات .

الفصل السادس وقف التقادم

المبحث الأول تعريف وقف التقادم

المبحث الثاني أسباب وقف التقادم

المبحث الثالث أثر وقف التقادم

المبحث الأول

تعريف وقف التقادم

ذكر الفقهاء أنه قد يطرأ على صاحب الحق في الدعوى عذر ما خلال فترة أو فترات زمنية محددة داخل مدة التقادم ، بحيث يسقط حساب فترة العذر من مجموع مدة التقادم ، وهذا هو ما يعرف بوقف التقادم^(١) .

ولا يلزم أن يعرض سبب الوقف في وسط المدة أو نهايتها ، فقد يعرض في بدايتها ، بحيث لا يسبق فترة الوقف ما يضاف إلى ما بعدها .

وقد عرف الدكتور حامد عبد الرحمن وقف مضي المدة بأنه ” عدم سريانها فترة من الزمن ؛ لوجود عذر أثناءها ، يمنع المدعي من رفع الدعوى “،^(٢) .

ويمكن القول بأن كلمة (يمنع) في التعريف تشعر بأن المدعي لا يستطيع رفع الدعوى خلال فترة وقف التقادم ، وهذا ليس لازماً ؛ فقد يستطيع المدعي رفع الدعوى خلال فترة الوقف ، ولكن عليه أن يتحمل توابع ذلك ، كفساد العلاقة الأدبية بين الزوج وزوجه .

ولذا فإنه يمكن إبدال قول الدكتور حامد (لوجود عذر أثناءها ، يمنع المدعي من رفع الدعوى) بآخر، كأن يكون مثلاً (لعذر لا يرفع المدعي دعواه خلاله) .

(١) انظر مثلاً : تكملة ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ — شرح المجلة ٩٩٠/٢ — البهجة ٢٥٤/٢ ،

٢٥٥ — النيل وشرحه ٥١٩/١٣ ، ٥٢٠ .

(٢) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٤٨ .

المبحث الثاني

أسباب وقف التقادم

وافق القانون الفقه الإسلامي في عدم حصر أسباب وقف التقادم ، حيث ترك الأمر في كليهما لتقدير القاضي لما يقدم إليه من مسوغات تأخير المدعي دعواه ، وفيما يأتي نستعرض غالب أسباب وقف التقادم^(١) .

السبب الأول : عدم العلم بموضوع الحق

عدم علم المدعي بموضوع حقه يتصور وجوده في الحيازة وتقادم الديون ، وقد يكون هذا الجهل بموضوع الحق سببا موقفا للتقادم وقد لا يكون .

ونبدأ بالحيازة ، حيث يمكن تقسيم عدم علم المدعي فيها إلى ما يأتي :

- ١ — عدم علمه بأن حيازة غيره تمنعه من ملكه بتقادمها برغم علمه بها .
- ٢ — عدم علمه بأن المحوز هو ملكه ، مع علمه بالحيازة .
- ٣ — عدم علمه بحيازة ملكه مع علمه بملكه له .

أما القسم الأول ، فقد يأتي المدعي بعد انقضاء مدة الحيازة ، محتجا في دعواه بأنه لم يكن يعلم أن حيازة غيره لموضوع الحيازة تنقل الملك عنه أو تصير قرينة على ملك الحائز دونه ، فهو لا ينكر علمه بالحيازة وإنما يدعي ما ذكرناه ، فهل يقبل ادعائه ولا يعتد بمضي المدة ؟ .

لا يقبل منه هذا الادعاء ، يقول الدسوقي في العذر المقبول : ” المانع من التكلم الصغر والسفه ، بخلاف جهله أن الحيازة تسقط الحق وتقطع البينة ، فإنه لا يعذر بذلك الجهل “،^(٢) .

(١) لم يقدم الحنفية والإباضية تفصيلات كافية في أسباب وقف التقادم ، ولذا فإن غالب أحكام هذا المبحث سيكون مصدرها المذهب المالكي الذي عني بهذه التفصيلات .

(٢) حاشية الدسوقي ٢٣٤/٤ .

بيد أن الدكتور عبد الجواد لم ير هذا ، يقول : (والواقع أن هذا النوع من الجهل يدخل في دائرة الجهل بالأحكام الشرعية ، والقاعدة العامة عند الأصوليين أن ” الجهل بالأحكام الشرعية لا يعد – بشكل عام – عذرا مسوغا لمخالفتها “ ، ولكن الإمام الشافعي يقسم العلم إلى علم عامة وعلم خاصة ، ويجيز للعامة الجهل بالنوع الأخير ، أو الجهل بالفروع كما يقول بعض الفقهاء .

فإذا لاحظنا أن موضوع الحيابة وأحكامه الشرعية لم يعالجه إلا فقهاء المذهب المالكي ، فإنه يكون – والحال هذه – من علم الخاصة ، أو من الفروع . وعلى ذلك يعتبر الجهل بأحكام الحيابة عذرا ، وهذا ما نرجحه ؛ استنادا على مبالغة فقهاء المذهب المالكي في مراعاة مصلحة المحوز عليه ^(١) .

ثم بدا الدكتور عبد الجواد متراجعا يسيرا في آخر كتابه عما قرره هنا ، حيث عرض الأمر في صورة دعوة للتفكير ، يقول : ” ولكن الموضوع يحتاج إلى التفكير ؛ لأن تطبيق هذا الشرط يكاد يقضي على نظام الحيابة كله ، فكم من الناس يعلم هذا الحكم “ ^(٢) .

وهكذا نرى أن مبعث تشكك الدكتور عبد الجواد ، هو أن قليلا جدا من الناس يعلم حكم الحيابة حسبما ذكر . معنى هذا أن الدكتور عبد الجواد لو جعل العلم بهذا الأمر من علم العامة لا الخاصة لما وصل إلى هذه النتيجة . وحقيقة الأمر هي أننا بصدد علم لا يعذر أحد بجهله ، أي علم العامة لا الخاصة ؛ إذ نحن نتحدث عن الجهل بأن الحيابة الغاصبة تمنع المالك الحقيقي عن ملكه ، ولسنا بصدد تفصيلات وأحكام أخرى في الحيابة ، فمن يستطيع أن يدعي – في الفقه الإسلامي وغيره – أن اغتصاب حقه أمر سائع ومشروع أولا ، ثم يسكت عنه دون عذر ثانيا ، ثم ثالثا يدعي أنه كان يجهل بموقفه هذا أنه سوف يحرم من ملكه ؟! . فنحن إذن بصدد اغتصاب حق قبل أي شيء آخر ، وهذا من علم العامة وليس الخاصة .

(١) الحيابة والتقادم بند ٨٤ ، ص ١٣٨ .

(٢) السابق بند ٣١٤ ، ص ٤٣٧ .

هذا عن القسم الأول ، أما القسم الثاني الخاص بعدم علم المدعي بأن المحوز هو ملكه مع علمه بالحيازة ، فقد اشترط الملكية في الحيازة حتى تكون صحيحة أن يكون المحوز عليه على علم بأن المحوز ملكه ، وعلى علم أيضا بوقوع الحيازة فيه ، ولا يغني العلم بأحدهما دون الآخر^(١) .

ولكن إثبات علم المحوز عليه بالملك أو عدمه هل يقع على عائق المحوز عليه نفسه أم على الحائز ؟ .

أجاب الدكتور عبد الجواد على هذا التساؤل معتمدا في جوابه على نصين لابن فرحون والخطاب ، يقول ابن فرحون : ” (تنبيه) : وهو على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالما في غيبته لحيازة ماله “ . ويقول الخطاب : ” وفي أول مسألة من سماع أشهب ، من كتاب الاستحقاق ، ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك ويحلف ، وأنه محمول على عدم العلم . وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة (وصاحبها حاضر عالم) : ظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت^(٢) ، وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل ، وهو ظاهر التهذيب . وقيل إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه ، وهو قول ابن رشد . وقيل بالأول إن كان وارثا ، وبالثاني إن لم يكن . قاله في الوثائق المجموعة ، وبه القضاء عندنا . هكذا كان يتقدم لنا أنها ثلاثة أقوال . والحق أن الذي في الوثائق المجموعة إنما هو التنبيه على فرع متفق عليه ، وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه ، فإنه يقبل قوله مع يمينه ،^(٣) .

ولا يخفى أن هذين النصين يتضمنان العلم بالحيازة والعلم بالملكية ، وقد علق الدكتور عبد الجواد على ذلك بقوله : (لفقهاء المذهب المالكي ثلاثة أقوال في مسألة علم المحوز عليه بحيازة الحائز لماله والتصرف فيه ، بالوضع الذي

(١) تبصرة الحكام ٨٤/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٣/٦ .

(٢) بأن يجد مثلاً رسمه الدال على ملكه مع يمينه . البهجة في شرح التحفة ٢٥٦/٢ .

(٣) الحيازة والتقدم ص ١٢٥ . وانظر : التبصرة ٨٣/٢ ، مواهب الجليل ٢٢٣/٦ .

أفاض الفقهاء في شرحه كما ذكرنا ، ولكن الرأي الراجح فيما يبدو لنا هو الرأي الذي يحمل الحائز تبعة إثبات علم المحوز عليه بحيازة ماله ، أي بحيازة الحائز للمال ، وبملكية المحوز عليه لهذا المال .

ونحن نرجح هذا الرأي ؛ لأنه الرأي الذي اختاره ابن فرحون في " تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام " وهو مؤلف قضائي عملي موجه للحكام أي للقضاة ؛ لتوجيههم إلى الطرق الصحيحة للفصل في الدعاوى والمنازعات . كما أن هذا الرأي يتفق مع ما وضعه فقهاء المذهب المالكي من شروط مشددة ، راعوا فيها مصلحة المحوز عليه لأبعد الحدود ، وحاولوا سد كل ثغرة يمكن أن يستفيد منها الحائز على حساب المحوز عليه ، مما لم تصل إليه القوانين الوضعية .

أما الرأيان الآخران ، فأولهما لابن رشد ، وهو يفترض أن المحوز عليه الحاضر " محمول على العلم حتى يتبين خلافه " . ونحن لا نأخذ بهذا الرأي ؛ لأنه يتعارض مع الاتجاه في الفقه المالكي الذي يحرص أشد الحرص على حماية حقوق المحوز عليه . فلا يكون من الملائم ، والحال هذه ، إعفاء الحائز من عبء إثبات علم المحوز عليه بحيازة ماله ، فإن ذلك ضد مصلحة هذا الأخير ، ويكفي الحائز ترجيح بينته عند تكافئها مع بينة المحوز عليه .

والرأي الثالث والأخير يقول بأن المحوز عليه الحاضر " محمول على عدم العلم " بحيازة ماله إن كان وارثا ، " ومحمول على العلم حتى يتبين خلافه " إن لم يكن وارثا . ومع أن الوارث أقرب إلى العلم بما يرثه من غير الوارث ، إلا أن هذا الرأي قد بني - فيما يبدو لنا - على مراعاة مصلحة الوارث والعمل على حفظ حقه في الميراث . كما أن ذلك مظهر من مظاهر الحيطة الدقيقة التي اشتهر بها فقهاء المذهب المالكي في التمييز بين أقسام الحيازة، فيكون من المناسب ، والحال هذه ، افتراض عدم علم الوارث بحيازة ماله حتى يثبت العكس ، لا سيما وقد يكون الحائز وارثا آخر مثلا .

ولما كان الرأي الأول يراعي مصلحة المحوز عليه مطلقا ، فيشمل الوارث وغير الوارث ، فإننا رجحناه على الرأيين الآخرين ^(١) .

ولكن لا يسلم كلام الدكتور عبد الجواد من بعض الملحوظات :
أولا : إن ما نقله عن ابن فرحون في النص السابق إنما هو في علم المحوز عليه — الغائب — بالحيازة ، وليس في علمه — غائبا كان أو حاضرا — بالملكية .

ثانيا : إن ما نقله عن ابن ناجي في النص السابق ، إنما هو في علم المحوز عليه بالملكية ، وليس في علمه بالحيازة ، أي ينبغي أن تقتصر الأقوال الثلاثة في علم المحوز عليه بملكية ماله على قول ابن ناجي فحسب .

ثالثا : وبناء على أولا وثانيا ، يتبين لنا وجه الخلط والخطأ في كلام الدكتور عبد الجواد والمتمثل في :

١ — ما نسبته إلى ابن فرحون من أنه يقول — بجانب إسناد عبء علم المحوز عليه في غيبته بالحيازة إلى الحائز — بتحصيل الحائز تبعة إثبات علم المحوز عليه بالملكية ، ونص ابن فرحون السابق لم يشر من قريب أو من بعيد لهذا ، بل إننا نجد في تبصرته ما يؤخذ منه خلاف ذلك ، يقول : ” ولا بد للمدعي على الحائز من إثبات موت مورثه — إن كان يدعي أنه ورث ذلك — وملك مورثه له . وإن كان يدعي أنه ملكه ، فلا بد من إثبات ملكه له قبل أن يسأل الحائز عن شيء “ ^(٢) . ثم إذا كان يمكن تصور ترجيح تحميل الحائز عبء إثبات علم المحوز عليه بحيازة ماله — وهو ما سنناقشه بعد قليل — فكيف يمكن تصور تحميل الحائز عبء إثبات علم المحوز عليه بملكية ماله ؟! ، إذ كيف يقر الحائز بملكية غيره لما يحوزه ؟! .

(١) الحيازة والتقدم بند ٧٥ ، ص ١٢٦ : ١٢٨ .

(٢) التبصرة ٨٧/٢ .

٢- ما ذكره الدكتور عبد الجواد من جعل الرأيين الآخرين في علم المحوز عليه بالحيازة ، إنما هما - ومعهما القول الأول في نص ابن ناجي السابق - في علم المحوز عليه بملكية ماله .

٣- ونتيجة لما سبق ، يتبين لنا خطأ تعليل الدكتور عبد الجواد في التفرقة بين الوارث وغير الوارث في الرأي الثالث ، فلو أنه جعل محل التفرقة بينهما هو العلم بالملكية وليس العلم بالحيازة ، لأداه هذا إلى القول بالصائب ، وهو أن غير الوارث يكون على علم بسبب ملكه كالشراء مثلا ، أما الوارث فقد يدخل في ملكه شيء دون أن يعلم ؛ وذلك لعدم علمه بما كان يملكه مورثه .

على أية حال ، فإنه ينبغي أن يترك تقدير عدم علم المحوز عليه بملكيتة لماله المحوز لقاضي الموضوع، الذي يستطيع أن يتبين له وجه الصواب بدراسة ما يقدمه المدعي في دعواه من مسوغات عدم علمه بالملكية .

يبقى أن نشير إلى جزئية أخيرة في هذا الصدد ، وهي أنه إذا ادعى المحوز عليه أنه كان على علم بملكيتة لماله ، وبحيازة غيره له ، ولكنه سكت لفقده سند الملكية ، وعندما جده رفع دعواه ، فهل يقبل عذره في السكوت ؟ .

اختلف المالكية في ذلك ، فمنهم من قبل عذره مع يمينه ، ومنهم من لم يقبل عذره وذكر أن العرف يكذب قوله^(١) . والواقع أن هذه المسألة كسابقتها من المسائل الموضوعية، والتي يترك تقديرها للقاضي، من حيث نظره مثلا لتسجيل أو إشهار موضوع الدعوى ، ومن حيث قدرة المحوز عليه على اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقه وقت فقده سنده أو ثبوت عجزه عن ذلك ، إلى غير ذلك من دلائل وإرشادات يسترشد بها القاضي للوصول إلى وجه الصواب .

وأما القسم الثالث والأخير من أقسام عدم علم المدعي ، فهو ما يخص عدم علمه بحيازة ملكه مع علمه بملكيتة له ، ومحل دراستنا هنا هو عندما يكون المدعي حاضرا بالبلد التي تمت فيها الحيازة ؛ إذ سنفرد الكلام عن غيبة المدعي

(١) التسولي ٢/٢٥٦ ، الخطاب ٦/٢٢٣ .

بسبب خاص يأتي بعد هذا السبب .

وقد أشرنا إلى أن الحيازة لكي تنتج أثرها لابد أن يكون المحوز عليه عالما بملكيته لماله وبحيازته ، وأن غياب أحدهما يجعل الحيازة معيبة ، وعلى هذا فإذا استطاع المدعي أن يثبت عدم علمه بالحيازة برغم وجوده بالبلد ، كأن يكون معتقلا مثلا ، فإن دعواه تصير مقبولة ، أما إذا عجز عن إبداء عذر عن سكوته خلال مدة الحيازة ، فإن دعواه لا تقبل ؛ لأن ” الحاضر يحمل على العلم حتى يثبت له أنه لم يعلم “ (١) .

وهذا يعني أنه لا يلزم أن يكون القاضي على يقين قاطع بأن المدعي كان يعلم بالحيازة ، وإنما يكفي حضور المدعي بالبلد وبكون الحيازة غير خفية ، والقانون في هذا موافق للفقهاء الإسلامي ، يقول شيخ الحقوقيين السنهاوري : ليس من الضروري حتى تكون الحيازة علنية غير خفية ، أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين ، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها ، فإمكان العلم وليس العلم ذاته هو الذي يجعل الحيازة علنية ، خالية من عيب الخفاء (٢) .

وقد علق الدكتور عبد الجواد على كلام أستاذه السنهاوري بقوله : ” هذا الرأي لا يمكن قبوله بحال ما في الفقه الإسلامي ؛ لأنه يؤدي إلى اللبس والغموض بلغة القانون والقانونيين ، أو الغرر بلغة الفقه الإسلامي ، وذلك لأن (إمكان العلم) بالحيازة معيار لا يمكن ضبطه ، ويؤدي إلى النزاع والخلاف في تحقق شرط الظهور أو العلانية أو عدم تحققه ، مما ينفر منه الفقه الإسلامي نفورا شديدا ، لأن من القواعد الثابتة فيه بجميع مذاهبه البعد عن كل غرر أو غموض في علاقات الناس بعضهم ببعض ، وبخاصة في ميدان المعاملات ، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات . ولذلك يشترط فقهاء المذهب المالكي أن

(١) الدسوقي ٢٣٣/٤ .

(٢) الوسيط ٨٥٠/٤ .

يكون المحوز عليه حاضرا يرى الحائز يتصرف ويستعمل المال المحاز ، وأنه لا بد أن يكون عالما بأمرين ، أولهما حيابة الحائز للمال المحوز ، وأن هذا المال عينه مملوك له ، أي المحوز عليه .

والرأي الراجح عندهم ، أن عبء إثبات علم المحوز عليه بهذين الأمرين إنما يقع على عاتق الحائز نفسه ، بل لقد تطلب أحدهم ، وهو المواق ، أن يقر المحاز عليه بأنه يرى الحائز يبني ويهدم ويكري ، كما سبق أن ذكرنا ^(١) .

ويمكن التعليق على هذا النقد الذي أدلى به الدكتور عبد الجواد من وجهين :

١- ما علق به من أن إمكان العلم بالحيابة معيار لا يمكن ضبطه ، ويؤدي إلى النزاع والخلاف في تحقق شرط الظهور أو العلانية ، أو عدم تحققه فلا تخفى المبالغة في كلامه ، إذ كيف نصف من يحوز أرضا مثلا ثم يزرعها أو يبنيتها في رابعة النهار ، والمحوز عليه حاضر في البلد نفسها ، كيف نصف هذا بأنه فعل لا يمكن العلم به أو أنه غير ظاهر ؟!

لو سلمنا بهذا لأمكن للمحوز عليه الذي يقطن في نفس الدائرة التي بها المال المحوز أن يدعي إنكار العلم بالحيابة ، برغم مرور سنوات عليها ؛ إذ العلم بالحيابة معيار لا يمكن ضبطه !! وهكذا نجد أنفسنا في صدام مع العرف والواقع ؛ إذ غالب أحوال الناس تقضي بأن المالك القاطن في البلد الواقع فيه ملكه — وليس في دائرة الحي فحسب — دوما يتردد عليه ، أو يعهد بذلك إلى من يثق به ، أو غير ذلك من الأمور التي تجعل المالك دائما على دراية بملكه .

ثم إن ما ذكره من أن فقهاء المذهب المالكي يشترطون أن يكون المحوز عليه حاضرا يرى الحائز فهذا — فضلا عن تعميم نسبة الشرط إلى فقهاء

(١) الحيابة والتفادى بند ٧٦ ، ص ١٢٩ ونص كلام المواق : ” فإن كان هذا المدعي حاضرا يقر أنه يراه يبني ويهدم ويكري ، فلا حجة له ، وذلك يقطع دعواه “ . المواق ٢١٠/٦ .

المذهب لا إلى بعضهم — تمثيل واستشهاد لصحة الحيازة وليس قصرا عليه^(١) .
ومن المالكية من جعل الحضور مقابلا للسفر، أي يقصد بالحضور التواجد بالبلد،
وليس فحسب الحضور المباشر أمام المال المحوز^(٢) . بل إن منهم من صرح
بتفسير الحضور بالتواجد بالبلد^(٣) . على أنه ينبغي الإشارة إلى أن بعض المالكية
كالتسولي^(٤) جعل الحاضر محمولا على عدم العلم بالحيازة حتى يثبت علمه .
بيد أن هذا الرأي ينبغي عدم الأخذ به الآن ؛ لأنه لا يتفق وأعراف الناس في
المحافظة على أموالهم كما مر ، ولغلبة طرق الاحتيال والطعن في عدالة الناس ،
وسهولة وسائل الاتصال والمواصلات في زماننا ، الأمر الذي يجب أن تتغير
معه مثل هذه الأحكام .

فالقاهرة مثلا — وهي من أكبر المدن الإسلامية — كيف يقبل من قاطنها
— الحاضر — أنه لم ير أو يخبر بما يحدث فيما يدعيه ملكا له طول مدة
الحيازة؟! . كما لا يقبل منه قوله بأنه كان يكتفي بإخبار جار الملك بالهاتف ،
وأن هذا الجار كان متواطئا مع الحائز ؛ إذ ما أسهل الدعوى بهذا . كما أن علم
هذا المدعي بأن دعواه الملك سوف ترد إذا جاءت متقدمة ، لابد أن يدفعه هذا
العلم ليرى بنفسه أو يرسل من يثق به إلى ملكه كل حين ، فالأمر لا يستغرق
سوى سويقات قليلة . وإذا كان هذا هو شأن المدن الكبيرة ، فغيرها — من
المدن الصغيرة والقرى — أولى بذلك .

وعلى هذا فإنه ينبغي تقديم رأى من جعل الحاضر محمولا على العلم
حتى يثبت عكس ذلك ، ففي التبصرة أن الغائب وإن كانت غيبته قريبة فهو
محمول على عدم العلم حتى يثبت عليه العلم ، والحاضر محمول على العلم حتى

(١) وعلى هذا يحمل أيضا قول المواق بالهامش السابق .

(٢) انظر مثلا : مواهب الجليل ٢٢١/٦ ، التبصرة ٨٢/٢ .

(٣) كالصاوي — بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، ٣٧٩ — كما ذكر أن المحوز لو كان حاضرا ، وهو غير
عالم ، فله القيام إذا أثبت عدم علمه .

(٤) البهجة ٢٥٥/٢ .

يتبين أنه لم يعلم^(١) .

٢- ما نقله عن فقهاء المالكية ، من أن الراجح عندهم ، أن عبء إثبات علم المحوز عليه بالملكية والحيازة ، إنما يقع على عاتق الحائز نفسه ، وأن المواق تطلب أن يقر المحوز عليه بأنه يرى الحائز يبنى ويهدم ويكري : فقد سبق قريبا توجيه كلام المواق بما لا يتعارض مع ما ذكره فقهاء المذهب ، وسبق أن ذكرنا كذلك أن ما قاله الدكتور عبد الجواد من أن الراجح عند فقهاء المالكية هو إسناد عبء علم المحوز عليه بملكية ماله إلى الحائز ، إنما جاء نتيجة عدم الدقة في تناول النصوص التي نقلها عن بعضهم .

يتبقى ما ذكره من أن الراجح أيضا عندهم هو إسناد عبء علم المحوز عليه بحيازة ماله إلى الحائز أيضا ، وقد اعتمد الدكتور عبد الجواد فيما ذكره على ما نقله عن ابن فرحون ، فقد عنون بـ (إثبات علم الحائز^(٢) بحيازة ماله) وبدأه بقول ابن فرحون : ” وهو على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالما في غيبته لحيازة ماله “^(٣) . ووضح من النص أن ابن فرحون يحمل الحائز تبعة إسناد علم المحوز عليه بالحيازة في حالة غيبة المحوز عليه وليس في حضوره ، أي عندما يكون المحوز عليه في غير البلد التي بها ماله المحوز ثم قدم ، فإن دعواه تقبل لعذر غيابه وعدم علمه بالحيازة ، ولكن إذا استطاع الحائز أن يثبت أن المحوز عليه كان على علم بالحيازة أثناء غيابه ، فإن ذلك يرد دعوى المحوز عليه .

أما إذا كان المحوز عليه حاضرا ويدعي عدم العلم بالحيازة ، فعليه إثبات ما يدعيه ، إذ البينة على من ادعى ، وتحمل المحوز عليه إثبات عدم علمه بالحيازة ، مثله في هذا مثل تحمله إثبات موت مورثه وأن المحوز كان ملكه ، أو إثبات ملكه للمال المحوز إن كان يدعيه بشراء ونحوه ، يقول ابن

(١) التبصرة ٨٨/٢ وانظر مثله : حاشية الدسوقي ٢٣٣/٤ ، بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، ٣٧٩ .

(٢) كذا ، والصواب : المحوز عليه .

(٣) تبصرة الحكام ٨٣/٢ .

فرحون نفسه : ” ولا بد للمدعي على الحائز من إثبات موت مورثه — إن كان يدعي أنه ورث ذلك — وملك مورثه له . وإن كان يدعي أنه ملكه فلا بد من إثبات ملكه له قبل أن يسأل الحائز عن شيء “^(١) . ثم لو سلمنا بكلام الدكتور عبد الجواد فماذا يفعل الحائز الذي لا يعرف شخص المدعي حقيقة — أو حتى ادعى ذلك — ، كيف يثبت الحائز أن المدعي — وهو شخص مجهول بالنسبة إليه — كان على علم بحيازته ؟! لا سبيل لإثبات ذلك إلا قول الحائز بأن حيازته كانت علنية وظاهرة للداني والقاضي .

هذا عن عدم علم المدعي في التقادم المكسب أو الحيازة ، أما عدم علمه بحقه في التقادم المسقط أو تقادم الديون فإنه يعد عذرا له ، ويحق له المطالبة بدينه متى علم به ، ومهما طال مدة جهله به ، فقد جاء في حلي المعاصم أنه لو قال سكت لأن الرسم كان غائبا عني وخفت إذا طلبت ديني عجزني القاضي ، أو قال لم أجد ما أقوم به حتى الآن ، فلا شيء له . وهذا بخلاف ما لو قال لم أعلم بالحق إلا الآن^(٢) . على أن يثبت عدم العلم هذا .

الجهل بالحق في القانون

وإذا ما تركنا الفقه الإسلامي ، فإننا نجد أن قضاء النقض قد حاد عن الصواب حينما قضى بأن ” الجهل بالحق في استرداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقادم ، ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقا للمادة (٣٨٢) مدني “^(٣) .

(١) تبصرة الحكام ٨٧/٢ .

(٢) حلي المعاصم ٧٤/٢ .

(٣) نقض مدني ١٩٧٧/١/١٦ مج س ٢٨ ص ٢٤٤ .

ونص المادة (٣٨٢) من القانون المدني الخاصة بوقف التقادم المدني هو :

” ١ — لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب .

السبب الثاني الغيبة

الغيبة قد تتعلق بالمدعي أو المدعى عليه ، سواء في الحيازة أو تقادم الديون . أما غيبة المدعي في الحيازة فقد اتفق القائلون بالتقادم على كونها عذرا موقفا لها ، ولكن هل المعتبر في الغيبة هو بعد المسافة فحسب ، بحيث يعد هذا البعد — في ذاته — عذرا حتى لو كان عالما بحيازة ماله، أم أن العبرة في الغيبة هو عدم علمه بالحيازة حتى لو كانت هذه الغيبة ليست بعيدة ؟ .

وفي الجواب عن هذا التساؤل ، نذكر أن الدكتور عبد الجواد قد نقل نصوصا عن بعض فقهاء المالكية ، وجاء نص ابن فرحون أكثر أهمية ، حيث فصل فيه الأمر ، وقد عقب الدكتور عبد الجواد على هذه النصوص ببعض التعقيبات، منها ما ذكره تحت عنوان ” تحديد معنى الغياب “ يقول : (الغياب بالمعنى اللغوي عدم الحضور بالبلد أو المكان الذي يوجد به الشيء المحوز والحائز ، وليس المقصود بالغياب هنا الغياب لذاته ، بل المقصود الغياب الذي يترتب عليه عدم علم الغائب بأن شيئا مملوكا له قد حازه شخص آخر ، وهو يتصرف فيه أو يستعمله تصرف أو استعمال المالك لما يملك . ولذا فقد رأينا أن الحاضر قد يكون في حكم الغائب إذا لم يعلم بالحيازة . كما أن الفقهاء قد اعتبروا الغائب في حكم الحاضر إذا علم أثناء غيابه بحيازة ماله . ولذلك فقد قرروا أنه يجب عليه في هذه الحالة أن يعود من سفره ليطالب بحقه ، أو يوكل شخصا آخر يقوم مقامه في المطالبة بحقه ، أو يشهد في غيبته على عذره الذي لا يستطيع معه الحضور أو المطالبة بحقه . وذلك ” مثل أن يكون في يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو يكون ضعيفا ، أو مختلا ، أو امرأة محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر “ كما ذكر ابن فرحون .

= ٢- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوفر فيه الأهلية، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثلته قانونا . .
وسنتناول دراسة هذه المادة تفصيلا خلال عرض أسباب وقف التقادم القادمة ، مع مراعاة أن القضاء في حكمه السابق ، كان يمكنه إدراج الجهل بالحق ضمن المانع الذي يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الشخص بعدها غائبا ، وهم في الغالب يقيسون المسافات بالأيام التي يستغرقها السفر ، فالدردير يرى أن من يكون على مسيرة يومين من البلد يعتبر حاضرا ، ولا يعتبر غائبا إلا إذا كان على مسيرة أربعة أيام على الأقل . ولكن ابن القاسم ، فيما نقل عنه ابن فرحون ، يرى ” الغائب على مسيرة ثلاثة أيام والأربعة معذور في غيبته “ . كما يرى البعض أن غياب المرأة لا يكون إلا على مسيرة أكثر من يوم .

وقد كان تقدير المسافات ، في عصور الفقهاء القدامى ، بالسير المعتاد أو بسير الإبل ، أما في العصر الحاضر فقد أصبحت وسائل السفر بالسيارات والطائرات . ولذا تقدر قوانين المرافعات المسافات بالكيلومترات ، وتفرق بين السفر داخل البلد وخارجه من بقية أنحاء العالم ، والقواعد العامة في الفقه الإسلامي تجيز ، بل تحتم ، الأخذ بما يصل إليه التطور العلمي والصناعي في وسائل السفر وتقدير المسافات ^(١) .

ولكي يمكن مناقشة ما ذكره الدكتور عبد الجواد نورد بداية نص ابن فرحون ، يقول : (” مسألة في الحيابة على الغائب “ وفي مختصر الواضحة قال ابن حبيب : وأخبرني حسين عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأصبع ومطرف ، في الغائب يحاز عليه ماله وهو على مسيرة دون السبعة الأيام ، يريد كالخمسة ، فإن علم في غيبته بما حيز عليه من ماله فلم يقدم ولم يوكل حتى طال زمان ذلك فهو كالحاضر ، إلا أن يكون له عذر ، مثل أن يكون في يد عدو أو من وراء بحر أو يكون ضعيفا أو مختلا أو امرأة محجوبة أو غير محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر ، فيكون على حقه أبدا ، وإن أشهد في غيبته على عذره وأنه غير تارك لحقه ، إلا لما يذكره من عذره ، كان ذلك أوثق له عندنا ، وقد يكون للغائب وإن قربت غيبته معاذير يعذر بها إذا ظهرت .

(١) الحيابة والتقدم بند ٧١ ، ص ١٢١ ، ١٢٢ .

قال ابن حبيب : ثم رجع ابن القاسم فقال : ” أرى الغائب على مسيرة الثلاثة الأيام والأربعة معذورا في غيبته ، وإن علم بما حيز عليه ، وإن لم يكن ضعيفا في بدنه ، ولا مختلا في عقله ، وأراه على حقه أبدا مازال غائبا ؛ لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف “ . وقوله الأول عندي أحسن ، وهو الذي اجتمع عليه كبار أصحاب مالك . وفي العتبية رواية عن ابن القاسم أن الثمانية أيام في حكم القريب .

فرع ومغيب المرأة على مسيرة اليوم لا يقطع حجتها ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم إلا معها ذو محرم منها)^(١). قاله بعض الشيوخ المتأخرين .

فرع وإن كان غير عالم فهو على حقه إذا قدم ، ولا حيازة عليه وإن طاللت الحيازة فيه ، كانت الغيبة قريبة أو بعيدة .

تنبيه وهو محمول على غير العلم حتى يقيم الحائز بينة أنه كان عالما في غيبته بحيازته لماله .

فرع وقال مطرف وأصبغ : ونرى السبعة الأيام والثمانية وما أشبه ذلك طولا من الغيبة ، وعذرا في ترك القدوم والطلب والتوكيل وإن كان عالما، إلا أنا نستحب له أن يشهد في غيبته إذا علم بحيازة ماله عنه، وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته ، إلا أن يطول الزمان جدا مثل السبعين سنة أو الثمانين وما قاربها ، ويكون مع ذلك سماع مستفيض بأنها ملك للذين هي بأيديهم ، تداولها هم ومن كان قبلهم بما يحاز به الملك ، فيكون ذلك كالحيازة على الحاضر وإن كانت الغيبة بعيدة . قال ابن حبيب : وبقولهما أقول^(٢) .

(١) الحديث أخرجه :

— البخاري ’ بزيادة ليلة ‘ ، كتاب الجمعة ، باب في كم يقصر الصلاة ...

— مسلم ، كتاب الحج ، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره .

(٢) التبصرة ٨٢/٢ ، ٨٣ .

وما يؤخذ على الدكتور عبد الجواد ، فيما استنبطه من هذا النص وغيره ، هو ما ذكره من أن الغياب ليس مقصودا لذاته ، وإنما المقصود به ما يترتب عليه من عدم علم الغائب بالحيازة ، وأنه كالحاضر — في عدم سماع دعواه — إذا علم بالحيازة ولم يأت أو لم يوكل أو لم يشهد .

هذا الذي ذكره الدكتور عبد الجواد يخالف ما قاله مطرف وأصبغ في نهاية نص ابن فرحون السابق ، من أن غيبة السبعة الأيام والثمانية وما أشبه ذلك يعد طولا وعذرا في ترك الغائب القدوم والطلب والتوكيل ، وإن كان عالما ، إلا أنهما استحبا له الإشهاد ، وإذا لم يشهد فإن ذلك لا يوهن حجته ، عدا الاستثناء المذكور بقيديه .

وعلى هذا فإن السفر لمسافة بعيدة يعد في ذاته عذرا للمحوز عليه في سماع دعواه عند قدومه ، وليس هذا قول بعض فقهاء المذهب ، بل حكى فيه التسولي الاتفاق عليه في شرحه لقول ابن عاصم :

وقائم ذو غيبة بعيدة	حجته باقية مفيدة
والبعد كالسبع وكالثمان	وفي التي توسطت قولان
وكالحضور اليوم واليومان	بنسبة الرجال لا النسوان

يقول التسولي في الغياب البعيد : ” وظاهره بلغه العلم بالحيازة عليه أم لا ، كانت الحيازة عليه بالهدم والبناء أو بالاستغلال والسكنى ، ثبت عجزه عن القدوم والتوكيل أم لا ، وهو كذلك اتفاقا “ (١) .

هذا عن الغياب البعيد ، أما المتوسط كالأربعة والخمسة ، ففيه قولان سبق ذكرهما في نص ابن فرحون السابق ، ويقول عنهما التسولي : أولهما لابن حبيب وابن القاسم أنه يسقط حقه إذا لم يثبت عجزه عن القدوم أو التوكيل . وثانيهما لابن القاسم أيضا بأنه لا يسقط ، ولو لم يثبت عجزه ، ويصدق فيما

(١) البهجة ٢٥٩/٢ وكذلك التاودي لم يشترط عدم علم المحوز عليه في هذا الغياب البعيد . حلي المعاصم ٢٥٩/٢ .

يدعيه من العجز عن القدوم والتوكيل ؛ لأنه قد يكون معذورا ، كمن لم يتبين عذره ، وهو المعتمد . قال المشاور : وبه العمل . ابن رشد . وهذا الخلاف إنما هو إذا علم بالحيابة عليه^(١) .

وأما السفر القريب كالיום واليومين فهو كالحضور في عدم سماع دعواه وبينته ، مع الأمن لا مع الخوف ، والقدرة على القدوم أو التوكيل لا مع ثبوت العجز عنهما ، والعلم بالحيابة عليه لا مع عدم علمه . ابن رشد^(٢) .

وهكذا نجد أن عدم العلم بالحيابة يعد عذرا في الغيبة أيا كان نوعها ، أما مع العلم فإن الغيبة البعيدة تعد عذرا في ذاتها ، والغيبة المتوسطة فيها خلاف السابق ذكره ، والغيبة القريبة لا تعد عذرا ؛ إذ هي بمثابة الحضور . وإذا كان المالكية قد قصرُوا بعض هذه الأحكام على الرجال دون النساء ، فإنه لا تنبغي هذه التفرقة في زماننا هذا ؛ لاختلاف أحوال النساء عما كن عليه ، ولتوافر آلة النقل الآمنة .

كما يؤخذ على الدكتور عبد الجواد ما قاله ضمن كلامه السابق ، قوله : وقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي يعتبر الشخص بعدها غائبا . وهم في الغالب يقيسون المسافات بالأيام التي يستغرقها السفر . فالدردير يرى أن من يكون على مسيرة يومين من البلد يعتبر حاضرا ، ولا يعتبر غائبا إلا إذا كان على مسيرة أربعة أيام على الأقل . ولكن ابن القاسم ، فيما نقل عنه ابن فرحون ، يرى الغائب على مسيرة ثلاثة أيام والأربعة معذور في غيبته^(٣) .

ونص كلام الدردير الذي نقل منه الدكتور عبد الجواد قوله السابق ، هو ما ذكره في شرح قول خليل (ثم ادعى حاضر) يقول : بالبلد ، ولو حكما كمن على مسافة يومين ، فإن بعدت كمن على جمعة فله القيام متى قدم مطلقا ،

(١) البهجة ٢٥٩/٢ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) الحيابة والتقدم بند ٧١ ، ص ١٢١ .

كالأربعة وثبت عذره عن القُدوم أو التوكيل ، فإن جهل أمره فكذلك عند ابن القاسم ، وقال ابن حبيب : يسقط حقه^(١) .

ففي هذا النص نجد أن الدردير إنما يورد — فحسب — أقوال المذهب السابق ذكرها ، فمن كان غائبا على مسيرة جمعة فله أن يقيم الدعوى مطلقا ، أي يعذر بسبب غيبته هذه حتى لو كان عالما بالحيازة قادرا على القُدوم أو التوكيل . ويأخذ هذا الحكم نفسه من كان غائبا غيبة متوسطة كالأربعة ، ولكن بشرط ثبوت عذره في القُدوم أو التوكيل ، وهذا هو أحد قولي ابن القاسم كما أشار ابن فرحون نفسه ، والقول الآخر هو قبول دعواه عند قدومه حتى مع الجهل بعذره . وعلى هذا فلسنا إذن بصدد تعارض بين الدردير وابن القاسم كما يفهم من كلام الدكتور عبد الجواد ، فضلا عن اجتزاء أقوال فقهاء المذهب بما يفضي إلى اضطراب النتيجة ، فقد أنهى الدكتور عبد الجواد هذا الموضوع بقوله : (والمسألة أن الغائب لا تكون حيازة ماله حيازة شرعية ما دام غائبا ، ” وله القيام متى قدم مطلقا “ ، أي إن من حقه المطالبة بماله بعد حضوره مهما طال غيبته)^(٢) . ولكن هذا الحكم خاص — كما هو بين من نصوص ابن فرحون والتسولي والدردير السابقة — بالغيبة البعيدة ، والمتوسطة في قول .

هذا عن رأي المالكية في غياب المدعي في الحيازة ، أما الحنفية فقد عدوا الغيبة عذرا أيضا ، لكنهم لم يقدموا تفصيلا للموضوع كما فعل المالكية ، وإنما اكتفوا بالقول بأن الغيبة مسافة السفر تعد عذرا وتسمع معها الدعوى^(٣) .

ولعل الصواب في هذه المسألة في عصرنا ، هو أن الغيبة تصلح أن تكون عذرا بشرطها ، فمن بلغه في سفره — القريب أو البعيد — حيازة ملكه ، فعليه أن يتخذ من الإجراءات ما يمنع هذا التعدي ، أو — على أقل تقدير — يعلن

(١) الشرح الكبير للدردير ٢٣٣/٤ ، طبعة الحلبي ، بدون تاريخ .

(٢) الحيازة والتقدم ، بند ٧٢ ، ص ١٢٢ .

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ .

عن رفضه ، من الحضور بنفسه ، أو تكليف من ينوب عنه في إعلام الحائز بتعديده والإشهاد عليه ، أو إرسال توكيل للخصومة ، أو إخطار الجهات المختصة في بلد المحوز أو في مكان سفره ، أو غير ذلك مما يقف به سريان التقادم . فإذا لم يفعل المحوز عليه أيًا من ذلك وحضر ليطالب بالمحوز بعد سنوات الحيازة ، مع إقراره بعلمه بها أثناء غيابه أو أثبت الحائز هذا العلم ، فلا بد له حينئذ من إبداء العذر الذي كان يمنعه من اتخاذ الإجراء الذي يحفظ حقه ، وإلا فلا تسمع دعواه ؛ إذ يعد سكوته في هذه الحال هذه السنوات الطوال سببا للتهمة مثل سكوت الحاضر .

وما سبق إنما هو في غياب المحوز عليه — المدعي — ، أما غياب الحائز — المدعى عليه — عن حيازته ، فإنه ليس فقط يعد عذرا للمحوز عليه وسببا للوقف ، بل يجعل الحيازة كأن لم تكن ، بحيث يستطيع المحوز عليه العودة لملكه دون أن يقيم دعوى إن أمكنه ذلك .

وبعد أن تناولنا دراسة غيبة الحائز أو المحوز عليه^(١) في الحيازة — التقادم المكسب — نتناول غيبة الدائن — المدعي — ثم غيبة المدين — المدعى عليه — في تقادم الديون — التقادم المسقط — .

أما الدائن فإنه يظل على حقه في غيابه طالما كان بيده وثيقة الدين^(٢) ، وإذا كان سند دينه الشهادة دون الوثيقة ، وعلم أنه سيظل في غيبته مدة التقادم ، فعليه اتخاذ الإجراء الذي يوقف سريان المدة ، ما لم يمنعه عذر من ذلك ، وإلا لصار كالحاضر في عدم سماع دعواه .

وأما غياب المدين فقد ذكر الدكتور حامد عبد الرحمن أن الغيبة تعد عذرا يوقف مضي المدة ، سواء أكان الغائب هو المدعي أم المدعى عليه ، عند

(١) تجدر الإشارة إلى أن غياب الحائز والمحوز عليه عن الحيازة يأخذ الحكم نفسه الذي ذكرناه في غياب الحائز فحسب .

(٢) بناء على ترجيح عدم تقادم الحقوق الموثقة على ما مضى وما سيأتي ، راجع وانظر ص ٦٣ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ١٨٣ : ١٨٦ .

المتأخرين من الأحناف ، وأما المالكية فغياب المدعي فقط هو العذر عندهم ؛ وذلك لأن المالكية يجيزون القضاء على الغائب ، بخلاف الحنفية الذين لا يرون ذلك^(١) .

ولكن قول الحنفية بعدم القضاء على الغائب ، لا يلزم عنه ألا يطالب المدعي بحقه أثناء غيبة المدعى عليه ، خاصة في زماننا هذا ؛ وذلك حتى يحفظ حقه من الضياع ، فقد لا يستطيع إثبات غيبة المدعى عليه فيضيع حقه بالتقادم .

الغيبه في القانون

يبقى أن نشير إلى أن المشرع المدني لم يوفق حينما قرر في التقادم المسقط في المادة (٢/٣٨٢) أنه لا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية ، أو في حق الغائب ، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن وقف التقادم لا يقع على وجه الإطلاق لمصلحة عديمي الأهلية ولا ناقصيها ، متى كان لهم من ينوب عنهم قانونا ، ذلك أن النائب يحل محل الأصل المحجور ، فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه ، فإذا لم يفعل كان مسئولا عن ذلك .

أما إذا لم يكن لعديم الأهلية أو ناقصها من ينوب عنه ، فعندئذ يقف سريان مدة التقادم بالنسبة له ، ما لم تكن المدة خمس سنوات أو أقل . ويشمل هذا الحكم الغائب والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية .

فالواقع أن الغرض من التقادم (الخمسي) ، هو درء خطر تراكم الديون الدورية المتجددة ، وليس يتأثر هذا الغرض بما يتصل بشخص الدائن من أوصاف ولو كان القصر من بينها ، ثم إن ما يسقط من الحقوق بانقضاء خمس

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٥٣ ، ومصادره .

سنوات يتهاافت تهاافتا يمتنع معه التسليم بوقف سريان المدة . أما التقادم الحولي فقد بني على قرينة الوفاء ، وهي تظل سليمة الدلالة ولو كان الدائن قاصرا^(١) .

وهكذا نجد أن القانون قد اعتمد على أساس التقادم الخمسي أو الأقل ، فيما ذهب إليه من عدم وقف التقادم في حق ذوي الأعذار السابقة — والتي منها الغائب — وفي هذا مخالفة للصواب ؛ لأن القانون إذا كان قد نظر إلى مصلحة المدين بأن فاداه من تراكم الديون عليه ، فإنه لم ينظر إلى سوء نيته في حرصه على عدم السداد ، مستغلا — المدين — عذر الدائن الذي أقعده عن المطالبة بحقه ، ولو أنصف القانون لألزم المدين بسداد الدين ولو منجما . ثم ماذا لو استطاع أصحاب هذه الأعذار المطالبة بحقوقهم قبيل انقضاء مدة التقادم بزمان يسير جدا ، أليس في هذا تراكم للديون أيضا ؟!

السبب الثالث عوارض الأهلية

قد لا يستطيع صاحب الحق المطالبة بحقه ؛ لما يمر به من عوارض تسلبه أهليته ، سواء أكانت هذه العوارض ينسب حدوثها للإنسان كالخوف والإكراه ، أم كانت قدرية كالجنون والعتة ، وما يلحق بهذه العوارض الأخيرة من صغر أو عدم بلوغ مثلا ؛ حيث لما تكن أهلية بعد . ويظل التقادم في جميع هذه الأحوال واقفا حتى يزول العارض .

١ — الخوف والإكراه

وفي هذا يقول الدكتور عبد الجواد تحت عنوان ” الاعتداد لا بالإكراه فقط ، بل بالخوف أيضا “ : (القانون الوضعي يعتبر الإكراه أحد عيوب الحيابة ، بمعنى أن من شروط الحيابة فيه أن تكون هادئة ، ويفسر شراح القانون هذا الشرط بكون الحائز لم يحصل على الحيابة بالقوة أو التهديد .

(١) نقلا عن التقادم المكسب والمسقط ، محمد أحمد عابدين ، حاشية ص ٦٣ .

وإذا كانت نتيجة الإكراه ، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون ، هي عدم الاعتداد بالحيازة لفقد شرط من شروطها ، إلا أن دراسة النصوص الخاصة بالإكراه أو الخوف في فقه المذهب المالكي تظهر بوضوح أنه بالرغم من اتحاد النتيجة في كل من الفقه الإسلامي والقانون ، إلا أن هناك مظهرين للخلاف بينهما : أولهما عدم اقتصار الفقه الإسلامي على الإكراه بل أضاف إليه الخوف ، وثانيهما التوسع في معنى الإكراه والخوف .

أ - إضافة الخوف إلى الإكراه

استعمل فقهاء المذهب المالكي عبارات كثيرة مختلفة للتعبير عن الإكراه أو الخوف ، كقول الحطاب في الحائز ” إلا أن تكون اليد كلا يد ، مثل أن يكون غاصبا وذا سلطان “ ، وقوله في المحوز عليه والحائز ” الخوف ، أي خوف المدعي من الذي في يده العقار ، لكونه ذا سلطان ، أو مستندا لذي سلطان “ ، وقول ابن فرحون في المحوز عليه ” غير خائف من الحائز “ ، وقول الدردير فيه أيضا ” أو قام به مانع من إكراه ونحوه “ ، وقول الدسوقي ” خوف الحاضر من سطوة الحائز ، أو من سطوة من استند إليه الحائز “ ، أو ” لا حيازة لذوي الشوكات والتغلب “ . فالفقه الإسلامي لا يكتفي من ناحية ثانية بالإكراه أو الخوف من الحائز نفسه ، بل يضيف إلى ذلك الإكراه أو الخوف ممن يستند إليه الحائز ، من قريب أو من صديق ذي سلطة ، أو استعانة الحائز بذي سلطة أيا كان ، ولأي سبب كان .

ب - التوسع في معنى الإكراه والخوف

العبارات التي استعملها الفقهاء في الإكراه والخوف تدل على معان مختلفة ، أو بعبارة أدق ، تدل على درجات مختلفة لكل من الإكراه والخوف ، وأقوى هذه الدرجات كون الحائز ” غاصبا وذا سلطان “ كما يقول الحطاب ، ويلي هذه الدرجة الإكراه غير الموصوف عندما يكتفي الفقهاء بذكر الإكراه كمانع من موانع الحيازة ، كما جاء في النص المنقول عن الدردير . وقد يأخذ الخوف معنى الإكراه إذا كان الحائز ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان ، كما يقول

الخطاب . ولكن أضعف درجات الخوف هي خوف المدين المحوز عليه من مطالبة الدائن الحائز بحقه ؛ خوفاً من أن يطالبه هذا بدينه الذي لا يستطيع الوفاء به ، فيضطره هذا الخوف إلى السكوت على حيازة حقه ^(١) .

وما يلاحظ هنا هو أن القانون قد وافق الفقه الإسلامي في هذا الصدد ، إذ إنه يعتد بالإكراه المادي الذي يأتي بطريق استعمال القوة المسلحة أو غير المسلحة ، والإكراه المعنوي عن طريق استعمال التهديد الذي يختلف أثره باختلاف الأشخاص ونوع التهديد ^(٢) .

ومعنى (اختلاف نوع التهديد) هو أن التهديد قد يحدث دون أن يصدر من الحائز أي اعتداء قولي أو فعلي ضد المحوز عليه عند بدء أو أثناء حيازته ، حيث يكفي المحوز عليه عذراً أن يعلم أنه إن طالب بحقه ناله الأذى من الحائز ، ولو طبقنا ضابط التفرقة — الذي ذكره الدكتور عبد الجواد — بين الإكراه والخوف — على فرض التسليم به — على هذا التمثيل للتهديد ، فإننا نجد أنفسنا داخل دائرة الخوف لا الإكراه ؛ إذ لم يصدر عن الحائز أي اعتداء قولي أو فعلي ضد المحوز عليه .

كما ذهب القانون إلى أن استخدام طرق الاحتيال في الحيازة يعد قدحاً فيها ، يقول الدكتور المنجي : لا تعتبر الحيازة هادئة إذا حصل الحائز عليها بالغش والتواطؤ عن طريق استعمال طرق احتيالية . وقد قضت محكمة النقض بقبول طلب استرداد حيازة العقار ؛ تأسيساً على رفع يد الحائز بطريق الإكراه وبطريق الغش والتحايل ، ونفي المحكمة للإكراه لا يستلزم حتماً نفي الغش والتحايل ، وأوجب تحقيق الغش والتحايل وإلا كان الحكم قاصراً ^(٣) . وهذا الذي ذهب إليه الفقه والقضاء في القانون لا يتعارض ومبادئ الفقه الإسلامي .

(١) الحيازة والتقديم بند ٨٥ : ٨٧ ، ص ١٣٨ : ١٤٠ ببعض حذف .

(٢) الحيازة د. المنجي بند ١٥٥ ص ٥٨ ومن مصادره السنيوري الذي رجع إليه د. عبد الجواد .

(٣) الحيازة بند ١٥٥ ص ٥٩ وأشار إلى : نقض ١٩٤٨/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية ١-٥٨٧-٨

وأما ما مثل به الدكتور عبد الجواد لأدنى درجات الخوف ، وهو خوف المحوز عليه المدين من الحائز الدائن ، أنه لو طالبه بالمال المحوز لطالبه الحائز بالدين ، فإنه يمكن — أولاً — إدراج هذا المثال تحت التهديد المعنوي سابق الذكر^(١) ؛ إذ لا يتأتى خوف المحوز عليه إلا إذا كان الحائز الدائن فيه شيء من سطوة ولو ضئيلها ، بحيث لو كان المحوز عليه المدين على يقين من عدالة الحائز الدائن لما توانى في المطالبة بالمحوز ؛ لعدم تلازم المطالبتين حينئذ . وثانياً فإن هذا المثال نجد في القانون ما هو أقل منه شأنًا ومع ذلك يجعل الحيازة معيبة ، مثل العلاقة الأدبية كعلاقة الزوجية ، وهو ما سنفصل فيه الكلام في السبب القادم .

٢ — الجنون ، العته ، الصغر ،

يظل التقادم واقفاً طول فترة هذه العوارض، ثم يسري بعدها، ولا خلاف في أن هذا إذا لم يكن ولي أو وصي ، أما عند وجوده فقد ذكر الدكتور عبد الجواد أن المالكية أطلقوا الكلام في هذا العذر أي أن التقادم يظل واقفاً حتى مع وجود ولي أو وصي^(٢) .

ولكن جاء في البهجة ما يؤخذ منه عكس ذلك ، فعندما تكلم التسولي عن هذا العذر في الحيازة^(٣) أشار إلى كلامه في الشفعة ، وهو ” وفي المتيطية : وأما الغائب ، والصغير الماهل ، والسفيه الذي مات وليه ، واليتيم ، والبكر : فلا تنقطع شفعتهم إلا بعد عام من قدوم الغائب وبلوغ اليتيم والبكر وترشيد السفيه ونكاح البكر ورشدها . هذا هو المشهور وبه العمل . اهـ “^(٤) . وتقبيد الصغر والسفه بما ذكر يفهم عنه عدم الاعتداد بهما عند وجود ولي .

(١) كما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني أن اتحاد الذمة — كأن يجتمع في شخص صفتا دائن ومدين — يعد من أسباب وقف التقادم .

(٢) الحيازة والتقادم بند ٨١ ، ص ١٣٦ .

(٣) البهجة ٢/٢٥٥ .

(٤) السابق ١١٤/٢ .

وصريح عن ذلك قول المواق : ” قال مالك : وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه ، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له . وإن لم يكن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه فهو على شفעתه إذا بلغ . ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ، ولا قيام له إن كبر . ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي ، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي ؛ لأن والده بمنزلته . ابن عات : واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تتقطع في مثلها الشفعة . اللخمي : فإذا وجبت الشفعة للصغير كان الأمر فيها لوليه ، من أب أو وصي أو حاكم ، من أخذ وترك ، فإن رشد الصبي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ، ولا ترك ما أخذ ، إلا أن يتبين أن الأخذ لم يكن من حسن النظر ؛ لغلائه أو لأنه قصد المحاباة لمن كان اشترى ، فللصبي إذا رشد نقض ذلك ،“ (١) .

هذا عن رأي المالكية ، أما الحنفية فقد قيدوا وقف التقادم بعدم وجود ولي أيضا ، يقول ابن عابدين : استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة ، وبما إذا لم يكن له ولي (٢) .

بيد أن مجلة الأحكام العدلية نصت على اعتبار العذر حتى مع وجود الوصي بناء على فتاوى بعض متأخري الحنفية ، فقد نصت المادة (١٦٦٣) على أن ”المعتبر في هذا الباب ، أي باب مرور الزمان المانع لسماع الدعاوى ، إنما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر ، أما الزمان الذي مر لعذر شرعي ، كما لو كان المدعي صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، سواء كان له وصي أو لم يكن ، أو كان في ديار بعيدة مدة سفر ، أو كان خصمه من المتغلبة : فلا يعتبر ، بل يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه . مثلا لا يعتبر الزمان الذي مر حال صغر المدعي ، وإنما يعتبر من تاريخ وصوله إلى حد البلوغ ، كذلك

(١) التاج والإكليل ٣٢٤/٥ وانظر بلغة السالك ٢٣١/٢ .

(٢) ابن عابدين ٣٤٤/٤ وقد ذكر في الصفحة نفسها الصبي والمجنون .

إذا كان لرجل مع أحد المتغلبة دعوى ، ولم يمكنه إقامتها لامتداد زمان تغلب خصمه ، ووجد مرور الزمان ، لا يكون مانعا لاستماع الدعوى ، وإنما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب “.

وقد رجح الدكتور حامد عبد الرحمن الرأي الأول ، يقول : ” وإني أرجح الرأي الأول ، وهو أن فقد الأهلية يعتبر عذرا إذا لم يكن لناقص الأهلية أو فاقدها ولي ، أما إذا كان له ولي فتسري المدة في مواجهة وليه “^(١) .

وقد يكون الصواب في الرأي الآخر ؛ لأنه ينبغي ألا يتحمل الصغير ومن شابهه تقصير غيره ، ولأن الأصل في الولاية أو الوصاية هو الحفاظ على مال من يتولى أمره وتنميته لا أن تكون سببا في إضاعته .

السبب الرابع العلاقات الخاصة

ومن هذه العلاقات الخاصة بين المدعي والمدعى عليه علاقة القرابة والزوجية ، وقد عد الدكتور حامد عبد الرحمن هذه العلاقة ضمن الموانع التي يقف بسببها التقادم ، يقول : ” وقد يكون المانع من المطالبة العلاقة القائمة بينه وبين المدين ، كالعلاقة ما بين الأصول والفروع ، وهي تعتبر مانعا يوقف مضي المدة إذا ما كانت أواصر الحب تربط بينهم ، وكانت علاقة القرابة علاقة وثيقة ، واقتربت بملابسات تؤكد معنى المانع . أما إذا كان بينهم تشاجر وتنافر فلا تعتبر مانعا ، وتحسب المدة اعتبارا من تاريخ استحقاق الحق .

وتعتبر العلاقة الزوجية مانعا يوقف مضي المدة الموجبة لعدم سماع الدعوى بين الزوجين ما دامت الزوجية قائمة ، فإذا ما ترك أحدهما الدعوى في مواجهة الآخر محافظة على استقرار الحياة الزوجية ، ويخشى إن هو طالب بحقه أن يتعكر صفو حياته الزوجية ، واستمر الحال على ذلك فترة طويلة ، فإذا ما طالب أحدهما بحقه في مواجهة الآخر تسمع دعواه ، ولا يستطيع الآخر أن

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٥٢ .

يدفعها بمضي المدة“ (١) .

ويظهر من صدر كلام الدكتور حامد أنه يتكلم عن تقادم الديون ، ولكن بمراجعة المواضع التي أشار إليها في مصادره في هذه الجزئية نجد أن فقهاء المالكية يتكلمون هنا عن الحيابة وليس تقادم الديون . كما نجدهم أيضا لا يجعلون هذه العلاقة الخاصة سببا لوقف الحيابة ودوام هذا الوقف ، وإنما جعلوها — مع تحديد نوع التصرف في الحيابة — سببا لإطالة مدة الحيابة فحسب ، بحيث لا تسمع الدعوى بعد هذه المدة ، يقول ابن عاصم في أرجوزته:

والأقربون حوزهم مختلف بحسب اعتمارهم يختلف
فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار
فهو بما يجوز الأربعين وذو تشاجر كالأبعدين

يقول التاودي في شرح هذه الأبيات : (والأقربون) كالإخوان والأعمام وأبناء العم والخال ، وفي معناهم الأصهار والموالي (حوزهم) أي أمد حوزهم (مختلف بحسب اعتمارهم) أي تصرفهم في المحوز (يختلف . فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار) للحوانيت (فهو بما يجوز الأربعين) عاما إذا لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة (وذو تشاجر كالأبعدين) يكتفى فيهم بعشر سنين^(٢).

ولا يعترض بأنه قد ورد في بعض المصادر التي أشار إليها الدكتور حامد ، الإشارة إلى أن هذه العلاقة ذكرت ضمن موانع الحيابة ، مثل قول ابن فرحون ” ويشترط في الحيابة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز ، ولا بينه وبينه قرابة ولا مصاهرة ولا مصادقة ولا شركة “^(٣)، لأن ابن فرحون يتكلم هنا عن تأثير هذه الموانع على حيابة الأجنبي غير الشريك ، والتي مدتها

(١) السابق ص ٢٥٨ .

(٢) حلي المعاصم ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ .

(٣) تبصرة الحكام ٨٤/٢ .

عشر سنين ، ولذا فقد أورد ابن فرحون نفسه قوله هذا تحت عنوان (فصل في حيازة الأجنبي على الأجنبي الحاضر الرباع والعقار) ، ولهذا أيضا فقد أنهى قوله السابق بأنه سيتناوله بالبيان بعد ذلك ، وهو ما قام به بالفعل في (فصل في صفة الحيازات ومراتبها) ومما ذكره فيه أنه أورد أقوال أئمة مذهبه في مدة حيازة الأقارب والأصهار ، والتي تطول فحسب عن مدة حيازة الأجنبي ، لا أن تظل دائمة كأسباب الوقف حال دوامها .

كما أن خليلا احترز في متنه من ذكر الأقارب والأصهار في حيازة السنين العشر ، وذلك بالنص على حيازة الأجنبي ، يقول : ” وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه “^(١) ، ثم أشار بعد ذلك إلى الخلاف في مدة حيازة الأقارب . كما أنه ليس هناك خلاف بين فقهاء المالكية في أن التصرف في الحيازة إذا كان من أعمال التقويت ، فإنه لا يجدي معه قرابة ولا غيرها ، حيث لا تسمع دعوى القريب في ذلك^(٢) .

هذا عن تأثير هذه العلاقة في إطالة مدة الحيازة ، أما عن تأثيرها في تقادم الديون ، فإنها تعد سببا لإطالة مدته أيضا أو وقفه ، إذا دلت قرائن الأحوال على ذلك ، يقول الدردير : ” وأما الديون الثابتة في الذمم ، فقليل يسقطها مضي عشرين عاما مع حضور رب الدين وسكوته — وهو قول مطرف — ، وقيل مضي ثلاثين ، وقيل لا تسقط بحال ، وقيل غير ذلك ، إلا أن القول بأنه يسقطها مضي السنتين بعيد جدا ، والأظهر الرجوع في ذلك للاجتهاد في حال الزمن والدين والناس . والله أعلم “^(٣) .

يقول الصاوي في شرح ما أظهره الدردير : ” قوله (في حال الزمن والدين والناس) أي فيعمل بقرائن الأحوال ، فشأن الغني يمهل أحبائه الزمن

(١) خليل ومعه شرحه مواهب الجليل ٢٢١/٦ .

(٢) والحنفية على هذا أيضا في دعوى القريب . حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤ ٤٧٣/٥ ، ٤٧٤ .

(٣) الشرح الصغير — على هامش بلغة السالك — ٣٨٠/٢ .

الطويل ، وشأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده ، لاسيما إن كان من عليه الدين غير صاحب . والله أعلم “^(١) . ولا يخفى صحة هذا القول هنا ، وفي الحياة أيضا .

العلاقات الخاصة في القانون

اعتد القانون بعلاقة الزوجية والقرباة بجعلها سببا لوقف التقادم ، فقد نصت المادة (١/٣٨٢ مدني) على أنه ” لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب “^(٢) . وقد برر الفقه والقضاء هذه المادة بأن ” علاقة الزوجية والوئام بين الزوجين تحول دون اتخاذ الإجراءات القانونية لصون حقوقهما ، أحدهما نحو الآخر ، ولذلك يجب اعتبار سريان المدة موقفا بينهما ما دامت الزوجية قائمة . بيد أنه لا يمكن القول بصفة مطلقة بوقف التقادم بين الزوجين ، وإنما يدخل في تقدير سلطة القاضي الموضوعية ما إذا كانت هذه العلاقة مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة ، بحسب ما يبين من ظروف كل دعوى على حدة .

وقد قضي بأن صلة القرباة ، مهما كانت درجتها ، لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا ، بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة ، تستخلص منها محكمة الموضوع قيام أو انتفاء المانع الأدبي ، دون معقب عليها في ذلك ، متى أقامت استخلاصها على أسباب سائغة “^(٣) .

(١) بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

(٢) برغم أن هذه المادة وردت في التقادم المسقط ، فإن حكمها يسري على التقادم المكسب أيضا ، إذ تنص المادة (٩٧٣ مدني) على أنه ” تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ، ووقف التقادم وانقطاعه ، “ .

(٣) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٣٦ ص ٥١ ، ٥٢ وقد أشار في حاشيته إلى : نقض مدني ١٩٨٣/٢/١٧ ، الطعن ١٢٢٣ لسنة ٤٩ .

ومن العلاقات الخاصة التي توقف سريان التقادم أيضا ، العلاقة بين الأصيل والنائب ، وقد ورد نص صريح في هذا المعنى (١/٣٨٢ مدني) . ويدخل في ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة ، وذلك في حدود أعمال الوكالة . كما تدخل العلاقة ما بين الولي أو الوصي أو القيم بالمحجور مادام الحجر قائما ، وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوي والمدير ما دامت صفة الإدارة قائمة، وعلاقة المخدم بالخادم طوال مدة التعاقد؛ إذ بين كل من أولئك وهؤلاء صلة تبعث على الاحترام أو الثقة أو الرهبة ، يتعذر معها على صاحب الحق أدبيا أن يطالب بحقه . ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعا أدبيا من شأنه وقف التقادم ؛ لأن الحكومة لا تسيطر على موظفيها السيطرة التي تبعث في أنفسهم الرهبة التي تمنعهم من المطالبة بحقوقهم^(١) .

والمانع الأدبي في هذا الخصوص ، الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم ، شأنه شأن المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فيجيز الإثبات بالنية فيما كان يجب إثباته بالكتابة^(٢) .

ومن العلاقات الخاصة التي توقف سريان التقادم كذلك الاتفاق بين طرفي النزاع ، فيمكن أن ” يقف سريان التقادم بناء على اتفاق يتم بين ذوي الشأن ، فقد يرغب الدائن أن يسوي نزاعه مع المدين أو الحائز وديا عن طريق التحكيم أو التصالح — وقد تكون مدة التقادم أوشكت على الانتهاء نتيجة الاتفاق بينهما — على أن يقف سريان التقادم حتى يتم التوصل إلى التسوية خلال الفترة التي يستغرقها التحكيم ، ومثل هذا الاتفاق صحيح ، ينتج أثره في وقف سريان التقادم“^(٣) .

(١) السابق بند ٣٧ ، ص ٥٣ .

(٢) أحكام التقادم ، د. عبد الحميد الشواربي — أسامة عثمان ، ص ١٥١ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

(٣) السابق ص ١٥٢ .

وإذا كان هذا هو موقف القانون من هذه العلاقات ، فإننا في الفقه الإسلامي يمكن أن نقيسها على ما سبق ذكره في علاقة الزوجية والقرابة ، سواء في الحيابة أو تقادم الديون .

السبب الخامس الإفلاس

ويتصور هذا السبب في كلا التقادمين ، أما إفلاس المدعي في الحيابة فقد سبق الكلام عنه في السبب الثالث الخاص بعوارض الأهلية ، وقلنا إن المحوز عليه المدين قد لا يطالب الحائز الدائن بالمال المحوز خوفا من أن يطالبه بالدين ولا يجد من أين يعطيه ؟. وأما إفلاس المدعي عليه الحائز فمثاله تصرف الحائز في المحوز — عقارا كان أو منقولا — ثم استهلاك ثمنه مع إفلاسه ، أو ضياع المحوز المنقول منه مع إفلاسه أيضا . وكل من إفلاس المدعي والمدعي عليه يعد سببا موقفا للتقادم .

وأما تقادم الديون فقد اعتبر الحنفية ثبوت إعسار المدعي عليه المدين عذرا يوقف سريان التقادم^(١) ، ولم أر من ذكر الإفلاس ضمن الأعذار عند المالكية خلال تناولهم تقادم الديون ، على أنه يمكن قياسه بأولى على ما ذكرناه في الحيابة من وقف سريان المدة بسبب إفلاس المدعي المدين للحائز ؛ إذ إن الإفلاس هنا — تقادم الديون — يخص المدعي عليه المدين .

هذا عن إفلاس المدعي عليه في تقادم الديون ، أما إفلاس المدعي فيه أيضا فلا شك في كونه لا يعد سببا موقفا للتقادم ؛ إذ إنه أدعى للمطالبة بالدين ، يقول الصاوي : ” شأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده ، لا سيما إن كان من عليه الدين غير صاحب “،^(٢) .

(١) ابن عابدين ٣٤٣/٤ ، ٣٤٤ .

(٢) بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

الإفلاس في القانون

ذهب القانون ، فقها وقضاء ، إلى أن حالة الإفلاس لا يترتب عليها وقف سريان التقادم بالنسبة لحقوق المفلس ضد الغير ، أو حقوق الدائنين ضد المفلس ؛ لأن حكم الإفلاس لا يمنع دائني المفلس من اتخاذ الإجراءات القانونية التي تقطع التقادم ، فإذا أرادوا الحصول على حقوقهم من أموال المفلس فما عليهم إلا تقديم ديونهم في التفليسة وعرضها على التحقيق ، وفي هذه الحالة يعتبر التقديم بالدين بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة به .

أما دعاوى المفلس ضد مدينه فيباشرها السنديك ، ومن واجب هذا الأخير المطالبة بحقوق المفلس وقبضها والتخايل عنها ، ومن ثم فلا تعتبر رفع يد المفلس عن إدارة أمواله سببا لوقف سريان التقادم في دعاواه وحقوقه قبل مدينه^(١) .

السبب السادس الارتداد عن الإسلام

تناول الإباضية أثر اختلاف الدين في الحيازة ، من ذلك أنهم جعلوا ارتداد الحائز عن الإسلام سببا لوقف الحيازة ، فقد جاء في شرح النيل أن من عمر بعض المدة فارتد فلا تثبت له ولو أتم المدة ، وإن رجع من الارتداد بنى على ما قبل الارتداد . ومن ارتد بعدما تمت المدة فهي له بالحيازة . وإن ارتد صاحب الأرض فلا يضر الداخل ، وتثبت عليه الحيازة^(٢) .

وربما يكون الإباضية على غير صواب في هذه الجزئية ؛ إذ إن المرتد — ما لم يحكم بقتله — يستوي مع غيره في أحكام الحيازة ، فهي لا تعتمد على العقيدة وإنما على العرف وشواهد الحال .

(١) التقادم بند ٣٤ ص ٥٠ ، ٥١ بحذف يسير .

(٢) شرح النيل ٥٢١/١٣ ، ٥٢٢ وتجدر الإشارة إلى أنني لم أقف على هذا السبب عند الحنفية ولا المالكية .

السبب السابع الظروف القهرية العامة

لا يختلف الفقه الإسلامي مع القانون الذي يذهب إلى وقف التقادم بسبب الظروف القهرية العامة ، كإغلاق المحاكم لوقوع بعض الاضطرابات بالبلاد ، أو قطع المواصلات لسبب من الأسباب كالفيضانات ، أو نشوب حرب وإعلان حالة الأحكام العرفية ، أو تصدع أبنية بعض المحاكم إثر الزلازل ، أو غير ذلك من أسباب تحول دون اتخاذ إجراءات التقاضي . ويمكن التمثيل لهذا السبب من الفقه الإسلامي بالحاكم ذي السطوة ؛ إذ لا يستطيع أحد من رعيته المطالبة بحقوقه المتعلقة بذمة هذا الحاكم ، وقد سبق الكلام عن هذا في السبب الثالث الخاص بعوارض الأهلية . كما يمكن التمثيل له بخلو البلدة من القاضي .

وعلى أية حال فإن أسباب وقف التقادم لم تذكر في الفقه الإسلامي على سبيل الحصر ، وإنما للتمثيل والاستشهاد فحسب . كما أن كثيرا من هذه الأسباب — والتي تأتي في نطاق المعاملات — نجد مثلها في مجال الجرائم والعقوبات التي يأتي تفصيل الكلام عن سائر أحكامها بالفصل الثالث من الباب القادم .

المبحث الثالث

أثر وقف التقادم

أولاً ذهب الحنفية والمالكية إلى وقف سريان التقادم طول فترة العذر، وأن الدعوى تسمع بعد زواله حتى لو انقضت مدة التقادم ، أي يجب إسقاط فترة العذر من مجموع مدة التقادم^(١) . وبجانب هذا القول أضاف الإباضية قولين آخرين ، وفيما يلي نورد ما نصوا عليه ، ثم تحليل الدكتور عبد الجواد له ، ثم مناقشة الدكتور عبد الجواد في تحليله .

يقول الثميني : من مكث في الأصل ثلاث سنين ، والمدعي حاضر ، ثم غاب أربع عشرة ، ثم قدم فمكث فيه ثلاثا بعد قدومه ، ثم عارضه ، فهل يشهد له بالحيازة أو حتى يمكث عشرين متوالية ؟ قولان^(٢) .

ويشرح أطفيش ذلك بقوله : (من مكث في الأصل ثلاث سنين) أو أقل بلا حد للقلة ، لكن مع العلم بمقدارها (والمدعي حاضر ، ثم غاب) أو جن (أربع عشرة) سنة أو أقل أو أكثر (ثم قدم فمكث فيه) من هي^(٣) بيده (ثلاثا بعد قدومه) أو أقل أو أكثر^(٤) بحيث تتم مدة الحيازة بما حضر وما غاب أو

(١) تكملة ابن عابدين ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ — شرح المجلة ٩٩٠/٢ — التسولي ٢٥٤/٢ ، ٢٥٥ وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية والمالكية قد استنتوا من الاعتداد بأثر الوقف تكرار القدوم والغيبة ، يقول صاحب التكملة : لو كان المدعي أو المدعى عليه غائبا مسافة السفر ، ثم حضر مرارا في أثناء المدة التي هي خمس عشرة سنة وسكت ، ثم أراد أن يدعي بعد ذلك ، فلا تسمع دعواه . كذا في فتاوى علي أفندي . التكملة ٣٤٨/١ . ومثله في التسولي ٢٥٤/٢ .

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الشيخ أبا زهرة بعد أن ذكر بعضا من الأعذار السابقة علق عليها بقوله : ” فإذا حدث عذر من هذه الأعذار في أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله “ — الملكية ونظرية العقد ص ١٤٨ — وفي هذا خلط بين أثر وقف التقادم وبين انقطاعه الذي سيأتي في الفصل التالي .

(٢) النيل وشفاء العليل ٥١٩/١٣ ، ٥٢٠ .

(٣) الضمير يعود على معنى الأصل مثل الأرض .

(٤) في الأصل : كثر . والأنسب ما ذكر أعلاه .

تزيد ، أو حضر ثم غاب مرارا أكثر بحيث تتم المدة أو^(١) تزيد ، أو مرتين فقط كذلك . وهذا التمثيل لقول عشرين ، وكذا غيره من الأقوال إذا غاب بعض المدة وحضر بعضا، بحيث تتم المدة بما حضر وما غاب (ثم عارضه) بعد تمام ؛ بتلفيق ما غاب وما حضر (فهل يشهد له بالحيابة) بناء على التلفيق ، أيام الحضور وأيام الغيبة، استصحابا لغيبته على^(٢) المكث، وحكما لها بالحضور وإذا^(٣) غاب بلا إنكار (أو) لا (حتى يمكث عشرين) سنة أو غيرها بحسب الأقوال (متوالية) أي تامة ، لا يحسب فيها ما غاب ، ولا يعتبر فيها أوقات الحضور التي تتم المدة فيها ، لكنها تنفصل ، بل يحضر حضورا متصلا تمت فيه المدة . وهو الصحيح ؛ لأن الحديث يقول : وعمرها^(٤) . وهو في غيبته غير عامر لها (قولان) ثالثهما تلفيق أيام الحضور حتى تتم فيها المدة وإلغاء ما بينها من أوقات الغيبة. وكذا إن كان تارة يغيب المدعي وتارة الماكث . والجنون في ذلك كالغيبة . وهو الصحيح لشرط التوالي .

وفي "الديوان"^(٥) : من حاز أرض رجل في الحال الذي تجوز عليه الحيازة ، فتحول إلى الحال التي لا تجوز عليه فيه الحيازة ، مثل الجنون أو الغيبة قبل أن تتم مدة الحيازة ، ثم أفاق أو قدم الغائب ، فإن الذي حاز عليه أولا يبني على ما مكث فيها أولا قبل الجنون والغيبة حتى تتم مدة الحيازة . وكذا صاحب الأصل ، إذا كان يجيء ويذهب ، ويزول عقله ويصحو ، فلا يحسب له ما غاب فيه وما زال عقله فيه . ومنهم من قال^(٦) : إذا كان المدعي يجيء

(١) في الأصل : لو . والصواب ما ذكر أعلاه .

(٢) في الأصل : عن . والملائم ما ذكر أعلاه .

(٣) في الأصل : إذ . والملائم ما ذكر أعلاه .

(٤) وهو حديث "من حاز أرضا وعمرها عشر سنين ، والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر ، فلا تقبل حجة للخصم فيها" . وانظر أصل هذا الحديث : مراسيل أبي داود ، باب ما جاء في القضاء ،

رقم ٣٩٤ وقد سبق في مواضع عدة : ص ٢٤ ، ٣٢ ، ٦١ ، ٨٣ ، ٩٣ .

(٥) أي كتاب "ديوان الأشياخ" وهو من أهم المصادر الفقهية عند الإباضية .

(٦) ليس بالأصل ، وقد اقتضاه السياق .

ويذهب ، ويجن ويصحو ، ولا ينكر حين يجيء أو يصحو ، فإنه يحسب عليه وقت الغيبة أو الجنون مع وقت الحضور والصحو^(١) .

وقد أورد الدكتور عبد الجواد هذا النص تحت عنوان (وقف مدة الحيابة — الحيابة المتقطعة) ، وقد علق عليه بقوله : ” يفهم من هذا النص :

١— يتحدث هذا النص عما يمكن تسميته الحيابة المتقطعة، وهي الحيابة التي تقع صحيحة مستوفية لشروطها ، ثم يحدث مانع أو عذر للمحور عليه أو الحائز ، يمنع أعمال الحيابة لصالح الحائز ، ثم يزول المانع أو العذر بعد مدة ، فتعود الحيابة صحيحة عاملة ، ومن أمثلة الموانع أو الأعذار غياب أو جنون الحائز أو المحور عليه .

٢— اختلفت الأقوال في كيفية حساب المدة في حالة الحيابة المتقطعة ، ويبلغ عددها ثلاثة أقوال ، بالوضع الآتي :

الأول وهو الذي يرجحه الشارح ، أن تكون مدة الحيابة متصلة أو متوالية . ويستند هذا القول إلى أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ” وعمرها “، والحائز الغائب غير عامر للأرض التي يحوزها ، كما أن غياب المحور عليه يجعله غير حاضر لحيابة ماله .

الثاني أن توقف مدة الحيابة في وقت تحقق العذر أو المانع ، ثم تعود إلى السريان بعد زواله . وتتم مدة الحيابة بضم المدد الصحيحة فقط ، دون المدة التي وجد فيها العذر أو المانع . وهذا هو وقف مدة التقادم في القانون .

الثالث أن تحسب مدة الحيابة من بدايتها إلى تمامها ، بحيث ” تتم مدة الحيابة بما حضر وما غاب ؛ استصحابا لغيبته على^(٢) المكث ، وحكما لها بحكم الحضور “ كما يقول النص .

(١) شرح النيل ١٣/٥١٩ ، ٥٢٠ .

(٢) راجع هامش ٢ السابق .

ونحن نرجح القول الثاني، لا لأنه المتفق مع الحكم في القانون الوضعي، بل لأنه المتفق مع واقع الأمور . وأما الاحتجاج بأن الحديث يتطلب عمارة الأرض ، وعمارتها تتطلب الحضور الدائم للحائز ، فيمكن الرد عليه بأن معظم أعمال العمارة قد تتم مرة واحدة، كالمباني أو زراعة الأشجار وغيرها. ويضاف إلى ذلك أن الحائز يجوز له أن يحوز بواسطة غيره ، كما سبق أن نقلنا عن الشارح نفسه^(١) .

أما القول الثالث ففيه مراعاة ظاهرة لمصلحة الحائز على حساب مصلحة المحوز عليه ، وهو ما يأباه الاتجاه العام في فقه المذهب المالكي ، كما سبق أن رأينا ، ولو طبقنا معيار هذا المذهب ، لرجحنا القول الأول ؛ لأنه أكثر مراعاة لمصلحة المحوز عليه^(٢) .

ونورد فيما يلي بعض الملحوظات على كلام الدكتور عبد الجواد :

١- في تفسير معنى استمرار الحيازة عند الإباضية ، فقد ذهب الدكتور عبد الجواد إلى أنهم يفسرون الحديث بمعناه الحرفي ، أي استمرار الحيازة الذي لا ينقطع أدنى انقطاع ، حتى لو كانت طبيعة الشيء المحوز تسمح به ، يقول — كما سبق — : وأما الاحتجاج بأن الحديث يتطلب عمارة الأرض ، وعمارتها تتطلب الحضور الدائم للحائز ، فيمكن الرد عليه إلى آخر ما ذكره .

وبمعاودة النظر في كلامهم نجد أنهم لم يذكروا أن المقصود بالاستمرار هو ما يخالف العرف ، فلم يقولوا مثلاً بأن الانقطاع اليسير عن المحوز — كأن يأتي على فترات متقاربة لمتابعة زراعة الأرض مثلاً — يعد عيباً في الحيازة ، بل إننا نجد صاحب النيل يضرب مثلاً للعدر بأربع عشرة سنة متصلة .

كما أن استشهاد الشارح بما جاء في الحديث ”وعمرها“ على لزوم استمرار الحيازة ، ليس فيه تعارض بينه وبين غياب المدة اليسيرة التي لا يعدها

(١) انظر ما قاله الشارح في ذلك . شرح النيل ١٣/٥٢١ ، ٥٢٢ .

(٢) الحيازة والتقادم بند ٢٣٦ ، ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ .

العرف — بحسب طبيعة المحوز — غيابا ، أي إن الحديث يتجه إلى الغياب الذي لا يُرى معه الحيازة والإعمار .

وما ذكره الدكتور عبد الجواد في اعتراضه ، من أن أعمال العمارة قد تتم مرة واحدة كالمباني أو زراعة الأشجار وغيرها ، فغير مسلم به أيضا ؛ لأن مقصود العمارة في الحديث هو أن يظهر الحائز مظهر المالك طول مدة الحيازة بمعناها العرفي لا الحرفي ، لا أن يبدأ بهذا المظهر ثم يظل بقية مدة الحيازة لا ذكر له . كما أن من الحيازات ما يستدعي الحضور شبه الدائم كسكنى الدار وغيرها .

وكذلك لا يعترض على الشارح بأن الحائز يجوز له النيابة في حيازته ، فلا يشترط استمرار الحيازة ؛ لأن حيازة النائب لا تختلف عن حيازة الأصيل في وجوب كونها لا توصف بعيب عدم الاستمرار ، فلا توجد صلة بين حيازة النائب وبين الحيازة المتقطعة .

٢— كما يلاحظ أن الدكتور عبد الجواد عندما عرض الأقوال الثلاثة السابقة، ألحق العذر للحائز والمحوز عليه ، ولكن إذا تأملنا كلام الإباضية السابق نجد أنهم يخصصون القول الأول — الخاص باشتراط توالي الحيازة — بكون العذر جهة الحائز وحده ، أي عندما يخص العذر الحائز وحده يصبح في المسألة الأقوال الثلاثة السابقة ، أما إذا كان يخص المحوز عليه وحده يصبح فيها قولان ، الثاني والثالث دون الأول ؛ لأن الشارح عندما تناول القولين الأول والثالث لم يكن يتكلم إلا عن عذر الحائز وحده .

وعندما قال الشارح في نهاية القول الثاني ” وكذا إن كان تارة يغيب المدعي وتارة الماكت “ ، فإنه لم يرد إلحاق كلامه هذا بالقولين الأول والثالث، وإنما بالقول الثاني وحده ، يدل على هذا دليلان : أولهما ما استدل به للقول الأول ، وهو ما جاء في الحديث ”وعمرها“ ، فهذا متجه للحائز وحده دون المحوز عليه ؛ إذ لا تأثير لغياب المحوز عليه أو حضوره على عمارة الحائز

للمحوز أو عدم عمارته . والدليل الآخر يتمثل فيما نقله الشارح عن الديوان ، الذي اقتصر مؤلفه على القولين الثاني والثالث في حالة وجود العذر في جانب المحوز عليه وحده .

وبناء على هذا فإن قول الدكتور عبد الجواد في نهاية القول الأول ” كما أن غياب المحوز عليه يجعله غير حاضر لحيازة ماله “ ، وما يترتب على هذا القول من استثناء مدة الحيازة من جديد ، قوله هذا هو من عند نفسه ، ولا علاقة له بما نقله عن الإباضية .

٣- ومما يلاحظ أيضا ، أن الدكتور عبد الجواد ذكر أن القول الثاني موافق للقانون ، وأن ترجيحه له ليس لأجل ذلك ، وإنما لاتفاقه مع واقع الأمور ، ثم أخذ يناقش القولين الأول والثالث .

وما يلاحظ هنا هو أن رأي القانون ليس كما قال الدكتور عبد الجواد ، فلم يذهب القانون إلى أن عذر الحائز يخصم من مدة الحيازة وتضم الفترات الصحيحة وحدها ، وإنما ذهب إلى اعتبار فترة العذر القهري فترة حضور ، أي تحسب ضمن مدة الحيازة ، أما إذا ترك الحائز حيازته دون عذر ثم عاد إليها فإنه يستأنف من جديد، ويصبح ما سبق من حيازته كأن لم يكن ، وهذا ما يعرف بانقطاع التقادم^(١) . وأما إذا كان العذر في جانب المحوز عليه فرأي القانون — كما قال الدكتور عبد الجواد — هو إسقاط فترة العذر من مدة الحيازة وضم الفترات الصحيحة وحدها .

وأخيرا ، فإنه يجدر التنويه إلى أنه قد سبقت الإشارة إلى أن شارح النيل قد رجح القول الخاص بشرط التوالي ، مستدلا في ذلك بما ورد في الحديث ” وعمرها “ ، بيد أنه عندما تكلم عن النيابة في الحيازة اقتصر على غير ما رجحه ، يقول : ” وإن زال عقل الداخل بنى هو إذا صحا أو خليفته أو عبده أو ولده على ما قبل زواله ، وإن عمر أرض غيره فساقر ثم رجع بنى على ما قبل

(١) الحيازة ، د. محمد المنجي ، بند ١٣ ، ص ٥٢ : ٥٥ .

السفر ، وكذلك إن كان يجيء ويذهب يصح كل ما عمر في مجيئه ،^(١) .

ويمكن الجمع بين قوليه بأن يحمل كلامه هنا على عدم الإنكار والدعوى ضده ، يعضد من هذا ما جاء في نص كلامه الأول السابق نقله ، وهو : ” (ثم عارضه) بعد تمام المدة بتلفيق ما غاب وما حضر (فهل يشهد له بالحيازة) بناء على التلفيق ، أيام الحضور وأيام الغيبة ، استصحابا لغيبته على المكث ، وحكما لها بحكم الحضور وإذا غاب بلا إنكار ،^(٢) .

ثانيا وأما الأثر الثاني لوقف التقادم ، فهو ما يخص نطاقه ، حيث لا يجوز أن يتمسك بوقف سير التقادم إلا الشخص الذي تقرر الوقف لصالحه ، كما لا يسري إلا على الأشخاص الذين يحق التمسك به ضدهم .

فإذا كان المحوز مملوكا على الشيوع لعدة شركاء بينهم قاصر ، لم يقف سريان التقادم إلا بالنسبة لهذا الأخير ، إلا إذا كانت الحيازة تهدف إلى كسب حق ارتفاق ، وهو بطبيعته حق غير قابل للتجزئة ، ففي هذه الحالة يمتد وقف سريان التقادم ليفيد منه جميع الشركاء .

وإذا وقف سير التقادم لصالح أحد الدائنين المتضامنين ، بأن كان مثلا ناقص الأهلية ، فإن التقادم يقف بالنسبة إليه وحده ، دون باقي الدائنين المتضامنين ممن لا يقوم لهم سبب الوقف .

وإذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام ، فإن طبيعة عدم تجزئة المحل ، تقتضي إذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين في التزام غير قابل للتجزئة ، أن يقف التقادم بالنسبة إلى الآخرين^(٣) .

(١) شرح النيل ٥٢٢/١٣ .

(٢) السابق ٥٢٠/١٣ .

(٣) أحكام التقادم ، بيسير حذف ، ص ١٥٤ . وانظر وسيط السنهوري ١٣٩٦/٩ .

الفصل السابع

انقطاع التقادم

المبحث الأول	معنى انقطاع التقادم
المبحث الثاني	أسباب انقطاع التقادم
المبحث الثالث	أثر انقطاع التقادم

المبحث الأول

معنى انقطاع التقادم

يمكن توضيح معنى الانقطاع بأن نذكر الفرق بينه وبين وقف التقادم ، يقول الدكتور حامد : ” يقتصر الفرق بين وقف مضي المدة وانقطاع مضي المدة ، في أن الوقف لا يؤثر على المدة السابقة لحدوث العذر ، ولا على الفترة اللاحقة لزواله ، بينما الانقطاع يؤثر على الفترة السابقة لحدوثه دائماً ، ويلغي أثرها تماماً ، وتبدأ بعده مدة جديدة ، إلا إذا كان سبب قطع التقادم هو الإقرار بالحق من المدعى عليه ، فإذا أقر المدعى عليه بالحق فلا يستطيع أن يدفع بمضي المدة بعد ذلك . وأيضاً أسباب الوقف تحدث بلا تدخل من المدعي أو المدعى عليه ، بخلاف أسباب القطع فهي تحدث بإجراء يتخذه واحد منهما “^(١).

وما قرره الدكتور حامد في الجزء الأول من قوله ، يمكن الاستدلال له بما ذكره ابن عابدين ، يقول : ” عدم سماعها “^(٢) حيث تحقق تركها هذه المدة ، فلو ادعى في أثائها لا يمنع ، بل تسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة “^(٣) . فيفهم من هذا النص أن الفترة السابقة على الدعوى المقامة أثناء المدة لا يعتد بها ؛ لأنه يمكن سماع الدعوى ثانية طول مدة التقادم غير مطروح منها هذه الفترة .

أما ما ذكره في الجزء الآخر ، من أن أسباب الوقف تفترق عن أسباب القطع ، في أنها تحدث بلا تدخل من المدعي أو المدعى عليه ، بخلاف أسباب القطع فإنها تحدث بإجراء يتخذه واحد منهما : ما ذكره هذا ليس لازماً ؛ فقد يحدث وقف التقادم نتيجة تدخل أحد الطرفين أو كليهما ، مثل الاتفاق الذي يعقده طرفا النزاع على وقف سريان التقادم ؛ انتظاراً لنتائج المفاوضات بينهما^(٤) ،

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ص ٢٦٣ .

(٢) أي الدعوى .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٤) سبق التعرض لهذا ص ١٤٩ .

كما أن ارتداد الحائز عن الإسلام ثم عودته إليه يوقف سريان التقادم — خلال فترة الارتداد — عند الإباضية^(١) .

وإذا كان يمكن أن نقارن بين أسباب الوقف وأسباب الانقطاع ، فيمكن القول بأن الأولى لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سبب يحول بين المدعي وبين إقامة الدعوى يعد سببا لوقف التقادم ، أما الأخرى فهي أسباب محددة بذاتها ، بحيث لا يقطع التقادم إلا بهذه الأسباب بعينها .

(١) سبق عرض ذلك ص ١٥١ .

المبحث الثاني أسباب انقطاع التقادم

السبب الأول تخلي الحائز عن حيازته

يتصور وجود هذا السبب في الحيازة دون تقادم الديون ، وقد سبق أن نقلنا نصا عن الإباضية في صدر أثر وقف التقادم^(١) ، وبجانب الاستدلال بهذا النص في وقف التقادم، فإنه يمكن الاستدلال به أيضا في انقطاعه ، حيث تعددت أقوال الإباضية في كيفية حساب مدة الحيازة للحائز الذي يترك حيازته بسبب الغيبة أو الجنون ، ومن هذه الأقوال القول بعدم الاعتداد بما مضى من الحيازة قبل العذر ثم استئنافها من جديد بعد زوال العذر ، وحساب المدة بهذه الكيفية هو ما يعرف بانقطاع التقادم .

تخلي الحائز عن حيازته في القانون

نص القانون — مادة ٩٧٥ مدني — على :

- ١— ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير .
- ٢— غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد .

وهذا الانقطاع هو مما يعرف بالانقطاع الطبيعي ، وقد ذكر فقهاء القانون أسبابا ثلاثة لتحقيقه :

- ١— تخلي الحائز عن الحيازة اختيارا ، وذلك بأن يترك الحائز الشيء أو الحق بنية التخلي عن حيازته ، فتزول بذلك كافة الآثار التي ترتبت على الحيازة المادية ، فإذا عاد بعد ذلك إلى حيازته فلا تحسب المدة الأولى ، وليس من الضروري أن يقابل الترك اعتداء من الغير ، فوضع اليد يفترض ضرورة نية الحيازة ، فيزول إذا زالت هذه النية .

(١) راجع ص ١٥٣ — ١٥٥ هذا ولم أقف في مصادر الحنفية والمالكية على كلام لهم في هذا السبب .

والتخلي عن الحيابة يقطع التقادم ولو كان لزمن قصير ، فلا يشترط أن يستمر مدة سنة كما هو شرط إزالة الحيابة قهرا على ما سيجيء .

ومجرد امتناع الحائز عن الانتفاع بالشئ ، لا يترتب عليه قطع التقادم إذا لم يقصد التخلي عن الحيابة^(١) ، فقد يختلف الاستعمال باختلاف طبيعة الشئ ، فأحيانا تقتضي طبيعة الشئ استعماله كل يوم وعلى فترات متقاربة جدا ، أو استعماله في فصول أو مواسم معينة من السنة . فالحائز الذي يحوز حق السكنى في مسكن معتاد يجب عليه — حتى تكون حيازته مستمرة — أن يسكن العين ، ولا ينقطع عن سكناها ، إلا لمانع يحول دون ذلك كالسفر مثلا ، وقد قضت محكمة النقض بأن كف الحائز عن استعمال حقه في بعض الأوقات بسبب قهري ، لا يفيد أن الحيابة متقطعة ، ولا يخل بصفة الاستمرار . وأما الحائز الذي يحوز حق السكنى في مصيف أو مشى ، فيكفي أن يقيم في العين في الصيف أو الشتاء حسب الأحوال^(٢) .

وإذا تخلى الحائز عن الركن المادي للحيابة ، بأن نزل عن وضع يده إلى الغير على سبيل الإيجار ، فلا يعتبر متخليا عن الحيابة تخليا يؤدي إلى فقدانها ، ولا يعتبر قاطعا للتقادم ؛ إذ لا يشترط أن يكون وضع اليد مباشرا ، أي بمعرفة نفس الحائز ، وإنما يجوز أن يكون غير مباشر ، أي بواسطة الغير .

٢— فقد الحيابة بفعل الغير ، ينقطع به التقادم انقطاعا طبيعيا ، سواء أحصل الفقد بفعل المالك أم بفعل الغير . ويجب لقطع التقادم أن تزال الحيابة فعلا ، فمجرد الاعتداء بالسير على الشئ لا يكفي ، ولا تفقد الحيابة إلا إذا حرم الحائز من الانتفاع بالعقار مدة أكثر من سنة ، ويجوز للحائز القديم في خلال السنة من وقت التعرض ، أن يرفع دعوى الحيابة لاسترداد العقار ، فإن نجح

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٤٧ ، ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٢) الحيابة ، د. محمد المنجي ، بند ١٣ ، ص ٥٣ ويجدر التنويه إلى أنه برغم تخلف الركن المادي للحيابة أثناء وجود العذر القهري ، أو عند عدم التواجد إذا كانت طبيعة الشئ تسمح بذلك ، فإن الحيابة تتم بنية الحائز وحدها . راجع العنصر المعنوي للحيابة : الحيابة للمنجي ص ٢٥ .

في استرداده — ولو صدر الحكم بعد مضي السنة — فإن المدة الماضية تحسب له ، أما إذا رفضت — ولو قبل انتهاء ميعاد السنة — فإن المدة تقطع .

٣— إذا أصبح الشيء محل الحيازة غير قابل للتقادم ، فإن التقادم ينقطع^(١) .

وبالنظر ثانية إلى ما قاله الإباضية ، من الحكم باستئناف الحائز مدة الحيازة بعد زوال عذره ، فإنه يمكن القول بأن هذا الحكم ليس صوابا ؛ لأن العذر إذا كان يخص المحوز عليه فإنه يستفيد منه بوقف المدة ، ولذا ينبغي أن يكون الحائز كذلك مادام قد ثبت عذره عن مواصلة الجانب المادي من حيازته فترة ما ، لذا فإن ما ذهب إليه القانون من اعتبار العذر القهري الخاص بالحائز فترة حيازة ، تضم إلى سابقتها من الحيازة الفعلية ، بحيث تصبح الحيازة بصفة عامة غير معيبة بعدم الاستمرار ، ما ذهب إليه يعد موافقا لواقع الحال . كما أن للإباضية قولا ثانيا موافقا لهذا الأمر ، وقد سبق بيانه بالفصل السابق^(٢) .

السبب الثاني المطالبة بالحق وما في معناها

اشترط الحنفية لقبول المطالبة وسماعها أن تتم في مجلس القضاء ، يقول ابن عابدين : ” رأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها ، أي شرط الدعوى ، مجلس القاضي ، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالشهادة . تنوير ، وبحر ، ودرر . قال : واستفيد منه جواب حادثة الفتوى ، وهي أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ، ولم يدع عند القاضي ، بل طالبه بحقه مرارا في غير مجلس القضاء . فمقتضى ما مر لاتسمع ؛ لعدم شرط الدعوى “^(٣) . وأما المالكية فمنهم من شرط مجلس القضاء ومنهم من لم يشترط ذلك^(٤) .

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٤٨ ، ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) وهو القول الثالث من أقوالهم السابق ذكرها بالمبحث الثالث من الفصل السابق .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

(٤) حاشية الدسوقي ٢٣٣/٤ ، ٢٣٤ ، بهجة ٢٥٥/٢ ، ٢٥٦ ، حاشية كنون على الرهوني ٥٠٩ ، ٥٠٨/٧ .

وهذا الخلاف إذا كان له وجه قديما ، فإنه ينبغي الآن الاقتصار على القول باشتراط مجلس القضاء ، ليس ذلك لأن مجلة الأحكام العدلية أخذت به^(١)، وليس لأن القانون لا يعتد أيضا إلا بالمطالبة القضائية أو ما في معناها كالنتبيه والحجز — على ما سيأتي — ، وإنما يمكن تعليل اشتراط مجلس القضاء ، بأن مدة التقادم تكون غالبا كافية للمطالبة الودية أولا ، ثم المطالبة القضائية ثانيا ، أي أنها تعطي الفرصة كاملة لصاحب الحق في استخدام كلا الطريقتين . كما سبق أن ذكرنا في الفصل السابق إلى أن من بين أسباب وقف التقادم ، الاتفاق الذي يعقده الطرفان بينهما للمفاوضة والوصول إلى حل سلمي قبل طرق أبواب المحاكم ، بحيث يقف سريان التقادم طول هذه الفترة ، ويستطيع صاحب الحق أن يحصل على إقرار موثق من خصمه ، بموافقته على وقف التقادم لأجل التفاوض^(٢) ، بحيث يستطيع مقاضاته — بعد مضي مدة التقادم — إذا فشلت مفاوضاتهما . كذلك يمكن تعليل اشتراط مجلس القضاء بتجنب شهادة الزور كالتقادم نفسه . فضلا عن هذا كله فإن ولي الأمر له الحق في تنظيم مثل هذه الأمور ، بما لا يتعارض ومقاصد الشرع وما يعود بالصالح العام .

المطالبة بالحق في القانون

هذا وفي القانون تفصيلات مهمة تتصل بهذا السبب يجدر إثباتها ، من ذلك وجوب أن يكون الطلب منصبا على ذات الحق المهدد بالسقوط ، فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا في خصوص هذا الحق ، أو ما التحقق به من توابعه ، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطلب الخاص بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر^(٣) .

(١) انظر المادة (١٦٦٦) فقد جاء فيها أن الدعوى والمطالبة عند غير القاضي لا تدفع مرور الزمان ، ومن ثم لو ادعى أحد شيئا في غير مجلس القاضي وطالب به — وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان — فلا تسمع دعواه .

(٢) لا يلزم من هذا الإقرار إقرار الخصم أيضا بموضوع الحق ؛ لأن هذا الأخير هو سبب آخر لقطع التقادم ، وهو السبب القادم ص ١٦٩ .

(٣) أحكام التقادم ، د. عبد الحميد الشواربي ، أسامة عثمان ، ص ١٧٧ .

وكذلك تعتبر مطالبة الدائن بجزء من المبلغ المبين بسند الدين ، قاطعة للتقادم بالنسبة لباقي قيمة السند ، ما دام هذه المطالبة الجزئية قد دلت في ذاتها على قصد الدائن في التمسك بحقه في باقي الدين ، وكان الثابت أن الحقين غير متغايرين ، بل يجمعهما في ذلك مصدر واحد^(١) .

كما قد يكون قطع التقادم ناتجا من بعض الإجراءات التي تعتبر في معنى المطالبة القضائية ، كالتنبيه والحجز والطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع .

أما التنبيه فهو تكليف المدين بالوفاء قبل بدء التنفيذ الجبري ، بموجب سند تنفيذي (حكم قضائي أو سند رسمي) . وذهب البعض إلى أن التنبيه سبب لانقطاع التقادم المسقط دون المكسب ، لأنه يفترض أن صاحب حق شخصي يطالب مدينه ، ولكن البعض الآخر يرى أن من المتصور أن يكون التنبيه سببا لانقطاع التقادم المكسب أيضا ، كما لو كان المالك قد حصل على حكم بطرد حائز العقار فيوجه إليه تنبيهها بالإخلاء قبل البدء في إجراءات التنفيذ^(٢) .

وأما الحجز ، فقد يصح هنا التساؤل عن الحكمة من تقرير الانقطاع بالحجز ، ما دام التنبيه — وهو الإجراء السابق عليه — من شأنه أن يقطع التقادم أيضا ؟. والجواب أن الحجز يأتي على نوعين : حجز تنفيذي ، وحجز تحفظي — كحجز ما للمدين لدى الدائن — . ولا يلزم في الحجز التحفظي أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي أو أن يكون مسبقا بتنبيهه ، ولذا وجب النص على الحجز كعمل قاطع للتقادم . وحتى بالنسبة للحجز التنفيذي فإنه يترتب عليه قطع جديد للتقادم ، بخلاف القطع الناتج عن التنبيه الذي يسبقه^(٣) .

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٧٠ ، ص ٧٢ وانظر الحيازة د. محمد المنجي ص ١٨٦ .

(٢) أحكام التقادم ص ١٧٩ .

(٣) السابق ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

وأما الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، فإنه لا سبيل لجماعة الدائنين عند إفلاس المدين — إن أرادوا الحصول على ديونهم — إلا التقديم لها في التفليسة ، ويعتبر ذلك بمثابة إقامة دعوى للمطالبة بحقوقهم ، ويترتب على ذلك قطع التقادم . وكذلك الأمر بالنسبة إلى الطلب الذي يتقدم به الدائن في توزيع موضوع الحق^(١) .

وعلى أية حال فإن مبادئ الفقه الإسلامي لا تتعارض وهذه التفاصيل ، بيد أن القانون ذهب إلى أن رفض الدعوى — أي من الناحية الموضوعية — وكذلك عدم قبولها — أي من الناحية الشكلية — ، ذهب إلى عدم اعتبار أيهما سببا قاطعا للتقادم ، وكان ينبغي أن يذهب لقطعه بأيهما — خاصة الناحية الشكلية — قياسا على رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فقد عد القانون قاطعا للتقادم ، حيث نصت المادة (٣٨٣ مدني) على أنه ” ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ، ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع ، وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى “ .

” فالشارع لم يشأ أن يرتب على الخطأ في الاختصاص — وقد يوجد ما يبرره في بعض الأحوال — زوال قوة إيداع صحيفة الدعوى من حيث أثرها القاطع للتقادم ، فقد ينشأ عن ذلك ضرر جسيم لا يمكن تلافيه ، إذ قد يكون زمن التقادم انتهى في الوقت الذي يكتشف فيه المدعي خطأه ويريد تداركه ، فضلا عن أن رفع الدعوى ولو أنه حصل أمام محكمة غير مختصة ، فإنه لا ينقص من كونه طلبا مظهرا لإرادة رافعها في أنه لا يريد ترك حقه يزول “^(٢) . فكل من رفض الدعوى وعدم قبولها لا يقل عن هذا — رفعها أمام محكمة غير مختصة — في الكشف عن إرادة المدعي في عدم ترك حقه ، فينبغي أن يلحق به طالما دل عليها .

(١) التقادم المكسب والمسقط ص ٩٥ .

(٢) التقادم بند ٥٧ ، ص ٦٦ .

السبب الثالث الإقرار بالحق

اتفق الفقهاء القائلون بعدم سماع الدعوى للتقادم ، على أن المدعى عليه إذا أقر أمام القاضي بحق المدعي فيما يدعيه ، فإنه يجب على القاضي أن يسمع الدعوى — حتى لومضت مدة التقادم — ويحكم بالحق للمدعي ما دام المدعى عليه قد أقر بحق المدعي . وهذا الإقرار لا يعد قاطعا فحسب للتقادم ، إنما هو في حقيقته يعد مانعا له ، بحيث لا يستطيع المدعى عليه أن يدفع بالتقادم بعد إقراره هذا .

ولكن هل يشترط أن يكون إقرار المدعى عليه بالحق أمام القضاء أم أن هذا ليس شرطا ؟. أجاب الدكتور حامد على هذا التساؤل بقوله : ” لم يذكر الفقهاء هذا الشرط في الإقرار حتى يستفيد منه المدعي في قطع المدة ، بل ذكروا أن الإقرار بالحق يجيز سماع الدعوى ، حتى ولو كانت المدة قد مضت .

وعلى ذلك فأرى — كما يفيد بذلك ظاهر كلام الفقهاء — أنهم لا يشترطون أن يكون اعتراف المدعى عليه بالحق للمدعي أمام القاضي حتى يستفيد منه المدعي في قطع المدة ؛ إذ إنهم لو اشترطوا ذلك لذكروا الشرط مقترنا بالإقرار ، كما ذكروه بالنسبة للمنازعة ، فقد اشترطوا فيها أن تكون عند القاضي حتى يستفيد منها المدعي في قطع المدة^(١) .

وحيث إنهم لم يشترطوا مجلس القضاء كشرط لاعتبار الإقرار ، فيعتبر الإقرار حتى ولو لم يكن أمام القاضي ، ويستفيد منه المدعي في سماع دعواه التي سقطت بمضي المدة ، وفي قطع المدة بالنسبة للدعوى التي لم تكتمل المدة فيها ، وذلك متى استطاع المدعي إثبات إقرار المدعى عليه له بالحق موضوع الدعوى ، سواء كان ذلك بسند مكتوب بخط المدعى عليه وحاو توقيعه أو خاتمه ، أو بشهادة الشهود .

(١) وهذا هو رأي الحنفية وبعض المالكية كما سبق ذكره ومناقشته ص ١٦٥ ، ١٦٦ .

وجدير بالذكر أن الإقرار من حيث هو ، لا يشترط لاعتباره أن يكون في مجلس القضاء حتى يؤخذ به المقر ، ولم يذكر الفقهاء مجلس القضاء كشرط لاعتبار الإقرار ومؤاخذة المقر به ، إلا أن مجلة الأحكام العدلية قد اشترطت في الإقرار الذي يقطع مضي المدة ، أن يكون أمام القاضي ، فإن اعترف المدعى عليه أن الحق موضوع الدعوى هو ملك خاص للمدعي ، وكان ذلك أمام القاضي ، فإن هذا هو الاعتراف الذي يقطع المدة ، ويلغي أثر ما مضى منها ، وكذلك إذا اعترف بعد مضي المدة ، ودفع بسقوط الدعوى بمضي المدة ، فلا عبرة بدفعه هذا ؛ لأن مضي المدة يسقط الدعوى عند الإنكار فقط ، أما وقد اعترف فلا تسقط الدعوى ، ويؤخذ المدعى عليه باعترافه ويحكم عليه .

أما إذا لم يقر المدعى عليه بالحق أمام القاضي ، وادعى المدعي أنه أقر بالحق في محل آخر ، وكان ذلك بعد اكتمال المدة ، فلا يسمع القاضي هذه الدعوى ؛ لأن الدعوى الأصلية قد سقطت بمضي المدة وإنكار الخصم ، فلا يمكن من إثبات ما ادعاه من إقرار المدعى عليه خارج ساحة القضاء ، ما دام منكرا أمام القاضي .

ولكن إذا استطاع المدعي أن يحصل على إقرار مكتوب ، بخط المدعى عليه وحاو توقيعه أو خاتمه ، يعترف فيه بالحق موضوع الدعوى ، ولم تمض المدة من تاريخ هذا الإقرار ، فإن الدعوى تسمع في هذه الحالة .

ويلاحظ تناقض المجلة في هذا ؛ حيث أجازت للمدعي أن يثبت إقرار خصمه الذي صدر منه خارج ساحة القضاء ، إذا كان بيده سند مكتوب بخط المدعى عليه وحاو توقيعه أو خاتمه ، ولم تجز للمدعي إثبات إقرار المدعى عليه بشهادة الشهود ، مع أن الدعوى الأصلية قد سقطت في الحالتين ولا داعي للفرقة^(١) .

(١) نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم ، ص ٢٦٨ : ٢٧٠ .

وتعليقا على ما ذكره الدكتور حامد في صدر كلامه ، من أن الفقهاء لم يشترطوا مجلس القضاء للاعتداد بالإقرار، يمكن القول بأن الأمر ليس كما ذكر، فقد اشترط مجلس القضاء بعض الفقهاء كصاحب تكملة ابن عابدين ، يقول : ” الحق باق ويلزمه لو أقر به في مجلس القضاء ، فلو قال : لا أسلمها لمضي هذه المدة مع عدم دعواه علي ، وهو مانع منها . لا يلتفت إلى تعلله وتنزع من يده . فلو ادعى أن المدعى عليه أقر لي بها في أثناء هذه المدة ، وهو ينكره ، ينبغي ألا تسمع أيضا ؛ لأنه لما كان المنع من سماع أصل الدعوى ، ففرعها — وهو الإقرار — أولى بالمنع ، لما أن النهي مطلق فيشملهما ، إلا إذا كان الإقرار عند القاضي — كما عرفت — فتنزع من يده ؛ لإبطاله ملكه وإلزامه الحجة على نفسه ، وهو الإقرار بعدم صحة تصرفه “ (١) .

ثم أشار صاحب التكملة إلى خلاف بعض فقهاء المذهب في المسألة ، يقول : ” لكن يعارض ذلك إطلاق عبارة الإسماعيلية ، حيث قال فيما إذا كانت دار بين زيد وهند ، فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، وطلبت هند منه في أثناء المدة أن يقسم لها حصتها ، وأجابها إلى ذلك ومات ولم يقسم لها ، فطلبت أولاده بحصتها في الدار ، فذكروا بأن والدهم تصرف أكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ، ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعي ، فلا تسمع دعواها بذلك . فهل تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها في الدار حصة ؟ . أجاب : تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها حصة . اهـ . إلى غير ذلك من الأجوبة ، إلا أنه لم يعز ذلك لأحد كما هو عادته في فتاواه ، لكن يؤيده إطلاق التنقيح أيضا . فتأمل وراجع يظهر لك الحق “ (٢) .

وبالتأمل والمراجعة يمكن ترجيح الرأي الأول ؛ لأن أصل الدعوى لما كان منهيًا عن السماع ، فالفرع — وهو ادعاء إقرار المدعى عليه أثناء مدة

(١) تكملة ابن عابدين ٣٤٨/١ .

(٢) السابق : الموضوع نفسه .

التقادم — أولى ؛ إذ احتمال الطعن في الشهود ما زال باقيا ، ولصار هذا مخرجا لكل مدع منع من سماع دعواه للتقادم ، إذ يستطيع أن يجلب شهودا يشهدون بإقرار المدعى عليه بالحق أثناء المدة ، ليصبح ذلك سبيلا لسماع دعواه .

ومما يلاحظ أيضا على كلام الدكتور حامد السابق ، ما ذكره في نهايته من وصف المجلة بالتناقض في هذا الأمر ، وقبل مناقشة ما ذكره نورد ما جاء في المجلة ، فقد نصت المادة (١٦٧٤) على أنه ” لا يسقط الحق بتقادم الزمان ، فإذا أقر المدعى عليه واعترف صراحة في حضور الحاكم ، بأن حق المدعى عنده في الحال ، على الوجه الذي يدعيه ، وكان قد مر الزمان على الدعوى ، فلا يعتبر مرور الزمان ، ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه . وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم ، بل ادعى المدعى أنه أقر في محل آخر ، فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعواه بالإقرار . ولكن إذا كان الإقرار المدعى به قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه أو ختمه المعروفين ، ولم تمر مدة مرور الزمان من تاريخ السند إلى وقت الدعوى ، فعند ذلك تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة “ .

وتفرقة المجلة بين ثبوت الإقرار بالشهادة ، وثبوته بالسند الحاوي توقيع المدعى عليه أو خاتمه ، ليس تتناقضا . وقد أجاب أحد شراح المجلة عن هذه التفرقة بقوله : ” ولقائل أن يقول : كما تسمع دعوى الإقرار المربوط بالسند ، يلزم أيضا أن تسمع البينة عليه ، أو كما لا تقبل البينة على الإقرار — لأن أصل الدعوى ممنوع سماعه — فكذا فرعه ، ينبغي ألا تسمع أيضا دعوى الإقرار المربوط بسند ؛ لجامع الحجة .

والجواب على ذلك ، أن منع سماع الدعوى إنما هو لمنع التزوير والتحيل ، فإذا ترك المدعى دعواه خمس عشرة سنة ، ثم ادعى أن المدعى عليه أقر له بالحق عند غير القاضي ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك ، كان علة خشية التزوير والتحيل باقية فلا تقبل هذه البينة .

أما لو كان المدعى عليه ربط إقراره هذا بسند حاو خطه أو خاتمه المعروف ، فأية شبهة بعد ذلك ، وأي محل لاختشاء التزوير والحيلة ، وإذا انتفت هذه العلة أضحت الدعوى مسموعة . فافهم ،^(١) .

وإذا طعن المدعى عليه في صحة توقيعه وادعى تزويره ، فهنا يأتي دور الطب الشرعي في تحقيق الأمر ، وكذا لو دفع بسرقة خاتمه أو ضياعه ، فعلى القاضي أن ينظر في ظروف القضية ليحكم بما يراه صوابا . وهكذا يمكن القول بأن سبيل الطعن — سواء في التوقيع أو الخاتم — غير مرتبط بتقادم الزمان ، إذ يمكن ورود هذا الطعن أيضا أثناء مدة التقادم وقبل انقضائها ، وهذا بخلاف رد الشهادة بعد مدة التقادم ، إذ إن ردها مرتبط بمضي المدة ، حتى لو كان الشهود من ذوي العدالة . وعلى هذا أيضا لو جاء إقرار المدعى عليه بالحق ، بسند فيه توقيعه أو خاتمه بطريق يتضاءل معه احتمال التزوير ، كأن يوثق بالشهر الشخصي أو العقاري أو بمحضر رسمي يثبت الحالة ، ثم تقدم المدعي بهذا الإقرار بعد مضي مدة التقادم ، فإن احتمال حصوله على حقه يتزايد ، حتى لو أنكر المدعى عليه موضوع الحق .

وبهذا يتبين لنا عدم تناقض المجلة بخصوص هذا الشأن ، وكان يمكن للدكتور حامد أن يوجه إليها تناقضا آخر ، وهو أنها اشترطت لسماع الدعوى بإقرار المدعى عليه بالحق المثبت بسند حاو توقيعه أو خاتمه ، اشترطت عدم مرور مدة التقادم من تاريخ هذا السند إلى إقامة الدعوى به . وربما يكون الصواب هو عدم تقييد العمل بموجب هذا السند بمدة ؛ إذ إن المجلة نفسها ساوته بالإقرار أمام القاضي ، وباعدت بينه وبين خشية الاحتيال والتزوير ، وتمشيا مع قاعدة قدم الحق وعدم زواله ، كان ينبغي أن يخرج هذا السند بالإقرار عن طوق التقادم . كما أن في تقييد هذا الإقرار بمدة التقادم مشابهة للقانون الذي لا يعتد بالإقرار بعد التقادم ، حتى لو كان الإقرار أمام القاضي ، إلا إذا كان التقادم مبنيا على الوفاء .

(١) شرح المجلة ، سليم رستم باز ، ٩٩٧/٢ .

السبب الرابع اختلاف الديانة

أشار الإباضية إلى أن مدة التقادم تستأنف من جديد لهذا السبب ، فقد ورد في شرح النيل أنه ” إن أسلم الكتابي قبل أن يتم عليه المسلم الحيازة ، فإن المسلم الداخل يستأنف مدة الحيازة من حين أسلم صاحبها ، ولا يبين على ما عمر قبل إسلام صاحبها . وكذلك إن حارب الكتابي بعدما دخل المسلم أرضه ولم يتم المدة ، فإنه يستأنف من حين حارب ، ولا يبين على ما عمر قبل أن يحارب . وإذا دخل الكتابي أرض المسلم فعمرها ثم أسلم قبل تمام المدة استأنف “^(١) . وربما يكون الصواب خلاف هذا ؛ إذ إن دلائل الحيازة أمر غير مرتبط بالعقيدة .

(١) شرح النيل ٥٢٣/١٣ هذا ولم أقف على هذا السبب عند غير الإباضية .

المبحث الثالث أثر انقطاع التقادم

يتضح مما سبق أن أبرز أثر لانقطاع التقادم ، هو استئناف مدة التقادم عند وجود أحد أسباب الانقطاع ، بحيث يلغى حساب ما مضى من المدة قبل وجود هذا السبب ، ليبدأ سريان المدة من جديد ، بيد أنه إذا كان سبب القطع هو الإقرار ، فإنه لا يعد قاطعا فحسب للتقادم ، وإنما يصير مانعا له أيضا ، بحيث يظل المدعي محتفظا بحقه دون تقييد بمدة .

وعن مجال أثر انقطاع التقادم ، يمكن أن نذكر أنه يخص الأشخاص والحق ذاته . أما الأشخاص الذين يمتد إليهم هذا الأثر ، (فيجب التفرقة بين نوعي الانقطاع ، فالانقطاع الطبيعي له أثر مطلق، أي أن المدة تقطع فيه لجميع الأشخاص ، حيث يستفيد من الانقطاع كل شخص له حقوق على العقار مهددة بالتقادم ؛ وذلك لأن الانقطاع الطبيعي فعل مادي . أما الانقطاع المدني فهو على خلاف ذلك ، فهو نتيجة عمل قانوني ، وآثار الأعمال القانونية تنحصر بين الأشخاص الذين كانوا طرفا فيها ، على أنه هناك استثناءات لهذه القاعدة ، هي :

١- حالة التضامن إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ضد المدين، يفيد منها باقي الدائنين المتضامنين، وينقطع التقادم لمصلحتهم أيضا ضد المدين؛ لأن الدائن الذي قطع التقادم ، يعتبر وكيلًا عنهم في هذا العمل الذي يفيدهم جميعا . وعكس ذلك في التضامن السلبي ، ذلك أنه إذا قطع الدائن ضد أحد المدينين المتضامنين، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى باقي المدينين المتضامنين؛ لأن المدين الذي انقطع التقادم بالنسبة له ، لا يمثل باقي المدينين ، ولا ينوب عنهم إلا فيما ينفعهم ، وقطع التقادم يضرهم ، وعلى ذلك فلا يسري عليهم هذا القطع . ومن ثم إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم في حق المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم ، حتى ينقطع التقادم في حق الجميع .

٢- حالة عدم القابلية للانقسام في حالة عدم الانقسام ، سواء أكان الأمر خاصا بحقوق عينية أم شخصية ، فإن انقطاع التقادم الواقع ضد أحد ذوي الشأن أو لمصلحته يستفيد منه الآخرون أو يحتج به ضدهم . فقطع المدة ضد أحد الشركاء في عقار غير قابل للانقسام ، يوجب انقطاعها بالنسبة إلى الباقيين حتما ، وليس ذلك لأن بعضهم ينوب عن بعض ، بل لأن طبيعة الحق غير القابل للانقسام تأبى كسبا مجزءا ، فإما أن يكسب كله ، أو لا يكسب شيء منه أصلا .

٣- حالة الكفالة التزام الكفيل يسقط بالتقادم مستقلا عن الالتزام الأصلي ، وانقطاع التقادم ضد الكفيل لا يقطع ضد المدين ، مع مراعاة أن الكفالة عقد تابع ، فإن لم تقطع المدة بالنسبة إلى المدين وانقضى دينه بالتقادم ، فإن الكفالة تنقضي حتما تبعا له ، كما أن انقطاع المدة ضد المدين لا يقطعها ضد الكفيل . وقد قضي بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين ، لا تغير مدة التقادم بالنسبة للكفيل المتضامن ، إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه . كما قضي بأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينا أصليا ، بل يبقى التزامه تبعا ، وإن كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولا ، وينبني على كون التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين ، أنه ينقضي حتما بانقضائه ، ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ، ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن .

هذا عن مجال أثر انقطاع التقادم بالنسبة للأشخاص . أما الحق ذاته ، فإن الأصل أن قطع التقادم لا يتناول إلا الحق الذي اتخذ بشأنه الإجراء القاطع للتقادم ، وما التحق به من توابع ، مما يجب لزوما بوجوبه ، ويسقط كذلك بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فإن الطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر ^(١) .

(١) التقادم ، علي أحمد حسن ، بند ٩٨ ، ٩٩ ص ٨٩ : ٩١ بتصرف . وانظر في هذا أيضا :

— التقادم المكسب والمسقط ، محمد أحمد عابدين ، ص ١٢٣ : ١٢٦ .

— أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، عبد الحميد الشواربي / أسامة عثمان ، ص ٢٠٨، ٢٠٩

الفصل الثامن أثر التقادم

إذا كان مقرراً أن الدعوى تظل مسموعة وكذا بينة المدعي ، فإنه قد يطرأ على ذلك ما يمنع من السماع ، ويعد التقادم سبباً من أسباب عدم السماع ، ولا يقتصر أثر التقادم على المدعي وحده ، وإنما يمتد إلى المدعى عليه ، فقد نفى بعض الفقهاء وجوب اليمين عليه ، سواء أعلق موضوع الدعوى بالحيازة أو تقادم الديون .

أما الحيازة ، فبعد أن أشار ابن رشد إلى خلاف المذهب في أثرها قال :
” والذي أقول به : إن هذا مما لا ينبغي أن يختلف فيه ، وإنما يختلف الجواب في ذلك بحسب اختلاف الوجوه فيه .

فوجه لا يسأل الحائز فيه عما في يديه من أين صار إليه ، وتبطل دعوى المدعي فيه بكل حال ، فلا توجب يميناً على الحائز المدعى عليه ، إلا أن يدعي عليه أنه أعاره إياه ، فتجب له عليه اليمين على ذلك . وهذا الوجه هو إذا لم يثبت الأصل للمدعي ، ولا أقر له الحائز الذي حازه في وجهه العشرة الأعوام ونحوها . ولو ادعى عليه فيما في يديه أنه ماله ومملكه ، قبل أن تنقضي مدة الحيازة عليه في وجهه ، لوجب عليه اليمين .

ووجه يسأل الحائز فيه عما في يديه من أين صار إليه ، ويصدق في ذلك مع يمينه ، ولا يكلف البينة على ذلك ، وهو إذا ثبت الأصل للمدعي ، أو أقر له به الحائز . ولو ثبت الأصل للمدعي ، وأقر له به الذي هو في يديه ، قبل أن تنقضي مدة الحيازة عليه ، لوجب أن يسأل من أين صار إليه ، ويكلف البينة على ذلك ،^(١) .

ولم يسلم التسولي لما ذكره ابن رشد ، حيث ذهب إلى أن الحائز لا يطالب بيمين ولا أن يذكر سبب حيازته في الوجهين السابقين ، واستدل لذلك

(١) البيان والتحصيل ١٨٦/١١ .

بظاهر المدونة إذ هو كالنص ، ونقل في ذلك قول الرجراجي (واختلف هل يكلف الحائز من أين صار له ؟. على قولين : أحدهما أنه يكلف إن كان بشراء أو هبة . والثاني أنه لا يكلف إذا ادعى أمرا لا يريد إظهاره أو لم يدع شيئا إلا مجرد الحيازة ، وهو قول مطرف ، وهو ظاهر المدونة في الذي قامت الدار بيده سنين يحوزها ويكري ويهدم، ثم أقام رجل البينة أن الدار داره أو أنها لأبيه حيث قال ، فإن كان هذا المدعي حاضرا يراه فلا حجة له ، وذلك يقطع دعواه . ولم يقل إنه يسأل من أين صارت إليه)^(١) .

كما نقل التسولي عن ابن رحال توجيه قول خليل ” إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين ، لم تسمع ولا بينته “ بأن ظاهره : ادعى الحائز أن الحوز حصل له من القائم ببيع أو هبة أو لم يدع ذلك

كذلك أشار التسولي إلى أن الحائز إذا كلف ببيان وجه ملكه ، وكان بطريق التبرع ، فإنه يكلف حينئذ بالبينة^(٢)، ولو ضعف عن إثبات ذلك فقد أعان على إبطال حقه^(٣) .

وأخيرا فقد رأى التسولي أيضا أن الحيازة بمثابة قيام البينة على انتقال الملك إلى الحائز بشراء ونحوه ، ولهذا لا يكلف الحائز ببيان وجه ملكه للشيء المحوز على الراجح المعمول به . يقول معلقا على قول صاحب التحفة وإن يكن مدعيا إقالة فمع يمينه له المقالة :

(وإن يكن) الحائز (مدعيا إقالة) من القائم الذي أثبت الشراء من الحائز (فمع يمينه) أي الحائز (له المقالة) لا مفهوم لقوله مدعيا إقالة ، بل كذلك

(١) البهجة ٢٦١/٢ .

(٢) بخلاف الشراء ؛ حيث يرى بعض المالكية عدم وجوب إثبات الحائز ببينة عليه . البهجة ٢٥٦/٢ ، ٢٥٧ .

(٣) البيان والتحصيل ١٨٥/١١ .

إذا لم يدع شراء ولا غيره ، وإنما قال هو حوزي وملكي أو ورثته عن أبي ، وهذه مدة الحيازة على عينك ، وأنت حاضر عالم فلا يكلف ببيان وجهه ملكه ، ويحمل الأمر على أنها رجعت للحائز بهبة أو شراء أو إقالة^(١) .

هذه هي الأدلة التي أدار عليها التسولي كلامه ، في كون الحائز لا يطالب بيمين ولا بيان سبب حوزة ، وما أشار إليه من أن ظاهر المدونة يشهد لذلك ، قد أثاره أيضا الرهوني — وغيره — من قبله ، بيد أنه — الرهوني — لم يأخذ به ، وأيد كلام ابن رشد في مطالبة الحائز باليمين وبيان سبب الملك ، مبينا أن هذا ليس كلام ابن رشد وحده ، وإنما سبقه ولحقه كثير من أئمة المذهب وفقهائه ممن يقولون به أيضا ، فقد تأولوا ظاهر المدونة ؛ لأنه أحيانا يكون ضعيفا ، ولذا فقد جعلوا الحيازة كشهادة العرف التي تقوم مقام شاهد واحد — ومن قال بأن الحائز لا يحلف ولا يبين سبب الملك ، جعل الحيازة كشاهدين — بحيث تحتاج إلى يمين، حتى يتسنى الحكم بشاهد ويمين^(٢) . كما يمكن الاستئناس لوجوب اليمين أيضا على الحائز ، بما أوجبه الإمام مالك من وجوب اليمين على المدين على الوفاء^(٣) .

وفي بيان سبب الملك يسوق ابن رشد ما ورد في العتبية ، من أن الإمام مالكا سئل عن الرجل تكون بيده الأرض ، يزرعها في حياة أبيه زمانا يحوزها ، ثم يهلك أبوه ، فيقول : قد حزتها وهي لي ؟ قال مالك : ليس له ذلك إلا ببينة ، أرأيت لو كان أبوه حيا ثم قال ذلك ، أكان ذلك له إلا ببينة ؟! ومن ذلك أن يكون الولد في مال أبيه يدبر أمره ، فهو وغيره ممن لا يدبر بمنزلة واحدة . فقيل له : يا أبا عبد الله ، فإن كان أجنبيا من الناس ؟ قال : ذلك أقوى أن يقول اشتريت ومات الشهود وطال الزمان . فقيل له : أفترى ذلك للأجنبي ؟ فوقف ولم يقض فيه بشيء ، وكان رأيهم أن يراه قويا . قال ابن القاسم : وهو رأيي^(٤) .

(١) البهجة ٢٥٨/٢ .

(٢) حاشية الرهوني ٥١٤/٧ : ٥١٨ .

(٣) المدونة ٩٠/٤ .

(٤) العتبية — ومعها البيان والتحصيل — ١٤٥/١١ .

ومما علق به ابن رشد على هذا النص قوله : فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة ، وهي عشرة أعوام ، دون هدم ولا بنيان ، أو مع الهدم والبنيان ، على ما ذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا ، وادعاه ملكا لنفسه ، بابتياح أو هبة أو صدقة ، وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه^(١) .

ومن البين أن ابن رشد اعتمد فيما اشترطه ، على ما ذكره الإمام مالك في حيازة الأجنبي في النص السابق ، من بيان سبب الملك وموت الشهود وطول الزمان ، وبرغم هذا لم يجزم — الإمام مالك — بالملك ، وإن كان يراه قويا ، ولذا فقد تأول ابن رشد ظاهر المدونة الذي يفهم عنه أن الإمام مالكا لا يرى ما ذكره هنا بسكوته عنه . تأوله لأن السكوت لا يعني النفي ، خاصة إذا جاء ما يدل على خلافه . ومع هذا فإن ابن رشد يرى أن الحائز لا يطالب بشيء من هذا إذا كانت دعوى القائم مجردة عن البينة .

وأما قول خليل ” وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه “ فإنه جرى فيه على ظاهر المدونة أيضا ، وقد استثنى من عدم القبول دعوى الإسكان وما شابهه ؛ نظراََ لسماح المالك فيه بالحيازة المادية من غيره ، وقبول الدعوى هنا مقيد بأن يأتي المدعي ببينة تشهد لما يدعيه^(٢) ، وألا يحصل من الحائز — بحضرة المدعي — ما لا يحصل إلا من المالك في ملكه^(٣) ، وكذلك بما إذا لم يدع الحائز الملكية بهبة أو شراء ونحو ذلك ، فالحائز حينئذ لا ينتفع بحيازته، إلا أن يأتي بأمر محقق على ما يدعيه من ملك ما يحوز، وإلا أن يطول زمان

(١) البيان والتحصيل ١٤٥/١١ وقد ذهب ابن رشد إلى أن الحائز الوارث لا يطلب منه بيان سبب ملك مورثه ، وكيفيه دعوى الإرث وحدها . السابق ١٤٦/١١ .

(٢) بيد أن الرهوني ذهب إلى قبول هذه الدعوى، حتى لو خلت من البينة — الرهوني ٥١٩/٧ — ولا يخفى ما في هذا القول من بعد ، وقد نص غيره من فقهاء المذهب على البينة كابن عاصم والحطاب والدسوقي وغيرهم .

(٣) الشرح الكبير ٢٣٥/٤ .

ذلك جدا كالحمسين سنة ونحوها ، ويكون قد أحدث بناء أو غرسا بحضرة المدعي وهو ساكت من غير عذر ، فإن ذلك يقطع حجة هذا المدعي^(١) .

ومما يسترعي النظر هنا هو أننا نرى التسولي ، وقد شدد في جعل الحيازة تغني عن يمين الحائز وبيان سبب ملكه ، نراه لا يكتفي في دعوى الإسكان بيمين الحائز مع بيان سبب الملك ، وإنما نص أيضا على أن يأتي بأمر محقق يثبت به سبب ملكه ، يقول شارحا قول ابن عاصم
إلا إذا أثبت حوزا بالكرأ أو ما يضاهيه فلن يعتبر :
(إلا إذا أثبت) القائم (حوزا بالكرأ) أي أثبت بالبينة أو الإقرار أن ابتداء

حوز الحائز إنما كان بسبب الكراء منه أو من أبيه (أو ما يضاهيه) أي الكراء ، كالإسكان مجانا والمساقاة والعمرى والعارية والغصب ونحو ذلك ، (فـ) إن حوز الحائز عشر سنين فأكثر (لن يعتبر) لأنه قد علم حينئذ أن أصل مدخله الكراء ونحوه فلا تنفعه حيازته ، وهو معنى قولهم إذا أثبت أصل المدخل ببينة أو إقرار فلا حيازة ، وتارة يقولون إنما تنفع الحيازة إذا جهل أصل المدخل ، هل بكرأ ونحوه أو بشراء ونحوه . أما إذا علم : فإن كان بكرأ ونحوه لم ينتفع به حتى يأتي بأمر محقق من شراء أو هبة أو صدقة من القائم أو أبيه . وظاهره أنه لا تنفعه الحيازة مع علم أصل المدخل ولو طالت كالحمسين سنة . وليس كذلك ، بل صرح ابن فرحون وصاحب الوثائق المجموعة بأنها إن طالت الخمسين سنة ونحوها ، والقائم حاضر لا يغير ولا يدعي شيئا فإنها تنفعه ، وإن لم يثبت ابتياعا ولا صدقة ، ونحوه لابن رشد كما في حاشية الشيخ البناني^(٢) .

(١) التبصرة ٨٨/٢ ، حاشية الدسوقي ٢٣٥/٤ ، حاشية البناني ٢٢٥/٧ ، البيان والتحصيل ٢٦٠/٩
(٢) البهجة ٢٥٦/٢ وانظر أيضا المراجع السابقة . هذا ، ولا يعتقد أن التسولي يريد بكلامه هذا أن الحيازة التي تطول مدتها جدا ، تغني عن لزوم ادعاء الحائز ملك ما يحوزه ، وأنه يكفي ادعاء الحيازة وحدها ؛ إذ لو كان الأمر كذلك لوسع الحائز تملك ما يحوزه حتى لو أقر بملكية المدعي له ، كما أن التسولي نفسه قد صرح بلزوم ادعاء الحائز الملك ، وأنه لو ادعى الحيازة فحسب ، فإن ذلك لا ينفعه . البهجة ٢٥٧/٢ فمراد التسولي من كلامه ، هو أن هذه المدة الطويلة جدا ، مع ما

وما ذكره التسولي وغيره — من لزوم إتيان الحائز ببينة على ملك ما يحوزه ، في دعوى الكراء وما شابهه — أمر لا بد منه ، إلا إذا تعذر ذلك كطول مدة الحيازة جدا ، وذلك لأن الكراء تصاحبه حيازة مادية من الحائز ، والاكتفاء بيمين الحائز وبيان سبب الملك لا ينهض لدفع بينة المدعي على الكراء؛ إذ ما أسهل كذب المدعي وافتراءه .

وأما ما أشار إليه التسولي ، من أن الحائز إذا كلف ببيان وجه ملكه ، وكان بطريق التبرع ، فإنه حينئذ يكلف بالبينة ، ولو ضعف عن إثبات ذلك فقد أعان على إبطال حقه ما ذكره هذا لم يقل به ابن رشد — وإن كان قد ساقه على لسان الخصم — فليس في كلامه السابق ما يشير إلى طلب البينة من الحائز ، والتسولي نفسه لم يجعل من هذه الجزئية موضع خلاف بينه وبين ابن رشد ، فقد ذكر عنه نفي المطالبة بالبينة ، سواء في الهبة أو الشراء^(١) .

وأخيرا فإن ما ذكره التسولي من أن الحيازة تعفي الحائز من بيان وجه الملك ، فإن هذا ربما يكون غير ملائم ؛ لأنه ليس هناك كبير فرق بين دعوى الملك وبيان وجهه ، فالحيازة — في رأي التسولي — ما دامت تدل على انتقال الملك بشراء أو هبة أو نحو ذلك ، لكان أولى بها أن تدل على الملك ذاته ، بأن تعفي الحائز من ادعائه ، وهذا ما لم يقل به التسولي نفسه ، حيث ألزم الحائز ادعاء الملك .

كما أنه لن يضير الحائز تعيين وجه الملك مقسما عليه ، طالما لا تلحقه معرة بذلك ، فالغاية هي تحقيق العدل ما أمكن ، وفي وجوب بيان سبب الملك واليمين قرب من هذه الغاية . وكذلك فإن في هذا الوجوب اعتبارا لبينة المدعي؛ إذ في إهماله مساواة بالدعوى المجردة من البينة . كما يكفي الحيازة أثرا أنها ترفع عن الحائز وجوب تقديم البينة .

يصاحبها من تصرف الحائز كالمالك في ملكه ، وسكوت المدعي دون عذر ، دليل على عدم صدق هذا المدعي في دعواه وبينته ، وأن الحائز لا يطلب منه حينئذ بينة على ما يدعيه من حصوله على المحوز بشراء أو صدقة أو نحو ذلك .

(١) البهجة ٢٥٧/٢ .

هذا عن المالكية ، أما الإباضية فلم يبعدوا كثيرا عن المالكية ، فقد ذهبوا إلى عدم قبول حجة المدعي على الحائز الذي توافرت شروط حيازته ، واستثنوا من ذلك دعوى الإعارة ونحوها ، على أن تقبل بالبينة لا مجردة عنها ، ورجحوا عدم وجوب اليمين على الحائز ، يقول أطفيش : ولا يمين على الذي عمرها ، وقيل عليه اليمين ، وبه قال ابن رشد ، وقيل إن عرف الحائز بالغصب والاستطالة حلف . والصحيح الأول ؛ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ” من حاز أرضا وعمرها عشر سنين ، والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر ، فلا تقبل حجة للخصم فيها “ ، يعني حجة أنها كانت في يده قبل ذلك الرجل ، أو أنها ورثها أو اشتراها أو نحو ذلك . وأما حجة أنها كانت عند هذا الذي بيده الآن ، بعارية أو غصب أو نحو ذلك ، فتقبل إن جاءت بينة بذلك ، وكذا إن قام قبل تمام المدة ، فأخرجه أو حجر عليه أو أشهد عليه أو قال هي عندك بالرهن أو الإمساك أو بالتعدي أو غير ذلك ، أو أقر الداخل بشيء من ذلك ، فلا يثبت بالحيازة ، ولو مكث فيها ما مكث بعد ذلك^(١) . كما سبق أن نفى أطفيش مطالبة الحاكم الحائز ببيان سبب الملك^(٢) .

وبالنسبة للحنفية فليس في كلامهم ما يشير إلى وجوب اليمين على الحائز أو بيان سبب الحوز ، وإنما أوجبوا عليه إنكار حق المدعي فحسب^(٣) .

هذا عما يتطلبه التقادم من الحائز في الحيازة ، وأما ما يتطلبه من المدين في الديون الموثقة ، فقد اختلفت المالكية في ذلك ، فمنهم من أسقطها بالتقادم ، ولم يطلب من المدعى عليه سوى اليمين على قضاء الدين ، ثم اختلف هذا الفريق في تحديد مدة التقادم ، من كونها أربعين سنة ، أو ثلاثين ، أو عشرين ، أو ربط ذلك بالعرف وأحوال الناس ، وطبيعة المدعى عليه والمدعي من حيث نوع العلاقة التي تربطهما ، وكذا درجة التسامح أو المشاحة بينهما .

(١) شرح النيل ٥١١/١٣ .

(٢) السابق ٢٦٩/١٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

وأما الفريق الآخر — وهو صاحب الرأي المشهور أو الراجح أو ما سار عليه القضاء — فقد رأى أن التقادم لا تأثير له على هذه الديون مهما تقدمت ، طالما كانت وثيقة الدين بيد الدائن ؛ إذ قضى العرف أن المدين يتسلم وثيقة الدين ويحتفظ بها أو يمزقها إذا سدد دينه ، وكونها لا تزال بيد الدائن فهذا يعني أن المدين لم يقض الدين، وطول المدة لا يؤثر على ذلك ، حيث لا يبطل حق المرء بطول الزمان^(١) .

وقد قيد التسولي هذا الرأي الثاني بثلاثة قيود :

الأول أن يكون الدين ثابتاً بإشهاد المدين ، فإن كان بغير كتاب أصلاً ، أو بكتاب شهدت بينة بالمداينة على جهة الاتفاق لا بإشهاد المدين إياها ، فإن القول للمدين ، ولو لم يطل إلا العام والعامين .

الثاني ألا يكون رب الدين معلوماً بالحرص على قبض ديونه إذا حلت ، وإلا فالقول لمدعي القضاء .

الثالث ألا يكون وقع بين ربه والمدين شأن وخصومة ، وإلا فالقول للمدين أيضاً ، ففي أنكحة المعيار فيمن طلق زوجته ، فماتت ، وقام وارثها عليه بصداقها ، فادعى الزوج دفعه ، أنه لا يقبل قوله إلا أن يثبت أنه كان بينهما شأن . والله أعلم^(٢) .

ولا يسلم للتسولي فيما ذكره في القيد الثاني ، إذ قد يتذرع هذا الحريص بأنه لم يرد إفساد العلاقة بينه وبين مدينه ، حتى لو كانت العلاقة بينهما علاقة تجارية ، حيث يتبع هذا الإمهال دوام المعاملة المالية بينهما ، وأنه كان مطمئناً على سداد دينه طالما أن السند تحت يديه . كما يمكنه التذرع بأنه لم يذهب للقضاء إلا بعد أن أيقن سوء نية المدين وتصريحه بعدم السداد، وأنه ظل يماطله حتى مضت على الدين مدة التقادم، وأنه — الدائن — لم يعبأ بالأمر اعتماداً على سند الدين .

(١) الزرقاني على خليل ٢٢٥/٧ البناني ٢٢٥/٧ الحطاب ٢٢٨/٦ : ٢٣٠ الرهوني

٥٢٢/٧ ، ٥٢٣ الصاوي ٣٨٠/٢ عليش ٣٢٠/٢ .

(٢) البهجة — بتصرف — ١٢/٢ ، ١٣ .

وبالنسبة للقيد الثالث ، فتنبغي التفرقة بين الخصومة المعتادة بين الدائن ومدينه ، وبين الخصومة الشديدة بينهما ، وحتى مع الخصومة الشديدة ربما يتعلل الدائن بأنه فضل الانتظار ، متحينا الفرصة حتى يحصل على حقه ، بدلا من أن يمتد به القضاء ، وما يتبع ذلك مما يتكلفه للموكل بخصومته ، فالدائن يذكر أنه لم يكن يريد سجن مدينه بقدر ما يريد الحصول على ماله ، ولذا كان منه هذا الإمهال ، برغم العداوة الشديدة بينهما ، اعتمادا على الاحتفاظ بسند الدين .

يضاف إلى هذا — تقوية جانب المدعي الدائن المحتفظ بوثيقة الدين — أن المدين لو طعن في صحة توقيعه — سواء أتقادم الدين أم لا — فإن الطب الشرعي يأتي دوره في التحقق من ذلك ، وقد سبق القول بأن أساس التقادم هو تهمة المدعي في بينته ، فإذا زال عن وثيقة الدين هذه التهمة لزم الحكم بها .

وعلى هذا يكون التقادم مرتبطا بالرأي الأول دون الآخر ؛ إذ قد يكون المدين مطالبا ببينة قضاء دينه إذا لم يمض على أجل سداد الدين مدة تقادمه ، ولكن مع تقادمه سيقصر الأمر على مطالبة المدين باليمين على القضاء دون البينة^(١) ؛ إذ لم تجر العادة على تأخير الديون هذه المدد الطويلة ، وقد يصاحب ذلك موت الشهود أو نسيانهم الشهادة .

ولكن ينبغي ترجيح الرأي الآخر عليه ؛ لأن وثيقة الدين ما دام لم يطعن الخصم في صحتها ، أو حكم بصحتها بعد طعنه فيها ، فإنه يلزم العمل بها . ولا يعترض بأنه إذا كان لا يعترف بوثيقة تملك المدعي في الحيازة ، ويحكم للحائز وترد دعوى خصمه ، الأمر الذي يمكن تعديته إلى وثيقة الدين . لا يعترض بهذا ؛ لأنه قياس أسقط علانية تصرف الحائز وكيفيته ودلالته ، ليساوي بين الحيازة والدين الذي لا نرى معه شيئا من هذا .

(١) وكذا لو لم يكن بيد الدائن وثيقة . هذا ، ولم أقف فيما رجعت إليه من مصادر الحنفية على ذكر اليمين ؛ نظرا لأنهم يسقطون بينة المدعي بالتقادم .

هذا ، وإذا كان المالكية يرون وجوب ادعاء المدين الوفاء ، حتى ترد دعوى الدائن بالتقادم ، سواء أكانت الديون غير موثقة أم كانت — في رأي بعضهم — موثقة ، فإن هذا القول بلزوم ادعاء الوفاء ، لا يتواءم وعدم وجود الدين أساسا ، فقد يفترى المدعي على المدعى عليه بأن له مالا عنده ، وحقيقة الأمر هي أن المدعى عليه لم يأخذ منه شيئا ، فكيف يدعي وفاء دين ليس له وجود أصلا^(١) ؟ ! .

ولذا فإن ما يذكره الحنفية من وجوب إنكار المدعى عليه حق المدعي ، هو الأولى قبولا في هذه الحالة . أما إذا كان هناك دين ثم قضاة المدين ، فإن الحنفية يوجبون على المدين إنكار الحق أيضا ، ويرون أنه إذا ادعى قضاة ، فإنه يلزمه حينئذ تقديم بينة القضاء ، حتى لو توالى عليه أحقاب كثيرة ، فإن عجز أقسم المدعي على عدم وفاء دينه ، ومن ثم يحكم له بالمال^(٢) . وما يجب تقديمه في هذه الحالة هو قول المالكية ، من لزوم ادعاء المدعى عليه الوفاء ، مع إعفائه من تقديم البينة ؛ إذ أنى له بها ؟ ! .

(١) ويتصور هذا الأمر أيضا في الدين الموثق كذلك ، بأن يطعن مثلا في صحة التوقيع ، أو أنه وقع مكرها ، أو ما شابه ذلك .

(٢) درر الحكام ٣١٩/٤ .

الباب الثاني

من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي

الفصل الأول تقادم العبادات

الفصل الثاني تقادم المعاملات

الفصل الثالث تقادم الجرائم والعقوبات

مدخل

يشكل مرور الزمن عاملاً مؤثراً في تغيير الحكم الشرعي في كثير من مسائل الفقه الإسلامي ، وهذه المسائل من الكثرة لحد يصعب معه إحصاؤها ، لذا فقد اتجه البحث إلى دراسة بعض تطبيقات التقادم في الفقه الإسلامي ، معتمداً في اختياره لهذه التطبيقات على تناول أقسام التقادم الثلاثة السابق ذكرها في بداية الكلام عن تعريف التقادم^(١) .

فقد عني بعض هذه المسائل بالتقادم في تغييره الحكم دون أن يصاحب هذا التغيير فقد حق أو كسبه ، ولا دعوى ، ولا إنكار حق ، فضلاً عن عدم وجود خصومة أساساً . وذلك مثل مسألة الماء الآجن ، مسألة الميتة في بئر قليل الماء .

وقد عني بعض آخر من هذه المسائل بما قد يسببه التقادم من إسقاط حق ؛ بسبب الموقف السلبي من صاحبه ، مع ما قد يصاحبه من رفع دعوى ، ولكن دونما إنكار حق المدعى عليه . وذلك مثل مسألة سقوط حق الشفيع في الشفعة ، وهو ما يقابل مواعيد السقوط في القانون . كما قد يكون مجال هذا السقوط محلاً للإبراء ، وذلك مثل مسألة تقادم بعض النفقات .

ويمثل هذان القسمان التقادم بمعناه العام^(٢) ، أما القسم الثالث منه ، فهو ما يمثل معناه الخاص^(٣) ، وهو ما تحقق فيه الجانب السلبي أو الإيجابي ، مع فقد الحق أو كسبه ، بمصاحبة الدعوى ، وإنكار حق الخصم . وذلك مثل تقادم الديون ، وتقادم الجرائم والعقوبات .

(١) راجع ص ١٦ .

(٢) راجع تعريفه ص ١٧ .

(٣) راجع تعريفه ص ٢٢ .

وأخيرا فإنه نظراً لقلّة مسائل التقادم في الجرائم والعقوبات مقارنة بسواها ، فقد قدم البحث دراسة مفصلة لأحكامها ، جمع فيها ما تناثر من أقوال الفقهاء في مدوناتهم ، مستعرضاً أدلتهم ، ومناقشاً إياها ، ومرجحاً ما بدا صائباً منها ، ومستكملاً ما لاح غير مكتمل منها .

وفي المقابل لم يكثر الباب من مسائل المعاملات ؛ فقد عني غالب الباب الأول ببيان قواعدها وأحكامها العامة ، بما قد يغني عن الإكثار من مسائلها هنا .

الفصل الأول تقديم العبادات

الماء الآجن

يرى جمهور الفقهاء أن الماء إذا تغير بطول مكثه — الماء الآجن — فإن ذلك لا يسلبه طهوريته^(١) ، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على أن الوضوء بالماء الآجن من غير نجاسة حلت فيه جائز ، غير ابن سيرين ، فإنه كره ذلك . ولا يؤخذ بقوله ؛ فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ من بئر كأن ماءه نقاعة الحناء^(٢) ، ولأنه تغير من غير مخالطة فأشبهه المتغير بالمجاورة^(٣) ، كما أنه لا اسم له دون الماء^(٤) .

(١) حاشية ابن عابدين ١ / ١٨٦ — التاج والإكليل ١ / ٧٨ — المجموع للنووي ١ / ١٣٧ ، المطبعة المنيرية ، بدون تاريخ — كشاف القناع للبهوتي ١ / ٣٢ ، المطبعة الشرفية بالقاهرة ، طبعة أولى ١٣١٩هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية — التاج المذهب لابن قاسم اليماني ١ / ٢٨ ، دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ . وطبعة أخرى نشر مكتبة اليمن ، بدون تاريخ — شرح النيل ١ / ١٢٧ . ولم أقف على هذه المسألة بخصوصها عند الظاهرية في المحلى لابن حزم . ولا الإمامية في : ١ — شرائع الإسلام للحلي ، المكتبة العلمية الإسلامية بطهران ، طبعة ١٣٧٧هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الأضواء ببغداد ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م . ٢ — الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، للعالمى الجبعي ، دار العلم للملايين ببغداد ، بدون تاريخ . وربما يكون عدم ذكرها في هذين المذهبين راجعا إلى أن خلاف ابن سيرين فيها عندهم غير معتبر .

(٢) تلخيص الحبير ١ / ١٤ ، ١٥ ولم يذكر فيه الحافظ ضعفا ، وهذه البئر غير بئر بضاعة التي كان يلقي فيها النتن ، ولا بئر ذروان التي خبئ فيها سحر النبي صلى الله عليه وسلم .

(٣) المغني لابن قدامة ١ / ٢٦ ، طبعة دار الفكر ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م . وانظر رأي ابن سيرين أيضا في المجموع ١ / ١٣٧ .

(٤) الأم للإمام الشافعي ١ / ٢٠ ، دار المعرفة ، بدون تاريخ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر ، طبعة سنة ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م . ويقول النووي : ودليلنا النصوص المطلقة ، ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فأشبه المتغير بما يتعذر صونه عنه . المجموع ١ / ١٣٧ .

تقادم الميتة في بئر قليل الماء

يرى الإمام أبو حنيفة أن من وجد حيوانا أو طيرا ميتا في بئر قليل الماء^(١) ، ولا يدري متى وقعت فيه ، فعليه أن يعيد صلاة يوم وليلة إن كان قد توضأ بمائها ، وكذا يغسل كل شيء أصابه ماؤها أيضا ، وهذا إن لم تكن الميتة قد انتفخت أو تفسخت ، أما إن كانت كذلك فعليه أن يعيد صلاة ثلاثة أيام بلياليها ، وعن دليل الإمام أبي حنيفة في هذا يذكر صاحب العناية أن لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا ، وهو الوقوع في الماء ، وهو ظاهر ، وكل ما له سبب ظاهر يحال عليه ، كمن جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، يحال بموته على الجراحة ؛ لأنه هو السبب الظاهر ، وكميت التوت في عنقه حية ، فإنه يحال بموته على نهشها ، وإن احتمل أن يكون الموت بغير الجرح والنهش ؛ لأن الموهوم في مقابلة المحقق غير معتبر ، إلا أن الانتفاخ دليل تقادم العهد ، وأدنى حد التقادم في ذلك ثلاثة أيام ، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب فقدرناه بيوم ؛ لأن أقل المقادير في باب الصلاة يوم وليلة ، فإن ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها^(٢) .

والصاحبان وإن وافقا الإمام في القول بنجاسة ماء البئر ، فقد خالفاه في بقية قوله ، من إعادة الصلاة وتطهير ما أصابه من مائها قبل العلم بوجود الميتة ؛ لاحتمال أن تكون قد ماتت في الحال ، أو ألقاها الريح بعد الموت أو بعد من لم ير تتجسها ، أو ألقاها طير كما روي عن أبي يوسف أنه كان يقول بقول أبي حنيفة حتى رأى حداة — وهو جالس في البستان — في منقارها جيفة ، فطرحتها في بئر ، فرجع عن قوله . ولأن وقوعها في البئر حادث ، والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات للشك في الإسناد ، فصار كمن

(١) وذلك لأن الماء الكثير لا ينجس عند الحنفية إلا بالتغير .

(٢) العناية على الهداية — بيسير حذف — ١٠٦/١ ، ١٠٧ ، المطبعة الأميرية — مصر ، طبعة أولى

١٣١٦هـ .

رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته ، فإنه لا يعيد بالإجماع على الأصح^(١) . وقد ذكر بعض فقهاء المذهب أن قول الصاحبين وإن كان يؤيده القياس ، فإن قول الإمام مبني على الاستحسان ، وهو الأحوط في باب العبادات^(٢) .

وقد قال بقول الصاحبين الشافعية والحنابلة ، فقد جاء في المجموع أن من توضأ من بئر ، ثم أخرج منها دجاجة منتفخة ، لم يلزمه أن يعيد من صلاته إلا التي تيقن أنه صلاها بماء نجس^(٣) .

ويقول ابن قدامة : وإن توضأ من الماء القليل صلى ثم وجد فيه نجاسة ، أو توضأ من ماء كثير ثم وجدته متغيراً بنجاسة وشك هل كان قبل وضوئه أو بعده ؟ . فالأصل صحة طهارته وصلاته ، وإن علم أن ذلك كان قبل وضوئه بأمرة أعاد^(٤) .

وقد خالف المالكية^(٥) — في مشهور المذهب — والظاهرية^(٦) والإباضية^(٧) الإمام أبا حنيفة في أصل المسألة ، فقد جعلوا مدار نجاسة البئر قليل الماء على تغير مائه بالنجاسة ، وليس في قلته ذاتها حتى لو لم تتغير كما قال الإمام أبو حنيفة . أما الإمامية فالأظهر عندهم تنجيس ماء البئر بالملاقاة ، ولكني لم أقف على قول لهم في خصوص المسألة التي نتناولها^(٨) . وأما الزيدية فهم وإن

(١) تبين الحقائق للزيلعي ٣٠/١ ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٣ هـ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢١٩/١ .

(٣) المجموع ٢٠٠/١ .

(٤) المغني ١ / ٤٠ .

(٥) ومذهب ابن القاسم أن قليل الماء ينجسه قليل النجاسة وإن لم يتغيره . الفواكه الدواني ١٢٥/١ والإمام مالك والمذهب على جواز استخدامه ما لم يتغير ، وإن كره استخدامه عند وجود غيره . الخرشي ومعه العدوي ٧٦/١ .

(٦) المحلى ١٧٥/١ .

(٧) شرح النيل ١٢٦/١ .

(٨) شرائع الإسلام ١٣/١ — الروضة البهية ٣٤/١ ، ٣٥ .

وافقوا الإمام أبا حنيفة في تنجيس الماء القليل بالملاقاة ، فقد خالفوه في تعيين حد القلة ، فهو عندهم ما ظن المستعمل للماء استعمال النجاسة الواقعة فيه باستعماله لأجل قلته^(١) .

ولا يخفى عدم لزوم قول الإمام أبي حنيفة ؛ إذ فيه مخالفة للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن (اليقين لا يزول بالشك)^(٢) .

(١) التاج المذهب ٢٥/١ ، ٢٦ .

(٢) انظر في هذه القاعدة على سبيل المثال : غمز عيون البصائر ١٩٣/١ .

طهارة النجاسة بالاستحالة

قد تستحيل النجاسة بتقادمها إلى طهارة ، كتحول الجيف النجسة إلى تراب بدفنها وكإلقائها في الملاحات فتصير ملحا ، وغير ذلك .

وقد قال بطهارة هذه الأشياء كل من الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، وغير ظاهر مذهب الحنابلة^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، والإباضية^(٥) ، والزيدية^(٦) ، والإمامية^(٧) . ودليلهم في هذا هو خروج النجاسة إلى جنس آخر طاهر ، بحيث تحولت في اسمها ومسامها ، مثلها في ذلك مثل الخمر التي استحالت خلا .

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن النجاسة لا تستحيل طهارة إلا في شيئين ، هما جلد الميتة إذا دبغ ، والخمر إذا استحالت بنفسها خلا^(٨) . واقتصر الحنابلة — في ظاهر المذهب — على الثاني فحسب^(٩) ، وقد ناقش ابن تيمية ما استدلل به

(١) مجمع الأنهر لداماد أفندي ١ / ٦١ ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بدون تاريخ . وللإمام أبي يوسف رأي مخالف في المسألة .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١ / ٥٢ : ٥٨ .

(٣) المغني ١ / ٥٦ ، ٤١٩ .

(٤) المحلى ١ / ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٥) شرح النيل ١ / ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٦) البحر الزخار لابن المرتضى ١ / ٢٣ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨ هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة ، بدون تاريخ — التاج المذهب ١ / ٢٤ .

(٧) الروضة البهية ١ / ٦٧ .

(٨) المذهب وشرحه المجموع ٢ / ٥٩٢ وقد زاد بعض الشافعية ثالثا ، وهو ما كان نجسا ثم صارت فيه حياة — شرح البهجة الوردية لذكريا الأنصاري ١ / ٥٠ ، المطبعة الميمنية ، بدون تاريخ — ولكن رده بعضهم بأن الاستحالة حقيقة إذا بقي الشيء بحاله وتغيرت صفته ، ولا يوجد في غير التحلل والدبغ . حاشية ابن قاسم على شرح البهجة ١ / ٥٠ ، المطبعة الميمنية ، بدون تاريخ .

(٩) المغني ١ / ٥٦ .

هذا الفريق بقوله : ” من فرق بينهما — الخمر وغيرها — يعتذر بأن الخمر نجست بالاستحالة فطهرت بالاستحالة ؛ لأن العصير كان طاهرا فلما استحال خمرا نجس ، فإذا استحال خلا طهر . وهذا قول ضعيف ؛ فإن جميع النجاسات إنما نجست أيضا بالاستحالة، فإن الطعام والشراب يتناولهما الحيوان طاهرا في حال الحياة ثم يموت فينجس ، وكذلك الخنزير والكلب والسباع أيضا — عند من يقول بنجاستها— إنما خلقت من الماء والتراب الطاهرين .

وأیضا فإن هذا الخل والملح ونحوهما أعيان طيبة وطاهرة ، داخلة في قوله تعالى ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾^(١) ، وللمحرم المنجس لها أن يقول : إنه حرما لكونها داخلة في المنصوص ، أو لكونها في معنى الداخلة فيه .

فكلا الأمرين منتف ، فإن النص لا يتناولها ، ومعنى النص الذي هو الخبث منتف فيها ، ولكن كان أصلها نجسا ، وهذا لا يضر ، فإن الله يخرج الطيب من الخبيث ، ويخرج الخبيث من الطيب . ولا ريب أن هذا القول أقوى في الحجة نصا وقياسا ،^(٢) . والقول كما قال ابن تيمية .

(١) الأعراف ١٥٧ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٧٢/٢ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، بدون تاريخ .

قضاء المغمى عليه والمجنون الفوائت

لتقادم غياب العقل تأثير مباشر على قضاء الصلوات ، فالإغماء مثلاً — وهو ما لا يتقادم زمنه غالباً — يختلف حكمه عن الجنون الذي تطول مدته عادة . فقد اتفق الفقهاء على أن المجنون لا يقضي ما فاتته ؛ لرفع القلم عنه ولمشقة القضاء ، وهذا يختلف عن الإغماء ، حيث ذهب الحنفية إلى أن المغمى عليه أن يقضي ما فاتته إذا أفاق بعد يوم وليلة ، ولا يقضي إذا زاد إغماءه على ذلك ، ودليلهم في هذا الاستحسان ، ووجهه هو أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتخرج في الأداء ، وإذا قصرت قلت فلا حرج ، فالكثير أن تزيد على يوم وليلة ؛ لأنه يدخل في حد التكرار^(١) .

كما أن الإغماء لا يسبب فساداً في العقل كالجنون وإنما يعطله مدة فحسب ، يقول ابن الهمام : الإغماء مرض يعجز به صاحب العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة فلا ينافي أهلية الوجوب بل الاختيار ؛ لأنه إنما يوجب خلافاً في القدرة ، وذلك يوجب التأخير لا سقوط أصل الوجوب ؛ لأن تعلقه لفائدة الأداء أو القضاء بلا حرج ، ولم يقع بالإغماء ولا بمجرد الجنون اليأس عن الفائدة الثانية^(٢) ، إلا إذا امتد امتداداً يوقع القضاء معه في الحرج ، فحينئذ يظهر به عدم تعلقه لظهور انتفاء الفائدة المستتبعة له^(٣) .

وقد رد ابن الهمام على من خالفهم ، حيث نقل عن المالكية والشافعية القول بعدم القضاء على المغمى عليه ، وأنهم استدلوا في ذلك بأن عائشة رضي الله عنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الرجل يغمى عليه فيترك الصلاة؟ فقال صلى الله عليه وسلم : ” ليس لشيء من ذلك قضاء ، إلا أن يغمى عليه

(١) الهداية للمرغيناني ٩/٢ ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر .

(٢) وهي القضاء بلا حرج .

(٣) فتح القدير ١٠/٢ ولا يلزم من كلام ابن الهمام أن الجنون لو فرض أنه استمر بعض يوم فحسب ، أن صاحبه يقضي ما فاتته ؛ إذ إن المجنون غير مخاطب أساساً بتكليف حال جنونه .

في وقت صلاة فيفيق فيه فإنه يصليها^(١) . رد عليهم بعدم صحة سند الحديث حيث نقل أقوال بعض النقاد في تجريحه^(٢) .

هذا وقد حدد الإمام محمد اليوم واللييلة بالأوقات ، وحدده الشيخان بالساعات ، فعلى رأي الإمام محمد لا يقضي المغمى عليه إذا أفاق في وقت السادسة ، ولكنه يقضي جميع ما فاتته إذا أفاق في وقت الخامسة . يقول : إذا أغمى عليه خمس أوقات ثم أفاق في الوقت السادس لم يكن عليه أن يقضي شيئاً من الصلاة الماضية ، وإذا أفاق في الوقت الخامس قضاها كلها ، وإذا لم يفق في وقت شيء منها لم يجب عليه قضاء شيء منها أخبرنا أبو معشر المدني قال حدثنا سعيد المقبري ومحمد بن قيس ، أن عمار بن ياسر أغمى عليه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، فأفاق من جوف الليل فصلّى الظهر والعصر والمغرب والعشاء. أخبرني أبو معشر عن نافع قال : أغمى على ابن عمر ثلاثة أيام فلم يقض الصلاة . وبقول ابن عمر وعمار نأخذ^(٣) .

(١) الدارقطني ، باب الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة . دار المعرفة — بيروت ، طبعة سنة ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م .

(٢) فتح القدير ١٠/٢ وانظر : التحقيق في أحاديث الخلاف ٤١٢/١ — دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٢٥هـ — فقد قال ابن الجوزي عن الحديث بأنه لا يصح . وانظر كذلك توهين ابن حجر إياه : الدراية ٢٠٩/١ دار المعرفة ببيروت ، بدون تاريخ . وانظر أيضا سنن البيهقي ٣٨٨/١ فقد أخرج شاهداً للحديث عن ابن عمر رضي الله عنه ، بيد أنه نقل عن الأئمة تجريحهم للسند .

(٣) الحجة على أهل المدينة ١٥٨/١ ، ١٥٩ وقد تعددت الروايات في تحديد مدة إغماء ابن عمر رضي الله عنه ، فقد روي بعضها دون تحديد وأنه لم يقض ما فاتته كرواية مالك — الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب جامع الوقوت — وروي أنه أغمى عليه يوماً وليلة فلم يقض ما فاتته كذلك ، وروي يومين فلم يقض أيضاً ، وروي ثلاثة أيام وأياماً وشهراً وأنه لم يقض في كل ذلك إلا صلاة يومه الذي أفاق فيه . انظر في هذا :

— مصنف عبد الرزاق ، باب صلاة المريض على الدابة وصلاة المغمى عليه .

— مصنف ابن أبي شيبة ، باب ما يعيد المغمى عليه من الصلاة ، وباب من قال ليس عليه إعادة . مطبوعات الدار السلفية بالهند ، طبعة أولى ١٤٠١هـ / ١٩٨١ .

— سنن البيهقي ، باب المغمى عليه يفق بعد ذهاب الوقتين فلا يكون عليه قضاؤهما .

وأما حديث عمار رضي الله عنه فانظره في المصادر الثلاثة السابقة أيضاً . وهو ليس في الموطأ .

والمعتبر عند الشيخين هو مرور يوم وليلة على المغمى عليه في قضاء جميع ما فاتته ، فإذا زاد إغماءه على ذلك لم يجب عليه قضاء شيء ، وتظهر الثمرة — بين الشيخين ومحمد — فيما إذا أغمي عليه عند الضحوة ثم أفاق من الغد قبل الزوال بساعة مثلا ، فهذا أكثر من يوم وليلة من حيث الساعات ، فلا قضاء عليه عندهما ، وعند محمد يقضي لعدم دخول الوقت السادس^(١) .

وقد استدلل الشيخان فيما ذهبوا إليه بما أثر عن علي وابن عمر رضي الله عنهما^(٢) ، وقد ضعف ابن الهمام الاستدلال بذلك مرجحا رأي الإمام محمد ، فبعد أن ذكر الروايات عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ” فقد رأيت ما هنا عن ابن عمر ، وشيء منها لا يدل على أن المعتبر في الزيادة الساعات ، إلا ما يتخايل من قوله أكثر من يوم وليلة^(٣) ، وكل من روايتي الشهر والثلاثة الأيام يصلح مفسرا لذلك الأكثر — ولو لم يكن وجب كون المراد به خاصا من الزيادة — ؛ لأن المراد به ما دخل في الوجود ولا عموم فيه^(٤) ، وحمله على كون الأكثرية بالساعة ليس بأولى من كونها وقتا . وأما الرواية عن علي فلم تعرف في كتب الحديث ، والمذكور عنه في كتب الفقه أنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاها ، وأهل الحديث يروون هذا عن عمار^(٥) .

هذا عن الحنفية ، أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن المغمى عليه إذا أفاق فإنه لا يقضي ما فاتته من الصلوات حال إغمائه ، يقول ابن عبد البر في ذلك : ” أصح ما في هذا الباب في المغمى عليه يفيق أنه لا قضاء عليه لما فاتته

(١) حاشية الطحطاوي ٢/٢٨٣ ، مكتبة البابي الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ١٣١٨ هـ .

(٢) الهداية ١٠/٢ .

(٣) وهي رواية أنه رضي الله عنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض .

(٤) أي أن المراد بالأكثر عن اليوم واللييلة هو ما دخل في وجود وقت جديد للصلاة ، إذ إننا نتكلم عن أوقات الصلاة بحيث ينبغي أن تكون الزيادة من جنس ذلك ، فليس المراد بالأكثر هو مطلق الزيادة عن اليوم واللييلة بما لا يدخل معه وقت جديد للصلاة .

(٥) فتح القدير ١٠/٢ وقد سبق قبل قليل تخريج حديث عمار رضي الله عنه ، وكما هو بين فإنه لا يشهد لقول الشيخين ، كذلك فإن الإمام الشافعي لم ير صحته . فتح القدير ١٠/٢ .

وقته ، وبه قال ابن شهاب والحسن وابن سيرين وربيعه ومالك والشافعي وأبو ثور ، وهو مذهب عبد الله بن عمر أغمي عليه فلم يقض شيئاً مما فات وقته^(١) .

وهذا هو القياس عندي — والله أعلم — ؛ لأن الصلاة تجب للوقت ، فإذا فات الوقت لم تجب إلا بدليل لا تتنازع فيه ، ومن لم يدرك من الوقت مقدار ركعة وفاته ذلك بقدر من الله ، فلا قضاء عليه .

والأصول مختلفة في قضاء ما يجب من الأعمال في أوقات معينة إذا فانت أوقاتها ، فمنها أن صوم رمضان في وقت بعينه فإذا منع المسلم علة كان عليه أن يأتي بعدة من أيام آخر ، ومنها أن أعمال الحج في أوقات معينة فإذا فات وقتها لم تعمل في غيرها ، كالوقوف بعرفة وبالمزدلفة وغير ذلك . قام دليل الإجماع على ذلك . وقام الدليل من القرآن على ما ذكرنا في قضاء الصيام . فلما احتملت الصلاة الوجهين جميعاً ، طلبنا الدليل على ذلك ، فوجدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بين مراد الله منها فيمن نام أو نسي أنه يقضي^(٢) ، ورأينا العاجز عن القيام في الصلاة أنه يسقط عنه ، وكذلك إن عجز عن الجلوس وغيره ، حتى يومئ إيماء ، فإذا لم يقدر على الإيماء ، فهو المغمى عليه ، ووجب سقوط ذلك عنه بخروج الوقت .

(١) عن مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر أغمي عليه فذهب عقله فلم يقض الصلاة . قال مالك : وذلك فيما نرى — والله أعلم — أن الوقت قد ذهب ، فأما من أفاق في الوقت فإنه يصلي . الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب جامع الوقت .

(٢) قال صلى الله عليه وسلم : ” من نسي صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها “ . أخرجه الشيخان ، واللفظ لمسلم :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها . وقد اقتصر البخاري في الباب على النسيان ، أما النوم فقد أخرج فيه صلاة النبي صلى الله عليه وسلم الصبح بعدما طلعت الشمس ، حيث غلب بلال رضي الله عنه بنوم فلم يوقظ أحداً . البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب الأذان بعد ذهاب الوقت .

ودليل آخر من الإجماع ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المجنون المطبق لا شيء عليه بخروج الوقت من صلاة ولا صيام إذا أفاق من جنونه وإطباقه ، وكان المغمى عليه أشبه به منه بالنائم ؛ إذ لا يجتذبه غير هذين الأصلين ، ووجدناه لا ينتبه إذا نبه ، وكان ذلك فرقا بينه وبين النائم ، وفرق آخر أن النوم لذة ونعمة ، والإغماء علة ومرض من الأمراض ، فحاله بحال من يجن أشبه منه بحال النائم ،^(١) .

ولكن إذا أفاق المغمى عليه في وقت العصر فعليه صلاة الظهر والعصر ، وإذا أفاق في وقت العشاء فعليه صلاة المغرب والعشاء ، وهو وقت الضرورة والتضييق ، وهو خاص بذوي الأعذار وهم خمسة : الحائض تطهر ، والمغلوب يفيق ، والصبي يبلغ ، والكافر يسلم ، والناسي يذكر^(٢) .

وقد استدلل المالكية على اشتراك الوقت قياسا على صلاة الجمع ، وبما جاء عن بعض الصحابة والتابعين في هذا ، من ذلك قول عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ” إذا طهرت الحائض قبل أن تغرب الشمس صلت الظهر والعصر جميعا ، وإذا طهرت قبل الفجر صلت المغرب والعشاء جميعا “^(٣) ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : ” إذا طهرت المرأة في وقت صلاة العصر فلتبدأ بالظهر فلتصلها ثم لتصل العصر ، فإذا طهرت في وقت العشاء الآخرة فلتصل المغرب والعشاء “^(٤) . وهو قول تابعي أهل المدينة والفقهاء

(١) التمهيد لابن عبد البر ٢٩٠/٣ ، ٢٩١ ، طبعة وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب .

(٢) التلقين لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي ، ت سنة ٣٦٢هـ ، ٨٨/١ ، المكتبة التجارية بمكة المكرمة ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ . القوانين الفقهية لابن جزي ص ٤٣ .

(٣) ابن أبي شيبه ، باب في الحائض تطهر آخر النهار . والبيهقي ، باب قضاء الظهر والعصر بإدراك وقت العصر . وانظر أيضا التلخيص الحبير ١٩٣/١ .

(٤) انظر المصادر السابقة ، وقد رواه أيضا الدارمي : كتاب الطهارة ، باب المرأة تطهر عند الصلاة أو تحيض — دار الكتاب العربي ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٧هـ — وهو حديث صحيح .

السبعة^(١) . وهذه الآثار وإن كانت في الحائض فإنها تتسحب إلى المغمى عليه ؛ إذ كلاهما من أصحاب وقت الضرورة .

وقد ناقش الإمام محمد بن الحسن أهل المدينة في مسألة اشتراك الوقت ، يقول : أرأيتم المغمى عليه يكون وقت الظهر له حين تغرب الشمس ؟ قالوا نعم . قيل لهم في شأنه : إذا أفاق وهو لا يقدر على أن يصلي إلا العصر وحدها ، أبطلتم الظهر وأمرتموه أن يصلي العصر ، وذلك وقت الظهر له ، كما هو وقت العصر ؟! قالوا إنما يكون وقت الظهر إذا قدر أن يصلي معه شيئاً من العصر ، فأما إذا لم يقدر فليس بشيء لوقت الظهر . قيل لهم : فكيف كان له وقت الظهر إذا أدرك منه شيئاً من العصر ، وليس بوقت له إذا لم يدرك معه شيئاً من العصر ؟! أسمعتم في هذا بحديث ؟! قال قالوا لا . قيل لهم : إنما هذا على أحد وجهين : إن كان وقت للظهر فلا بد من الصلاة فيه ، وإن كان ليس بوقت للظهر فقد أغمي عليه حتى ذهب وقت الظهر . ووقت الظهر عندنا الذي لا تجوزون للمتعمد أن يجوزه . وكيف جاز لكم أن تجعلوا وقت العصر وقتاً للظهر ، ولم تجعلوه وقتاً لصلاة الفجر ، وصلاة الفجر من صلاة النهار ؟!

أرأيتم رجلاً أسلم عند غيبوبة الشمس ، قبل أن تغيب الشمس ، عليه أن يصلي الظهر والعصر جميعاً وهو يقدر على ذلك قبل أن يغيب الشمس ؟! قالوا نعم . قيل لهم وكيف رأيتم على هذا القضاء ولم ترووا فيه حديثاً ، وقد رويتم خلافه ؟!

أخبرنا مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر أنه أغمي عليه ثم أفاق فلم يقض الصلاة . فكيف رغبتم عن هذا الحديث إلى غير حديث فيما رويتموه فيما قلتم ؟! وقد جاءت فيما قلنا من هذا أحاديث كثيرة^(٢) .

(١) البيهقي : الموضع السابق . وقد أورد ابن أبي شعبة آثار بعض التابعين من غير أهل المدينة : الموضع السابق . وانظر الأوسط لابن المنذر ٢/٢٤٤ ، دار طيبة بالرياض ، طبعة أولى ١٤٠٥ هـ .

(٢) الحجة ١٥٦/١ : ١٥٨ وانظر أيضاً : الأوسط ٢/٢٤٤ ، المحلى ٣/٢٤٧ .

وقد وافق الشافعية^(١) والظاهرية^(٢) والزيدية^(٣) وراجح الإباضية^(٤) والأظهر عند الإمامية^(٥) المالكية في القول بعدم القضاء ؛ قياسا على المجنون وعلى ما فوق يوم وليلة ، وقد أورد ابن حزم بعض الآثار المتعارضة في المسألة ، كما عقب على قول أبي حنيفة بقوله : أما قول أبي حنيفة ففي غاية الفساد لأنه لا نص أتى بما قال ولا قياس ، لأنه أسقط عن المغمى عليه ست صلوات ولم ير عليه قضاء شيء منهن ، وأوجب عليه إن أغمي عليه خمس صلوات أن يقضيهن ، فلم يقس المغمى عليه على (المجنون)^(٦) في إسقاط الصلاة ، ولا قاس المغمى عليه على النائم في وجوب القضاء عليه في كل ما نام عنه^(٧) .

وقد رجح عدم القضاء لرفع القلم عن المجنون ، يقول : ” والمغمى عليه لا يعقل ولا يفهم ، فالخطاب عنه مرتفع ، وإذا كان من ذكرنا [المجنون والمغمى عليه والحائض والنفساء] غير مخاطب بها في وقتها الذي ألزم الناس أن يؤديها فيه فلا يجوز أدائها في غير وقتها ؛ لأنه لم يأمر الله تعالى بذلك ، وصلاة لم يأمر الله تعالى بها لا تجب“^(٨) .

(١) المجموع ٨/٣ .

(٢) المحلى ٣١٧/٢ ، ٣١٨ .

(٣) التاج المذهب ١٣٢/١ ، ١٣٣ . وقد اشترط الزيدية لعدم القضاء عدم تضيق الأداء ، بمعنى أن من أغمي عليه ولم يكن قد أدى فريضة الوقت ، وكان بقي من الوقت ما يستطيع أن يؤدي الفريضة ، فإنه لا يقضي هذا الفرض إذا أفاق بعد انتهاء وقته . أما إذا أغمي عليه ولم يكن قد أدى فريضة الوقت وكان بقي من الوقت ما لا يستطيع أن يدرك الفريضة فإنه يقضيها حينئذ إذا أفاق لتقصيره .

(٤) النيل ٤٧٨/٢ .

(٥) شرائع الإسلام ١٢٠/١ .

(٦) في الأصل : المغمى عليه .

(٧) المحلى ٣١٧/٢ .

(٨) السابق ٣١٨/٢ .

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن المغمى عليه يجب عليه قضاء ما فاتته من صلوات حال إغمائه ، واستدلوا في ذلك بما جاء عن بعض الصحابة كعمار وسمرة بن جندب رضي الله عنهما^(١) ، يقول ابن قدامة : ” وهذا فعل الصحابة وقولهم ، ولا نعرف لهم مخالفا ، فكان إجماعا . ولأن الإغماء لا يسقط فرض الصيام ، ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمى عليه ، فأشبهه النوم . فأما حديثهم^(٢) فباطل ، يرويه الحكم بن سعد ، وقد نهى أحمد رحمه الله عن حديثه ، وضعفه ابن المبارك ، وقال البخاري تركوه . وفي إسناده خارجة بن مصعب ، وهو ضعيف أيضا . ولا يصح قياسه على المجنون ؛ لأن المجنون تتناول مدته غالبا ، وقد رفع القلم عنه ، ولا يلزمه صيام ، ولا شيء من أحكام التكليف ، وتثبت الولاية عليه ، ولا يجوز على الأنبياء عليهم السلام ، والإغماء بخلافه ، وما لا يؤثر في إسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها كالنوم “^(٣) .

وعلى المغمى عليه أن يصلي ما فاتته مرتبا ، إذا كان الوقت الذي أفاق فيه يتسع لها ولفريضته ، ومما ذكره الحنابلة في وجوب ترتيب تأدية الفوائت أن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله ، فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء^(٤) . أما إذا خشي فوات فريضة الوقت الذي أفاق فيه إذا صلى الفوائت قبلها ، فالصحيح في المذهب هو سقوط الترتيب حينئذ ، حيث يقدم الحاضرة ولا يعيدها بعد أدائه

(١) ابن أبي شيبة ، باب ما يعيد المغمى عليه من الصلاة .

عبد الرزاق ، باب صلاة المريض على الدابة .

(٢) راجعه وحكم الأئمة عليه في صدر المسألة .

(٣) المغني ١ / ٢٤٠ .

(٤) = الترمذي — واللفظ له — ، كتاب الصلاة ، باب ما جاء في الرجل تفوته الصلاة بأيتهن يبدأ .

دار إحياء التراث العربي ببيروت ، بدون تاريخ .

= النسائي ، كتاب المواقيت ، باب كيف يقضى الفائت من الصلاة . مكتب المطبوعات

الإسلامية بحلب ، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م .

الفوائت^(١) .

وبعد استعراض مذاهب الفقهاء في قضاء المغمى عليه ، يمكن القول بأن مدار القضاء إنما يرجع إلى الحرج أو عدمه ، وليس إلى التنازع في المغمى عليه هل يقاس على النائم المخاطب بالتكليف فيقضي ، أم يقاس على المجنون غير المخاطب به فلا يقضي ؟. وذلك لأن الحائض مثلا على الرغم من كونها تعقل الخطاب فإنها لا تقضي الصلاة ؛ لما في ذلك بعض المشقة ، برغم أن القضاء يكون أياما قليلة غالبا ، وهذا خلاف النائم الذي يجب عليه قضاء ما فاتته حال نومه ، لأن نومه يستغرق بعض يوم عادة وكذا نسيانه .

ولكن ما الحد الذي يكون معه قضاء المغمى عليه يوصف ببعض مشقة ؟. يمكن تحديد هذا بأمرين :

الأول : ما جاء في بعض الروايات عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أغمى عليه فأعاد صلاة يومه الذي أفاق فيه .

الثاني : القياس على أطول مدة يقضيها النائم ، أو ربما يقارن المغمى عليه نفسه مدة إغمائه بأطول مدة نوم سبقت عليه ، فإذا تخطتها فلا يقضي ، وغالبا لا تتعدى مدة النوم يوما وليلة ، ولعل في تحديد الحنفية عدم القضاء باليوم والليلة قربا من الصواب ؛ إذ لا يبلغ النوم هذه المدة عادة .

(١) المغني ١ / ٣٥٢ .

هل يقضي الصلاة من تكاسل عنها ؟

وهل يعين زمن الفوائت ؟

ذهب بعض الحنفية إلى أن من تقادمت عليه الفوائت وتكاثرت عليه أن يعين الزمن فيما يقضيه ، بأن ينوي ظهر يوم كذا أو عصر يوم كذا وهكذا ، فإن اشتبه عليه الزمن أو أراد تسهيل الأمر فعليه أن ينوي أول ظهر عليه أو آخره^(١) .

وهذه المسألة تتصل بمسألة أخرى ، هي ترك الصلاة عمدا تكاسلا عنها مددا طويلة ، هل يلزم هذا التارك قضاء ما فاتته ؟ .

-
- (١) — فتح القدير ٢٦٨/١ ٣١٢/٢ ١٣/٣ ٢٧٥/٤ .
— تبين الحقائق ١٣/٣ ٢٢١،٢٢٠/٦ .
— حاشية الجلبي على تبين الحقائق ٣١٤/١ ٧٤/٢ ١٣/٣ ٢٢٠/٦ ، المطبعة الأميرية بمصر ، طبعة أولى سنة ١٣١٣هـ .
— البحر الرائق ٢٩٧/١ ٢٩٨/٢ ٥٣/٣ .
— تكملة البحر الرائق ٥٤٧/٨ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .
— حاشية ابن عابدين على البحر الرائق والمسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق ٢٩٧/١ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .
— مجمع الأنهر ٧٣٥/٢ .
— الدر المختار ٤١٩/١ ٧٧،٧٦/٢ ٧٣٥،٧٣٤/٦ .
— حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤٢٢،٤١٩/١ ٥٨٤،٧٧،٧٦/٢ ٤٨٢/٣ ٧٣٤،٧٣٥/٦ .
— درر الحكام شرح غرر الأحكام وكلاهما لمنلا خسرو ١٢٧/١ ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .
— حاشية الشُّرُنْبُلَالِي على درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٢٧/١ ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .
وهذا التعدد لمصادر الحنفية نظرا لتباين رأيهم في المسألة .

والجواب أن الجمهور من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والزيدية^(٥) والإمامية^(٦) قد ذهبوا إلى وجوب القضاء ، وأن يصاحب هذا القضاء بقية شروط التوبة عسى أن تبرأ ذمته بذلك .

وذهب الظاهرية^(٧) وابن تيمية^(٨) وابن القيم^(٩) ومن وافقهم إلى أن القضاء غير مشروع ، وعلى العائد أن يكثر من صلاة التطوع والندم والاستغفار ، ولا سبيل إلى استدراك ما فاتته .

أدلة الجمهور

الدليل الأول

استدل الجمهور لما ذهب إليه بأن السنة قد أوجبت على من نسي صلاة أو نام عنها أن يصلّيها حين يذكرها^(١٠) ، فعلى الرغم من أن الناسي والنائم

(١) البحر الرائق ٨٦/٢ — تبين الحقائق ١٨٥/١ .

(٢) — التمهيد ٣٩٥/٦ .

— الاستذكار : باب النوم عن الصلاة .

— بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٣٢/١ ، دار المعرفة ببيروت ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ .

— المدخل لابن الحاج ٦/٣ ، دار التراث ، بدون تاريخ .

(٣) المجموع ٧٧/٣ .

(٤) الإنصاف للمرداوي ٤٤٣/١ ، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ، طبعة أولى ١٣٧٧هـ/١٩٥٧م .

(٥) — البحر الزخار ١٧١/٢ ، ١٧٢ ، ١٧٤ .

— السيل الجرار للشوكاني ٢٨٩/١ — دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ —

إلا أن الشوكاني مال إلى عدم القضاء برغم تفسيره لما جاء في الحقائق بوجوب القضاء على العائد .

وانظر رأيه أيضا : نيل الأوطار ٢٦،٢٥/٢ دار التراث بالقاهرة ، بدون تاريخ .

(٦) شرائع الإسلام ١٢٠/١ .

(٧) المحلى ٣١٩/٢ : ٣٢٩ .

(٨) مجموع الفتاوى ٤٠/٢٢ ، ١٠٣ ، الفتاوى الكبرى ٤٨/٢ ، ٤٩ .

(٩) — الصلاة وحكم تاركها ٣٦ : ٥٩ دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ .

— مدارج السالكين ٢٨١/١ : ٢٩٠ دار التراث العربي بالقاهرة ، ط أولى ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م .

وللاباضية قولان في المسألة : النيل ٤٧٨/٢ .

(١٠) راجع تخريج الحديث ص ٢٠٠ هامش ٢ .

معذوران في ترك الصلاة فإنها لم تسقط عنهما ، فمن تركها متعمدا يكون أولى بالقضاء منهما بمفهوم الخطاب وقياس الأولى ؛ إذ لا عذر له. ولو كانت الصلاة لا تصح إلا في وقتها لم ينفع قضاؤها بعد الوقت في حق النائم والناسي .

وقد طعن ابن حزم في هذا الدليل بقوله : فإن قالوا قسنا العامد على الناسي ، قلنا القياس كله باطل ثم لو كان القياس حقا لكان هذا منه عين الباطل ؛ لأن القياس عند القائلين به إنما هو قياس الشيء على نظيره ، لا على ضده ، وهذا ما لا خلاف فيه بين أحد من أهل القياس ، وقد وافقهم من لا يقول بالقياس على أنه لا يجوز قياس الشيء على ضده ، فصار إجماعا متيقنا وباطلا لا شك فيه. والعمد ضد النسيان ، والمعصية ضد الطاعة ، بل قياس ذلك على ما ذكرنا من الحجج أولى^(١) لو كان القياس حقا ، لاسيما والحنفيون والمالكيون لا يقيسون الحالف عامدا للكذب على الحالف فيحنث غير عامد للكذب في وجوب الكفارة ، بل يسقطون الكفارة عن العامد ويوجبونها على غير العامد ، ولا يقيسون قاتل العمد على قاتل الخطأ في وجوب الكفارة عليه ، بل يسقطونها عن قاتل العمد ، ولا يرون قضاء الصلاة على المرتد. فهذا تناقض لا خفاء به ، وتحكم بالدعوى. وبالله تعالى التوفيق^(٢) .

وما يؤخذ على كلام الإمام ابن حزم هنا ، هو أن ما ذكره من تأثير التضاد في صحة هذا القياس غير صحيح ؛ إذ إن الجمهور لم يقل بأن العامد غير آثم ولا مؤاخذ بتأخير الصلاة كالمعذور — النائم والناسي — حتى يعترض عليه بأنه قاس ضددين ، فموضوع القياس هو التكليف بالصلاة وليس رفع الإثم ، وهذا يشترك فيه المعذور والعامد ، ويزيد في العامد تأكيدا ؛ إذ لو كان يمكن الظن بأن المعذور سقطت عنه الصلاة ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نفى هذا الظن ، فنفيه عن العامد أولى . وقياس غير المعذور على المعذور في أصل التكليف ليس غريبا عن الشرع ، فالصوم مثلا يقضي فيه العامد — بجانب الكفارة — ما أفطره مثلما يقضي المسافر مثلا .

(١) وهو قوله مخاطبا الجمهور: قد وافقتمونا على أن الحج لا يجزئ في غير وقته. المحلى ٣٢٢/٢

(٢) السابق ٣٢٣ / ٢ .

وأما ما ذكره من أن الحج أولى بقضائه في غير وقته من الصلاة ، وبرغم هذا لم يجزه الجمهور ، فإن الجمهور لم يجز الحج في غير وقته لأنه لا يجب إلا مرة واحدة في العمر ، بحيث يستطيع من فاتته أدائه أو ركن من أركانه أن يؤديه في وقته لقابل ، وهذا ما لا يمكن فعله في الصلاة .

وأما ما اعترض به على الحنفية والمالكية بأنهم لم يوجبوا الكفارة في اليمين الغموس دون المنعقدة ، الأمر الذي يناقض قولهم بوجوب قضاء الصلاة على من تركها عمدا قياسا على قضاء الناسي والنائم ، فجواب ذلك هو أن وجوب الكفارة في اليمين المنعقدة هو لأجل تحلة ما حرمه الحالف على نفسه ، وهذا ما لا نجده في اليمين الغموس . أما الصلاة فكل من المعذور في تركها والعامد مأمور بإقامتها . ثم على فرض خطأ الحنفية والمالكية – ومعهم الحنابلة – في مسألة اليمين ، فإن ذلك لا يمنع صحة قولهم في قضاء الصلاة .

كما أن الشافعية – وهم ممن يقولون بوجوب قضاء الصلاة على عامد تركها – قد ذهبوا إلى وجوب الكفارة في اليمين الغموس؛ حيث انعقدت المخالفة في اليمين فتشمله آية كفارة اليمين .

وكذا ما ذكره من أن الحنفية والمالكية أيضا لم يقيسوا وجوب الكفارة في القتل الخطأ على القتل العمد ، برغم قياسهم وجوب قضاء الصلاة ممن تركها عمدا على المعذور ، فهذا ليس تناقضا منهم – ومعهم الحنابلة أيضا – ؛ لأن القتل العمد وردت في شأنه النصوص ، من عقوبة أصلية – القصاص – أو بدلية – الدية والتعزير – وكذا تبعية – الحرمان من الميراث والوصية – ، فهذا يقابل الكفارة في القتل الخطأ . وحتى لو ذهبنا إلى خطأ هذا الرأي ، فإن الشافعية قد أوجبوا الكفارة في القتل العمد كالخطأ . كما أنه يسترعي النظر هنا هو أننا سواء في اليمين الغموس والمنعقدة أو القتل العمد والخطأ ، نجد أن اعتراض ابن حزم في قياس الكفارة ، ومحل الخلاف بينه وبين الجمهور في القضاء لا الكفارة ، فالجهة منفكة بين الأمرين .

وكذلك فإن ما ذكره من تناقضهم في عدم إيجابهم قضاء الصلاة على من كان مرتداً، وهو يزيد على تارك الصلاة إثماً، ما ذكره غير صواب؛ لأن من أسلم ورد في شأنه نص يرفع عنه قضاء الصلاة، وهو أن الإسلام يجب ما كان قبله، وابن تيمية — وهو ممن وافق ابن حزم في عدم وجوب القضاء على العامد — رجح عدم وجوب القضاء على المرتد، يقول: المرتد الذي كان يعتقد وجوب الصلاة، ثم ارتد عن الإسلام ثم عاد لا يجب عليه قضاء ما تركه حال الردة عند جمهور العلماء، كمالك وأبي حنيفة وأحمد في ظاهر مذهبه، فإن المرتدين الذين ارتدوا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كعبد الله بن سعد بن أبي سرح وغيره مكثوا على الكفر مدة ثم أسلموا، ولم يأمر أحدا منهم بقضاء ما تركوه، وكذلك المرتدون على عهد أبي بكر لم يؤمروا بقضاء صلاة ولا غيرها^(١).

هذا، وقد نقل ابن حجر عن يقول بأن العامد لا يقضي اعتراضاً آخر على القياس الذي استدلل به الجمهور على وجوب القضاء عليه، يقول: القائل بأن العامد لا يقضي لم يرد أنه أخف حالاً من الناسي، بل يقول إنه لو شرع له القضاء لكان هو والناسي سواء، والناسي غير مأثوم بخلاف العامد، فالعامد أسوأ حالاً من الناسي فكيف يستويان؟^(٢) وقد أجاب ابن حجر نفسه على هذا الاعتراض بقوله: ويمكن أن يقال إن إثم العامد بإخراجه الصلاة عن وقتها باق عليه ولو قضاها، بخلاف الناسي فإنه لا إثم عليه مطلقاً....^(٣).

وقد وجه ابن القيم إلى هذا القياس أيضاً بعض الانتقادات، يقول: قولكم وإذا كان النائم والناسي للصلاة وهما معذوران يقضيانها بعد خروج وقتها، كان المتعمد لتركها أولى. فجوابه من وجوه:

(١) مجموع الفتاوى ١٠٣/٢٢ وانظر في قصة إسلام عبد الله بن سعد بن أبي سرح رضي الله

عنه: سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبي ٣/٣٤، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ

(٢) فتح الباري ٧١/٢ طبعة السلفية بمصر، طبعة أولى ١٣٨٠. وانظر أيضاً نيل الأوطار ٢٥/٢، ٢٦.

(٣) فتح الباري ٧١/٢.

أحدها : المعارضة بما هو أصح منه أو مثله ، وهو أن يقال لا يلزم من صحة القضاء بعد الوقت من المعذور — المطيع لله ورسوله الذي لم يكن منه تقريط في فعل ما أمر به وقبوله منه — صحته وقبوله من متعدد لحدود الله مضيع لأمره تارك لحقه عمدا وعدوانا ، فقياس هذا على هذا في صحة العبادة وقبولها منه وبراءة الذمة بها من أفسد القياس .

الوجه الثاني : أن المعذور بنوم أونسيان لم يصل الصلاة في غير وقتها ، بل في نفس وقتها الذي وقته الله له ، فإن الوقت في حق هذا حين يستيقظ ويذكر ، كما قال صلى الله عليه وسلم : (من نسي صلاة فوقتها إذا ذكرها) رواه البيهقي والدارقطني وقد تقدم^(١) . فالوقت وقتان : وقت اختيار ووقت عذر . فوقت المعذور بنوم أو سهو ، هو وقت ذكره واستيقاظه ، فهذا لم يصل الصلاة إلا في وقتها ، فكيف يقاس عليه من صلاها في غير وقتها عمدا وعدوانا^(٢) .

(١) يقول ابن القيم في الموضع المشار إليه : هل تسمى هذه الصلاة أداء أو قضاء ؟ . فيه نزاع لفظي محض ، فهي قضاء لما فرض الله عليهم ، وأداء باعتبار الوقت في حق النائم والناسي ، فإن الوقت في حقهما وقت الذكر والانتباه ، فلم يصلها في وقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه . وأما ما يذكره الفقهاء في كتبهم من قوله (فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها) . فهذه الزيادة لم أجدها في شيء من كتب الأحاديث ولا أعلم لها إسنادا ، ولكن قد روى البيهقي والدارقطني من حديث أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها) . الصلاة وحكم تاركها ص ٣٤ .

وكما هو بين فإن هذا الحديث الذي رواه البيهقي — ٢١٩/٢ — والدارقطني — ٤٢٣/١ — كما هو مثبت هنا وقع به خطأ ، حيث ينبغي حذف (فليصل) ويوضع مكانه (فوقتها) ؛ يدل لهذا سياق الكلام ، وما هو مثبت في البيهقي والدارقطني نفسيهما ، ونقل ابن القيم عنهما في المتن .

(٢) وفي هذا يقول الشوكاني : الأدلة الثابتة عنه صلى الله عليه وآله وسلم لم ترد إلا في السهو والنسيان والنوم ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم فيها : فوقتها حين يذكرها ، لا وقت لها إلا ذلك . وهذا يفيد أن ذلك وقتها إذن لا قضاء ، فتكون هذه الأحاديث مخصصة لما ورد من توقيت الصلاة وتعيين أوقاتها ابتداء وانتهاء ، فيقال إلا الصلاة التي نام عنها ، فإن فعلها عند الذكر هو وقت أدائها ولو بعد خروج الوقت المضروب لتلك الصلاة .

وأما العمد فلا تشمل هذه الأحاديث الواردة في النوم والسهو والنسيان ، ولا يدخل تحتها ولا يصح قول من قال إنه إذا ثبت القضاء مع السهو والنوم ثبت مع العمد بفحوى الخطاب ؛ لأننا =

الثالث : أن الشريعة قد فرقَت في مواردها ومصادرها بين العامد والناسي ، وبين المعذور وغيره ، وهذا مما لا خفاء به ، فالحاق أحد النوعين بالآخر غير جائز .

الرابع : إنا لم نسقطها عن العامد المفرط ونأمر بها المعذور حتى يكون ما ذكرتم حجة علينا ، بل ألزمتنا بها المفرط المتعدي على وجه لا سبيل له إلى استدراكها تغليظا عليه ، وجوزنا قضاءها للمعذور غير المفرط^(١) .

أما الاعتراض الأول الذي وجهه الإمام ابن القيم إلى هذا القياس ، فقد سبق الجواب عليه في بداية الرد على طعن ابن حزم السابق^(٢) ، يضاف إليه أن خروج الوقت لا يرفع عن تعمد تركها التكليف بها ؛ إذ لو كان خروج الوقت في ذاته يجعل الصلاة غير مشروعة ، فصلاة المعذور تكون غير صحيحة أيضا ، ولكن الذي جعلها صحيحة هو عذره . معنى هذا أن غير الصحيح يمكن أن ينقلب صحيحا بأمر خارج عنه ، والعامد يرجو بالندم والتوبة وفعل الخيرات أن تصح صلاته ، عسى أن تغفر جريرته التي هي دون الشرك ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾^(٣) . هذا عن رجاء صحة

= نقول ليس تأدية الصلاة التي نام عنها أو نسيها من باب القضاء بل من باب الأداء ، فلا يتم القياس من هذه الحثية . السيل ٢/٢٨٩ ، ٢٩٠ .

والأصل لكلام ابن القيم والشوكاني هو قول ابن حزم : ” فإنكم تجيزون الناسي والنائم والسكران على قضائها أبدا ، وهذا خلاف قولكم بالوقت ؟ . قلنا لا ، بل وقت الصلاة للناسي والنائم والسكران ممتد أبدا غير منقض ، وبرهان ذلك أنهم ليسوا عصاة في تأخيرها إلى أي وقت صلوا فيها “ . المحلى ٢/٣٢١ ، ٣٢٢ .

وإذا كان الناسي والنائم ليسا عاصيين في تأخير الصلاة ، فلا يكون السكران كذلك . هذا وقد نوه الشيخ شاکر في الحاشية إلى أن ” الفعل (تجيزون) جاء في الأصلين هكذا ، وله وجه ، ولعل الأحسن منه أن يكون (تجبرون) “ .

(١) الصلاة ص ٥٢ .

(٢) راجع ص ٢٠٨ .

(٣) النساء ٤٨ ، ١١٦ .

الصلاة ، أما قبولها فلم يقل الجمهور هذا ولا يستطيعه حتى في الصلاة المؤداة في وقتها. وأما براءة الذمة ، فلا بد حتى تتحقق من توبة بجانب القضاء ، وإذا كان العامد لا يرجو براءة الذمة بالقضاء والتوبة فبأي شيء تبرأ؟! . ولا يعني براءة ذمته لزوم غفران ذنبه ، فهذا موكول إلى ربه سبحانه .

والاعتراض الثاني الذي ذكره الإمام ابن القيم هو أن صلاة المعذورتكون في وقتها ، أما العامد فلا تكون كذلك ، واستدل بالحديث ” من نسي صلاة فوقتها إذا ذكرها “، فلا تقاس إحداها على الأخرى . ولكن الحديث قد نفى النقاد وروده بهذا اللفظ لعدم صحة سنده^(١) ، وعلى الرغم من أن ابن القيم قد أثبت الحديث عن البيهقي فإنه لم ينقل ما قاله البيهقي نفسه وما نقله عن غيره في تجريحه ، ولو أنه كان يرى صحة الحديث بهذا اللفظ لناقش — كما هو دأبه — من أنكره ، بيد أنه سكت عن ذلك مكتفياً بإيراده ، ومثبناً في الوقت نفسه ما يشعر بعدم صحة ما يقارب لفظه ، وهو ما يورده الفقهاء في كتبهم ” فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك وقتها “ إلى آخر ما ذكره^(٢) .

وحتى لو صح هذان اللفظان فإنه لم يرد فيهما بأن وقت الصلاة المأمور تأديتها في وقت محدد لم يخرج ، وإنما الذي ورد فيهما هو أن وقت الصلاة المنسية هو وقت ذكرها ، أي ليس في ذلك تعرض لامتداد وقت الصلاة المحدد وقتها سلفاً ، فصلاة النائم هي صلاة مقضية ، وهذا ما يقوله الإمام ابن القيم نفسه : ” هي قضاء لما فرض الله عليهم ، وأداء باعتبار الوقت في حق النائم والناسي . فإن الوقت في حقهما وقت الذكر والانتباه ، فلم يصلها إلا في وقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه “^(٣) . ووقتها الذي أمرنا بإيقاعها فيه هو وقت الذكر والانتباه كما قال ، وليس وقتاً واقعاً بين طرفين محدداً سلفاً .

(١) سنن البيهقي ٢/٢١٩ .

(٢) راجع ص ٢١١ هامش ١ .

(٣) الصلاة ص ٣٤ .

ولو كان وقت صلاة المعذور هو وقت الصلاة المحدد سلفا — وهو ما لا يتصور حسا وواقعا — فلم فزع النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم حينما استيقظوا بعد شروق الشمس ولما يؤدوا صلاة الصبح ؟ . ولم سألوه صلى الله عليه وسلم : ألا نعيدها في وقتها من الغد ؟ . فلم يجبه النبي صلى الله عليه وسلم بأنهم قد أدوا الصلاة في وقتها فلا حاجة لإعادتها ، وإنما أجابهم بأن عدم إعادتها يرجع إلى أنه سبحانه قد نهاهم عن الربا فلا يقبله منهم^(١) . ولم يفسر ابن القيم نفسه قوله صلى الله عليه وسلم فيمن نام عن صلاة الصبح ” وإذا كان من الغد فليصلها لميقاتها “ فسرّه بأنه ليس متعارضا مع قوله صلى الله عليه وسلم السابق ” أينهاكم ربكم تبارك وتعالى عن الربا ويقبله منكم “ ، يقول : وعندي ، أنه لا تعارض بين الحديثين ، ولم يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإعادتها من الغد ، وإنما الذي أمر به فعل الثانية في وقتها ، وأن الوقت لم يسقط بالنوم والنسيان بل عاد إلى ما كان عليه . والله أعلم^(٢) . وما دام عاد إلى ما كان عليه ، فإنه يعني أنه خرج عن وقته المحدد سلفا . بيد أن الأقرب من هذا كله ، هو أن يقال إن صلاة الناسي أو النائم إذا كانت صلاة مؤداة في الوقت المحدد سلفا ، فلماذا وصفت بالنسيان والنوم ما دام أديت في وقتها المحدد سلفا ؟!

جملة القول هي أن النائم ومن شابهه ، إنما يقضي الصلاة في غير وقتها المحدد بدءا ، بيد أنه لا يأتى بهذا التأخير ، والجمهور لم يقس العائد على النائم

(١) لا يعترض بما ورد في إحدى روايات الحديث : يارسول الله هل كنا فانتتنا الصلاة . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” لم تهلكوا ولم تفتكم الصلاة ، إنما تفوت اليقظان ولا تفوت النائم “ . — أحمد ، باقي مسند الأنصار ، رقم ٢٢٠٦٩ ، أسطوانة صخر في الكتب التسعة — لأن معنى عدم فوتها في حق النائم هو براءة ذمته وعدم مؤاخذته رغم تأديتها في غير وقتها المحدد ؛ يدل لهذا ما جاء في الروايات الأخرى من أن كفارة النائم هو أن يصلّيها إذا ذكرها ، وكذا ما ورد من أنه ليس في النوم تقريط . والحديث أخرجه :

البخاري رقم ٣٤٤ ، ٥٩٥ ، ٣٥٧١ ، ٧٤٧١ . ط السلفية .

مسلم ، رقم ٦٨٠ ، ٦٨١ ، ٦٨٢ ، ٦٨٣ ، ٦٨٤ . ترقيم عبد الباقي .

(٢) الصلاة ص ٥٦ .

في رفع الإثم حتى يعترض عليه بأنه كيف يقاس العامد الآثم بفعله على المعذور غير المؤاخذ بتأخيرته ، وإنما قال بأن الشرع إذا كان قد أوجب على النائم قضاء الصلاة ، وكان يمكن أن يسقطها عنه لعذره ، فالعامد أولى بخطابه بالقضاء الذي لا يرفع وحده عنه إثم التأخير الذي يستوجب توبة يرجو بها رفعه .

وأما الاعتراض الثالث الذي أدلى به الإمام ابن القيم ، فهو ما ذكره من أن الشريعة قد فرقت في مواردها ومصادرها بين العامد والناسي وبين المعذور وغيره ، وهذا مما لا خفاء به ، فالحاق أحد النوعين بالآخر غير جائز .

والجواب هو أن الشريعة وإن كانت قد فرقت بين المعذور والعامد فليس ذلك في أصل الوجوب وشغل الذمة به ، فمن وجبت عليه زكاة المال مثلاً ، ثم تعد تأخيرها عن الحول مدة ما ، وآخر نسي إخراجها هذه المدة أيضاً ، ثم تاب العامد وتذكر الناسي ، فهل يختلفان في وجوب إخراجها ؟! ومن أفطر يوماً دون عذر في رمضان بالوقاع فعليه قضاؤه ، وهو في هذا مساو للمعذور كالمسافر ، أي مساو له في وجوب القضاء ، لكنه يزيد عليه في كيفية براءة الذمة من ذلك ، فالمعذور يجزئه صيام يوم ، والآخر يضيف إليه الكفارة مستغفراً لذنبه^(١) .

والشوكاني الذي مال إلى رأي ابن القيم ، لم يطلق القول في أن الشريعة قد فرقت بين العامد والناسي ، والمعذور وغيره ، حيث نراه في مسألة الصيام يوجب على من تعدد الفطر دون عذر في رمضان القضاء بجانب الكفارة^(٢) .

والاعتراض الرابع والأخير يقول فيه الإمام ابن القيم : إنا لم نسقطها عن العامد المفطر ونأمر بها المعذور حتى يكون ما ذكرتم حجة علينا ، بل ألزمتنا بها المفطر المتعدي على وجه لا سبيل له إلى استدراكها تغليظاً عليه ، وجوزنا قضاءها للمعذور غير المفطر^(٣) .

(١) سيأتي مزيد بحث في هذه الجزئية خلال هذه المسألة .

(٢) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(٣) الصلاة ص ٥٢ .

وكما هو بين فإن الإمام ابن القيم يلزم العامد ما تركه من صلوات ، وقد أرجع عدم قضائه ما فاتته إلى أنه لا سبيل إلى استدراكه . ولكن الجمهور لم يقل بأن من يقضي ما تركه عمدا يكون بذلك قد أدرك ما فاتته ، وأنه كمن صلى الصلاة في وقتها ، لم يقل بهذا حتى يعترض عليه بأن القاضي لا يمكنه أن يستدرك ما فاتته ، وإنما قال بأن الصلاة لا تسقط بتأخيرها عمدا ويلزم قضاؤها مع الندم والتوبة ، ولا شأن لنا بأن تكون هذه الصلاة كالتي أدت في وقتها أو أنها تصير مقبولة ؛ إذ إن ذلك من اختصاص المولى سبحانه ، والذي يرجوه العامد بالقضاء والتوبة هو رفع الإثم عنه، فهذا دون الشرك كما سبق أن ذكرنا.

فما حكم به الإمام ابن القيم من أن العامد لا يمكنه استدراك ما فاتته ، إنما هو وصف لواقع الحال ؛ إذ لا يمكن للزمن أن يعود ثانية ، وهذا يغير إمكان عدم المؤاخظة بالقضاء والتوبة . ثم إن البديل الذي قدمه الإمام ابن القيم عن القضاء هو الإكثار من صلاة التطوع والتوبة وفعل الخيرات ، فهل الأولى في رجاء عدم المؤاخظة هو ذلك أم تفريغ الذمة مما علق بها ؟.

ثم إننا حتى لو افترضنا أن العامد لا يجزئه القضاء والتوبة وأن الإثم لازمه ، فإن ذلك لا يرفع القضاء عنه ، كالصوم الذي هو أقل شأنا من الصلاة ، ففي الحديث ” من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة ولا مرض لم يقض عنه صيام الدهر كله وإن صامه “^(١) ، وبرغم هذا فعلى المفطر عمدا القضاء — والكفارة — يقول الشوكاني : لا ينافي وجوب القضاء على العامد ما أخرجه أهل السنن وغيرهم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله

(١)أورده البخاري معلقا بصيغة الضعف في كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان . وانظره مسندا :

— أبو داود ، كتاب الصوم ، باب التغليب في من أفطر عمدا .

— الترمذي ، كتاب الصوم ، باب ما جاء في الإفطار متعمدا .

— أحمد ، باقي مسند المكثرين ، رقم ٨٧٨٧ ، ٩٤١٣ ، ٩٥٩٣ ، ٩٧٣٠ ، ٩٧٣١ .

وسياقي الكلام عن سنده ص ٢٢٥ .

وسلم : ” من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة لم يجزه صيام الدهر “ ،
فإن هذا إنما هو بيان لعظم جرمه وغلظ معصيته ، وأنه قد فعل ما لا يمكن
تلافيه^(١) .

هذا ، وإذا كان قد سلم للجمهور دليل القياس هذا من الانتقادات السابقة
التي وجهت إليه ، فإن الأدلة الأخرى المتعلقة بما بني عليه هذا القياس لم تسلم
من انتقاداتها . من ذلك ما ذكره ابن دقيق العيد ، فبعد أن ساق الاستدلال بقياس
الأولى قال : وحكى القاضي عياض عن بعض المشايخ أن قضاء العامد مستفاد
من قوله عليه السلام ” فليصلها إذا ذكرها “ ؛ لأنه بغفلته عنها وعمده كالناسي ،
ومتى ذكر تركها لزمه قضاؤها . وهذا ضعيف ؛ لأن قوله عليه السلام
” فليصلها إذا ذكرها “ عائد إلى الصلاة المنسية أو التي يقع النوم عنها ، فكيف
يحمل ذلك على ضد النوم والنسيان وهو الذكر واليقظة ؟! . نعم لو كان كلاما
مبتدأ مثل أن يقال (من ذكر صلاة فليصلها إذا ذكرها) لكان ما قيل محتملا
على تحمل مجاز . وأما قوله كالناسي ، إن أراد بذلك أنه مثله في الحكم فهو
دعوى ، ولو صحت لم يكن ذلك مستفادا من اللفظ ، بل من القياس أو من مفهوم
الخطاب الذي أشرنا إليه .

وكذلك ما ذكر في هذا الاستناد إلى قوله ” لا كفارة لها إلا ذلك “ ،
والكفارة إنما تكون من الذنب ، والنائم والناسي لا ذنب لهما ، وإنما الذنب للعامد :
لا يصح أيضا ؛ لأن الكلام كله مسوق على قوله ” من نام عن صلاة أو نسيها “
والضمانر عائدة إليها ، فلا يجوز أن يخرج عن الإرادة ، ولا أن يحمل اللفظ ما
لا يحتمله . وتأويل لفظ الكفارة هنا أقرب وأيسر من أن يقال إن الكلام الدال
على الشيء مدلول به على ضده ، فإن ذلك ممتنع ، وليس ظهور لفظ الكفارة
في الإشعار بالذنب القوي يصادم به النص الجلي ، في أن المراد الصلاة المنسية
أو التي وقع النوم عنها . وقد وردت كفارة القتل خطأ مع عدم الذنب ، وكفارة

(١) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

اليمين بالله مع استحباب الخنث في بعض المواضع^(١) .

ومن ذلك أيضا ما استدل به الجمهور من أن النسيان في لسان العرب يكون للترك عمدا أو يكون ضد الذكر، قال الله تعالى ﴿نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ﴾^(٢) ، أي تركوا طاعة الله والإيمان بما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركهم الله من رحمته^(٣) .

وقد أجاب ابن القيم على هذا الدليل بقوله : إن النسيان في القرآن على وجهين : نسيان ترك ، ونسيان سهو . ولكن حمل الحديث على نسيان الترك عمدا باطل لأربعة وجوه :

أحدها : أنه قال : ” فليصلها إذا ذكرها “ وهذا صريح في أن النسيان نسيان سهو لا نسيان عمد ، وإلا كان قوله ” إذا ذكرها “ كلاما لا فائدة فيه ، فالنسيان إذا قوبل بالذكر لم يكن إلا نسيان سهو كقوله ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم ” إذا نسيت فذكروني “^(٥) .

الثاني : أنه قال : ” فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها “ ، ومعلوم أن من تركها عمدا لا يكفر عنه فعلها بعد الوقت إثم التفويت . هذا مما لا خلاف فيه بين الأمة ، ولا يجوز نسبته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ إذ يبقى معنى الحديث من ترك الصلاة عمدا حتى خرج وقتها فكفارة إثمها صلاتها بعد الوقت . وشناعة هذا القول أعظم من شناعتهم علينا القول بأنها لا تنفعه ولا تقبل منه . فأين هذا من قولكم ؟!

(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٢ / ٥٨ ، ٥٩ ، نشر مطبعة السنة المحمدية ، بدون تاريخ .

(٢) التوبة ٦٧ .

(٣) الاستنكار ، باب النوم عن الصلاة — فتح الباري ٢ / ٧١ .

(٤) الكهف ٢٤ .

(٥) الحديث أخرجه : البخاري ، كتاب الصلاة ، باب التوجه نحو القبلة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة ...

الثالث : أنه قابل الناسي في الحديث بالنائم ، وهذه المقابلة تقتضي أنه الساهي كما يقول جملة أهل الشرع : النائم والناسي غير مؤاخذين .

الرابع : أن الناسي في كلام الشارع إذا علق به الأحكام لم يكن مراده إلا الساهي ، وهذا مطرد في جميع كلامه كقوله ” من أكل أو شرب ناسيا فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله “^(١) .

ومن ذلك أيضا ما رواه أبو عمر بن عبد البر عن ابن عباس قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، فعرسوا في آخر الليل فلم يستيقظوا حتى طلعت الشمس ، فأمر بلالا فأذن ثم صلى ركعتين . قال ابن عباس : فما يسرني بها الدنيا وما فيها ؛ يعني الرخصة^(٢) .

قال أبو عمر : ذلك عندي — والله أعلم — لأنه كان سببا إلى أن أعلم أصحابه المبلغين عنه إلى سائر أمته بأن مراد الله من عباده في الصلاة — وإن كانت مؤقتة — أن من لم يصلها في وقتها يقضيها أبدا متى ذكرها ، ناسيا كان لها أو نائما عنها أو متعمدا لتركها^(٣) .

وقد أجاب ابن القيم أيضا على هذا الاستدلال بقوله: هذا ظن محض منكم أن ابن عباس أراده ، ومعلوم أن كلامه لا يدل على ذلك بوجه من وجوه الدلالة ولا هو يشعر به ، ولعل ابن عباس إنما سر بها ذلك السرور لكونه صلاحها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وفعل مثل ما فعلوا وحصل له سهمان من الأجر كما حصل للصحابه ، وخص تلك الصلاة بذلك تنبيهها للسامع أنها مع

(١) الصلاة وحكم تاركها ٤٧ ، ٤٨ — والحديث أخرجه : البخاري — والسياق له — ، كتاب الصوم ، باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا . مسلم ، كتاب الصوم ، باب أكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر .

(٢) الحديث في الصحيحين من رواية أبي قتادة وعمران بن حصين وأبي هريرة ، ورواية ابن عباس عند النسائي ، كتاب المواقيت ، باب كيف يقضي الفائت من الصلاة . ولكن دون قول ابن عباس ” فما يسرني “ فهو بالتمهيد ٢٥٤/٥ ، والاستذكار : باب النوم عن الصلاة .

(٣) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

كونها ضحى — قد فعلت بعد طلوع الشمس — فلا يظن أنها ناقصة وأنها لا أجر فيها ، فما يسرني بها الدنيا وما فيها . وليس ما فہمتموه عن ابن عباس أولى من هذا الفہم . ولعلہ أراد أن ذلك من رحمة الله بالأمة ليقتدي به من نام عن الصلاة ولم يفرط بتأخيرها . فمن أين يدل كلامه هذا على أن سروره بتلك الصلاة لأنها تدل على أن من لم يصل وآخر صلاة الليل إلى النهار عمدا ، وصلاة النهار إلى الليل ، أنها تصح منه وتقبل وتبرأ بها ذمته ، وإن فہم هذا من كلام ابن عباس لمن أعجب العجب ، فأخبرونا كيف وقع لكم هذا الفہم من كلامه ، وبأي طريق فہمتموه؟! (١) .

الدليل الثاني والثالث

وقد استدلل الجمهور أيضا لوجوب قضاء الصلاة على العامد بالقياس على الصيام ، حيث يجب القضاء فيه على العامد والمعذور ، وهو عبادة مؤقتة محدودة الطرفين كالصلاة ، وكلاهما دين المولى سبحانه وتعالى وهو أحق بالقضاء ، بل يزداد القضاء تأكيدا في الصلاة عنه في الصيام .

فهذا في حقيقته دليلان : الصلاة دين للمولى سبحانه وهو أولى بالقضاء كسائر ديونه سبحانه من صوم وحج وغير ذلك . ثم قياس الصلاة على الصوم في وجوب القضاء على العامد والناسي .

يقول ابن عبد البر : (سوى الله سبحانه وتعالى في حكمهما [العامد والناسي] على لسان رسوله ، بين حكم الصلاة المؤقتة والصيام المؤقت في شهر رمضان ، بل كل واحد منهما يقضي بعد خروج وقته ، فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا ، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، وأجمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا وهو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ، ثم تاب منه بعد ذلك أن عليه قضاءه ،

(١) الصلاة ص ٤٧ .

وكذلك من ترك الصلاة عامدا ، فالعائد والناسي في القضاء والصيام سواء وإن اختلفا في الإثم ، كالجاني على الأموال المتلف لها عامدا وناسيا سواء إلا في الإثم .

وكان الحكم في هذا النوع بخلاف رمي الجمار في الحج الذي لا يقضى في غير وقته لعامد ولا ناس ؛ لوجوب الدم فيما ينوب عنها . وبخلاف الضحايا أيضا ؛ لأن الضحايا ليست بواجبة فرضا ، والصلاة والصيام كلاهما فرض واجب ودين ثابت يؤدي أبدا وإن خرج الوقت المؤجل لهما ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” دين الله أحق أن يقضى “^(١) ، وإذا كان النائم والناسي للصلاة — وهما معذوران — يقضيانها بعد خروج وقتها ، كان المتعمد لتركها الآثم في فعله ذلك — وإن أبى — لا يسقط عنه فرض الصلاة ، وأن يحكم عليه بالإتيان بها؛ لأن التوبة من عصيانه في تعمد تركها هي أدائها وإقامتها مع الندم على ما سلف من تركه لها في وقتها ^(٢) .

وقد تناول ابن القيم هذا النص بالنقد جزئية جزئية ، ونورد فيما يلي كلامه في كل جزئية مع مناقشته^(٣)، يقول: قولكم وسوى الله سبحانه في حكمهما — أي حكم العامد والناسي — على لسان رسوله ، بين حكم الصلاة المؤقتة والصيام المؤقت في شهر رمضان ، بأن كل واحد منهما يقضي بعد خروج وقته ، فنص على النائم والساهي في الصلاة كما وصفنا، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، واجتمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا ، وهو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ثم تاب منه ، أن عليه قضاءه إلى آخره . فجوابه من وجوه :

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم .

مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت .

(٢) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

(٣) باستثناء الاستدلال الأخير الذي أورده ابن عبد البر الخاص بقياس العامد على الناسي والنائم ،

فقد سبق عرض اعتراضات ابن القيم عليه والجواب عليها . راجع ص ٢١٠ : ٢١٧ .

أحدها قولكم إن الله سبحانه وتعالى سوى بينهما — أي بين العامد والناسي — فكلام باطل على إطلاقه ، فما سوى الله سبحانه بين عامد وناس أصلا ، وكلامنا في هذا العامد العاصي الآثم المفرط غاية التفريط ، فأين سوى الله سبحانه بين حكمهما في صلاة أو صيام؟! (١) .

وما يلاحظ هنا هو أن ابن عبد البر لم يطلق التسوية بين العامد والناسي، وإنما سوى بينهما في المطالبة بالقضاء ، سواء في صلاة أو صوم ، ولم يسو بينهما مطلقا في الإثم والتفريط ، فنقد ابن القيم في جهة مغايرة لما قاله ابن عبد البر . كما سيأتي أمره صلى الله عليه وسلم متعمد الفطر بالقضاء مع الكفارة ، أي تسويته العامد بالمعذور في طلب القضاء .

ثم يكمل ابن القيم نقده بقوله : وقولكم ” فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا “ قد تقدم أن النسيان المذكور في الصلاة لا يصح حمله على العمد بوجه ، وأن الذي نص عليه في الحديث هو نسيان السهو الذي هو نظير النوم ، فلا تعرض فيه للعامد (٢) .

ولكن قول ابن عبد البر ليس فيه أدنى إشارة للعامد حتى يعترض عليه بما سبق ، ونص كلامه هو ” كل واحد منهما (٣) يقضي بعد خروج وقته، فنص على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا، ونص على المريض والمسافر في الصوم ، وأجمعت الأمة ونقلت الكافة فيمن لم يصم شهر رمضان عامدا وهو مؤمن بفرضه ، وإنما تركه أشرا وبطرا ثم تاب منه بعد ذلك أن عليه قضاءه ، وكذلك من ترك الصلاة عامدا “ .

ففي هذا النص نراه يبين أن قضاء المعذور في الصلاة والصيام مأخوذ من قول الشارع ، وقضاء العامد فيهما أيضا مأخوذ من الإجماع، فقله ” فنص

(١) الصلاة ص ٤٨ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) العامد والمعذور .

على النائم والناسي في الصلاة كما وصفنا “ يريد به ما قدمنا من أحاديث مثل حديث (من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها) . فابن عبد البر لم يذكر هنا أن قضاء العامد مأخوذ من النص حتى يعترض عليه بما سبق ذكره^(١) .

ويتابع ابن القيم نقده فيقول : وأما نصه على المريض والمسافر في الصوم ، فهما وإن أفطرا عامدين فلا يمكن أخذ حكم تارك الصلاة عمدا من حكمهما ، وما سوى الله ولا رسوله بين تارك الصلاة عمدا وأشرا حتى يخرج وقتها وبين تارك الصلاة لمرض أو سفر حتى يؤخذ حكم أحدهما من الآخر ، فمؤخر الصوم في المرض والسفر كمؤخر الصلاة لنوم أو نسيان ، وهذان هما اللذان سوى الله ورسوله بين حكمهما ، فنص الله على حكم المريض والمسافر في الصوم المعذورين ، ونص رسول الله صلى الله عليه وسلم على حكم النائم والناسي في الصلاة المعذورين ، فقد استوى حكمهما في الصوم والصلاة ، ولكن أين استوى حكم العامد المفرط الآثم والمريض والمسافر والنائم والناسي المعذورين ؟. يوضحه أن الفطر بالمرض قد يكون واجبا بحيث يحرم عليه الصوم ، والفطر في السفر إما واجب عند طائفة من السلف والخلف ، أو أنه أفضل من الصوم عند غيرهم ، أو هما سواء ، أو الصوم أفضل منه لمن لا يشق عليه عند آخرين. وعلى كل تقدير فالحاق تارك الصلاة والصوم عمدا وعدوانا به من أفسد الإلحاق وأبطل القياس ، وهذا مما لا خفاء به عند كل عالم^(٢).

نرى في هذا النص أن ابن القيم يعيب على ابن عبد البر تعميم قياس العامد على المعذور ، من حيث عدم المؤاخذه والقضاء ، وابن عبد البر لم يقل هذا ، وإنما خص كلامه بالقضاء فحسب ، فقد ورد النص في وجوب قضاء الصلاة والصوم على المعذور ، وكذا وجوب قضاء الصوم على العامد^(٣) ، فلم

(١) ولا ينفي هذا أن ابن عبد البر قد ذكر قبل هذا الموضع أن النسيان قد يكون لتترك العمد أو ضد الذكر ، وقد كان ابن القيم محقا في الرد عليه . راجع ص ٢١٨ ، ٢١٩ السابقتين .

(٢) الصلاة ٤٨ ، ٤٩ .

(٣) وهو ما سيأتي بعد قليل .

يبقى إلا قياس قضاء تارك الصلاة عمداً على ذلك ؛ إذ استوى العامد والمعذور في وجوب قضاء الصوم عليهما ، فما يمنع قياس قضاء العامد في الصلاة على المعذور ؟.

ثم نقد ابن القيم دعوى ابن عبد البر انعقاد إجماع الأمة على أن من لم يصم شهر رمضان عمداً أشراً وبطراً ثم تاب منه فعليه قضاؤه ، ذكراً بعض كلام الأئمة في إنكار دعوى هذه الإجماعات ، التي حاصلها عدم العلم بالخلاف لا العلم بعدم الخلاف^(١) ، ثم قال معقبا : أين النقل بذلك إذا جاء عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟. وقد روى عنه أهل السنن والإمام أحمد في مسنده من حديث أبي هريرة ” من أفطر يوماً من رمضان من غير عذر ، لم يقضه عنه صيام الدهر وإن صامه “^(٢) . فهذه الرواية المعروفة ، فأين الرواية عنه أو عن أصحابه : من أفطر رمضان أو بعضه أجراً عنه أن يصوم مثله ؟! ^(٣) .

وابن القيم على صواب فيما ذكره من أن الإجماع لم ينعقد في مسألة قضاء الصلاة وكذا الصيام ، ولكن الكثرة الكاثرة من الفقهاء على وجوب القضاء ، حتى إن ابن رشد الحفيد وصف الخلاف في هذه المسألة بفرعيتها بالشذوذ^(٤) ، بل إن ابن قدامة ذكر أنه لا يعلم خلافاً في وجوب القضاء على من أفطر عمداً بشيء غير الجماع^(٥) .

(١) الصلاة ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) راجع تخريجه ص ٢١٦ هامش ١ .

(٣) الصلاة ٥٠ ، ٥١ .

(٤) بداية المجتهد ٢/٢٢١ كما أن ابن القيم نفسه نقل عن محمد بن نصر المروزي الإجماع على وجوب قضاء الصلاة على من تعمد تركها ، مستدركاً بهذا الإجماع على الحسن الذي لا يرى القضاء . الصلاة ص ٥٠ .

(٥) المغني ٣ / ٢٢ .

والقول بالقضاء هو قول جملة السلف كسعيد بن المسيب والشعبي وابن جبير وإبراهيم وقتادة وحماد^(١) ، وجابر بن زيد^(٢) وابن سيرين^(٣) وربيع^(٤) وغيرهم ، وقد تعددت أقوالهم في تحديد مدة القضاء من يوم أو أكثر عن اليوم الواحد^(٥) .

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي استدل به ابن القيم على عدم القضاء يقول فيه ابن حجر : ” وصله^(٦) أصحاب السنن الأربعة وصححه ابن خزيمة ، من طريق سفيان الثوري وشعبة ، كلاهما عن حبيب بن أبي ثابت ، عن عمار بن عمير ، عن أبي المطوس ، عن أبيه ، عن أبي هريرة نحوه ، وفي رواية شعبة (من غير رخصة رخصها الله تعالى له ، لم يقض عنه وإن صام الدهر كله) . قال الترمذي : سألت محمداً — يعني البخاري — عن هذا الحديث ؟. فقال : أبو المطوس اسمه يزيد بن المطوس ، لا أعرف له غير هذا الحديث . وقال البخاري في التاريخ أيضاً : تفرد أبو المطوس بهذا الحديث ، ولا أدري سمع أبوه من أبي هريرة أم لا ؟. قلت : واختلف فيه على حبيب بن أبي ثابت اختلافاً كثيراً . فحصلت فيه ثلاث علل : الاضطراب والجهل بحال أبي المطوس والشك في سماع أبيه من أبي هريرة . وهذه الثالثة تختص بطريقة

(١) أورد البخاري قولهم معلقاً بصيغة الجزم : كتاب الصوم ، باب إذا جامع في رمضان . وانظر المصنفين بالموضعين الآتين .

(٢) ابن أبي شيبة ٣٤٧/٢ .

(٣) عبد الرزاق ١٩٧/٤ .

(٤) المجموع ٢٤٠/٦ .

(٥) راجع المصادر السابقة ، وأيضاً فتح الباري ١٦٢/٤ ومن عجيب ما يروى في ذلك ما يذكره النووي نقلاً عن ابن المنذر وبعض الشافعية من قول إبراهيم النخعي (يلزمه صوم ثلاثة آلاف يوم) — المجموع ٣٤٠/٦ — وقد روى ذلك عنه أيضاً ابن أبي شيبة — ٣٤٧/٢ — ولكن ربما يكون الصواب هو أن إبراهيم لا يقول بهذا ، وإنما فقط يحكيه ويخبر به من أنه فعل أحد الناس ؛ ففي مصنف عبد الرزاق عن الثوري عن حماد عن إبراهيم أن رجلاً أفطر يوماً من رمضان فصام ثلاثة آلاف يوم . المصنف ١٩٨/٤ .

(٦) حيث أورده البخاري معلقاً بصيغة التضعيف .

البخاري في اشتراط اللقاء ، وذكر ابن حزم من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة مثله موقوفاً ،^(١) .

ثم على فرض صحة الحديث فإنه يجب حمله على غير فهم ابن القيم له؛ إذ لو حملناه على هذا المعنى لصار معارضا لحديث المحترق الثابت في الصحيحين ، حيث لم يجب النبي صلى الله عليه وسلم المحترق المفطر عمداً في رمضان بوقاع امرأته ، لم يجبه بأنه لا سبيل لاستدراك هذا الأمر ، وأن العبادة المؤقتة محدودة الطرفين لا يكفر عنها إذا بطلت عمداً وأن الإثم لازمه ، وإنما أجابه صلى الله عليه وسلم بما يرفع الحرج عنه ، لذا يمكن حمل معنى حديث أبي المطوس على أنه لا يمكن استدراك ما فات لمضي وقته وليس في استدراك حكمه ، أو حمله على بيان غلظ معصيته ، وهذا ما ذكره الشوكاني برغم ميله لرأي ابن القيم في عدم قضاء الصلاة من العامد ، يقول : لا ينافي وجوب القضاء على العامد ما أخرجه أهل السنن وغيرهم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ” من أفطر يوماً من رمضان من غير رخصة لم يجزه صيام الدهر “ . فإن هذا إنما هو بيان لعظم جرمه وغلظ معصيته ، وأنه قد فعل ما لا يمكن تلافيه^(٢) .

نخلص من هذا إلى أن العبادة المؤقتة إذا بطلت عمداً فإنه يمكن تعويضها ، والنص الوارد في هذا وإن ورد في صوم رمضان ، فليس ما يمنع من أن تقاس الصلاة عليه بجامع التأقيت والعمد ، فلزم انتقال مبدأ التعويض أو التكفير من الصوم إليها ، ولكن لا يلزم من هذا انتقال نوع الكفارة — من العتق ثم الإطعام ثم الصيام — إليها أيضاً ؛ إذ قد تجانس هذه الكفارة نوع العبادة دون غيرها^(٣) . بيد أنه مع هذا لابد من قضاء العبادة نفسها ، وهو ما ورد به النص

(١) فتح الباري ١٦١/٤ وانظر رواية ابن حزم : المحلى ٢٧٠/٦ وقد قال الإمام أحمد عنه : ليس يصح هذا الحديث . المغني ٣ / ٢٣ .

(٢) السيل الجرار ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(٣) بل قد تجانس نوع العمد في العبادة نفسها دون غيره ، من ذلك مثلاً اختلاف الفقهاء في إيجاب الكفارة على عامد الفطر بغير الجماع . راجع المغني ٣ / ٢٢ .

صريحا في الصوم ، فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم المحترق — بجانب الكفارة — أن يصوم يوما مكانه ، وقد حاول ابن حزم^(١) وابن القيم^(٢) تضعيف هذه الزيادة^(٣) بيد أنها صالحة للاحتجاج بمجموع طرقها ، فبعد أن أورد ابن حجر هذه الطرق قال : وبمجموع هذه الطرق تعرف أن لهذه الزيادة أصلا^(٤) . ويقول الشوكاني : هذه الزيادة مروية عن أربع طرق يقوي بعضها بعضها^(٥) . وقد انتهى الألباني إلى تصحيح هذه الزيادة أيضا^(٦) .

معنى هذا أن القضاء يقابل فطر اليوم ، والكفارة تقابل الإثم ، والصلاة كالصوم في التأقيت والعمد ، فلا بد فيها من قضاء ما فات ، وملاحقة ذلك بتوبة يرجو بها تكفير ذنبه .

نعود لابن القيم وانتقاداته لأدلة ابن عبد البر ، يقول : وأما قولكم إن الصلاة والصيام دين ثابت يؤدي أبدا وإن خرج الوقت المؤجل لهما ؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ” دين الله أحق أن يقضى “^(٧) . فنقول : هذا

(١) المحلى ٢٦٥/٦ : ٢٧١ .

(٢) الصلاة وحكم تاركها ٥٨ ، ٥٩ وقد سبقه ابن تيمية بهذا أيضا .

(٣) وهي أمره صلى الله عليه وسلم بقضاء اليوم . وانظر هذه الزيادة :

— الموطأ ، كتاب الصيام، باب كفارة من أفطر في رمضان. وهي هنا مرسل عن سعيد بن المسيب.

— أبو داود ، كتاب الصوم ، باب كفارة من أتى أهله في رمضان .

— أحمد ، مسند المكثرين من الصحابة ، حديث رقم ٦٩٠٥ .

(٤) فتح الباري ١٧٢/٤ .

(٥) السيل الجرار ١٢١/٢ وانظر مجموع النووي ٧٧/٢ .

(٦) إرواء الغليل للألباني ٩٠/٤ : ٩٣ — المكتب الإسلامي بيروت ، دمشق ، الطبعة الثانية

١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م — يقول : من المستبعد جدا أن تكون باطلة ، وقد جاءت بهذه الطرق الكثيرة ،

لا سيما وفيها طريق سعيد المرسل ، وهي وحدها جيدة . الإرواء ٩٣/٤ وكما هو معلوم أن

مراسيل الموطأ وبلاغاته القول الصائب فيها هو صحتها ، خاصة إذا كان الحديث مرسل من قبل

سيد التابعين سعيد بن المسيب ، حتى إن ابن القيم نرى عبارته لا تحمل جزما بضعف الحديث ،

يقول : ” وهذا مرسل ، ولكنه من مراسيل ابن المسيب “ . الصلاة ص ٥٩ .

(٧) راجع تخريجه ص ٢٢١ هامش ١ .

الدليل مبني عل مقدمتين : إحداهما أن الصلاة والصيام دين ثابت في ذمة من تركهما عمدا . والمقدمة الثانية أن هذا الدين قابل للأداء فيجب أدائه .

فأما المقدمة الأولى فلا نزاع فيها ولا نعلم أن أحدا من أهل العلم قال بسقوطها من ذمته بالتأخير ، ولعلكم توهمتم علينا أنا نقول بذلك وأخذتم في الشناعة علينا وفي التشغب ، ونحن لم نقل ذلك ولا أحد من أهل الإسلام .

وأما المقدمة الثانية ففيها وقع النزاع ، وأنتم لم تقيموا عليها دليلا ، فادعواكم لها هو محل النزاع بعينه ، جعلتموه مقدمة من مقدمات الدليل وأثبتتم الحكم بنفسه . فمنازعوكم يقولون : لم يبق للمكلف طريق إلى استدراك هذا الفائت ، وإن الله تعالى لا يقبل أداء هذا الحق إلا في وقته وعلى صفته التي شرعه عليها ، وقد أقاموا على ذلك من الأدلة ما قد سمعتم^(١) ، فما الدليل على أن هذا الحق قابل للأداء في غير وقته المحدود له شرعا ، وأنه يكون عبادة بعد خروج وقته ؟ .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم ” اقصوا الله ، فانه أحق بالقضاء “^(٢) ، وقوله ” دين الله أحق أن يقضى “ فهذا إنما قاله في حق المعذور لا المفرط ، ونحن نقول إن مثل هذا الدين يقبل القضاء ، وأيضا فهذا إنما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم في النذر المطلق الذي ليس له وقت محدود الطرفين .

ففي الصحيحين من حديث ابن عباس أن امرأة قالت : يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذر ، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدي ذلك عنها ؟ قالت نعم . قال : فصومي عن أمك^(٣) . وفي رواية أن امرأة ركبت البحر فنذرت إن نجاها الله أن تصوم شهرا ، فأنجاها

(١) سيأتي عرض هذه الأدلة بعد .

(٢) البخاري ، كتاب الحج ، باب الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة .

(٣) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الصوم ، باب من مات وعليه صوم .

مسلم — واللفظ له — ، كتاب الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميت .

الله سبحانه وتعالى ، فلم تصم حتى ماتت ، فجاءت قرابة لها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك . فقال : صومي عنها . رواه أهل السنن^(١) .

وكذلك جاء منه الأمر بقضاء هذا الدين في الحج الذي لا يفوت وقته إلا بنفاد العمر ، ففي المسند والسنن من حديث عبد الله بن الزبير قال : جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ لا يستطيع ركوب رجل ، والحج مكتوب عليه ، أفأحج عنه ؟ قال : أنت أكبر ولده ؟ قال نعم . قال : رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان ذلك يجزي عنه ؟ قال نعم . قال : فحج عنه^(٢) .

وعن ابن عباس أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ” إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت ، أفحج عنها ؟ . قال : نعم ، حجي عنها . رأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ . اقضوا الله ، فالله أحق بالوفاء ” . متفق على صحته^(٣) .

وعن ابن عباس أيضا قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : إن أبي مات وعليه حجة الإسلام ، أفحج عنه ؟ قال : رأيت لو أن أباك ترك ديننا عليه فقضيته أكان يجزي عنه ؟ قال نعم . قال : فحج عن أبيك . رواه الدارقطني^(٤) .

(١) أبو داود ، كتاب الأيمان والنذور ، باب في قضاء النذر عن الميت .

أحمد — واللفظ له — ، مسند بني هاشم ، رقم ١٨٦٤ .

(٢) أحمد — واللفظ له — ، أول مسند المدنيين ، رقم ١٥٥٤٠ .

النسائي ، كتاب مناسك الحج ، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين .

(٣) البخاري ، كتاب الحج ، باب الحج والنذور عن الميت

(٤) سنن الدارقطني ٢/٢٦٠ ونحوه عند النسائي ولفظه : عن ابن عباس قال : قال رجل : يا رسول الله ، إن أبي مات ولم يحج أفحج عنه ؟ قال : رأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته ؟ قال نعم . قال : فدين الله أحق . النسائي ، كتاب مناسك الحج ، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين .

ونحن نقول في مثل هذا الدين القابل للأداء : دين الله أحق أن يقضى ،
فالقضاء المذكور في هذه الأحاديث ليس بقضاء عبادة مؤقتة محدودة الطرفين ،
وقد جاهر بمعصية الله سبحانه وتعالى بتفويتها بطرا وعدوانا ، فهذا الدين
مستحق لا يعتد به ولا يقبله إلا على صفته التي شرعه عليها ، ولهذا لو قضاه
على غير تلك الصفة لم تنفعه^(١) .

في هذا النص نرى ابن القيم قد ذكر فيه مقدمتين ثم قيذا في قضاء دين
المولى سبحانه ، أما القيد الذي قيد به النصوص الواردة في قضاء دين الله عز
وجل ، فهو أنها وردت في حق المعذور لا المفرط ، وكذلك جاءت في النذر
المطلق الذي ليس له وقت محدود الطرفين ، وأيضا وردت في الحج الذي لا
يفوت وقته إلا بنفاد العمر .

أما كون قضاء دين المولى سبحانه ورد في حق المعذور لا المفرط ،
فبعض هذه النصوص يشهد لذلك وبقيتها لا تشهد له ، فحج الابن عن أبيه الذي
لا يستطيعه لكبر سنه يعد شاهدا على العذر . أما بقية هذه النصوص فلا تشهد
بذلك ، سواء في نذر الصوم أو نذر الحج أو حج الفريضة ؛ إذ لم يستفسر النبي
صلى الله عليه وسلم سائله عن استطاعة من يقضي عنه هل كان معذورا أم لا؟ .
بل ربما يؤخذ من هذه النصوص عدم العذر ؛ إذ إن من لم يستطع أداء ما وجب
عليه لموته يكون له ثواب نيته ولا يؤاخذ على تركه ما دام قد نواه ، كمن يموت
دون أن يحج لعدم استطاعته .

وأما كون قضاء دين الله عز وجل إنما ورد في النذر المطلق الذي ليس
له وقت محدود الطرفين ، فلا يتناول قضاء الصلاة ممن تعمد تركها : فلا

(١) الصلاة وحكم تاركها ٥١ ، ٥٢ وقد اقتصر ابن القيم في النصوص السابقة على قضاء
الصوم والحج دون الصلاة ، وقد ورد قضاء النذر بها عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ،
فقد أخرج البخاري تعليقا بصيغة الجزم ما نصه : ” وأمر ابن عمر امرأة جعلت أمها على نفسها
صلاة بقاء ، فقال : صلي عنها . وقال ابن عباس نحوه “ . البخاري ، كتاب الإيمان والنذور ،
باب من مات وعليه نذر .

يسلم بهذا ؛ إذ إن النذر أيضا محدود الطرفين ، يبدأ من وقت إنشائه وينتهي بوفاة صاحبه ، بحيث يصير الناذر مفرطا إذا لم يوف بنذره حتى موته وكان بإمكانه الوفاء به . ولا يبعد قضاء فرض الحج عن قضاء النذر المطلق في تأقيته وتفريط صاحبه ، حيث يبدأ من استطاعته التي تستمر بصاحبها حتى وفاته .

والأهم من هذا ، هو أن النبي صلى الله عليه وسلم بعد أن أجاب سائله بالقضاء عمن أراد القضاء عنه ، استأنف حكما مستقلا ، وهو أنه يجب علينا قضاء حقوقه سبحانه ، وأنها أحق بالقضاء والوفاء من غيرها ، مشبها إياها بديون الناس فيما بينهم في عدم براءة ذمة المدين منها . هذا هو المعنى المتبادر من الروايات التي ذكرها ابن القيم ومن غيرها أيضا، حتى إن الشوكاني — وهو كما سبق يميل لرأي ابن القيم — لم يجزم بصحة رأي ابن القيم ومن سبقوه بهذا الرأي ؛ وذلك لاستدلال الجمهور بهذا الدليل .

يقول الشوكاني : إن قلت قد زعم قوم كداود الظاهري وابن حزم وابن تيمية ومن تابعهم^(١) أنه لا قضاء في العمد ، وأنه لم يرد بذلك دليل ، فهل هذا صحيح ؟. قلت : نعم لم يرد في قضاء الصلاة المتروكة عمدا دليل يدل على وجوب القضاء على الخصوص ، ولكنه وقع في حديث الخثعمية الثابت في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لها : (دين الله أحق أن يقضى)، والتارك للصلاة عمدا قد تعلق به بسبب هذا الترك دين الله ، وهو أحق بأن يقضيه هذا التارك^(٢) .

هذا عن القيد الذي ذكره ابن القيم على ما ورد في الحديث من أن دين المولى سبحانه أحق بالقضاء وجوابه ، وقد ذكر قبل هذا القيد مقدمتين ، انتهى في ثانيتهما إلى أن الجمهور لم يقم على دعواه بوجوب القضاء دليلا . ولكن من

(١) راجع ص ٢٠٧ .

(٢) السيل الجرار ٢٩٠/١ وانظر ما قاله أيضا في كتابيه : نيل الأوطار ٢٥/٢ ، ٢٦ — الأدلة الرضية لمتن الدرر البهية ص ٨٠ ، دار الندى — بيروت ، طبعة أولى ١٤٣١هـ .

خلال ما سبق عرضه تبين أن للجمهور دليله على دعواه ، من قياس الأولى على قضاء الناسي والنائم ، والقياس كذلك على قضاء عامد الفطر في رمضان ، ثم الاستدلال بعموم حكمه صلى الله عليه وسلم بأن دين الله أحق بالقضاء ، وسيأتي بعدُ عرض بقية أدلة الجمهور .

وأما المقدمة الأولى فقد خاطب فيها ابن القيم الجمهور بأنه لعله توهم بأن مخالفه يقولون بأن الصلاة تسقط من الذمة بتأخيرها عمدا . والجمهور لم يلحق هذا بمخالفه الذين يرون أن الذمة تظل مشغولة بالصلاة من عامد تركها ، وأنه يجب عليه الإكثار من التطوع وفعل الخيرات دون قضاء ما فاتته من صلوات . وكأن المخالفين بهذا يقولون بأنه لا توبة لمن هذا حاله ؛ إذ لا تبرأ ذمته مهما كفر عن ذنبه ، وكفى بهذا مخالفة لصريح قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾ (١) . أما الجمهور فقد أوجب قضاء الصلاة رجاء تبرئة الذمة ، ثم لم يجد نصا في تعيين نوع كفارة إثم العمد كالصوم ، حيث لم ينقل وقوع ذلك في عهد النبوة فقال — بجانب القضاء — بلزوم التوبة اعتقادا وقولا وعملا عسى أن يغفر ذنبه .

الدليل الرابع

وبجانب الأدلة السابقة — قياس الأولى على النائم والناسي ، القياس على المفطر بالجماع عمدا في رمضان ، ديون المولى سبحانه أحق بالقضاء — يذكر الجمهور أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سمى من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ، وهذا ما يفهم من حديث أبي قتادة رضي الله عنه ، يقول ابن عبد البر : ” عن أبي قتادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى) (٢) فقد سمى رسول الله عليه وسلم من فعل هذا مفرطا ، والمفطر

(١) النساء : ٤٨ ، ١١٦ .

(٢) حديث أبي قتادة في الصحيحين وغيرهما بأكثر من رواية . واللفظ لمسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها .

ليس بمعذور ، وليس كالنائم والناسي عند الجميع من جهة العذر ، وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته على ما كان من تفريطه ،^(١) . ولعل الأوضح من هذه الرواية رواية أبي داود عن أبي قتادة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” ليس في النوم تفريط ، إنما التفريط في اليقظة ، أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت أخرى “^(٢) .

وقد حاول ابن القيم رد هذا الاستدلال بقوله : وأما قولكم قد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة من أخر الظهر إلى وقت العصر مع تفريطه في خروج وقت الظهر فجوابه أن الوقت مشترك بين الصلاتين في الجملة ، وقد جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مرض ، وهذا لا ينافي فيه ، ولكن هل أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح في وقت الضحى من غير نوم ولا نيسان ؟^(٣) .

ومن البين أن روايات حديث أبي قتادة وغيره إنما كانت في صلاة الصبح ، فقد غلبهم النوم ولم يستيقظوا إلا والشمس قد أشرقت ، وقد أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن هذا ليس تفريطا ، وإنما التفريط في تأخير الصلاة لوقت الأخرى دون عذر ، وهذا يشمل أية صلاة — وهو ما ذكره ابن عبد البر — ولا يختص بتأخير الظهر إلى العصر كما ذكر ابن القيم .

الدليل الخامس

ويضيف بعض الجمهور دليلا آخر ، وهو أن قضاء العبادة المؤقتة لا يحتاج لأمر جديد ، وإنما يكتفى في أدائه بالأمر الأول لهذه العبادة ، أما المخالفون فيرون أن القضاء يحتاج لأمر جديد ولا يكتفى فيه بالأمر الأول ، وقد ذكر الشوكاني أربعة أدلة لهذا الفريق الأخير ، يقول : إذا قال أفل في هذا الوقت ،

(١) الاستذكار ، باب النوم عن الصلاة .

(٢) أبو داود بسند ثابت ، كتاب الصلاة ، باب فيمن نام عن الصلاة أو نسيها .

(٣) الصلاة وحكم تاركها ص ٥٥ .

فلم يفعل حتى مضى ، فالأمر الأول هل يقتضي إيقاع ذلك الفعل فيما بعد ذلك الوقت ؟. فقل لا يقتضي لوجهين :

الأول : إن قول القائل لغيره افعل هذا الفعل يوم الجمعة لا يتناول الأمر في غيره ، وإذا لم يتناوله لم يدل عليه بنفي ولا إثبات .
الثاني : إن أوامر الشرع تارة لا تستلزم وجوب القضاء كما في صلاة الجمعة وتارة تستلزمه ، ومع الاحتمال لا يتم الاستدلال ، فلا يلزم القضاء إلا بأمر جديد ، وهو الحق وإليه ذهب الجمهور^(١) .

ثم أضاف الشوكاني بعد ذلك دليلين آخرين ، يقول :
وقد استدلل للقائلين بأن الأمر المقيد بوقت معين لا يقتضي إيقاع ذلك الفعل في وقت آخر بأنه لو وجب القضاء بالأمر الأول لكان للقضاء ، واللازم باطل فالملزوم مثله ، أما الملازمة فبينة ؛ إذ الوجوب أخص من الاقتضاء ، وثبوت الأخص يستلزم ثبوت الأعم . وأما انتفاء اللازم فلأننا قاطعون بأن قول القائل صم يوم الخميس لا يقتضي يوم الجمعة بوجه من وجوه الاقتضاء ولا يتناوله أصلا .
واستدل لهم أيضا بأنه لو وجب القضاء بالأمر الأول لاقتضاه ، ولو اقتضاه لكان أداء ، فيكونان سواء فلا يأنم بالتأخير^(٢) .

ويمكن الجواب على الدليل الأول بأن الفعل في الزمن الذي يلي الأجل المحدد يعد مسكوتا عنه ؛ إذ هو غير مذكور بنفي ولا إثبات حسب ما ذكر ، والمسكوت عنه كي نعرف حكمه نستصحب أصله ، والأصل هنا هو الأمر بالفعل — وإن كان مؤقتا — وليس نفيه .

أما الدليل الثاني فمعارض للدليل الأول ؛ إذ إنه يذكر في هذا الدليل أن أوامر الشرع^(٣) تارة لا تستلزم القضاء وتارة تستلزمه ، أي أن القضاء معلوم

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٦ ، ١٨٧ ، دار الفكر — بيروت ، طبعة أولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢

(٢) السابق ص ١٨٧ .

(٣) المؤقتة ؛ إذ إن تأقيت الأمر هو الموضوع الذي نحن بصدد دراسته ، فالشوكاني بعد أن عرض البحث في هذا الأمر المؤقت عرض بعده الأمر المطلق ، ثم عاد بعد ذلك للأمر المؤقت .

حكمه ، نفيا كان أو إثباتا ، وفي الدليل الأول ذكر أن القضاء مسكوت عنه . كما أن عدم قضاء صلاة الجمعة لا يرجع إلى تأقيت الأمر بها ، وإنما للهيئة التي تؤدي بها، من الاجتماع لها والخطبتين، ولذا فإن من فاتته الجمعة فإنه (يقضيها) ظهرا أربعا . ثم أين الدليل على أنها لا تقضى بهيئتها إذا كان من فاتتهم جماعة يصلح أن تتعقد بهم طالما لم تحدث أية فتنة بهذا القضاء ؟.

وقد نقل الشوكاني جواب المخالفين على الدليلين الأخيرين ، يقول : وأجيب عن هذين الدليلين بأن الأمر المقيد بوقت أمر بإيقاع الفعل في ذلك الوقت المعين ، فإذا فات قبل إيقاع الفعل فيه بقي الوجوب مع نقص فيه ، فكان إيقاعه فيما بعده قضاء^(١) . وقد عقب الشوكاني على هذا الجواب بقوله : ويرد هذا بمنع بقاء الوجوب بعد انقضاء الوقت المعين^(٢) .

فالدليل الثالث يرى من يستدل به أن الملزوم — وجوب القضاء — لا يتحقق باللازم — الأمر الأول المؤقت — ، فقول القائل صم يوم الخميس ، لا يقتضي يوم الجمعة بوجه من وجوه الاقتضاء ولا يتناولُه أصلا . فالملزوم باطل لبطلان اللازم في دلالته على القضاء ، وهذا ما أكده الشوكاني في تعقيبه السابق .

معنى هذا أن اللازم إذا لم يصر باطلا لصار الملزوم صحيحا أيضا ، وقول القائل صم يوم الخميس لا يتناول الجمعة ولا غيره ، أي أن الجمعة وما بعده يكون مسكوتا عنه ، وهذا لا يختلف كثيرا عما ذكره في الدليل الأول ، وقد سبق القول في الجواب عليه بأن المسكوت عنه يلحق بأصله لمعرفة حكمه ، والأصل الأمر بالفعل وليس نفيه .

ثم لو سلمنا أن الأمر المؤقت لا يلزم عنه القضاء ، فهذا محله فيما لا تتشغل به الذمة ، بحيث يرفع الأمر بالكلية بانقضاء أجله ، كقول من بيده الأمر للشفيع مثلا : اعترض على شريكك من الآن حتى سنة . فهنا يصح قول

(١) إرشاد الفحول ص ١٨٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

الشوكاني ومن تبعهم في عدم القضاء — الاعتراض على الشريك — بعد الأجل؛ إذ إن الذمة لا تكون مشغولة بهذا الأمر المؤقت حتى قبل انقضاء أجله ، ومن ثم لا تتشغل بقضائه بعد الأجل ، فالمأمور هنا له أداء الأمر المؤقت قبل انقضاء أجله ليس بعده . ومثل هذا يقال في مثال الصوم الذي ضربه الشوكاني ، ما دام الأمر فيه ليس للوجوب ، كأن يكون للإباحة أو الإرشاد ، مما لا تتشغل به الذمة .

أما الدليل الأخير الذي أورده الشوكاني، وهو أنه لو وجب القضاء بالأمر الأول لاقتضاه، ولو اقتضاه لكان أداء ، فيكونان سواء ، فلا يأنم بالتأخير. فيمكن تكملة هذا الدليل بأنه مادام غير آثم بالتأخير ، فلا فائدة من قيد تأفيت الأمر ، فهو والأمر المطلق سواء !! وكفى بهذا صداما لواقع الحال . على أنه سبق تفصيل القول ، بأنه حتى النائم والناسي الوارد فيهما نص باستدراك ما فاتهما من صلاة ، بأن صلاتهما تعد قضاء وليس أداء ، يستويان — النائم والناسي — في ذلك مع من فاتته عمدا ، ويختلفان عنه في رفع الإثم .

هذا عن الأدلة التي ذكرها الشوكاني لمن يرى أن القضاء لا يجب بالأمر الأول المؤقت ومناقشتها، أما أدلة من يرى أنه يجب به، فقد سبق عرض بعضها خلال المناقشة ، وقد أورد الشوكاني أيضا ثلاثة أدلة لهم . يقول : وذهب جماعة من الحنابلة^(١) والحنفية^(٢) والمعتزلة^(٣) إلى أن وجوب القضاء يستلزمه الأمر

(١) روضة الناظر ١/ ٢٠٤ ، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩هـ ، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود — الرياض .

(٢) أصول السرخسي ١/ ٤٥ ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن السرخسي ، بدون تاريخ ولا طبعة .
(٣) وبعض الشافعية كابن حجر الذي يقول : وجوب القضاء على العامد بالخطاب الأول ؛ لأنه قد خوطب بالصلاة وترتبت في ذمته فصارت ديناً عليه ، والدين لا يسقط إلا بأدائه ، فيأنم بإخراجه لها عن الوقت المحدود لها ، ويسقط عنه الطلب بأدائها ، فمن أفطر في رمضان عمدا فإنه يجب عليه أن يقضيه مع بقاء إثم الإفطار عليه . والله أعلم . فتح الباري ٢/ ٧١ ، ٧٢ . وقد خالف في ذلك أبو الحسين البصري المعتزلي . انظر المعتمد ١/ ١٣٤ ، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، تحقيق خليل الميس ، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية — بيروت.

بالأداء في الزمان المعين ؛ لأن الزمان غير داخل في الأمر بالفعل . وقد أجاب الشوكاني على هذا الدليل بقوله : و رد بأنه داخل ؛ لكونه من ضروريات الفعل المعين وقته ، وإلا لزم أن يجوز التقديم على ذلك الوقت المعين ، واللازم باطل فالملزوم مثله^(١) .

ولكن لم يُرد أصحاب هذا الرأي أن الوقت غير داخل في الأمر بإطلاق ، فالوقت مرتبط بالفعل في زمنه المحدد فحسب ، ولا ينسحب الحكم بعدم فعل الأمر قبل بداية وقته إلى ما بعد انتهاء أجله ، لأن المأمور قبل بداية الأمر المؤقت يستطيع أن ينتظر ويأتي بالأمر في وقته ، أي أنه يستطيع أن يأتي بالشيئين : الأمر ، وإيقاعه في وقته المحدد . فكيف يقاس هذا على من فاتته الأجل ، حيث لا يملك إلا إتيان الأمر وحده حتى لو كان عامدا آثما ؟.

أما الدليل الثاني فيقول فيه الشوكاني : واستدل القائلون بأن القضاء بالأمر الأول بقولهم : الوقت للمأمور به كالأجل للدين ، فكما أن الدين لا يسقط بترك تأديته في أجله المعين ، بل يجب القضاء فيما بعده ، فكذلك المأمور به إذا لم يفعل في وقته المعين^(٢) .

وقد أجاب الشوكاني أيضا عليه بقوله : ويجاب عن هذا بالفرق بينهما بالإجماع على عدم سقوط الدين إذا انقضى أجله ولم يقضه من هو عليه ، وبأن الدين يجوز تقديمه على أجله المعين بالإجماع بخلاف محل النزاع فإنه لا يجوز تقديمه عليه بالإجماع^(٣) .

والإجماع الذي يذكره الشوكاني في عدم سقوط الدين حتى لو انقضى أجله ، يعتمد على نهى المولى سبحانه عن أكل أموال الناس بالباطل ، فذمة المدين تظل مشغولة بالدين قبل وبعد انقضاء أجله ، فيجب قضاؤه بعد أجله مع

(١) إرشاد الفحول ص ١٨٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) السابق ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

إنّ المطل في سداده . فهنا لا نجد نصا جديدا يوجب القضاء بعد الأجل حيث يشترط الشوكاني ومن تبعهم ، وإنما وجب القضاء لشغل الذمة فحسب ، وسواء سمينا هذا إجماعا على القضاء أو أكلا لأموال الناس بالبطل أو ما شابه ذلك ، فإن كل هذا ينتهي إليه ، أي شغل الذمة ، وهو وحده موجب للقضاء دون حاجة لنص جديد، ولو أننا بحاجة إليه فليكن نفيا للقضاء ، كنهى الحائض عن أن تقضي ، أي أن الأصل هو وجوب القضاء بالأمر الأول المؤقت ، ولا يؤدّي هذا القضاء إلا عند ورود نص جديد يرفع ما علق بالذمة .

أما ما ذكره من أن الدين يجوز تقديمه على أجله المعين بالإجماع ، بخلاف محل النزاع فإنه لا يجوز تقديمه عليه بالإجماع : فلا يسلم له ؛ إذ إن جواز سداد الدين قبل أجله إنما يرجع في حقيقته إلى إذن الدائن به ، بحيث لو كان الدائن مثلاً جهة غير فردية واشترطت على مدينها عدم سداد الدين قبل موعده ؛ ضماناً لاستمرار السيولة النقدية ، وقبل المدين هذا ، فما من شك من عدم جواز سداد الدين قبل موعده حينئذ . وإذا كان هذا في حق ما يشترطه الناس بعضهم على بعض فأوامر الشرع المؤقتة التي لا نملك فيها إذناً بتقديمها على آجالها أولى بذلك ، إلا ما استثنى كجمع تقديم بعض الصلوات .

يتبقى لنا الدليل الثالث لمن يرى أن الأمر المؤقت يستلزم القضاء ، وفيه يقول الشوكاني : واستدلوا أيضاً بأنه لو وجب بأمر جديد لكان أداء ؛ لأنه أمر بفعله بعد ذلك الوقت المعين ، فكان كالأمر بفعله ابتداء . وقد أجاب عليه بقوله : ويجب عنه بأنه لا بد في الأمر بالفعل بعد انقضاء ذلك الوقت من قرينة تدل على أنه يفعل استدراكاً لما فات ، أما مع عدم القرينة الدالة على ذلك فما قالوه يلزم ولا يضرنا ولا ينفعهم^(١) .

وربما كان سبب الخلاف في هذا الدليل هو أن الفعل المؤدى بالأمر الجديد يمكن وصفه بوصفين ، أحدهما أداء لهذا الأمر الجديد ، والآخر قضاء

(١) السابق ص ١٨٨ .

للأمر الأول . ويجب قصر وصفه على كونه قضاء ؛ لأن أساس المسألة هو إيجاب القضاء بالأمر الأول ، وسواء جاء القضاء به أو بالأمر الجديد فهو في حقيقته عوض عن الأمر الأول ، كأمر المريض والمسافر بعدة من أيام آخر في الصيام .

ننتهي من هذا كله إلى أن الأمر الشرعي المؤقت يوجب القضاء بنفسه دون حاجة لأمر جديد إذا كان مما تتشغل به الذمة، أما إذا كانت الذمة لا تتشغل به فإن القضاء حينئذ لا يجب إلا بأمر جديد .

كما أننا لو افترضنا أن القضاء يحتاج لأمر جديد فإننا نجد النص صريحا في أن ديون المولى سبحانه أولى بالقضاء ، كما نجد ما في معنى النص من القياس ، على ما سبق بيانه .

الدليل السادس

هذه هي أدلة الجمهور في وجوب القضاء على العامد — وهي قياس الأولى على النائم والناسي ، والقياس على قضاء الصيام من عامد الفطر وهو عبادة واجبة مؤقتة كالصلاة ، وديون المولى سبحانه أحق وأولى بالقضاء ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قد سمى من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ، وهذا ما يفهم من حديث أبي قتادة رضي الله عنه ، وأخيرا هو أن وجوب القضاء إنما يكتفى فيه بالأمر الأول دون الحاجة إلى أمر جديد — ويمكن إضافة دليل آخر إلى هذه الأدلة ، وهو قياس الأولى على النذر المؤقت ، فمن نذر على نفسه فعل شيء في وقت محدد ، وكان النذر غير منهى عنه مستطاعا ، فلم يفعله عامدا ، فهل يسقط عنه أم يجب عليه قضاؤه ؟.

ويأتينا الجواب في الأحاديث السابق عرضها وغيرها من وجوب قضاء النذر المؤقت حتى لو انقضى أجله ، فإذا كان هذا هو حال النذر المؤقت فإن الأوامر الشرعية المؤقتة تكون أولى بالقضاء منه ؛ إذ هي في فرضيتها أبين وأوجب .

أدلة ابن حزم ومن تبعه

وبعد هذا الاستعراض لأدلة الجمهور الذي يرى وجوب قضاء الصلاة على من تعمد تركها ، نستعرض أدلة من — ابن حزم وابن تيمية وابن القيم ومن تبعهم — يرى منع القضاء ، وأن هذا القضاء ليس من لوازم توبته ، وإنما عليه التوبة بالإكثار من التطوع والاستغفار وفعل الخيرات فحسب ، ولا سبيل له إلى استدراك ما فاتته أبدا .

(١) يقول ابن حزم : برهان صحة قولنا قول الله تعالى ﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى ﴿ فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ وَاتَّبَعُوا الشَّهَوَاتِ فَسَوْفَ يَلْقَوْنَ غِيًّا ﴾ ^(٢) ، فلو كان العائد لترك الصلاة مدركا لها بعد خروج وقتها لما كان له الويل ، ولا لقي الغي ، كما لا ويل ولا غي لمن أخرها إلى آخر وقتها الذي يكون مدركا لها ^(٣) .

وما قاله ابن حزم إنما هو في حق من لم يتب أو من لم تقبل توبتهم ، إذ هو نفسه يقول : أما قولنا أن يتوب من تعمد ترك الصلاة حتى خرج وقتها ، ويستغفر الله تعالى ويكثر من التطوع ، فلقول الله تعالى ﴿ فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ وَاتَّبَعُوا الشَّهَوَاتِ فَسَوْفَ يَلْقَوْنَ غِيًّا إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ ﴾ إلى آخر ما ذكره من أثر التوبة والتطوع في رفع الإثم ^(٤) . كما أن اعتراضه على الجمهور إنما يصح لو كان الجمهور يقول بأن القضاء وحده دون التوبة يرفع إثم تعمد التأخير، وأنه وحده أيضا يستدرك به العائد ما فاتته من صلوات. فهذا لم يقله الجمهور ، وإنما قال بأن صحة التوبة تستلزم قضاء ما فاتته من صلوات ما دام يستطيعه، وتوبته لا تقتصر

(١) الماعون ٤ ، ٥ .

(٢) مريم ٥٩ .

(٣) المحلى ٣١٩/٢ وانظر هذا الدليل أيضا : مجموع الفتاوى ٣٩/٢٢ ، الصلاة وحكم تاركها ٣٨ ، ٣٩ .

(٤) المحلى ٣٣١/٢ : ٣٣٤ .

على القضاء وحده ، بل لأبد من الندم والاستغفار وفعل الخيرات من تطوع وغيره ، وتوبته لو قبلت لصار مستدركا ما فاتته شرعا لا حسا ؛ إذ لا سبيل لإعادة الزمن ثانية .

(٢) ثم يتابع ابن حزم أدلته بقوله: وأيضا، فإن الله تعالى جعل لكل صلاة فرض وقتا محدود الطرفين ، يدخل في حين محدود ، ويبطل في وقت محدود ، فلا فرق بين من صلاها قبل وقتها وبين من صلاها بعد وقتها؛ لأن كليهما صلى في غير الوقت ، وليس هذا قياسا لأحدهما على الآخر ، بل هما سواء في تعدي حدود الله تعالى ، وقد قال الله تعالى ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ (١).

وقد زاد ابن حزم هذا الدليل إيضاحا بقوله: ”ونسألهم : لم أجزتم الصلاة بعد الوقت ولم تجيزوها قبل الوقت ؟. فإن ادعوا الإجماع كذبوا؛ لأن ابن عباس والحسن البصري يجيزان الصلاة قبل الوقت ، لا سيما والحنفيون والشافعيون والمالكيون يجيزون الزكاة قبل الوقت، ويدعون أن قتال أبي بكر لأهل الردة إنما كان قياسا للزكاة على الصلاة ، وأنه قال : لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال. وهم قد فرقوا ههنا بين حكم الزكاة والصلاة . فليعجب المتعجبون !. وإن ادعوا فرقا من جهة نص أو نظر لم يجدوه .

فإن قالوا : فإنكم تجيزون الناسي والنائم والسكران على قضائها أبدا ، وهذا خلاف قولكم بالوقت ؟. قلنا لا ، بل وقت الصلاة للناسي والنائم والسكران ممتد أبدا غير منقض . وبرهان ذلك أنهم ليسوا عصاة في تأخيرها إلى وقت صلوا فيها ، وكل أمر الله عز وجل فإنه منقسم على ثلاثة أوجه لا رابع لها :

إما أمر غير معلق بوقت ، فهذا يجرئ متى أدى ، كالجهاد والعمرة وصدقة التطوع والدعاء وغير ذلك ، فهو يجرئ متى أدى ، والمسارة إليه أفضل ؛ لقول الله عز وجل ﴿ وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ (٢) .

(١) المحلى ٣١٩/٢ ، ٣٢٠ ، وانظر هذا الدليل أيضا : الصلاة ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) آل عمران ١٣٣ .

وإما أمر معلق بوقت محدود الأول غير محدود الآخر كالزكاة ونحوها ، فهذا لا يجزئ قبل وقته ، ولا يسقط بعد وجوبه أبدا ؛ لأنه لا آخر لوقته ، والمبادرة إليه أفضل لما ذكرنا .

وإما أمر معلق بوقت محدود أوله وآخره ، فهذا لا يجزئ قبل وقته ولا بعد وقته ، ويجزئ في جميع وقته في أوله وآخره ووسطه ، كالصلاة والحج وصوم رمضان ونحو ذلك .

ونقول لمن خالفنا قد وافقتمونا على أن الحج لا يجزئ في غير وقته ، وأن الصوم لا يجزئ في غير النهار ، فمن أين أجزتم ذلك في الصلاة ؟ وكل ذلك ذو وقت محدود أوله وآخره ، وهذا ما لا انفكاك منه ،^(١) .

وما ذكره ابن حزم من أنه لا فرق بين عدم جواز الصلاة قبل الوقت وبعده لا يسلم له به ؛ لأنه إذا كانت الصلاة قبل الوقت غير صحيحة ، فلأن التكليف وشغل الذمة بها لما يحن بعد ، والمكلف يجب عليه أن ينتظر حلول الوقت لإيقاعها فيه ، فإن أداءها بعد وقتها ممن تعمد تركها يأتي بعد تكليفه وشغل ذمته بها ، فلا تسقط عنه بذلك مع إثمه على هذا التفريط .

وقبل أن يستند الجمهور إلى الإجماع في عدم جواز الصلاة قبل وقتها ممن تعمد ذلك ، فإن نصوص الكتاب — مثل قوله تعالى ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾^(٢) — والسنة القولية والفعلية تدل بوضوح عليه ، وما ذكره ابن حزم من عدم صحة الاستدلال بالإجماع لأن ابن عباس والحسن البصري قد أجازا الصلاة قبل الوقت فغير مسلم به ؛ لأن قولهما — وكذا الشعبي — إنما هو في مسافر صلى الظهر قبل الزوال^(٣) ، فهل يقول ابن عباس

(١) المحلى ٣٢١/٢ ، ٣٢٢ وقد عقب ابن حزم كلامه هذا برده على الجمهور فيما استدل به من

قياس العامد على الناسي ، وقد سبق في صدر المسألة — ص ٢٠٨ — مناقشة ابن حزم في هذا .

(٢) النساء ١٠٣ .

(٣) المغني ١ / ٢٣٨ .

رضي الله عنهما بجواز الصلاة قبل وقتها من المقيم عامداً ذلك دون أن يكون له عذر^(١)؟! وهب أن ابن عباس رضي الله عنهما يقول بهذا ، فإن قوله — لو كان يقوله — مخالف للكتاب والسنة ، وكفى بهما دليلاً .

أما ما ذكره ابن حزم من أن الجمهور قد أجاز أداء الزكاة قبل وقت وجوبها^(٢) ، يريد بذلك إظهار تناقض الجمهور في أنه لم يقل بهذا في الصلاة ، وكلاهما سواء في بداية تأقيت وجوب أدائهما : فلا يسلم له به ؛ لأن الجمهور إنما أجاز هذا التقديم في الزكاة استدلالاً بما ثبت من أن العباس رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأذن له بإخراج زكاته قبل حلول وقتها فأذن له^(٣) . وما ثبت معارضا لهذا ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم ” لا تؤدّي زكاة قبل حلول الحول “^(٤) يمكن أن يحمل على نفي الوجوب لا الجواز ، أو أن الذمة لا تتشغل بها قبل الحول ، وليس في هذا تعارض مع التعجيل بإخراجها .

وحتى إذا لم يكن للجمهور مستنده من السنة ، فإن هناك فرقا بين الزكاة والصلاة في الأداء قبل حلول الوقت ، يقول ابن قدامة : الوقت إذا دخل في

(١) وهذه مسألة أخرى غير ما عرف عنه رضي الله عنه من قوله بجواز الجمع للمقيم ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أراد ألا يخرج أمته وتوسعة عليهم .

(٢) ما ذكره ابن حزم من أن المالكية يقولون بجواز تقديم الزكاة قبل وقتها ليس محل اتفاق في المذهب ، فالأصل عندهم هو المنع — وهو قول مالك — ومن أجاز تقديم الزكاة منهم قيده بالمدة اليسيرة . الكافي لابن عبد البر ، ص ١٠٠ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٧ هـ — القوانين الفقهية ص ٨٩ .

(٣) أبو داود ، كتاب الزكاة ، باب في تعجيل الزكاة .

الترمذي ، أبواب الزكاة ، باب ما جاء في تعجيل الزكاة .

والحديث صالح للاحتجاج ، انظر : إرواء الغليل ٣/٣٤٦ .

(٤) ابن ماجه ، كتاب الزكاة ، باب من استفاد مالا .

الدارقطني ، كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة بالحوال .

والحديث ثابت أيضا ، انظر : إرواء الغليل ٣/٢٥٤ .

الشيء رفقا بالإنسان ، كان له أن يعجله ويترك الإرفاق بنفسه ، كالدين المؤجل ،
وكمّن أدى زكاة مال غائب ، وإن لم يكن على يقين من وجوبها ، ومن الجائز
أن يكون المال تالفا في ذلك الوقت . وأما الصلاة والصيام فتعبد محض ،
والتوقيت فيهما غير معقول ، فيجب أن يقتصر عليه^(١) .

كذلك فإن ما ذكره ابن حزم من أن الجمهور قالوا بأن أبا بكر رضي الله
عنه إنما قاتل المرتدين قياسا للزكاة على الصلاة ، ثم فرقوا بينهما من تقديم
الزكاة دون الصلاة : فلا يسلم له هذا ؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه إنما قصد
بقتال من فرق بين الصلاة والزكاة وجوبهما ، فمن أنكر وجوب الزكاة عليه
وهو مكلف بها يصير كمن أنكر الصلاة ، فهل كان سيقاقل رضي الله عنه أناسا
اشترطوا التعجيل بزكاتهم قبل وقتها ؟! وما حكم به ابن حزم من أن الجمهور
لن يجد فرقا بين الزكاة والصلاة في عدم جواز التقديم بأيهما سبق في الفقرتين
السابقتين ذكر الفرق بينهما من السنة والنظر .

وأما ما ذكره من أن وقت صلاة النائم والناسي ممتد غير منقض ، فقد
سبق تناول مناقشة هذا الأمر وانتهينا إلى أن وقت الصلاة التي لم يؤدها النائم أو
الناسي ينتهي في أجله المحدد ، أي إنه ينتهي حسا وواقعا ، والنائم والناسي إنما
يقضيان ما فاتهما دون أن يأتيا بذلك . كما أن الجمهور لم يعترض بما افترضه
ابن حزم من أنهم يقولون بأن قوله بالوقت يعارض قضاء المعذور بعد الوقت ،
وذلك لأنه ليس ثم تعارض بينهما ، فقد جاء النص صريحا في قضاء النائم
والناسي ما فاتهما من صلاة .

كما أن اعتراضه على الجمهور بأنهم يقولون بأن الحج لا يجزئ في
غير وقته ، وكذلك الصوم لا يجزئ في غير النهار ، فكذا تكون الصلاة : غير
مسلم به ؛ لأن الصلاة تختلف عن الحج في أن الحج يمكن أن يؤدى في وقته
لقابل لمن فاتته في عامه ، كما أنه لا يلزم من عدم صحة الصوم بالليل عدم

(١) المغني ٢ / ٢٦٠ .

قضائه في وقته المعهود ، سواء أكان القضاء عن عذر كما نص الكتاب ، أم عن عمد كما في حديث المحترق . ثم لو افترضنا صحة كلامه في أن الصلاة لا تختلف عن الحج والصوم من عدم جواز أدائها في غير وقتها، فهذا يحمل على عدم مراعاة مواقيت الصلاة عن عمد وترصد ، وليس كسلا أو تهاونا ، فضلا عن العذر .

(٣) نعود ونتابع أدلة ابن حزم ، يقول : ” وأيضا ، فإن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجوز لغير الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم .

فنسأل من أوجب على العامد قضاء ما تعمد تركه من الصلاة : أخبرنا عن هذه الصلاة التي تأمره بفعلها ، أهي التي أمره الله تعالى بها ، أم هي غيرها ؟. فإن قالوا هي هي . قلنا لهم فالعامد لتركها ليس عاصيا ؛ لأنه قد فعل ما أمره الله تعالى ، ولا إثم على قولكم ولا ملامة على من تعمد ترك الصلاة حتى يخرج وقتها ، وهذا لا يقوله مسلم . وإن قالوا ليست هي التي أمره الله تعالى بها . قلنا صدقتم ، وفي هذا كفاية ؛ إذ أقروا بأنهم أمروه بما لم يأمره به الله تعالى ،،^(١) .

وما قاله ابن حزم في صدر قوله من أن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجوز لغير الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم : فغير مسلم به؛ إذ إن الجمهور لم يوجب القضاء بلسان الهوى ، فقد سبق عرض أدلة الوجوب ، من أن ديون المولى سبحانه أحق بالوفاء ، وهذا على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، كما أن القضاء يجب بالأمر الأول ، وكذلك بقياس الأولى على النائم والناسي والناذر ، وأيضا بالقياس على قضاء عامد الفطر في رمضان .

ثم إن التساؤل الذي وجهه للجمهور افترض له جوابين فحسب ، على أن له جوابا ثالثا ، وهو أن صلاة القضاء هي الصلاة التي فرضها المولى سبحانه

(١) المحلى ٣٢٠/٢ وانظر في هذا الدليل أيضا: الصلاة وحكم تاركها ص ٣٩ .

من جهة ، وليست هي من جهة أخرى ، فهي هي حيث إنها تؤدي بعينها ، وليست هي لأنها تؤدي في غير وقتها . والسؤال الذي ينبغي أن يسأل هو هل أوجب الشرع صلاة بهذا الوصف ؟. والجواب قد سبق ذكره في الفقرة السابقة ، والأدلة الواردة فيها إنما هي في حق من تركها عمدا ، أما المعذور فقد أوجب الشرع كذلك أداءها بهذا الوصف ، مع عدم الإثم في ذلك .

ثم ألم يوجب ابن حزم نفسه على المتقي عمدا - الآثم - في رمضان القضاء^(١) ، فهل هذا القضاء هو الصيام الذي أمر به سبحانه أم أنه غيره ؟. فإن قال هو هو صار هذا العامد غير آثم ؛ لأنه قد فعل ما أمره الله تعالى ، وهذا لا يقوله مسلم . وإن قال ليس هو فقد صدق وفي هذا كفاية !! .

(٤) ومن أدلة ابن حزم أيضا قوله : ” ثم نسألهم عن تعمد ترك الصلاة بعد الوقت ، أطاعة هي أم معصية ؟. فإن قالوا طاعة خالفوا إجماع أهل الإسلام كلهم المتيقن ، وخالفوا القرآن والسنن الثابتة، وإن قالوا معصية صدقوا، ومن الباطل أن تنوب المعصية عن الطاعة “^(٢) .

ويستطرد ابن القيم في هذا الدليل فيقول : ” فإن قلتم هو مطيع بفعلها عاص بتأخيرها ، وهو أنه إذا تقرب بالفعل الذي هو طاعة لا بالتقويت الذي هو معصية : قيل لكم الطاعة هي موافقة الأمر وامتناله على الوجه الذي أمر به ، فأين أمر الله ورسوله ممن تعمد تفويت الصلاة بفعلها بعد خروج وقتها ، حتى يكون مطيعا له بذلك ؟. فلو ثبت ذلك لكان فاصلا للنزاع في المسألة “^(٣) .

أما وقد ثبت للجمهور ما سبق عرضه من أدلة على وجوب القضاء فإنه ينبغي رفع النزاع في المسألة ، ثم إذا لم يكن للجمهور هذه الأدلة الموجبة

(١) المحلى ٢٧١/٦ ووصف المتقي بأنه آثم هو وصف ابن حزم نفسه ، ويبدو ذلك حتى لا يعد مريضا ألجأه المرض إلى القىء ، وإنما تقياً وكان بوسعه ألا يفعل . كما أنه نص على عدم وجوب الكفارة عليه .

(٢) المحلى ٣٢٠/٢ .

(٣) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٩ .

للقضاء ، ألا يكفي النصوص العامة الداعية للتوبة في إباحته وشرعيته ؟ .
فالملاحظ أن أدلة ابن حزم وابن تيمية وابن القيم مما سبق عرضه وما سيأتي ،
هي أدلة عامة تخرج عن إطار الاستدلال المباشر ، حيث لم يذكروا دليلاً نصياً
واحداً يمنع القضاء بخصوصه . ثم هل لنا أن نسأل : هل قضاء المتقي عمداً
الصوم — السابق ذكره نهاية الدليل السابق — طاعة أم معصية ؟ ! .

(٥) ونتابع أدلة ابن حزم ؛ حيث يقول : ” وأيضاً، فإن الله تعالى قد حد
أوقات الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وجعل لكل وقت
صلاة منها أولاً — ليس ما قبله وقتاً لتأديتها — وآخرها — ليس ما بعده وقتاً
لتأديتها — ، هذا ما لا خلاف فيه من أحد من الأمة . فلو جاز أداؤها بعد
الوقت لما كان لتحديده عليه السلام آخر وقتها معنى، ولكان لغوا من الكلام،
وحاش لله من هذا .

وأيضاً ، فإن كل عمل علق بوقت محدود ، فإنه لا يصح في غير وقته ؛
ولو صح في غير ذلك الوقت لما كان ذلك الوقت وقتاً له ، وهذا بين . وبالله
تعالى التوفيق ،، (١) .

ويستطرد ابن القيم أيضاً في هذا الدليل بقوله : ” وأيضاً فغير أوقات
العبادة لا تقبل تلك العبادة بوجه ، كما أن الليل لا يقبل الصيام ، وغير أشهر
الحج لا يقبل الحج ، وغير وقت الجمعة لا تقبل الجمعة . فأى فرق بين من قال
أنا أفطر النهار وأصوم الليل ، أو قال أنا أفطر رمضان في هذا الحر الشديد
وأصوم مكانه شهراً في الربيع ، أو قال أنا أؤخر الحج من شهره إلى المحرم ،
أو قال أنا أصلي الجمعة بعد العشاء الآخرة ، أو أصلي العيدين في وسط الشهر :
وبين من قال أنا أؤخر صلاة النهار إلى الليل وصلاة الليل إلى النهار ؟ . فهل
يمكن أحداً قط أن يفرق بين ذلك ؟ ،، (٢) .

(١) المحلى ٣٢١/٢ .

(٢) الصلاة ٣٩ .

ويضيف : ” وقد جعل الله سبحانه للعبادات أمكنة وأزمنة وصفات ، فلا ينوب مكان عن المكان الذي جعله الله مكانا ميقاتا لها ، كعرفة ومزدلفة ومنى ومواقع الجمار والمبيت والصفاء والمروة ، ولا تنوب صفة من صفاتها التي أوجبها الله عليها عن صفة ، فكيف ينوب زمان عن زمانها الذي أوجبها الله فيه عنه ؟ .“ (١) .

وما ذكره ابن حزم وابن القيم ، إنما يصح لو كان الجمهور يقول بجواز استبدال أوقات العبادة بدءا واختيارا ، كمن يأبى إلا أن يصلي صلاة النهار ليلا والليل نهارا . فالجمهور لم يقل هذا فلا يخاطب به ، كما أن تارك الصلاة كسلا وتهاوننا لا يقول بهذا أيضا . ثم إن ما ذكره ابن القيم من شعائر لا يجوز فيها استبدال مكانها وزمانها فإنما ذلك لمدوحة أدائها بعد ذلك في أوقاتها كالحج وأعماله ، وكذا الصوم الذي ثبت فيه القضاء كما في حديث المحترق كما سبق ، وقضاؤه كما هو معلوم يكون نهارا لا ليلا .

(٦) ثم يقول ابن حزم : ” ولو كان القضاء واجبا على العامد لترك الصلاة حتى يخرج وقتها لما أغفل الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولا نسياء ، ولا تعمد إعناتنا بترك بيانه ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ (٢) ، وكل شريعة لم يأت بها القرآن ولا السنة فهي باطل “ (٣) .

ولأن ابن القيم يأخذ بالقياس وما شابهه فإنه لم يستدل بما قاله ابن حزم في هذا الدليل إلا بما ورد في آخره ، يقول : ” ولا مشروع إلا ما شرعه الله ورسوله ، وهو سبحانه ما شرع فعل الصلاة والصيام والحج إلا في أوقات مختصة به ، فإذا فاتت تلك الأوقات لم تكن مشروعة ، ولم يشرع سبحانه فعل الجمعة يوم السبت ، ولا الوقوف بعرفة في اليوم العاشر ، ولا الحج في غير أشهره .

(١) السابق ٣٩ .

(٢) مريم ٦٤ .

(٣) المحلى ٣٢٣/٢ .

وأما الصلوات الخمس فقد ثبت بالنص والإجماع أن المعذور بالنوم والنسيان وغلبة العقل يصلّيها إذا زال عذره ، وكذلك صوم رمضان شرع الله سبحانه قضاءه بعذر المرض والسفر والحيض ، وكذلك شرع رسوله الجمع بين الصلاتين المشتركين في الوقت للمعذور بسفر أو مرض أو شغل يبيح الجمع ، فهذه يجوز تأخيرها عن وقتها المختص إلى وقت الأخرى للمعذور ، ولا يجوز لغيره بالاتفاق ، بل هو من الكبائر العظام كما قال عمر بن الخطاب : الجمع بين الصلاتين من غير عذر من الكبائر .

ولكن يجب عليه فعلها وإن أخرها إلى وقت الثانية في هذا الصورة ؛ لأنها تفعل في هذا الوقت في الجملة . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالصلاة خلف الأمراء الذين يؤخرون الصلاة عن وقتها . وقيل له صلى الله عليه وسلم : ألا نقاتلهم ؟ قال : لا ، ما صلوا . وهم كانوا يؤخرون الظهر خاصة إلى وقت العصر ، فأمر بالصلاة خلفهم ويكون نافلة للمصلي ، وأمره أن يصلي الصلاة في وقتها ونهى عن قتالهم ،^(١) .

وقول ابن حزم يصادم حقيقة تناهي النصوص وعدم تناهي النوازل ، وما ذكره — ومعه ابن القيم — من أنه لا مشروع إلا ما شرعه الله سبحانه ورسوله صلى الله عليه وسلم فقد سبق الجواب عليه خلال المناقشات السابقة .

كما يتضح من نص ابن القيم أنه يقول بأن من أخر إحدى صلاتي الجمع إلى الأخرى دون عذر فعلية — مع إثمه — أن يصلّيها ، وقد استدلل لهذا بدليين : الأول هو أن الصلاة تفعل في هذا الوقت في الجملة . والآخر هو إخباره صلى الله عليه وسلم بأن بعض الأمراء سيؤخرون الصلاة عن وقتها ، وأمره الناس بالصلاة خلفهم نافلة ؛ لأدائهم إياها في وقتها .

(١) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٧ وحديث تأخير الأمراء الصلاة أخرجه مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب كراهية تأخير الصلاة عن وقتها المختار وما يفعله المأموم إذا أخرها الإمام . وحديث النهي عن قتال الأئمة ما صلوا أخرجه مسلم أيضا ، كتاب الإمامة ، باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع وترك قتالهم ما صلوا ونحو ذلك ، وباب خيار الأئمة وشرارهم .

وهو يريد بهذا الاستدلال ألا تقاس الصلوات التي لاتجمع على ذلك ، فلا تؤدي صلاة الصبح مثلاً في وقت الظهر في حق من تعمد تأخيرها دون عذر . وقد صرح ابن القيم بهذا خلال رده على ابن عبد البر الذي استدل هو الآخر بحديث تأخير الأمراء الصلاة على قضاء الصلاة بعد خروج وقتها .

يقول ابن القيم : ” وأما استدلالكم بأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تصلي نافلة مع الأمراء الذين كانوا يضيعون الصلاة عن وقتها ويصلونها في غير وقتها فلا حجة فيه ؛ لأنهم لم يكونوا يؤخرون صلاة النهار إلى الليل ولا صلاة الليل إلى النهار ، بل كانوا يؤخرون صلاة الظهر إلى وقت العصر ، وربما كانوا يؤخرون العصر إلى وقت الاصفرار . ونحن نقول : إنه متى أخر إحدى صلاتي الجمع إلى وقت الأخرى صلاها في وقت الثانية ، وإن كان غير معذور ، وكذلك إذا أخر العصر إلى الاصفرار ، بل إلى أن يبقى منها قدر ركعة فإنه يصلها بالنص . وقد جمع النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مطر ، أراد أن لا يخرج أمته . فهذا التأخير لا يمنع صحة الصلاة “ (١) .

وقد أضاف ابن القيم في هذا النص دليلاً ثالثاً ، وهو أنه صلى الله عليه وسلم جمع بالمدينة من غير خوف ولا مطر ، ولا يدل هذا على جواز الجمع دون عذر أو حاجة كما أشار ابن القيم نفسه في النص الأول الذي حكى فيه الاتفاق على عدم جواز الجمع لغير المعذور ، وهذا ما يدل عليه أيضاً مفهوم قول ابن عباس رضي الله عنه ” أراد أن لا يخرج أمته “ (٢) .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يتم لابن عبد البر الاستدلال بحديث تأخير الأمراء الصلاة على ما أراده من قضاء الصلاة بعد فوات وقتها عمداً ؛ لأنه

(١) الصلاة ص ٥٥ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم وغيره بهذا التعليل لابن عباس رضي الله عنهما ، وهناك رواية له عند أحمد — مسند بني هاشم ، رقم ٣٢٢٥ — بسند متصل رواه ثقات بتعليل أعم من هذا ، وهو ” التوسّع على أمته “ ، وانظر أقوال العلماء في تفسير الحديث : شرح النووي على مسلم ، ٢١٨/٥ ، ٢١٩ ، دار إحياء التراث العربي — بيروت ، طبعة ثانية ١٣٩٢ هـ .

يمكن حمل فعلهم على أنهم توسعوا توسعا مذموما في معنى الحرج الذي يبيح الجمع ، وقد صار هذا الجمع هو الأصل عندهم ، فهذا ليس من باب تعمد ترك الصلاة دون عذر حتى ذهاب وقتها ، وإنما هو من باب الجمع غير السائغ الذي يَأْتُم فاعله .

ولكن في الوقت نفسه ، لا يسلم لابن القيم بما ذكره من أدلة على منع قياس قضاء صلوات غير الجمع على صلوات الجمع في حق العامد الذي لم ينو جمعا؛ إذ لا فرق بين خروج وقت الظهر وبين وقت الصبح في حق هذا العامد ، فما دام ابن القيم قد أوجب عليه صلاة الظهر في وقت العصر وهو غير معذور ، ووقت العصر لا يصلح للظهر إلا في حق المعذور ، فليأذن لنا ابن القيم إذن في استعارة أدلته وردوده على الجمهور في أنه كيف يقاس المعذور على غير المعذور ؟ وكيف تتوب المعصية عن الطاعة ؟... إلى آخر ما ذكره .

(٧) ويقول ابن حزم : ” وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله)^(١) فصيح أن ما فات فلا سبيل إلى إدراكه ، ولو أدرك أو أمكن أن يدرك لما فات ، كما لا تفوت المنسية أبدا ، وهذا لا إشكال فيه . والأمة أيضا كلها مجمعة على القول والحكم بأن الصلاة قد فاتت كذبا وباطلا . فثبت يقينا أنه لا يمكن القضاء فيها أبدا “^(٢) .

وقد زاد ابن القيم هذا الدليل شرحا بقوله : قد دل النص والإجماع على أن من أخر الصلاة عن وقتها عمدا أنها قد فاتته ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) وما فات فلا سبيل إلى إدراكه البتة . ولو أمكن أن يدرك لما سمي فائتا ، وهذا مما لا شك فيه لغة وعرفا، وكذلك هو في الشرع ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : (لا يفوت

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب إثم من فاتته العصر .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب التغليظ في تفويت صلاة العصر .

(٢) المحلى ٣٢٣/٢ .

الحج حتى يطلع الفجر من يوم عرفة (١) ، أفلا تراه جعله فائتًا بفوات وقته لما لم يمكن أن يدرك في يوم بعد ذلك اليوم ، وهذا بخلاف المنسية والتي نام عنها فإنها لا تسمى فائتة ، ولهذا لم تدخل في قوله (الذي تفوته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) .

والأمة مجمعة على أن من ترك الصلاة عمدا حتى يخرج وقتها فقد فاتته ، ولو قبلت منه وصحت بعد الوقت لكان تسميتها فائتة لغوا وباطلا ، وكيف يفوت ما يدرك ؟ . وكما أنه لا سبيل إلى استدراك الوقت الفائت أبدا ، فلا سبيل إلى استدراك فرضه ووصفه . وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه أحمد وغيره (من أفطر يوما من رمضان من غير عذر لم يقضه عنه صيام الدهر) (٢) ، فأين هذا من قولكم يقضيه عنه صيام يوم من أي شهر أراد ؟ (٣) .

وهذا الاستدلال منهما إنما يصح لو كان الجمهور يقول باستواء الصلاة المقضية بالمؤداة في وقتها ، وبمعنى آخر هو أن فوات وقت الصلاة عمدا لا يعني أنها لا تقضى ، فوقتها هو الذي يفوت دون وجوبها ، كالصلاة الفائتة المنسية مثلا مع فارق عدم الإثم ، والحديث إنما يبين عظم جرم من يتعمد ترك صلاة العصر دون نفي وجوب قضائها ، تماما مثل بيان عظم ذنب الإفطار بالجماع عمدا في رمضان ، لا يتعارض مع وجوب قضائه كما في حديث المحترق ، برغم تصريح حديث الإفطار عمدا بعدم إجزاء صيام الدهر ، فالجهة منفكة بين عظم الذنب وبين وجوب القضاء .

(١) الترمذي ، كتاب الحج ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج . ولفظه ”

من جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج “ . والحديث ثابت السند .

(٢) الحديث فيه مقال ؛ لأنه يروى عن أبي المطوس وهو مختلف فيه ، وقد رواه الإمام أحمد وأهل

السنن ، وراجع كلام ابن حجر فيه ص ٢٢٥ وقد أخرجه :

— أحمد ، باقي مسند المكثرين ، رقم ٨٧٨٧ ، ٩٤١٣ ، ٩٥٩٣ ، ٩٧٣٠ ، ٩٧٣١ .

— أبو داود ، كتاب الصوم ، باب التغليظ فيمن أفطر عمدا .

— الترمذي ، كتاب الصوم ، باب ما جاء في الإفطار متعمدا .

(٣) الصلاة وحكم تاركها ٣٩ ، ٤٠ .

وقريب من هذا من يقتل ويسرق ويزني ويداوم على ارتكاب الشر والكبائر ، بما يضيع معه أي معنى لصلاته ، هل يقال له لا تؤد الصلاة في أوقاتها — فضلا عن القضاء — لأنه لا فائدة منها ؟!

هذا ، وقد سبق بيان عدم صحة قياس قضاء الصلاة على الحج في عدم القضاء ؛ لأن الحج لا يجب إلا مرة واحدة فيمكن أدائه لقابل ، بل تدخله النيابة، وكذلك يحج عن الميت ، فلا يصح أن يؤدي في غير وقته .

(٨) ونعود لأدلة ابن حزم الذي يقول : ” أجمعت الأمة — وبه وردت النصوص كلها — على أن للتطوع جزءا من الخير الله أعلم بقدره ، وللفريضة أيضا جزء من الخير الله أعلم بقدره. فلا بد ضرورة من أن يجتمع من جزء التطوع إذا كثر ما يوازي جزء الفريضة ويزيد عليه . وقد أخبر الله تعالى أنه لا يضيع عمل عامل، ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾^(١)، وأن ﴿ مَنْ تَقَلَّتْ مَوَازِينُهُ فَهُوَ فِي عِيشَةٍ رَاضِيَةٍ ﴾^(٢)، و﴿ مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُمُّهُ هَاوِيَةٌ ﴾^(٣)،^(٤).

ثم أخرج بعض الأحاديث في بيان فضل التطوع، وهي حديث أن ” أول ما يحاسب الناس به يوم القيامة من أعمالهم الصلاة ، يقول ربنا تبارك وتعالى للملائكة وهو أعلم : انظروا في صلاة عبدي أتمها أم نقصها ؟. فإن كانت تامة كتبت له تامة ، وإن كان انتقص منها شيئا قال انظروا هل لعبدي من تطوع ؟. فإن كان له تطوع قال : أتموا لعبدي فريضته من تطوعه . ثم تؤخذ الأعمال على ذلكم“^(٥). ثم أخرج حديثا في فضل صلاة الجماعة عامة ، وآخر في

(١) هود ١١٤ .

(٢) القارعة ٦ ، ٧ .

(٣) القارعة ٨ ، ٩ .

(٤) المحلى ٣٣٢/٢ .

(٥) أبو داود ، كتاب الصلاة ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم كل صلاة لا يتمها...

الترمذي ، كتاب الصلاة ، باب ما جاء أن أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة الصلاة .

أحمد ، مسند الشاميين ، رقم ١٦٥٠٦ .

فضل العشاء والصبح خاصة ، وقد أعقب هذا بقوله : فهذا بيان مقدار أجر التطوع وأجر الفريضة ، وإنما هذا لمن تاب وندم وأقلع واستدرك ما فرط .
وأما من تعمد ترك المفروضات واقتصر على التطوع ليجبر بذلك ما عصى في تركه مصرا على ذلك ، فهذا عاص في تطوعه ؛ لأنه وضعه في غير موضعه ؛ لأن الله تعالى لم يضعه لتترك الفريضة ، بل ليكون زيادة خير ونافلة ، فهذا هو الذي يجبر به الفرض المضيع . وإذا عصى في تطوعه فهو غير مقبول منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)^(١) . ثم ضعف ابن حزم ما روي من أن التطوع لا يقبل ممن لا يؤدي الفريضة ، وذكر أنه لو صح لكان المراد به من قصد التطوع ليعوضه عن الفريضة ، مصرا على ذلك غير نادم ولا تائب^(٢) .

ونشير هنا إلى أن استدلال ابن حزم بحديث إكمال صلاة التطوع نقص الفريضة في رفع القضاء لا يسلم له به ؛ لأن الحديث وإن كان يحتمل جبر سنن الفريضة وآدابها وخشوعها ، وكذا فرائضها وشروطها ، وأيضا ما لم يؤد منها ، بل قد يسامح المولى سبحانه من لم يصل فرضا ولا نفلا^(٣) : فإنه لا يشمل من

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود .
مسلم ، كتاب الأفضية ، باب نقض الأحكام الباطلة و رد محدثات الأمور .

(٢) المطلى ٣٣٢/٢ : ٣٣٥ .

(٣) وهذا الصنف الأخير كمن يسلم وهو ليس في غمرة الموت ، ثم تدركه المنية دون أن يركع لله ركعة . والاحتمالات الواردة أعلاه في تفسير الحديث إنما هي من كلام العراقي ، انظره مجتمعا : { عون المعبود لمحمد شمس الحق العظيم آبادي ٨٢/٣ ، ٨٣ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة ثانية ١٤١٥هـ — تحفة الأحوذى للأحوذى ٣٨٤/٢ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، بدون تاريخ } .
هذا وقد رجح ابن العربي الاحتمال الأول ، وهو جبر نقص الخشوع ؛ وذلك لأن الزكاة وسائر الأعمال تستكمل الفرائض فيها من جنس تطوعاتها كالصلاة ، والزكاة ليس فيها إلا فرض أو نفل ، وكما أن الزكاة يكمل فرضها من فضلها فكذلك الصلاة — تحفة الأحوذى ٣٨٤/٢ — ولا يسلم لابن العربي بهذا ؛ إذ قد يصرف المزكي زكاته إلى من تجب عليه نفقته جهلا منه في عام من الأعوام ، فتصير صدقة من الصدقات وتظل ذمته مشغولة بزكاة هذا العام . ويرجو مثل هذا أن يشمل المولى سبحانه بعفوه ، فيجعل صدقته عن الزكاة المفروضة لهذا العام . كما قد ينسى المزكي فلا يخرج زكاته في عام من الأعوام .

يتعمد ترك الفريضة حتى يخرج وقتها ، معتمدا على تعويض التطوع هذا النقص ؛ إذ لو كان كذلك لكان من ينام عن صلاة أو ينساها أولى بعدم القضاء ، ما دام التطوع سيعوض الفريضة ، ولكن ورد النص بلزوم القضاء في حق هذا المعذور ، ولذا فإن العائد أولى به منه . معنى هذا أن التطوع لا يعوض نقص الفرائض ما دام كان مستطاعا تعويضها بفريضة مثلها ، وهذا يشبه ما جرى عليه الأمر في المعاملات من أن المثليات لا تعوض إلا بمثلها ، فإذا تعذرت فبقيمتها .

وكما أن ابن حزم قد أخرج من الحديث من يتعمد ترك الفرائض مكتفيا بأداء السنن والنوافل لما ذكره من أدلة ، فإنه يخرج منه أيضا من تعمد ترك الفريضة ولم يقضها مع استطاعته لما ذكر من الفقرة السابقة، ولما سبق عرضه من أدلة على وجوب القضاء من أن ديون المولى سبحانه أحق بالقضاء ، وما شابه ذلك مما سبق بيانه .

كما أننا إذا قارنا بين نقص الفريضة التي لم تؤد عمدا في وقتها ولم تقض اعتمادا على جبرها بالتطوع مع التوبة ، وبين نقص الفريضة التي لم تؤد في وقتها أيضا مع قضائها بعد ذلك مع التوبة كذلك ، لوجدنا أن النقص الأخير هو أقل النقصين ؛ إذ فيه مخالفة للوقت فحسب ، فأيهما يكون أولى وأقرب بالجبر بالتطوع أقلهما نقصا أم أعظمهما ؟! .

(٩) ونورد هنا ما قاله ابن القيم فيما ذكره ابن حزم في هذا الدليل ، فقد أفاض في بيان وجه الدلالة فيه ، يقول : ” الصلاة في الوقت واجبة على كل حال حتى إنه يترك جميع الواجبات والشروط لأجل الوقت ، فإذا عجز عن الوضوء والاستقبال أو طهارة الثوب وستر العورة أو قراءة الفاتحة أو القيام في الوقت ، وأمكنه أن يصلي بعد الوقت بهذه الأمور فصلاته في الوقت بدونها هي التي شرعها الله وأوجبها ، ولم يكن له أن يصلي بعد الوقت مع كمال هذه الشروط والواجبات فعلم أن الوقت مقدم عند الله ورسوله على جميع الواجبات .

فإذا لم يكن إلا أحد الأمرين وجب أن يصلي في الوقت بدون هذه الشروط والواجبات ، ولو كان له سبيل إلى استدراك الصلاة بعد خروج وقتها لكانت صلاته بعد الوقت مع كمال الشروط والواجبات خيرا من صلاته في الوقت بدونها وأحب إلى الله ، وهذا باطل بالنص والإجماع ،^(١) .

ويقول : ” وقد أمر الله سبحانه المسلمين حال مواجهة عدوهم أن يصلوا صلاة الخوف فيقصرُوا من أركانها ويفعلوا فيها الأفعال الكثيرة ، ويستدبرون فيها القبلة ويسلمون قبل الإمام ، بل يصلون رجالا وركبانا حتى لو لم يمكنهم إلا الإيماء أتوا بها على دوابهم إلى غير القبلة في وقتها. ولو قبلت منهم في غير وقتها وصحت لجاز لهم تأخيرها إلى وقت الأمن وإمكان الإتيان بها ، وهذا يدل على أنها بعد خروج وقتها لا تكون جائزة ولا مقبولة منهم مع هذا العذر الذي أصابهم في سبيله وجهاد أعدائه ، فكيف تقبل من صحيح مقيم لا عذر له البتة وهو يسمع داعي الله جهرة فيدعها حتى يخرج وقتها ثم يصليها في غير الوقت؟! . وكذلك لم يفسح في تأخيرها عن وقتها للمريض ، بل أمره أن يصلي على جنبه بغير قيام ولا ركوع ولا سجود إذا عجز عن ذلك ، ولو كانت تقبل منه وتصح في غير وقتها لجاز تأخيرها إلى زمن الصحة . فأخبرونا أي كتاب أو سنة أو أثر عن صاحب نطق بأن من أخر الصلاة وفوتها عن وقتها الذي أمر الله بإيقاعها فيه عمدا يقبلها الله منه بعد خروج وقتها ، وتصح منه وتبرأ ذمته منها ويثاب عليها ثواب من أدى فريضته؟ . هذا والله ما لا سبيل لكم إليه البتة حتى تقوم الساعة ،^(٢) .

ونشير هنا إلى أن الجمهور لم يقل بقبول الصلاة المقضية من عامد تركها دون عذر ، وأنه يثاب عليها ثواب من أدى الفريضة في وقتها ، فالقبول وعدمه يختص بالمولى سبحانه وحده ، ليس في القضاء فحسب وإنما في الأداء أيضا ، فالذي قاله الجمهور هو وجوب القضاء والتوبة — دون أن يتعرض

(١) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٨ وانظر المحلى ٣٢٩/٢ ، ٣٣٠ .

(٢) الصلاة وحكم تاركها ص ٤٠ .

للقبول ومقدار الثواب — وأن العائد يأثم بهذا التأخير ويرجو مغفرة ذنبه وبراءة ذمته بالتوبة وما يلزم لها .

كما لا يسلم لابن القيم فيما ذكره من أنه يمكن الاستغناء عن بعض شروط صحة الصلاة وواجباتها كصلاة الخوف والمريض ونحو ذلك دون وقتها ، وأنه لا يسمح لأهل هذه الأعذار تأخير الصلاة عن وقتها حتى تؤدي بشروطها وواجباتها : لا يسلم له بهذا ؛ لأن الاستغناء عن بعض هذه الشروط والواجبات إنما هو للتيسير وخشية إدراك الموت قبل أن يكون حرصا على الوقت ، فقد يموت المحارب أو المريض قبل أن يصلي ما عليه من فرائض إذا أخر أداءها لوقت زوال العذر ، كما أن هذا فيه إبراز روح التيسير لأهل هذه الأعذار ، بحيث يؤدون الصلاة بكيفية لا تتعارض وما هم به مشغولون .

وما يؤكد أن مدار الاستغناء عن بعض شروط صحة الصلاة وواجباتها هو التيسير — وخشية إدراك الموت فيما مثل به الإمام ابن القيم — وليس الحرص على عدم فوات الوقت : هو جواز الجمع بين الصلوات ، ليس للمسافر فحسب ، وإنما للمقيم أيضا لعدم إحراج الأمة والتوسعة عليها^(١) ، برغم القدرة غالبا على أدائها في أوقاتها دون جمع . ولا يعترض بأن وقتي الجمع إنما هما وقت واحد ، كأن يكون وقت الظهر وقتا للعصر ؛ لأنه لو كان كذلك لما صار توقيت الصلوات الخمس وفعل النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام وسائر الأمة معنى ، ولما عاب صلى الله عليه وسلم على أمراء بني أمية تأخير الصلوات ، ولما أمر الناس بالصلاة في وقتها وأن تكون صلاتهم معهم نافلة . فوقتا الجمع هما وقت واحد عند مسوغ الجمع وليس لمطلق الأمر .

(١٠) ونعود لأدلة ابن حزم ومن تبعه ، يقول ابن القيم : ” وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : (من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب

(١) راجع تخريجهما ص ٢٥٠ هامش ٢ .

الشمس فقد أدرك العصر^(١) ، فكذا من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ، ولو كان فعلها بعد المغرب وطلوع الشمس صحيحا مطلقا لكان مدركا ، سواء أدرك ركعة أو أقل من ركعة أو لم يدرك منها شيئا ، فإنه صلى الله عليه وسلم لم يرد إن أدرك ركعة صحت صلاته بلا إثم ؛ إذ لا خلاف بين الأمة أنه لا يحل له تأخيرها إلى أن تضيق وقتها عن كمال فعلها ، وإنما أراد بالإدراك الصحة والإجزاء ، وعندكم تصح وتجزى ولو أدرك منها قدر تكبيرة أو لم يدرك منها شيئا ، فلا معنى للحديث عندكم البتة^(٢) .

وما يلاحظ هنا هو عدم التعارض بين الحديث وبين ما قاله الجمهور من وجوب القضاء ؛ حيث لم يقل الجمهور بأن من لم يدرك من الصلاة شيئا حتى ذهب وقتها ولم يكن له عذر في هذا التأخير سيصبح مدركا لها في وقتها ، وهذا ما يفهم من الحديث بدليل الخطاب .

فمن لم يدرك من الصلاة شيئا دون عذر ، وكذا من أدرك منها ركعة فحسب دون عذر أيضا ، كلاهما آثم — مع تباين إثمهما — ولكن يصير ثانيهما مدركا لها في وقتها دون الأول الذي يلزمه قضاؤها مع توبته ، راجيا براءة ذمته . وليس معنى هذا أن الثاني — من أدرك بعض الصلاة في وقتها — لا تلزمه التوبة، وإنما تختص فحسب بتأخير الصلاة بعدم تمامها بكمالها في وقتها، دونما التوبة من عدم إدراكها في وقتها ، إذ هو مدرك لها فيه ، وهذا هو الفرق بينه وبين من ضيعها حتى خرج وقتها . فأى تعارض إذن بين الحديث وبين قول الجمهور بلزوم قضاء الصلاة بعد فوات وقتها ؟!

(١١) ونعود أيضا لأدلة ابن حزم ومن تبعه ، يقول ابن تيمية : ” في إيجاب القضاء عليه تنفير عظيم عن التوبة ، فإن الرجل قد يعيش مدة طويلة

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب من أدرك من الفجر ركعة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك تلك الصلاة .

(٢) الصلاة وحكم تاركها ص ٣٨ .

ولا يصلي ولا يزكي وقد لا يصوم أيضا ، ولا يبالي من أين كسب المال أمن حلال أم من حرام ، ولا يضبط حدود النكاح والطلاق وغير ذلك ، فهو في جاهلية إلا أنه منتسب إلى الإسلام^(١) ، فإذا هداه الله وتاب عليه فإن أوجب عليه قضاء جميع ما تركه من الواجبات وأمر برد جميع ما اكتسبه من الأموال والخروج عما يحبه من الأبضاع إلى غير ذلك ، صارت التوبة في حقه عذابا، وكان الكفر حينئذ أحب إليه من ذلك الإسلام الذي كان عليه ، فإن توبته من الكفر رحمة ، وتوبته وهو مسلم عذاب .

وأعرف طائفة من الصالحين من يتمنى أن يكون كافرا ليسلم فيغفر له ما قد سلف ؛ لأن التوبة عنده متعذرة عليه أو متعسرة ، على ما قد قيل له واعتقده من التوبة . ثم هذا منفر لأكثر أهل الفسوق عن التوبة ، وهو شبيهه بالمؤيس للناس من رحمة الله ووضع الآصار ثقيلة والأغلال عظيمة على التائبين الذين هم أحباب الله ، فإن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ، والله أفرح بتوبة عبده من الواجد لماله الذي به قوامه بعد اليأس منه .

وينبغي لهذا المقام أن يحرر ، فإن كفر الكافر لم يسقط عنه ما تركه من الواجبات وما فعله من المحرمات لكون الكافر كان معذورا بمنزلة المجتهد ، فإنه لا يعذر بلا خلاف، وإنما غفر له لأن الإسلام توبة ، والتوبة تجب ما قبلها، والتوبة من ترك تصديق وترك عمل وفعل ، فيشبهه — والله أعلم — أن يجعل حال هؤلاء في جاهليتهم كحال غيرهم^(٢) .

ومن البين أن ابن تيمية ذكر هنا دليلين في رفع القضاء ، أولهما ما في القضاء من عسر وشدة على مثل من ذكرهم ، الأمر الذي ينفرهم عن التوبة ، وثانيهما أن التوبة تجب ما قبلها قياسا على توبة الكافر إذا أسلم . ولكن لا يسلم له فيما ذكره ؛ لأن الحرج الكائن هنا إنما هو من إيجاب العائد على نفسه وليس بإيجاب الشرع بدءا كمن يكفر عن فطر يوم بصيام ستين يوما . كما أنه

(١) بناء على أن تارك الصلاة ليس كافرا ، وأنه يعذر بجعله .

(٢) مجموع الفتاوى ٢١/٢٢ .

يمكن أن يؤخذ من كلامه أن القضاء إذا كان لمدة ليست طويلة كسنة مثلا فإنه يقضي ما فاتته ، فalcضاء من العامد ليس محظورا إذن .

ثم ماذا يقول ابن تيمية فيمن ترك الصلاة خمس سنوات مثلا ، ثم تاب وصلى ثم عاد وتركها خمسا أيضا ثم تاب وصلى وهكذا صارت حاله، هل نقول له في كل مرة إن التوبة تجب ما قبلها فلا تقض ما مضى؟! أم أن الأصلح له أن يلزم بقضاء ما تركه عند أول توبة له ، خاصة أن غالب الناس يرجئ توبته الصادقة لخريف عمره ، فكلام ابن تيمية يمكن أن يتخذ ذريعة ثم دعوة للتواكل مادامت أن التوبة ترفع ما قد سلف!.

كما يمكن أن يقال إن من ترك الصلاة سنوات طويلة فعليه القضاء بقدر ما يستطيعه ، بما لا يضطرب معه سعيه ومعاشه ، ولو مات دون أن يكمل ما عليه من قضاء فيكون قد مات بعد أن اتقى الله سبحانه ما استطاع ، راجيا غفران ما فاق طاقته أو ما كان يمكن طوقه بمشقة غالبة . يقول ابن قدامة : ” إذا كثرت الفوائت عليه فإنه يتشاغل بالقضاء ، ما لم تلحقه مشقة في بدنه أو ماله ، أما في بدنه فيضعف أو خوف من مرض أو نصب أو إعياء ، وأما في المال فيقطعه عن معيشته أو فوات شيء من ماله أو ضرره . وقد نص أحمد على معنى هذا . فإن لم يعلم ما عليه قضى حتى يتيقن براءة ذمته . قال أحمد — في رواية صالح — في الرجل يضيع الصلاة : يعيد حتى لا يشك أنه قد جاء بما قد ضيع “ (١) .

وأما ما ذكره من قياس توبة المسلم على توبة الكافر في رفع القضاء ، فهذا قياس مع الفارق ؛ لأن توبة الكافر بإسلامه ورد بخصوصه النص بأن الإسلام يجب ما قبله ، ولو كانت توبة المسلم التارك التكليف عمدا تلحق بتوبة الكافر فلم أمر النبي صلى الله وسلم المفطر عمدا في رمضان بقضاء ما أفطره وبالكفارة أيضا ؟. فلم يقل له صلى الله عليه وسلم بدءا بأن التوبة تجب ما

(١) المغني ١ / ٣٥٦ .

ارتكبه فلا يلزمك قضاء ولا كفارة . وليس هذا الأمر من عدم الاكتفاء بالتوبة وحدها خاصا بالصوم وحده، وإنما هو في سائر التكاليف من صلاة وزكاة ونذر وديون ومعاملات وحدود وجنایات ، وما شابه ذلك مما تشغل به الذمة . فالكافر لا يتوجه إليه الخطاب بهذه الأمور التي لا تصلح منه إلا بصحة اعتقاد ، ولذا فإنه لا يطالب بها إذا أسلم .

(١٢) وأخيرا فقد استدل ابن حزم ومن تبعه ببعض الآثار عن بعض الصحابة والتابعين ، ينتهي جميعها إلى عدم صحة أداء الصلاة في غير وقتها ، وأنه لا سبيل لاستدراكها إذا فات هذا الوقت^(١)، وهذه الآثار لن تزيد قوة الاستدلال بها عن مثل قوله تعالى ﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴾^(٢) وقوله صلى الله عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله)^(٣)، وماشابه هذا من نصوص تدل على فوات الصلاة وعدم استدراكها بفوات وقتها، وقد سبق مناقشة ذلك تفصيلا ، فلا حاجة إلى إعادته ثانية .

وبعد عرض أدلة الفريقين نورد قول ابن رشد الحفيد في التعقيب على بعضها، يقول : ” سبب اختلافهم اختلافهم في شيئين : أحدهما في جواز القياس في الشرع . والثاني في قياس العامد على الناسي إذا سلم جواز القياس . فمن رأى أنه إذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة ، فالمتعمد أحرى أن يجب عليه لأنه غير معذور : أوجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والأضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة ، وإنما تقاس الأشباه : لم يجز قياس العامد على الناسي .

والحق في هذا أنه إذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا ، وأما إن جعل من باب الفرق بالناسي والعذر له وأن لا يفوته ذلك الخير، فالعامد

(١) انظر هذه الآثار : المحلى ٣٢٣/٢ : ٣٢٩ ، الصلاة ٤٠ : ٤٢ .

(٢) الماعون ٤ ، ٥ .

(٣) راجع تخريجه ص ٢٥١ هامش ١ .

في هذا ضد الناسي ، والقياس غير سائغ ؛ لأن الناسي معذور ، والعامد غير معذور .

والأصل أن القضاء لا يجب بأمر الأداء ، وإنما يجب بأمر محدد على ما قال المتكلمون ؛ لأن القاضي قد فاتته الوقت ، إذ كان شرطاً من شروط الصحة ، والتأخير عن الوقت في قياس التقديم عليه ، لكن قد ورد الأثر بالناسي والنائم ، وتردد العامد بين أن يكون شبيهاً أو غير شبيهه . والله الموفق للحق ،^(١) .

ولا تصح أن تكون علة القياس تغليظاً أو رفقا في وجوب القضاء على النائم والناسي ؛ أما التغليظ فظاهر ، وأما الرفق فإنه لو كان هو العلة لناسب رفع القضاء كلية مع كمال أجره وثوابه كما هو مقرر . فظهر أن علة القياس هو شغل الذمة بالتكليف ولا يرفع عنها إلا بنص ، كرفع القضاء عن الحائض .

وما أشار إليه ابن رشد من أن القضاء يجب بأمر جديد ، قد سبق مناقشة ذلك وانتهينا إلى أن الأمر الذي تتشغل به الذمة يجب قضاؤه بالأمر الأول ولا يحتاج إلى أمر جديد ، أما ما لا تتشغل به فيحتاج إليه^(٢) . كذلك لا يسلم له قياس التأخير عن الوقت على التقديم عليه للفارق بينهما ، حيث الخطاب بالتكليف مع بداية الأمر دون ما قبله ، وقد سبق مناقشة ذلك أيضاً^(٣) . وعلى هذا فإن العامد يكون شبيهاً بالأولى بالنائم والناسي .

وبعد هذا العرض لأدلة الجمهور وبيان سلامتها من النقد الذي وجه إليها، وعدم سلامة أدلة ابن حزم ومن تبعه مما وجه إليها، يمكن ترجيح رأي الجمهور في وجوب القضاء على من تعمد ترك الصلاة كسلاً حتى خرج وقتها، وأن عليه أن يشفع هذا القضاء بتوبة وما يلزم لها من ندم واستغفار وتطوع وفعل خير عسى أن ينال عفو ربه سبحانه .

(١) بداية المجتهد ١/١٣٢ .

(٢) راجع الدليل الخامس من أدلة الجمهور . ص ٢٣٣ .

(٣) راجع الدليل الثاني من أدلة ابن حزم ومن تبعه . ص ٢٤١ .

وإذا ثبت وجوب القضاء فإننا نعود إلى المسألة الأولى الخاصة بتعيين زمن الفوائت ، وقد سبق القول بأن بعض الحنفية قد أوجبوا على من تقادمت عليه الفوائت وتكاثرت أن يعين الزمن فيما يقضيه^(١) ، بأن ينوي مثلاً ظهر يوم كذا أو عصر يوم كذا وهكذا ، فإذا اشتبه عليه الزمن أو أراد تسهيل الأمر على نفسه فعليه أن ينوي في أول ظهر يقضيه أن يكون عن اليوم الأول ، وعلى هذا يكون الظهر التالي له عن اليوم الثاني وهكذا ، أو ينوي به أن يكون عن اليوم الأخير ، وعلى هذا يكون الظهر التالي له عن اليوم قبل الأخير وهكذا . فالترتيب في الحالة الأولى يكون تصاعدياً وفي الأخرى يكون تنازلياً ، وفي كلا الحالين يكون قد عين ظهراً واحداً — الأول أو الأخير — وما تلاه يتعين بنفسه حسبما ذكر .

ودليل هؤلاء الأحناف في ذلك هو أن ” الفروض متزاحمة ، فلا بد من تعيين ما يريد أدائه حتى تبرأ ذمته منه ، لأن فرضاً من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر ، فلهذا وجب التعيين بالنية ، والشرط تعيين الجنس بالنية ، لأنها شرعت لتمييز الأجناس المختلفة ، ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة، والتصرف إذا لم يصادف محله يكون لغوا، ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب ، والصلوات كلها من قبيل المختلف ، حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين؛ لأن وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما، لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما، بل بدلوك الشمس ونحوه ، والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر ، بخلاف صوم رمضان ؛ لأنه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ وهو واحد ؛ لأنه عبارة عن ثلاثين يوماً بلياليها ، فلذلك لا يحتاج إلى تعيين صوم يوم كذا^(٢) ، حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر ، أو كان عليه قضاء

(١) راجع ص ٢٠٦ .

(٢) يقول ابن الهمام : كل يوم وإن كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر ، فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان : شهود الشهر ، وخصوص اليوم . فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضاؤه إلى تعيين يوم السبت مثلاً أو يوم الأحد . فتح القدير ٢٧٥/٤ .

صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز ، بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر ، حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب ، فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهر عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس ،^(١) .

وقد نفى هؤلاء الأحناف أن يكون اشتراط نية تعيين زمن الفوائت لأجل مراعاة ترتيبها^(٢) ، فالترتيب بين الفوائت الكثيرة^(٣) غير واجب عند عامة الحنفية ، يقول الكاساني : ” كثرة الفوائت كما تسقط الترتيب في الأداء تسقطه في القضاء ؛ لأنها لما عملت في إسقاط الترتيب في غيرها فلأن تعمل في نفسها أولى ، حتى لو قضى فوائت الفجر كلها ثم الظهر كلها ثم العصر كلها جاز “^(٤) . كما أن عدم الترتيب يؤخذ كذلك من الترتيب التنازلي المشار إليه قبل قليل .

ولأجل مراعاة الترتيب بين الفوائت يصير الحنابلة موافقين لمن قال من الحنفية بوجوب تعيين زمن الفائتة ؛ لأنه يلزم عن وجوب الترتيب بين الفوائت — وهو ظاهر مذهب الحنابلة — تعيين زمن الفائتة ، ولا يتصور ترتيب الفوائت دون هذا التعيين ، حيث ينوي الفوائت الخمس عن اليوم الأول ، ثم مثلها عن اليوم الثاني وهكذا . فالحنابلة — في ظاهر المذهب — برغم أنهم يخالفون عامة الحنفية في حكم الترتيب ، إلا أنهم يوافقون بعضهم في وجوب تعيين زمن الفوائت .

يقول ابن مفلح : ” لو نوى من عليه ظهران فائتان ظهرا منهما لم يجزه عن أحدهما حتى تعين السابقة لأجل الترتيب ، وقيل بلى كصلاتي نذر ؛ لأنه

(١) تبیین الحقائق ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ .

(٢) السابق ٢٢١/٦ .

(٣) يقول الكاساني : ” ظاهر الرواية على أن أدنى حد للكثرة هو أن تصير الفوائت ستا ، فإذا خرج وقت السادسة سقط الترتيب حتى يجوز أداء السابعة قبلها “ البدائع ١/١٣٥ ، دار الكتاب العربي — بيروت ، طبعة ثانية ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م . وحد الكثرة عند محمد هو أن تصير الفوائت خمسا ، وحدها زفر بشهر .

(٤) البدائع ١/١٣٧ .

مخير هنا في الترتيب كإخراج نصف دينار عن أحد نصابين أو كفارة عن إحدى أيمان حنث فيها ، ويتوجه تخريج واحتمال يعين السابقة “ (١) .

وقد ذهب المالكية إلى ندب تعيين زمن الفائتة دون وجوبه ، يقول الدردير: ” (وإن علمها) بأنها الظهر مثلا (دون) علم (يومها) التي تركت فيه (صلاها ناويا) بها أنها (له) أي لليوم الذي تركت فيه مجملا ، ثم النية المذكورة مندوبة فيما يظهر؛ لأن تعيين الزمن لا يشترط في صحة الصلاة “ (٢) . وقد أكد الدسوقي ندب هذه النية دون وجوبها ، يقول : ” (قوله مندوبة) أي وحينئذ فقله ناويا له أي على جهة الكمال لا على جهة الوجوب “ (٣) .

كما لم يشترط الشافعية تعيين زمن الفائتة أيضا ، يقول النووي : ” إذا كان عليه فائتة أو فوائت فلا خلاف أنه لا يشترط أن ينوي الظهر ، ظهر يوم الخميس مثلا، بل يكفيه نية الظهر ، والظهر الفائتة إذا اشترطنا نية القضاء “ (٤) . ولا يعني هذا صحة صلاة من نوى قضاء صلاة معينة وكان عليه غيرها ، يقول النووي أيضا : ” لو نوى في الصلاة قضاء ظهر يوم الاثنين وكان عليه ظهر الثلاثاء لم يجزه ، صرح به البغوي “ (٥) .

هذا ، وقد سبق تفصيل القول في أن الظاهرية لا يوجبون القضاء على من تهاون بالصلاة ، ولكن ما ذكره ابن حزم في النسيان والترتيب قد يؤخذ منه أنه يقول بعدم وجوب تعيين زمن الفائتة ، فهو يرى أن من ” نسي ظهرا وعصرا ، لا يدري أمن يوم واحد أم من يومين أو يدري ، صلاهما فقط ولا

(١) الفروع ٣٩٢/١ ، ٣٩٣ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، طبعة أولى ١٤١٨ هـ . وانظر :

المغني ١ / ٣٥٢ ، الإنصاف ١ / ٤٤٣ ، مطالب أولى النهى ١ / ٣٢١ ، المكتب الإسلامي —

بيروت / دمشق ، بدون تاريخ .

(٢) الشرح الكبير ١ / ٢٦٨ .

(٣) حاشية الدسوقي ١ / ٢٦٨ .

(٤) المجموع ٣ / ٢٤٤ .

(٥) السابق ١ / ٣٧٨ .

يبالي أيهما قدم ؛ لأنه لم يوجب عليه غير ذلك نص سنة ولا قرآن ولا إجماع ولا قياس ولا قول صاحب “ (١) . ويقول أيضا : ” إنما يجب الترتيب ما دامت الأوقات قائمة مرتبة بترتيب الله تعالى لها ، وأما عند خروج بعض الأوقات فلا ؛ إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة ولا إجماع . وبالله تعالى التوفيق “ (٢) .

وقد ذهب الزيدية إلى عدم وجوب تعيين زمن الفوائت أيضا ، يقول صاحب التاج المذهب : ” (ولا يجب الترتيب) بين الصلوات المؤداة والمقضية إذا قضى مع الفرض فرضا ، بل يبدأ بأيهما شاء ، لكن يستحب عندنا تقديم الفائتة إذا كان متوضئا ما لم يخش فوت الحاضرة ، فلو قدمها مع خشية فوت الحاضرة لم يجزه . (ولا) يجب الترتيب أيضا (بين) الصلوات (المقضيات) عندنا ، بأن يقول من أول ما علي من كذا ، بل يبدأ بأيتهن شاء ، (ولا) يجب أيضا (التعيين) عندنا ، فيقول من آخر ما علي من كذا ، أو من أول ما علي من كذا “ (٣) .

(١) المحلى ٢٥٩/٤ .

(٢) السابق : الموضع نفسه . ولا يُعتَقَد أن ابن حزم يقول بوجوب ترتيب الفوائت بقوله ” ولا فرق بين وجوب الترتيب في صلاة يوم وليلة وبين وجوبه في ترتيب صلاة أمس قبل صلاة اليوم ، وصلاة أول أمس قبل صلاة أمس ، وهكذا أبدا “ — المحلى ٢٥٢/٤ — لأن قوله هذا جاء ردا على الإمامين أبي حنيفة ومالك فيما ذهبا إليه من وجوب تقديم خمس فوائت فأقل على الحاضرة ، ولا يجب فيما فوق ذلك ، فابن حزم يرى أن ” من ذكر في نفس صلاته — أي صلاة كانت — أنه نسي صلاة فرض واحدة أو أكثر من واحدة ، أو كان في صلاة الصبح فذكر أنه نسي الوتر : تمادى في صلاته تلك حتى يتمها ، ثم يصلي التي ذكر فقط ، لا يجوز له غير ذلك ، ولا يعيد التي ذكرها فيها “ — المحلى ٢٥١/٤ — كما قد يُعتَقَد أن ابن حزم يقول بوجوب ترتيب الفوائت أيضا بقوله ” إن ذكر صلاة وهو في وقت أخرى ، فإن كان في الوقت فسحة فليبدأ بالتي ذكر سواء كانت واحدة أو خمسا أو عشرة أو أكثر ، يصلي جميعها مرتبة ثم يصلي التي هو في وقتها “ — المحلى ٢٥٤/٤ — فقد أبان عن حكم الترتيب هنا بأنه ليس واجبا ، فبعد أن ساق حديث صلاة النبي صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر في وقت المغرب يوم الخندق قال : وإنما لم نجعل ذلك واجبا لأنه عمل لا أمر . المحلى ٢٥٥/٤ .

(٣) التاج المذهب ١٣٤/١ .

وقد اختلف الإمامية في وجوب ترتيب الفوائت فيما بينها ، وما يلزم عنه من تعيين زمنها ، وهذا الخلاف إنما هو في غير فرائض اليوم الواحد ، أما هي فلا خلاف في وجوب ترتيبها ، ويبدو أن دليلهم في هذا هو فعل النبي صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ، ولا يؤخذ من وجوب ترتيب القضاء في صلوات اليوم الواحد وجوب تعيين زمن الفوائت عامة ؛ إذ إنه لا يوجد إلا صبح واحد وظهر واحد وهكذا، وهذا يختلف عما إذا كان عليه فرائض أكثر من يوم ، حيث تتكرر الفرائض أو بعضها ، ويتكرر الزمن تبعا لذلك^(١).

وكذلك اختلف الإباضية في وجوب تعيين زمن الفوائت وترتيبها ، بناء على خلافهم في الفوائت : هل لها أوقات كالمؤداة أم لا ؟^(٢) .

وبعد عرض المذاهب في المسألة يمكن ترجيح رأي من قال بعدم وجوب تعيين زمن الفوائت ، ويمكن أيضا الرد على من قال من الحنفية بأن الصلوات تختلف باختلاف أوقاتها فيجب تعيين زمنها في القضاء بما قاله ابن حزم بأن الأوقات إنما تعتبر في الأداء وبتوقيات المولى سبحانه لها ، أما بعد ذهابها فلا اعتبار لها ، وما جاء عنه صلى الله عليه وسلم من قضاء الصلوات مرتبة يوم الخندق فليس فيه دليل على الوجوب ؛ إذ إنه فعل — ليس بدائم بل لم يتكرر — وليس بقول ، كما لم يرد نهى عن قضائها دون تعيين زمنها .

(١) شرائع الإسلام ١/١٢١ وفي تفصيل الخلاف انظر : الروضة البهية ١/٣٤٤ : ٣٤٩ .

(٢) النيل وشرحه ٢/٤٨٦ : ٤٩١ .

تقادم الزكاة

قد يتقادم المال الذي تجب فيه الزكاة في يد صاحبه دون أن يزكيه ، فهل يجب عليه زكاة ما مضى من أعوام ؟.

ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبا وزفر إلى وجوب دفع زكاة ما مضى من أعوام ، ما دام هذا المال يزيد عن النصاب ، وتكفي هذه الزيادة زكاة هذه الأعوام .

أما إذا كان هذا المال نصابا فحسب فإن حكمه يختلف ، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى وجوب الزكاة عن العام الأول فحسب ، إذ ينقص النصاب بذلك ، وسواء في ذلك كان نصابا واحدا أو استهلك بعد العام الأول ثم استفاد صاحبه نصابا آخر حال عليه حول ثان أو أكثر . ودليلهما في هذا هو أن كل ذلك دين مطالب به من جهة العباد^(١) .

وقد وافق أبو يوسف أبا حنيفة ومحمدا في حال بقاء النصاب الواحد أحوالا ، أما في حال استهلاكه فقد قال بوجوب الزكاة عن هذا المال المستهلك ، وكذا في النصاب المستفاد . يقول الكاساني : ” ولأبي يوسف الفرق بين وجوب الزكاة وبين دينها ، هو أن دين الزكاة في الذمة لا يتعلق بالنصاب ، فلا يمنع الوجوب كدين الكفارات والنذور . وأما وجوب الزكاة فمتعلق بالنصاب ؛ إذ الواجب جزء من النصاب ، واستحقاق جزء من النصاب يوجب النصاب ؛ إذ المستحق كالمصروف “^(٢) .

وأما زفر فقد قال بوجوب الزكاة عن جميع الأعوام في الحالين ، ودليله في ذلك هو أن الأموال الباطنة لا مطالب لها من جهة العباد ، فتعد كالنذور والكفارات في عدم منع الزكاة ، وزكاة الأموال الظاهرة — والزكاة بصفة

(١) بدائع الصنائع ٢ / ٧ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

عامة — تعتبر قربة الله تعالى ، فتعد كالنذور والكفارات أيضا في عدم منع الزكاة .

وقد نسب إليه رواية أخرى ، وهي أنه يرى هذا في الأموال الباطنة دون الظاهرة ؛ وذلك لأن الأموال الباطنة لا يطالب الإمام بزكاتها ، فلم يكن لزكاتها مطالب من جهة العباد ، سواء كانت في العين أو في الذمة ، بخلاف الأموال الظاهرة ؛ لأن الإمام يطالب بزكاتها^(١) .

وقد رد الحنفية أنفسهم على زفر بأن دين الزكاة عن الأموال الباطنة بمنزلته عن الأموال الظاهرة ، فإن المصدق كان يأخذ منها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده رضي الله عنهما ، حتى فوض عثمان رضي الله عنه الأداء إلى أرباب الأموال لما خاف المشقة والحرص في تفتيش الأموال عليهم من سعاة السوء ، فكان ذلك توكيلا منه لصاحب المال بالأداء فنفذ توكيله ؛ لأنه كان عن نظر صحيح^(٢) .

وقد قيل لأبي يوسف ما حجتك على زفر ؟ . فقال ما حجتني على رجل يوجب في مائتي درهم أربعمئة درهم ! . ومراده إذا ملك مائتي درهم فحال عليها ثمانون حولا^(٣) .

هذا وقد ذهب الإمام مالك إلى أن الرجل إذا فرط في الزكاة ضمنها وإن أحاطت بماله ، فقد سأل سحنون ابن القاسم : أرأيت لو أن رجلا كان عنده مائة دينار فحال عليها الحول ، وعليه زكاة كان قد فرط فيها ، لم يؤدها من زكاة المال والماشية وما أنبتت الأرض ، أتكون فيما بين يديه الزكاة ؟ . قال لا

(١) السابق ٢ / ٧ .

(٢) مبسوط السرخسي ١٦٩ / ٢ ، ١٧٠ وانظر تحفة الفقهاء للسمرقندي ١ / ٢٧٥ ، دار الكتب العلمية — بيروت ، طبعة أولى ١٤٠٥ هـ .

(٣) مبسوط السرخسي ١٦٩ / ٢ وانظر : مبسوط محمد بن الحسن ١٨ / ٢ ، ١٩ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي ، بدون تاريخ الهداية ١ / ٩٦ ، ٩٧ حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٦٠ ، ٢٦١ .

يكون عليه فيما بين يديه الزكاة إلا أن يبقى — بعد أن يؤدي ما كان فرط فيه من الزكاة — ما تجب فيه الزكاة — عشرون ديناراً فصاعداً — ، فإن بقي في يديه عشرون ديناراً فصاعداً زكاه . قلت : وهذا قول مالك ؟. قال : هذا رأيي ، وذلك لأن مالكا قال لي في الزكاة : إذا فرط فيها الرجل ضمنها وإن أحاطت بماله . وهذا عندي مثله^(١) .

كما أن الإمام مالكا جعل المستحق كالمصروف في الزكاة ، فمن كان عنده أربعون شاة مر عليها حولان دون زكاة زكاهها لعام واحد فحسب ، يقول : إذا كانت غنما فغاب عنها الساعي خمس سنين ، فوجدها حين جاءها ثلاثاً وأربعين ، أخذ منها أربع شياه لأربع سنين وسقطت عن ربها سنة ؛ لأنه حين أخذ منها أربع شياه صارت إلى أقل مما تجب فيه الزكاة، فلا زكاة عليه فيها^(٢) .

ويقول سحنون: قلت : أرأيت إن كانت خمسا من الإبل فمضى لها سنون خمس لم يأتها فيها المصدق ، فأتاه بعد الخمس سنين ؟. فقال — ابن القاسم — عليه خمس شياه . قلت : فلم يكون عليه خمس شياه ولم يجعل في الغنم حين صارت إلى ما لا زكاة فيها شيئاً ؟. فقال : لأن الإبل في هذا خلاف الغنم ، الإبل زكاتها من غيرها هاهنا ، إنما زكاتها من الغنم ، والغنم إنما زكاتها منها ، فلما رجعت الغنم إلى ما لا زكاة فيها ، حين أخذ المصدق منها ما أخذ ، لم يكن له عليها شيء . وهذا كله قول مالك^(٣) .

كما ذهب الإمام مالك إلى أن غير المدير — في زكاة التجارة — لا يزكي كل عام ، فقد قال إن المدير يقوم إذا نض له شيء في العام ، وغير المدير ليس عليه ذلك وإن أقام العرض للتجارة عنده سنين ، ليس عليه فيه زكاة ، فإذا باعه زكاه زكاة واحدة لسنة واحدة^(٤) .

(١) المدونة ٢ / ٣٣٦ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) السابق ٢ / ٢٥٦ .

(٤) التمهيد ١٧ / ١٢٧ ، المدونة ٢ / ٣٥١ .

أما الشافعية فقد أوجبوا الزكاة عن الأعوام السابقة بشرط عدم نقص النصاب ، يقول النووي : قال أصحابنا : وإذا أوجبنا الزكاة في الأحوال الماضية فشرطه أن لا ينقص المال عن النصاب بما يجب للزكاة ، بأن يكون في الماشية وقص أو كان له مال آخر يفي بقدر الزكاة. أما إذا كان المال نصاباً فقط ومضت أحوال ، فقال الجمهور لا تجب زكاة ما زاد على الحول الأول ؛ لأن قول الوجوب هو الجديد ، والجديد يقول بتعلق الزكاة بالعين فينقص النصاب من السنة الثانية ، فلا يجب شيء إلا أن تتوالد ، بحيث لا ينقص النصاب . هذا قول الجمهور (١) .

وقد ورد في باب المال يحول عليه أحوال في يدي صاحبه في (الأم) عن الربيع قال أخبرنا الشافعي قال : وإذا كان لرجل خمس من الإبل ، فحال عليها أحوال وهي في يده لم يؤد زكاتها ، فعليه فيها زكاة عام واحد ؛ لأن الزكاة في أعيانها — وإن خرجت منها شاة في السنة — فلم يبق له خمس تجب فيهن الزكاة . قال الربيع : وفيه قول آخر : أن عليه في كل خمس من الإبل ، أقامت عنده أحوالا ، أداء زكاتها في كل عام أقامت عنده شاة في كل عام ؛ لأنه إنما يخرج الزكاة من غيرها عنها ...

قال الشافعي: ولو كانت له أربعون شاة فحال عليها أحوال ولم تزد، فأحب إلي أن يؤدي زكاتها لما مضى عليها من السنين ، ولا يبين لي أن نجبره — إذا لم يكن له إلا الأربعون شاة فحالت عليها ثلاثة أحوال — أن يؤدي ثلاثة شياه (٢).

قال الربيع : وفي الإبل إذا كانت عنده خمس من الإبل فحال عليها أحوال ، كانت عليه في كل حول شاة ؛ لأن الزكاة ليست من عينها ، إنما تخرج من غيرها ، وهي مخالفة للغنم التي في عينها الزكاة (٣) .

(١) المجموع ٣٠٧ / ٥ .

(٢) يقول الفيومي : الشاة من الغنم يقع على الذكر والأنثى ، فيقال هذا شاة للذكر ، وهذه شاة للأنثى . المصباح المنير : شوه .

(٣) الأم ٥٣ / ٢ وانظر حلية العلماء للشاشي القفال ٣ / ٤٩ ، ٥٠ مؤسسة الرسالة ، دار الأرقم — بيروت — عمان — الأردن ، طبعة أولى ١٤٠٠ هـ .

هذا وللحنابلة ثلاثة أقوال في المسألة :

الأول أن الزكاة تجب في عين المال ، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه في رواية الجماعة . فلو حال على النصاب أحوال لم تؤد زكاتها تعلقت الزكاة في الحول الأول بقدره ، فإن كان نصابا لا زيادة عليه ، فلا زكاة فيه فيما بعد الحول الأول ؛ لأن النصاب نقص فيه ، وإن كان أكثر من نصاب عزل قدر فرض الحول الأول ، وعليه زكاة ما بقي^(١) .

ودليل هذا القول هو قوله صلى الله عليه وسلم (في أربعين شاة شاة)^(٢) وقوله (فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقي بدالية أو نضح نصف العشر)^(٣) ، وغير ذلك من الألفاظ الواردة بحرف (في) وهي للظرفية . وإنما جاز الإخراج من غير النصاب رخصة^(٤) .

ولا يسري هذا الحكم إذا كانت الزكاة من غير جنس المال ، يقول ابن قدامة : ” إن ملك خمسا من الإبل ، فلم يؤد زكاتها أحوالا ، فعليه في كل سنة شاة . نص عليه في رواية الأثرم . قال في رواية الأثرم : المال غير الإبل ؛ إذا أدى من الإبل لم ينقص ، والخمس بحالها ، وكذلك ما دون خمس وعشرين من الإبل ، لا تنقص زكاتها فيما بعد الحول الأول ؛ لأن الفرض يجب من غيرها ، فلا يمكن تعلقه بالعين . وللشافعي قولان : أحدهما أن زكاتها تنقص كسائر الأموال ، فإذا كان عنده خمس من الإبل ، فمضى عليها أحوال ، لم تجب عليه فيها إلا شاة واحدة ؛ لأنها نقصت بوجوب الزكاة فيها في الحول الأول عن خمس كاملة فلم يجب عليه فيها شيء ، كما لو ملك أربعا وجزءا من بغير .

(١) المغني ٢ / ٢٨٧ .

(٢) البخاري ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الغنم . ولفظه : ... وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة..

(٣) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الزكاة ، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء .
مسلم ، كتاب الزكاة ، باب ما فيه العشر أو نصف العشر .

(٤) المغني ٢ / ٢٨٧ .

ولنا أن الواجب من غير النصاب ، فلم ينقص به النصاب ، كما لو أداه ، وفارق سائر المال ، فإن الزكاة يتعلق وجوبها بعينه فينقصه كما لو أداه من النصاب. فعلى هذا لو ملك خمسا وعشرين فحالت عليها أحوال، فعليه في الحول الأول بنت مخاض ، وعليه لكل حول بعده أربع شياه ، وإن بلغت الشاة الواجبة أكثر من خمس من الإبل ،^(١) .

الثاني أن الزكاة تجب في الذمة ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لأن إخراجها من غير النصاب جائز ، فلم تكن واجبة فيه كزكاة الفطر ، ولأنها لو وجبت فيه لامتنع تصرف المالك فيه ، ولتمكن المستحقون من إلزامه أداء الزكاة من عينه ، أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيه ، ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط .

فلو حال على ماله حولان لم يؤد زكاتها ، وجب عليه أدؤهما لما مضى، ولا تنقص عنه الزكاة في الحول الثاني ، وكذلك إن كان أكثر من نصاب لم تنقص الزكاة ، وإن مضى عليه أحوال . فلو كان عنده أربعون شاة مضى عليها ثلاثة أحوال لم يؤد زكاتها ، وجب عليه ثلاث شياه ، وإن كانت مائة دينار فعليه سبعة دنانير ونصف ؛ لأن الزكاة وجبت في ذمته ، فلم يؤثر في تنقيص النصاب . لكن إن لم يكن له مال آخر يؤدي الزكاة منه ، احتمل أن تسقط الزكاة في قدرها ؛ لأن الدين يمنع وجوب الزكاة . وقال ابن عقيل : لا تسقط الزكاة بهذا الحال ؛ لأن الشيء لا يسقط نفسه ، وقد يسقط غيره ، بدليل أن تغيير الماء بالنجاسة في محلها لا يمنع صحة طهارتها وإزالتها له ، ويمنع إزالة نجاسة غيرها . والأول أولى ؛ لأن الزكاة الثانية غير الأولى^(٢) .

الثالث تنزيل الروايتين على اختلاف حالين ، وهما يسار المالك وإعساره ، فإن كان موسرا وجبت في ذمته ، وإن كان معسرا وجبت في عين

(١) المغني ٢ / ٢٨٨ .

(٢) المغني ٢ / ٢٨٧ وانظر : المحرر لابن تيمية الجد ١ / ٢١٩ ، مكتبة المعارف بالرياض ، طبعة ثانية ١٤٠٤هـ — الفروع ٢ / ٢٦٥ ، ٢٦٦ — الإنصاف ٣ / ٣٥ .

المال . وقد وصف هذا القول بأنه غريب^(١) .

وأخيرا فقد ذهب ابن حزم إلى وجوب دفع زكاة الأعوام الماضية حتى لو أتت على جميع ماله ، يقول : من اجتمع في ماله زكاتان فصاعدا وهو حي ، تؤدي كلها لكل سنة على عدد ما وجب عليه في كل عام ، وسواء كان ذلك لهروب به ماله ، أو لتأخير الساعي ، أو لجهله ، أو لغير ذلك . وسواء في ذلك العين والحرث والماشية، وسواء أتت الزكاة على جميع ماله أو لم تأت ، وسواء رجع ماله بعد أخذ الزكاة منه إلى ما لا زكاة فيه أو لم يرجع^(٢) . وقد بنى ابن حزم رأيه هذا على وجوب الزكاة في الذمة ، وقد سبق عرض أدلة هذا الرأي في القول الثاني للحنابلة .

من خلال ما سبق عرضه يمكن ترجيح قول من قال بأن الزكاة تجب في الذمة ، وأن للمزكي أن يخرجها من المال الذي وجبت فيه أو من غيره ؛ حيث لا يسلم لأدلة من قال بوجوبها في عين المال ، فقد استدلوا — كما سبق — بأن أحاديث مقادير الزكاة ورد بها لفظ (في) وهو للظرفية ، كقوله صلى الله عليه وسلم (في كل أربعين شاة)^(٣) . لا يسلم لهم بهذا ؛ لأن (في) لا يقتصر معناها على الظرفية ، بل ينسحب لبيان الحد ، فمعناها هو : (عن) كل أربعين شاة شاة . ولو كانت للظرفية فحسب في نصوص مقادير الزكاة لما أمكن تصور ذلك في بعض هذه النصوص ، كقوله صلى الله عليه وسلم (في كل خمس من الإبل شاة)^(٤) . وأما ما ذكروه من أن جواز الإخراج من غير النصاب رخصة فلم يذكروا له دليلا .

وعلى هذا فلو أهمل المسلم إخراج زكاته أعواما ، فعليه إخراجها عن هذه الأعوام ، مراعيًا نصابها في كل عام ، بحيث يجعل المستحق منها

(١) الإنصاف ٣ / ٣٦ .

(٢) المحلى ٦ / ١١٠ ، ١١١ وانظره أيضا : ٥ / ٣٩٠ ، ٣٩١ .

(٣) راجع تخريجه ص ٢٧٢ هامش ٢ .

(٤) أبو داود ، كتاب الزكاة ، باب في زكاة السائمة .

كالمصروف ، فإذا كان هذا المال نصابا فحسب فعليه زكاة العام الأول فقط ،
وإذا كان فوق النصاب أخرج منه مما عليه إلى أن ينتهي نصابا فيخرج زكاته
ولا يخرج بعده . كما إذا استهلك هذا المسلم ماله فلا يعفيه ذلك من وجوب زكاة
الأعوام السابقة في ذمته . وإذن فالزكاة تجب في ذمة المسلم بشرط بلوغها
نصابا حقيقة أو تقديرا .

تقادم الصوم

ذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن بعض أصحاب الأعدار كالمسافر ، إذا لم يصم ما عليه حتى دخل عليه رمضان آخر ، ولم يكن معذورا في هذا التأخير ، فإنه يصوم رمضان الحاضر ، ثم يقضي ما عليه من رمضان الأول ، ويفدي — بجانب القضاء — عن كل يوم أفطره . أما إذا كان معذورا فعليه القضاء فحسب .

يقول ابن قدامة : ” وجملة ذلك أن من عليه صوم من رمضان ، فله تأخير ما لم يدخل رمضان آخر ؛ لما روت عائشة قالت : كان يكون على الصيام من شهر رمضان ، فما أقضيه حتى يجيء شعبان . متفق عليه^(٤) . ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر ؛ لأن عائشة رضي الله عنها لم تؤخر إلى ذلك ، ولو أمكنها لأخرته ، ولأن الصوم عبادة متكررة ، فلم يجز تأخير الأولى عن الثانية كالصلوات المفروضة .

فإن أخره عن رمضان آخر نظرنا ، فإن كان لعذر فليس عليه إلا القضاء ، وإن كان لغير عذر ، فعليه مع القضاء إطعام مسكين لكل يوم . وبهذا قال ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق . وقال الحسن والنخعي وأبو حنيفة : لا فدية عليه ؛ لأنه صوم واجب ، فلم يجب عليه في تأخيره كفارة ، كما لو أخر الأداء والنذر .

ولنا ما روي عن ابن عمر وابن عباس وأبو هريرة أنهم قالوا : أطعم عن كل يوم مسكينا . ولم يرد عن غيرهم من الصحابة خلافهم . وروي مسندا

(١) الكافي ص ١٢٢ — القوانين الفقهية ص ٨٤ .

(٢) المذهب والمجموع ٦ / ٣٨٣ ، ٣٨٥ .

(٣) المغني ٣ / ٤٠ .

(٤) البخاري ، كتاب الصوم ، باب متى يقضى قضاء رمضان .

مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء رمضان في شعبان .

من طريق ضعيف . ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية كالشيخ الهَم ، (١) .

ثم اختلف هؤلاء فيمن أخر القضاء حتى دخل عليه رمضان فأكثر ، هل تتكرر الفدية بعدد السنين أم يكفيه فدية واحدة ؟. ذهب المالكية والحنابلة إلى عدم تكررها ؛ لأن كثرة التأخير لا يزداد بها الواجب ، كما لو أخر الحج الواجب سنين ، لم يكن عليه أكثر من فعله (٢) .

أما الشافعية فقد ذكر الشيرازي الوجهين ، يقول : إن أخره سنتين ففيه وجهان أحدهما يجب لكل سنة مد ؛ لأنه تأخير سنة فأشبهت السنة الأولى . والثاني لا يجب للثانية شيء ؛ لأن القضاء مؤقت بما بين رمضانين ، فإذا أخره عن السنة الأولى فقد أخره عن وقته فوجب الكفارة ، وهذا المعنى لا يوجد فيما بعد السنة الأولى ، فلم يجب بالتأخير كفارة (٣) .

وقد عقب النووي على هذا بقوله : لو أخره حتى مضى رمضانان فصاعدا هل يتكرر المد عن كل يوم بتكرر السنين أم يكفي مد عن كل السنين ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، أحدهما يتكرر ، صححه إمام الحرمين وغيره ، وقطع به القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد ، وخالفهم صاحب الحاوي فقال الأصح أنه يكفي مد واحد لجميع السنين . والأول أصح (٤) .

هذا عن رأي من يرى وجوب الفدية أما الفريق الآخر — الحنفية ، الظاهرية ، الزيدية — فقد ذهبوا إلى الاقتصار على القضاء فحسب ، واستدلوا لرأيهم بعدم تقييد النصوص الواردة في القضاء ، مثل قوله تعالى ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ (٥) ، ومثل أمره صلى الله عليه وسلم أصحاب الأعذار كالحائض بالقضاء

(١) المغني ٣ / ٤٠ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٨٤ — المغني ٣ / ٤٠ .

(٣) المهذب ٦ / ٣٨٣ .

(٤) المجموع ٦ / ٣٨٥ .

(٥) البقرة ١٨٤ ، ١٨٥ .

دون توقيت هذا القضاء ودون تحذير من تأخيرهِ لرمضان التالي ، فيصرف الأمر إلى التراخي^(١) ، أو يظل على إطلاقه من عدم الدلالة على فور أو تراخ^(٢) ، وتظل البراءة الأصلية قاضية بعدم وجوب الاشتغال بالأحكام التكليفية حتى يقوم الدليل الناقل عنها^(٣) .

ويمكن الجواب على أدلة الفريق الأول بأن حديث عائشة رضي الله عنها ليس فيه منع القضاء إلى ما بعد رمضان التالي ، وإذا كان لائقاً بمقامها رضي الله عنها ألا تؤخر القضاء إلى هذا الوقت فقد يليق بغيرها . وإذا كان سبب تأخيرها — كما قالوا — هو حاجة النبي صلى الله عليه وسلم فلماذا لم تقضه في أيام صيامه خلال العام؟! وقضاؤها رضي الله عنها هو أيام يسيرة ، وأيام صيامه صلى الله عليه وسلم يزيد عليها بكثير .

وأما كون الصوم عبادة متكررة كالصلاة ، فلا يجوز تأخير الأولى عن الثانية ، فهذا يقال في الأداء وليس القضاء الذي لا وقت له ، وقد سبق تفصيل القول في ذلك في تقادم الصلاة ، فلا حاجة لإعادته ثانية هنا .

وبرغم أن ابن حزم قد ذهب إلى عدم وجوب الفدية على من أخر القضاء إلى ما بعد رمضان التالي، فإنه ألزم الإساءة كل من أخره دون عذر ولو لم يتعد تأخيرهِ رمضان التالي ، يقول: ” من كانت عليه أيام من رمضان فأخر قضاها عمداً أو لعذر أو لنسيان حتى جاء رمضان آخر ، فإنه يصوم رمضان الذي ورد عليه كما أمره الله تعالى ، فإذا أفطر في أول شوال قضى الأيام التي كانت عليه ولا مزيد ، وإطعام عليه في ذلك ، وكذلك لو أخرها عدة سنين ولا فرق . إلا أنه قد أساء في تأخيرها عمداً ، سواء أخرها إلى رمضان أو مقدار ما كان يمكنه قضاؤها من الأيام؛ لقول الله تعالى ﴿ وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ ﴾^(٤) ،

(١) الهداية ١ / ١٢٧ — فتح القدير ٢ / ٣٥٤ — بدائع الصنائع ٢ / ١٠٤ — المحلى ٦ / ٣٩٤ .

(٢) إرشاد الفحول ١ / ١٨١ .

(٣) نيل الأوطار ٤ / ٢٣٥ .

(٤) آل عمران : ١٣٣ .

فالمسارعة إلى الله المفترضة واجبة^(١) .

فلا يسلم له هذا ؛ إذ إن حديث عائشة رضي الله عنها يدل على جواز التأخير مطلقا ، سواء أكان لعذر أم لغير عذر^(٢) ، وإلا للزم عائشة رضي الله عنها الإثم — وحاشاها من ذلك — ؛ إذ تأدية فرض المولى سبحانه مقدم على حاجة النبي صلى الله عليه وسلم — هذا لو كان سبب تأخيرها هو هذا — فقضاء الفرض أمر موسع ما لم يتضيق تأديته .

وقد استدلل الفريق الأول كذلك لوجوب الفدية بحديث مرفوع وبعض الموقوفات ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في رجل أفطر في شهر رمضان من مرض ثم صح ، ولم يصم حتى أدركه رمضان آخر ، قال : يصوم الذي أدركه ، ثم يصوم الشهر الذي أفطر فيه ، ويطعم مكان كل يوم مسكينا^(٣) ، ولكن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به ؛ للضعف البين في سنده ، بشهادة المستدلون به أنفسهم^(٤) .

وإذا كان قد صح عن بعض الصحابة — كأبي هريرة ، وابن عمر ، وابن عباس — رضي الله عنهم لزوم الفدية مع القضاء ، فقد صح عن بعضهم — كابن عمر أيضا — لزوم الفدية دون القضاء^(٥) ، وعن بعضهم لزوم القضاء ولم يذكر فدية . يقول ابن حزم : رويانا عن ابن عمر من طريق صحيحة : أنه يصوم رمضان الآخر ولا يقضي الأول بصيام ، لكن يطعم عنه مكان كل يوم مسكينا مدا . وبه يقول أبو قتادة وعكرمة . ورويانا عنه أيضا : يهدي مكان كل رمضان فرط في قضاؤه بدنة مقلدة . ورويانا من طريق ابن مسعود : يصوم هذا ويقضي الأول ولم يذكر طعاما . وهو قول إبراهيم النخعي والحسن

(١) المحلى ٣٩٤/٦ .

(٢) فتح الباري ٤ / ١٩١ . مع مراعاة أن تأخيرها رضي الله عنها لم يبلغ رمضان التالي .

(٣) سنن الدارقطني ، كتاب الصيام ، باب القبلة للصائم ، رقم ٨٩ في الباب .

(٤) المجموع ٦ / ٣٨٥ — المغني ٣ / ٤٠ .

(٥) الدارقطني ، الموضع السابق ، رقم ٦٨ ، ٨٥ في الباب .

وطاؤوس وحماد بن أبي سليمان . فعهدنا بهم يقولون فيما وافقهم من قول
الصاحب مثل هذا لا يقال بالرأي ، فهلا قالوه في قول ابن عمر في البدنتين^(١) .

(١) المحلى ٦ / ٣٩٥ والذي رواه عن ابن عمر رضي الله عنه في بدنة وليس بدنتين .

تقادم الحج

اختلف الفقهاء في كون الحج هل يجب متراخيا أم على الفور ؟ . فقد ذهب محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة^(١) ، والقول الآخر للمالكية^(٢) ، ومذهب الشافعية^(٣) ، والأصح عند الإباضية^(٤) ، إلى أن الحج يجب على مستطيعه متراخيا ، بحيث يجوز له تأخير أدائه — مع استطاعته — عاما بعد عام . وقد استدل هذا الفريق لرأيه بالأدلة الآتية :

أدلة التراخي

(١) إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحج إلا في سنة عشر^(٥) ، وكان الحج قد فرض قبل ذلك ، فدل تأخيرها صلى الله عليه وسلم أداء الحج على وجوبه متراخيا . وقد تعددت الأقوال في سنة فرض الحج :

١ — فذهب بعضهم إلى أنه كان مفروضا في مكة لقوله تعالى ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ ﴾^(٦) ، على أن يكون الخطاب فيها لرسول الله صلى الله عليه

(١) بدائع الصنائع ١١٩/٢ ، ١٢٠ — المبسوط ١٦٣/٤ : ١٦٥ — فتح القدير ٢ / ٤١١ : ٤١٣ — العناية ٢ / ٤١١ : ٤١٤ — البحر الرائق ٢ / ٣٣٣ ، ٣٣٤ — تبيين الحقائق ٢ / ٢ ، ٣ .
(٢) الشرح الكبير ٢ / ٢ ، ٣ — حاشية الدسوقي ٢ / ٢ ، ٣ — مواهب الجليل ٢ / ٤٧١ : ٤٧٤ — أحكام القرآن لابن العربي ٣٧٦/١ ، دار الفكر ببيروت ، طبعة أولى بدون تاريخ — المنتقى للباجي ٢ / ٢٦٨ ، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة ثانية بدون تاريخ — منح الجليل لعليش ٢ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٣) الأم ١٢٨/٢ ، ١٢٩ المجموع ٨٥/٧ : ٩٢ الروضة للنووي ٣ / ٣٣ ، ٣٤ المكتب الإسلامي ببيروت ، طبعة ثانية ١٤٠٥هـ — مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢ / ٢٠٦ ، ٢٠٧ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م .

(٤) شرح النيل ١٥/٤ : ١٧ .

(٥) يقول جابر رضي الله عنه في حديثه الطويل : ” إن رسول الله صلى الله عليه وسلم مكث تسع سنين لم يحج ، ثم أذن في الناس في العاشرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حاج ... “ مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم .

(٦) الحج : ٢٧ .

وسلم ، أو أنه لسيدنا إبراهيم عليه السلام — وهو ما عليه الجمهور — وأن شرعه عليه السلام شرع لنا^(١) .

ويمكن الجواب على هذا بقول الجصاص : (وهذه الآية^(٢) تدل على أن فرض الحج كان في ذلك الوقت^(٣) ؛ لأن الله تعالى أمر إبراهيم بدعاء الناس إلى الحج وأمره كان على الوجوب ، وجائز أن يكون وجوب الحج باقيا إلى أن بعث النبي صلى الله عليه وسلم وجائز أن يكون نسخ على لسان بعض الأنبياء ، إلا أنه قد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم { حج قبل الهجرة حجتين ، وحج بعد الهجرة حجة الوداع }^(٤) .

وقد كان أهل الجاهلية يحجون على تخاليط وأشياء قد أدخلوها في الحج ويلبون تلبية الشرك ، فإن كان فرض الحج الذي أمر الله به إبراهيم في زمن إبراهيم عليه السلام باقيا حتى بعث النبي صلى الله عليه وسلم فقد حج النبي صلى الله عليه وسلم حجتين بعدما بعثه قبل الهجرة والأولى فيهما هي الفرض ، وإن كان فرض الحج منسوخا على لسان بعض الأنبياء فإن الله تعالى قد فرضه في التنزيل بقوله : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(٥) وقيل

(١) تفسير القرطبي ص ٤٤٣٠ — طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ — في تفسير قوله تعالى ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ ﴾ ، ص ١٣٨٦ في تفسير قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ، وانظر ص ٤٣٩٣ حيث الخلاف في مكة أو مدنية سورة الحج . وانظر أيضا في تفسير الآية نفسها :

— زاد المسير لابن الجوزي ٤٢٣/٥ ، ٤٢٤ المکتب الإسلامي ببيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ .

— أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٣٤٢ ، ٣٤٣ دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة سنة ١٤١٢هـ .

— أضواء البيان للشنقيطي ٥ / ٦٧ ، طبعة السلفيين بالإسكندرية ، طبعة سنة ١٤٠٠هـ .

(٢) أي قوله تعالى : ﴿ وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ ﴾ الحج : ٢٧ .

(٣) أي الفترة التي بعث فيها سيدنا إبراهيم عليه السلام .

(٤) الترمذي ، كتاب الحج عن رسول الله ، باب ما جاء كم حج النبي .

(٥) آل عمران : ٩٧ .

إنها نزلت في سنة تسع ، وروي أنها نزلت في سنة عشر ، وهي السنة التي حج فيها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا أشبه بالصحة ؛ لأننا لا نظن بالنبي صلى الله عليه وسلم تأخير الحج المفروض عن وقته المأمور فيه ؛ إذ كان النبي صلى الله عليه وسلم من أشد الناس مسارعة إلى أمر الله وأسبقهم إلى أداء فروضه ، ووصف الله تعالى الأنبياء السالفين فأثنى عليهم بمسابقتهم إلى الخيرات بقوله تعالى : ﴿ كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَاشِعِينَ ﴾^(١) فلم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليتخلف عن منزلة الأنبياء المتقدمين في المسابقة إلى الخيرات ، بل كان حظه منها أوفى من حظ كل أحد ، لفضله عليهم وعلو منزلته في درجات النبوة، فغير جائز أن يظن به تأخير الحج عن وقت وجوبه^(٢) .

ومما ورد في هذا الشأن أيضا ما جاء في البخاري : (حدثنا عمرو بن خالد حدثنا زهير حدثنا أبو إسحاق قال حدثني زيد بن أرقم ” أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا تسع عشرة غزوة ، وأنه حج بعدما هاجر حجة واحدة لم يحج بعدها : حجة الوداع “ . قال أبو إسحاق : وبمكة أخرى)^(٣) .

يقول ابن حجر : ” قوله (قال أبو إسحاق : وبمكة أخرى) هو موصول بالإسناد المذكور ، وغرض أبي إسحاق أن لقوله ” بعد ما هاجر “ مفهوما ، وأنه قبل أن يهاجر كان قد حج ، لكن اقتصراره على قوله أخرى قد يوهم أنه لم يحج قبل الهجرة إلا واحدة ، وليس كذلك بل حج قبل أن يهاجر مرارا ، بل الذي لا أرتاب فيه أنه لم يترك الحج وهو بمكة قط؛ لأن قريشا في الجاهلية لم يكونوا يتركون الحج ، وإنما يتأخر منهم عنه من لم يكن بمكة أو عاقه ضعف ، وإذا كانوا وهم على غير دين يحرصون على إقامة الحج ويرونه من مفاخرهم التي امتازوا بها على غيرهم من العرب فكيف يظن بالنبي صلى الله عليه وسلم أنه

(١) الأنبياء : ٩٠ .

(٢) أحكام القرآن ٣ / ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٣) البخاري ، كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .

يتركه ١٩! . وقد ثبت من حديث جبير بن مطعم أنه رآه في الجاهلية واقفا بعرفة ، وأن ذلك من توفيق الله له (١) ، وثبت دعاؤه قبائل العرب إلى الإسلام بمنى ثلاث سنين متوالية (٢) ، ، (٣) .

وليس معنى أن ابن حجر قد أثبت حج النبي صلى الله عليه وسلم قبل الهجرة أنه يقول بأن الحج قد فرض قبل الهجرة ، فقد وصف هذا القول بالشذوذ (٤) .

يبقى أن نحدد الشاهد من كلام الجصاص وابن حجر ، وهو أن من يقول بالفور إذا سلم لمن يقول بالتراخي بأن الحج قد فرض قبل الهجرة ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أدى فرض الحج في العام العاشر كما هو معلوم وثابت ، إذا سلموا لهم بهذا فوجهه هو أن حجه صلى الله عليه وسلم قبل الهجرة كان هو الفرض ، فلم يكن ثم تأخير منه صلى الله عليه وسلم ، وكما أنهم — أهل التراخي — قد قالوا بأن الحج قد فرض قبل الهجرة فعليهم أن يثبتوا أن حجه الأول صلى الله عليه وسلم قبل الهجرة لم يكن هو الفرض .

(١) حديث جبير أخرجه :

البخاري ، كتاب الحج ، باب الوقوف بعرفة .

مسلم ، كتاب الحج ، باب في الوقوف .

(٢) ثبت عن جابر رضي الله عنه قال : مكث رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة عشر سنين يتبع الناس في منازلهم بعكاظ ومجنة وفي المواسم بمنى ، يقول من يؤويني من ينصرني حتى أبلغ رسالة ربي وله الجنة ، حتى إن الرجل ليخرج من اليمن أو من مضر — كذا قال — فيأتيه قومه فيقولون احذر غلام قريش لا يفتتك ، ويمشي بين رجالهم وهم يشيرون إليه بالأصابع ، حتى بعثنا الله إليه من يثرب فأويناه وصدقناه ، فيخرج الرجل منا فيؤمن به ويقرئه القرآن ، فينقلب إلى أهله فيسلمون بإسلامه ، حتى لم يبق دار من دور الأنصار إلا وفيها رهط من المسلمين يظهرون الإسلام .. مسند أحمد ، باقي مسند المكثرين ، مسند جابر بن عبد الله . والحديث صحيح ، انظر فتح الباري ٢٢٢ / ٧ .

(٣) فتح الباري ٨ / ١٠٧ .

(٤) السابق ٣ / ٣٧٨ .

٢ — وقيل إنه فرض سنة ثلاث، يقول القرطبي في قوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^(١) : هذه الآية نزلت عام أحد بالمدينة سنة ثلاث من الهجرة ، ولم يحج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سنة عشر^(٢) .

وهذا القول لم يذكر له دليلا ، ولذا فإن غيره يرى أنها آخر آية نزلت بالمدينة^(٣) ، وسيأتي بعد قليل التدليل على تأخر نزولها .

٣ — كما ذكر أنه فرض سنة خمس؛ وذلك لحديث ضمام بن ثعلبة رضي الله عنه ، فعن محمد بن الوليد بن نويفع عن كريب مولى عبد الله بن عباس عن عبد الله بن عباس قال : بعثت بنو سعد بن بكر ضمام بن ثعلبة وافدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقدم عليه وأناخ بعيره على باب المسجد ثم عقله ثم دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس في أصحابه ، وكان ضمام رجلا جلدا أشعر ذا غديرتين ، فأقبل حتى وقف على رسول الله صلى الله عليه وسلم في أصحابه ، فقال أيكم ابن عبد المطلب ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ابن عبد المطلب . قال محمد ؟ قال نعم . فقال : ابن عبد المطلب إني سائلك ومغلظ في المسألة فلا تجدن في نفسك . قال لا أجد في نفسي ، فسل عما بدا لك .

قال أنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هو كائن بعدك الله بعثك إلينا رسولا ؟ فقال اللهم نعم . قال فأنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هو كائن بعدك ، الله أمرك أن تأمرنا أن نعبده وحده لا نشرك به شيئا ، وأن نخلع هذه الأنداد التي كانت آباؤنا يعبدون معه ؟ قال اللهم نعم . قال فأنشدك الله إلهك وإله من كان قبلك وإله من هو كائن بعدك ، الله أمرك أن نصلي هذه الصلوات الخمس ؟ قال اللهم نعم .

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) القرطبي ص ١٣٨٦ .

(٣) الجصاص ٢ / ١٢٦ وقد نقل هذا القول عن يحيى بن آدم .

قال ثم جعل يذكر فرائض الإسلام فريضة فريضة الزكاة والصيام والحج وشرائع الإسلام كلها ، يناشده عند كل فريضة كما يناشده في التي قبلها . حتى إذا فرغ قال فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن سيدنا محمدا رسول الله ، وسأؤدي هذه الفرائض وأجتنب ما نهيتني عنه ثم لا أزيد ولا أنقص . قال ثم انصرف راجعا إلى بعيه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ولى : إن يصدق ذو العقيصتين يدخل الجنة . قال فأتى إلى بعيه فأطلق عقله ثم خرج حتى قدم على قومه ، فاجتمعوا إليه فكان أول ما تكلم به أن قال بنست اللات والعزى . قالوا مه يا ضمام اتق البرص والجذام ، اتق الجنون . قال ويلكم إنهما والله لا يضران ولا ينفعان ، إن الله عز وجل قد بعث رسولا وأنزل عليه كتابا استنقذكم به مما كنتم فيه ، وإني أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله . إني قد جئكم من عنده بما أمركم به ونهاكم عنه . قال فوالله ما أمسى من ذلك اليوم وفي حاضره رجل ولا امرأة إلا مسلما . قال يقول ابن عباس : فما سمعنا بوفاء قوم كان أفضل من ضمام بن ثعلبة^(١) .

يقول الباجي : وإنما ورد عليه في سنة خمس ، ثم أخر النبي صلى الله عليه وسلم إلى سنة عشر^(٢) . ويقول ابن الجوزي : وقد رواه شريك عن كريب فقال فيه : بعثت بنو سعد ضماما في رجب سنة خمس^(٣) .

وما ذكره الباجي وغيره إنما هي أقوال يعوزها الدليل ، وسيأتي كلام ابن حجر في القول السابع والأخير^(٤) في التدليل على أن ضماما رضي الله عنه قد قدم في السنة التاسعة من الهجرة ، وقد علق ابن الهمام على حديث ضمام

(١) البخاري ومسلم واللفظ لأحمد :

- البخاري ، كتاب العلم ، باب ما جاء في العلم .

- مسلم ، كتاب الإيمان ، باب السؤال عن أركان الإسلام .

- مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٢) المنتقى ٢ / ٢٦٨ .

(٣) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ ، وانظر : فتح الباري ٣ / ٣٧٨ ، المجموع ٧ / ٨٩

(٤) انظر ص ٢٩١ .

رضي الله عنه بقوله : حديث ابن عباس رضي الله عنه قد رواه أحمد^(١) ، وليس فيه ذكر تاريخ ، وأما بالتاريخ المذكور فإنما وجدت معضلة في ابن الجوزي^(٢) ، قال صاحب التنقيح : لا أعرف لها سنداً^(٣) .

٤ — كما ذكر أيضا أن الحج قد فرض سنة ست ، يقول النووي : (استدلل أصحابنا له بحديث كعب بن عجرة قال : وقف علي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية ، ورأسي يتهافت قملا ، فقال : يؤذيك هوامك ؟ قلت : نعم يا رسول الله . قال أبو داود : فقال : قد آذاك هوام رأسك ؟ قال : نعم . قال فاحلق رأسك قال : ففي نزلت هذه الآية : ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ ﴾^(٤) إلى آخره . رواه البخاري ومسلم^(٥) .

قال أصحابنا : فثبت بهذا الحديث أن قوله تعالى : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ ﴾^(٦) إلى آخرها نزلت سنة ست من الهجرة ، وهذه الآية دالة على وجوب الحج ، ونزل بعدها قوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾ . وقد أجمع المسلمون على أن الحديبية كانت سنة ست من الهجرة في ذي القعدة^(٧) .

ويصف ابن حجر القول بأن الحج قد فرض في السنة السادسة بأنه قول الجمهور ، يقول : اختلف في سنته ، فالجمهور على أنها سنة ست ؛ لأنها نزل فيها قوله تعالى ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ ، وهذا ينبني على أن المراد بالإتمام

(١) مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

(٣) فتح القدير ٢ / ٤١٤ .

(٤) البقرة : ١٩٦ .

(٥) البخاري ، كتاب المغازي ، باب غزوة الحديبية .

مسلم ، كتاب الحج ، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى .

(٦) البقرة : ١٩٦ .

(٧) المجموع ٧ / ٨٧ ، ٨٨ .

ابتداء الفرض ، ويؤيده قراءة علقمة ومسروق وإبراهيم النخعي بلفظ (وأقيموا) ، أخرج الطبري بأسانيد صحيحة عنهم . وقيل المراد بالإتمام الإكمال بعد الشروع ، وهذا يقتضي تقدم فرضه قبل ذلك^(١) .

ويقول القرطبي : اختلف العلماء في المعنى المراد بإتمام الحج والعمرة لله ، فقيل أدأوهما والإتيان بهما كقوله ﴿فَاتَّمَهْنَ﴾^(٢) وقوله ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(٣) أي ائتوا بالصيام ، وهذا على مذهب من أوجب العمرة ، ومن لم يوجبها قال المراد تمامهما بعد الشروع فيهما ، فإن من أحرم بنسك وجب عليه المضي فيه ولا يفسخه إلى آخر ما ذكره من أقوال^(٤) .

ولا يسلم للقول الأول الذي أورده القرطبي فيما ذكره من أن الإتمام يعني طلب الشروع في الأمر بدءا ؛ فإتمام سيدنا إبراهيم عليه السلام للكلمات التي ابتلاه بها ربه سبحانه معناه أنه عليه السلام قد استوفاهما جميعها ، وأتى بها غير منقوصة^(٥) ، وحتى لو جاءت الصيغة بالأمر — أتمم مثلا — وليس الماضي فالحال لن يتغير ، ولو سلمنا أن الفعل أتمم يفيد وجوب الإتيان بالأمر بدءا ، فإن دلالة الإتمام فيه هي الغالب بل المراد ، يتضح هذا جليا في المثال الثاني الذي ذكره القرطبي وهو قوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ فإنه بيان للغاية التي ينتهي عندها الصوم ، أما وجوب الصوم نفسه فيما سبقه من قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾^(٦) ، وتحديد وقته من العام بقوله تعالى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾^(٧) ، وكذا الآية التي نحن بصددتها ﴿وَأَتَمُّوا

(١) فتح الباري ٣ / ٣٧٨ .

(٢) البقرة : ١٢٤ .

(٣) البقرة : ١٨٧ .

(٤) القرطبي ص ٧٣٩ .

(٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : ما ابتلي بهذا الدين أحد فقام به كله إلا إبراهيم . تفسير

ابن كثير ١ / ١٦٦ ، دار الفكر — بيروت ، طبعة سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .

(٦) البقرة : ١٨٣ .

(٧) البقرة : ١٨٥ .

الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴿ فَإِنْ مَا وَرَدَ فِيهَا مِنْ سَبَبٍ نَزُولِهَا مِنْ قِصَّةِ كَعْبِ بْنِ عَجْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَإِحْصَارِ الْمُسْلِمِينَ بِالْحَدِيثِ يَبِينُ الْمُرَادُ مِنَ الْإِتِمَامِ ، وَهُوَ لَزُومُ إِكْمَالِهِمَا لِمَنْ شَرَعَ فِيهِمَا ، وَهُوَ مَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ — عَمْرَةَ الْقَضَاءِ — لِقَابِلِ ، الْعَامِ السَّابِعِ لِلْهَجْرَةِ ، فَلَا تَعْرُضُ لِمَبْدَأِ الْفَرْضِيَّةِ ، مِثْلَهُمَا فِي ذَلِكَ مِثْلُ مَنْ يَشْرَعُ فِي صَلَاةٍ نَافِلَةٍ يُلْزِمُهُ إِتِمَامُهَا .

كما أن ما ذكره ابن حجر من أن قراءة علقمة ومسروق وإبراهيم النخعي ” وأقيموا “ تؤيد أن المراد بالإتتمام هو ابتداء الفرض غير مسلم به أيضا ، لأن قراءة الجمهور هو لفظ الإتتمام وليس الإقامة ، ولا تعدو أن تكون هذه القراءة قراءة تفسيرية عند من يرى وجوب العمرة . ثم إن قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ^(١) الذي نزل بعد آية الإتتمام — على ما سيأتي بيانه بعد قليل — الأولى حملة على التأسيس وليس التأكيد .

وكذلك فإن قوله (وقيل المراد بالإتتمام الإكمال بعد الشروع ، وهذا يقتضي تقدم فرضه قبل ذلك) غير مسلم به أيضا ؛ لأنه لا يلزم من الإتتمام تقدم فرضه ، وفيما ذكرناه من أن من يشرع في نافلة يلزمه إتمامها شاهد على ذلك ، كما أن سياق الآية إنما ورد في بيان حكم المحصر ، وليس في ابتداء الفرض ، يقول ابن تيمية : أصح القولين أن فرض الحج كان متأخرا ، ومن قال إنه فرض سنة ست فإنه احتج بآية الإتتمام وهو غلط ؛ فإن الآية إنما أمر فيها بإتمامها لمن شرع فيهما لم يأمر بابتداء الحج والعمرة ، والنبي صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرة الحديبية قبل أن تنزل هذه الآية ولم يكن فرض عليه لا حج ولا عمرة ، ثم لما صده المشركون أنزل الله هذه الآية فأمر فيها بإتمام الحج والعمرة وبين حكم المحصر الذي تعذر عليه الإتتمام ، ولهذا اتفق الأئمة على أن الحج والعمرة يلزمان بالشروع فيجب إتمامهما ^(٢) .

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) مجموع الفتاوى ٢٦ / ٧ .

٥ — كما قيل أيضا بأن الحج كان مفروضا سنة سبع ؛ فقد ذهب بعضهم إلى أن قدوم ضمام رضي الله عنه كان سنة سبع، يقول النووي : قدوم ضمام بن ثعلبة على النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة خمس من الهجرة ، قاله محمد بن حبيب وآخرون ، وقال غيره سنة سبع ، وقال أبو عبيد سنة تسع . وقد صرح في هذا الحديث بوجوب الحج^(١) .

ولكن سيأتي ذكر كلام ابن حجر في القول السابع والأخير^(٢) في التدليل على أن قدوم ضمام رضي الله عنه كان سنة تسع .

٦ — كما قيل أيضا بأنه فرض في السنة الثامنة ، يقول صاحب مغني المحتاج خلال ذكره للأقوال التي قيلت في سنة فرضه : ” وقيل في الثامنة ، حكاه في الأحكام السلطانية “^(٣) .

وما قاله الخطيب الشربيني في المغني لم يسق له دليلا ، فضلا على أنه بمراجعة الأحكام السلطانية للماوردي الشافعي — وليس لأبي يعلى الحنبلي — نجد أن المثبت فيه هو السادسة وليس الثامنة^(٤) .

(١) المجموع ٧ / ٨٨ .

(٢) انظر ص ٢٩١ .

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢٠٦ .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٢ — دار الكتب العلمية ، بدون تاريخ — حيث يقول فيها عن البيت الحرام ما نصه: وأما أمنه في الإسلام ففي قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا ﴾ تأويلان أحدهما آمنة من النار، وهذا قول يحيى بن جعدة . والثاني آمنة من القتل ، لأن الله تعالى أوجب الإحرام على داخله وحظر عليه أن يدخله محلا . وقال أيضا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين دخل مكة عام الفتح حلالا : { أحلت لي ساعة من نهار ولم تحل لأحد من قبلي ، ولا تحل لأحد من بعدي } . ثم قال : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ . فجعل حجه فرضا بعد أن صار في الصلاة قبله ، لأن استقبال الكعبة في الصلاة فرض في السنة الثانية من الهجرة ، والحج فرض في السنة السادسة .

وقد تتبعنا جميع اشتقاقات مادة ثمن في الكتاب فلم أقف فيه على ما ذكره صاحب مغني المحتاج . كما تجدر الإشارة إلى أن صاحب مغني المحتاج قد ذكر عبارة (الأحكام السلطانية) أربع مرات في كتابه صرح فيها بنسبة الكتاب للماوردي إلا الموضع الذي نحن بصددده .

٧ - والقول السابع والأخير هو أن الحج فرض سنة تسع ؛ لقوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ، يقول الزيلعي : إنما وجب بقوله تعالى ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ الآية ، وهي نزلت سنة تسع^(١). كما يستدل لذلك بترجيح قدوم ضمام بن ثعلبة رضي الله عنه سنة تسع ، يقول ابن حجر : ” لم يذكر الحج في رواية شريك هذه^(٢) ، وقد ذكره مسلم^(٣) وغيره ، فقال موسى^(١) في روايته : ” وإن علينا حج البيت من استطاع

(١) تبين الحقائق ٢ / ٣ .

(٢) أي رواية البخاري لحديث ضمام ، وهي : حدثنا عبد الله بن يوسف قال حدثنا الليث عن سعيد هو المقبري عن شريك بن عبد الله بن أبي نمر أنه سمع أنس بن مالك يقول : بينما نحن جلوس مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد دخل رجل على جمل ، فأناخه في المسجد ثم عقله ، ثم قال لهم أيكم محمد ؟ . والنبي صلى الله عليه وسلم متكئ بين ظهرائهم . فقلنا هذا الرجل الأبيض المتكئ . فقال له الرجل يا ابن عبد المطلب ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم قد أجبتك ، فقال الرجل للنبي صلى الله عليه وسلم إني سائلك فمشدد عليك في المسألة فلا تجد علي في نفسك ، فقال سل عما بدا لك ، فقال أسألك بربك ورب من قبلك أأله أرسلك إلى الناس كلهم ؟ . فقال اللهم نعم . قال أنشدك بالله ، أأله أمرك أن نصلي الصلوات الخمس في اليوم والليلة ؟ . قال اللهم نعم . قال أنشدك بالله أأله أمرك أن نصوم هذا الشهر من السنة ؟ . قال اللهم نعم . قال أنشدك بالله أأله أمرك أن تأخذ هذه الصدقة من أغنيائنا فتقسمها على فقرائنا ؟ . فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم نعم . فقال الرجل آمنت بما جئت به ، وأنا رسول من ورائي من قومي ، وأنا ضمام بن ثعلبة أخو بني سعد بن بكر . ورواه موسى بن إسماعيل وعلي بن عبد الحميد عن سليمان بن المغيرة عن ثابت عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بهذا . البخاري ، كتاب العلم ، باب ما جاء في العلم .

(٣) ورواية مسلم هي : حدثني عمرو بن محمد بن بكير الناقد حدثنا هاشم بن القاسم أبو النضر حدثنا سليمان بن المغيرة عن ثابت عن أنس بن مالك قال : نهينا أن نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء ، فكان يعجبنا أن يجيء الرجل من أهل البادية العاقل فيسأله ونحن نسمع ، فجاء رجل من أهل البادية ، فقال يا محمد أتانا رسولك فزعم لنا أنك تزعم أن الله أرسلك . قال صدق . قال فمن خلق السماء ؟ قال الله . قال فمن خلق الأرض ؟ قال الله . قال فمن نصب هذه الجبال وجعل فيها ما جعل ؟ قال الله . قال فبالذي خلق السماء وخلق الأرض ونصب هذه الجبال آله أرسلك ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا خمس صلوات في يومنا وليلتنا . قال صدق . قال فبالذي أرسلك آله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا زكاة في أموالنا . قال صدق . قال فبالذي أرسلك آله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا صوم شهر رمضان في سنتنا . قال صدق . قال فبالذي أرسلك آله أمرك بهذا ؟ قال نعم . قال وزعم رسولك أن علينا حج

إليه سبيلا ؟ قال : صدق " ، وأخرجه مسلم أيضا^(٢) ، وهو في حديث أبي هريرة وابن عباس^(٣) أيضا .

وأغرب ابن التين فقال : إنما لم يذكره لأنه لم يكن فرض . وكأن الحمل له على ذلك ما جزم به الواقدي ومحمد بن حبيب أن قدوم ضمام كان سنة خمس ، فيكون قبل فرض الحج . لكنه غلط من أوجه :

أحدها أن في رواية مسلم^(٤) أن قدومه كان بعد نزول النهي في القرآن عن سؤال الرسول ، وآية النهي في المائدة^(٥) ونزولها متأخر جدا .

ثانيها أن إرسال الرسل إلى الدعاء إلى الإسلام إنما كان ابتداءه بعد الحديبية ، ومعظمه بعد فتح مكة .

ثالثها أن في القصة أن قومه أوفدوه ، وإنما كان معظم الوفود بعد فتح مكة .

رابعها في حديث ابن عباس أن قومه أطاعوه ودخلوا في الإسلام بعد رجوعه إليهم ، ولم يدخل بنو سعد - وهو ابن بكر بن هوازن - في الإسلام إلا بعد وقعة حنين وكانت في شوال سنة ثمان .

البيت من استطاع إليه سبيلا . قال صدق . قال ثم ولى قال والذي بعثك بالحق لا أزيد عليهن ولا أنقص منهن . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لئن صدق ليدخلن الجنة . مسلم ، كتاب الإيمان ، باب السؤال عن أركان الإسلام .

(١) أي موسى بن إسماعيل ، وقد ذكر البخاري حديثه معلقا في نهاية الباب ، يقول ابن حجر : هو ابن إسماعيل أبو سلمة التبوذكي شيخ البخاري ، وحديثه موصول عند أبي عوانة في صحيحه ، وعند ابن منده في الإيمان . فتح الباري ١ / ١٥٣ ، وانظر مسند أبي عوانة ١ / ١٥ ، ١٦ دار المعرفة ببيروت ، بدون تاريخ .

(٢) مسلم ، الموضع السابق .

(٣) رواية ابن عباس رضي الله عنهما عند أبي داود فبعد أن ساق رواية أنس رضي الله عنه ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما - كتاب الصلاة ، باب ما جاء في المشرك يدخل المسجد - وهي أيضا عند أحمد : مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن العباس ، رقم ٢٢٦٠ .

(٤) مسلم ، الموضع السابق .

(٥) قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ ... ﴾ المائدة : ١٠١

فالصواب أن قدوم ضمام كان في ستة تسع وبه جزم ابن إسحاق وأبو عبيدة وغيرهما . وغفل البدر الزركشي فقال : إنما لم يذكر الحج لأنه كان معلوما عندهم في شريعة إبراهيم انتهى . وكأنه لم يراجع صحيح مسلم فضلا عن غيره ،،^(١) .

فجملة هذا الدليل بأقواله السبع هي أن الحج فرض قبل سنة عشر ، والنبي صلى الله عليه وسلم ، وبعض أصحابه ، وأزواجه : لم يحجوا إلا سنة عشر ، وهي حجة الوداع ، فدل ذلك على أن الحج يجب متراخيا ، ولا يلزم أدائه فور عام الاستطاعة . يقول الشافعي : نزلت فريضة الحج بعد الهجرة ، وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر على الحاج ، وتخلف هو عن الحج بالمدينة بعد منصرفه من تبوك لا محاربا ولا مشغولا ، وتخلف أكثر المسلمين قادرين على الحج وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان هذا كما تقولون لم يتخلف رسول الله صلى الله عليه وسلم عن فرض عليه ؛ لأنه لم يصل إلى الحج بعد فرض الحج إلا في حجة الإسلام التي يقال لها حجة الوداع ، ولم يدع مسلما يتخلف عن فرض الله تعالى عليه وهو قادر عليه ، ومعهم ألوف كلهم قادر عليه لم يحج بعد فريضة الحج^(٢) .

ويقول النووي : احتج الشافعي والأصحاب بأن فريضة الحج نزلت بعد الهجرة ، وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة في رمضان سنة ثمان ، وانصرف عنها في شوال من سنته واستخلف عتاب بن أسيد ، فأقام الناس الحج سنة ثمان بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مقيما بالمدينة هو وأزواجه وعامة أصحابه ، ثم غزا غزوة تبوك في سنة تسع ، وانصرف عنها قبل الحج . فبعث أبا بكر رضي الله عنه فأقام الناس الحج سنة تسع ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم هو وأزواجه وعامة أصحابه

(١) فتح الباري ١ / ١٥٢ .

(٢) الأم ٢ / ١٢٩ .

قادرين على الحج غير مشغولين بقتال ولا غيره ، ثم حج النبي صلى الله عليه وسلم بأزواجه وأصحابه كلهم سنة عشر ، فدل على جواز تأخير^(١) .

ويقول أيضا : ثبت بالأحاديث الصحيحة واتفاق العلماء أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا حنيناً بعد فتح مكة ، وقسم غنائمها واعتمر من سنته في ذي القعدة ، وكان إحرامه بالعمرة من الجعرانة ، ولم يكن بقي بينه وبين الحج إلا أيام يسيرة ، فلو كان على الفور لم يرجع من مكة حتى يحج ، مع أنه هو وأصحابه كانوا حينئذ موسرين ، فقد غنموا الغنائم الكثيرة ولا عذر لهم ولا قتال ولا شغل آخر ، وإنما أخره صلى الله عليه وسلم عن سنة ثمان بيانا لجواز التأخير ،^(٢) .

وقد يكون فرض الحج في العام التاسع قبل أشهر الحج ، وقد يكون بعد فوات الوقت^(٣) ، وقد يكون في العام العاشر ، يقول ابن القيم : ولما نزل فرض الحج بادر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الحج من غير تأخير ؛ فإن فرض الحج تأخر إلى سنة تسع أو عشر ، وأما قوله تعالى ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾^(٤) فإنها وإن نزلت سنة ست عام الحديبية ، فليس فيها فرضية الحج ، وإنما فيها الأمر بإتمامه وإتمام العمرة بعد الشروع فيهما ، وذلك لا يقتضي وجوب الابتداء ، فإن قيل فمن أين لكم تأخير نزول فرضه إلى التاسعة أو العاشرة ؟ . قيل لأن صدر سورة آل عمران نزل عام الوفود ، وفيه قدم وفد نجران على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصالحهم على أداء الجزية ، والجزية إنما نزلت عام تبوك سنة تسع ، وفيها نزل صدر سورة آل عمران وناظر أهل الكتاب ، ودعاهم إلى التوحيد والمباهلة ، ويدل عليه أن أهل مكة وجدوا في نفوسهم على ما فاتهم من التجارة من المشركين لما أنزل الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا

(١) المجموع ٨٧ / ٧ .

(٢) السابق ٨٨ / ٧ ، وانظر شرح النيل ١٥ / ٤ .

(٣) تبين الحقائق ٣ / ٢ .

(٤) البقرة : ١٩٦ .

إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا ﴿١﴾ فَأَعاضهم الله تعالى من ذلك بالجزية ، ونزول هذه الآيات والمناداة بها ، إنما كان في سنة تسع، وبعث الصديق يؤذن بذلك في مكة في مواسم الحج ، وأردفه بعلي رضي الله عنه ، وهذا الذي ذكرناه قد قاله غير واحد من السلف . والله أعلم (٢) .

ثم على فرض أن النبي صلى الله عليه وسلم وأزواجه وبعض أصحابه رضي الله عنهم ، قد أخروا الحج ، فهذا التأخير له أسبابه التي تخصه ، حتى إن النووي بعد أن ذكر أن التأخير كان لبيان جواز التراخي — وهو ما سنناقشه بعد قليل — عدد أسبابا أخرى له ، يقول : إنما أخره صلى الله عليه وسلم عن سنة ثمان بيانا لجواز التأخير، وليتكامل الإسلام والمسلمون ، فيحج بهم حجة الوداع، ويحضرها الخلق فيبلغوا عنه الناس ، ولهذا قال في حجة الوداع { ليلغ الشاهد منكم الغائب ولتأخذوا عني مناسككم } ونزل فيها قوله تعالى ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾ (٣) . قال أبو زرعة الرازي فيما رويناه عنه : حضر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع مائة ألف وأربعة عشر ألفا ، كلهم رآه وسمع منه . فهذا قول الإمام أبي زرعة الذي لم يحفظ أحد من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم كحفظه ، ولا ما يقاربه (٤) .

وبجانب ما ذكره النووي فقد عدد من يرى الفور الأعذار لهذا التأخير ، ويمكن الوقوف على أغلبها في أقوال بعض الفقهاء ، على أن الرابط بين هذه الأقوال وغيرها ، هو أنه لا يجوز في جنبه صلى الله عليه وسلم القول بأنه يترك الأفضل اختيارا، ولا شك أن المسارعة إلى الحج هو الأفضل باتفاق الأمة خاصتها وعامتها .

(١) التوبة : ٢٨ .

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٢ / ١٠١ ، ١٠٢ مؤسسة الرسالة ببيروت ، مكتبة المنار الإسلامية بالكويت ، طبعة ثامنة ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

(٣) المائدة : ٣ .

(٤) المجموع ٧ / ٨٨ .

يقول السرخسي : فأما تأخير النبي صلى الله عليه وسلم ، فقد منع ذلك بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى ، فقالوا نزول فريضة الحج بقوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ﴾ ^(١) ، وإنما نزلت هذه الآية في سنة عشر ، فأما النازل سنة ست فقوله تعالى ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ ^(٢) ، وهذا أمر بالإتمام لمن شرع فيه فلا يثبت به ابتداء الفريضة ، مع أن التأخير إنما لا يحل لما فيه من التعريض للفوت ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمن من ذلك ؛ لأنه مبعوث لبيان الأحكام للناس ، والحج من أركان الدين ، فأمن أن يموت قبل أن يبينه للناس بفعله . ولأن تأخيرها كان لعذر ، وذلك أن المشركين كانوا يطوفون بالبيت عراة ويلبون تلبية فيها شرك ، وما كان التغيير ممكنا للعهد ، حتى إذا تمت المدة بعث عليا رضي الله تعالى عنه حتى قرأ عليهم سورة براءة ، ونادى أن لا يطوفن بهذا البيت بعد هذا العام مشرك ولا عريان ، ثم حج بنفسه . ومن ذلك أنه كان لا يستطيع الخروج وحده بل يحتاج إلى أصحابه يكونون معه ، ولم يكن متمكنا من تحصيل كفاية كل واحد منهم ليخرجوا معه فلهذا أخره ، أو كان للنسيء الذي كان يفعله أهل الجاهلية ^(٣) .

ويقول الكاساني : وأما تأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج عن أول أوقات الإمكان فقد قيل إنه كان لعذر له ، ولا كلام في حال العذر ، يدل عليه أنه لا خلاف في أن التعجيل أفضل ، والرسول صلى الله عليه وسلم لا يترك الأفضل إلا لعذر على أن المانع من التأخير هو احتمال الفوات ، ولم يكن في تأخيرها ذلك فوات لعلمه من طريق الوحي أنه يحج قبل موته قال الله تعالى : ﴿ لَقَدْ صَدَقَ اللَّهُ رَسُولَهُ الرُّؤْيَا بِالْحَقِّ لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ءَامِنِينَ ﴾ ^(٤) . والثنيا للتيمن والتبرك ، أو لما أن الله تعالى خاطب الجماعة وقد

(١) المائدة : ٩٧ .

(٢) البقرة : ١٩٦ .

(٣) المبسوط ٤ / ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٤) الفتح : ٢٧ .

علم أن بعضهم يموت قبل الدخول^(١) .

ويقول ابن الجوزي : فعن تأخير رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابان أحدهما أن الله تعالى أعلم نبيه صلى الله عليه وسلم أنه لا يموت حتى يحج ، وكان على يقين من الإدراك . قاله أبو زيد الحنفي . والثاني أنه أخره لعذر ، وقد كانت خمسة أعذار : أحدها الفقر ، والثاني الخوف على نفسه ، والثالث الخوف على المدينة من المشركين واليهود ، والرابع أن يكون رأى تقديم الجهاد ، والخامس غلبة المشركين على مكة وكونهم يحجون ويظهرون الشرك ولا يمكنه الإنكار عليهم .

فإن قيل فكيف أخره بعد الفتح فجوابه من وجهين : أحدهما أنه لم يؤمر بمنع حجاج المشركين ، فلو حج لاختلط الكفار بالمسلمين فكان ذلك كالعذر ، فلما أمر بمنع المشركين من الحج بعث أبا بكر في سنة تسع ، فنأدى أن لا يحج بعد العام مشرك ، ثم حج عند زوال ما يكره . والثاني أن يكون أخر الحج لئلا يقع في ذي الحجة من جهة النسيء الذي كانت العرب تستعمله ، حتى ندب التحريم على جميع الشهور ، فوافقت حجة أبي بكر ذا القعدة ، ثم حج رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذي الحجة^(٢) .

وأخيرا يقول ابن قدامة : فيحتمل أنه كان له عذر ، من عدم الاستطاعة ، أو كره رؤية المشركين عراة حول البيت ، فأخر الحج حتى بعث أبا بكر ينادي : أن { لا يحج بعد العام مشرك ، ولا يطوف بالبيت عريان } . ويحتمل أنه أخره بأمر الله تعالى لتكون حجته حجة الوداع في السنة التي استدار فيها الزمان كهيئته يوم خلق الله السموات والأرض ويصادف وقفته الجمعة ، ويكمل الله دينه . ويقال : إنه اجتمع يومئذ أعياد أهل كل دين ، ولم يجتمع قبله ولا بعده^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٢ / ١٢٠ .

(٢) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

(٣) المغني ٣ / ١٠٠ .

(٢) والدليل الثاني لمن يقول بالتراخي هو أن المولى سبحانه فرض الحج دون تقييده بالفور ، يقول الكاساني : وجه قول محمد أن الله تعالى فرض الحج في وقت مطلقا ؛ لأن قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(١) مطلق عن الوقت ثم بين وقت الحج بقوله عز وجل ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾^(٢) ، أي وقت الحج أشهر معلومات ، فصار المفروض هو الحج في أشهر الحج مطلقا من العمر ، فتقييده بالفور تقييد المطلق ، ولا يجوز إلا بدليل^(٣).

ولكن عند استعراض أدلة من يرى الفور بعد ذلك ، سوف يتبين أن الأمر بالحج مقيد بالفور بهذه الأدلة ، كما أنها تنفي أن يكون تأخير النبي صلى الله عليه وسلم الحج كان لبيان جواز التراخي ، فتأخيره صلى الله عليه وسلم كان لعذر مما سبق ذكره أو غير ذلك من أعذار .

(٣) كما استدلوا بما ثبت في الصحيحين وغيرهما ، من قوله صلى الله عليه وسلم : لو أنني استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة ، فمن كان منكم ليس معه هدي فليحل وليجعلها عمرة . يقول النووي : وهذا صريح في جواز تأخير الحج مع التمكن^(٤) .

وقد أجاب من يرى الفور على هذا بأنه ليس تأخيرا من عام لآخر ، وإنما هو تأخير في العام نفسه ، بتقديم العمرة على الحج ، وهذا ليس محل الخلاف في المسألة .

(٤) واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم : من أحب أن يرجع بعمرة قبل الحج فليفع^(٥) .

(١) آل عمران : ٩٧ .

(٢) البقرة : ١٩٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ .

(٤) المجموع ٧ / ٨٩ .

(٥) التحقيق في أحاديث الخلاف ٢ / ١١٩ .

وقد أجاب ابن الجوزي عليه قوله : وهذا حديث لا يعرف ، وإنما الذي روي ” من أحب أن يبدأ بعمره قبل الحج فليفعل “ . وهذا هو التمتع^(١) .

(٥) ومن أدلتهم أيضا ما ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم . فقال رجل : يا رسول الله إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا ، وامرأتي تريد الحج ؟ . فقال اخرج معها)^(٢) .

يقول ابن المنير : الظاهر أن ذلك كان في حجة الوداع ، فيؤخذ منه أن الحج على التراخي ؛ إذ لو كان على الفور لما تأخر الرجل مع رفقته الذين عينوا في تلك الغزاة^(٣) .

وقد أجاب ابن حجر عليه بقوله : ” ليس ما ذكره بلازم ؛ لاحتمال أن يكونوا قد حجوا قبل ذلك مع من حج في سنة تسع مع أبي بكر الصديق ، أو أن الجهاد قد تعين على المذكورين بتعيين الإمام ، كما لو نزل عدو بقوم فإنه يتعين عليهم الجهاد ويتأخر الحج اتفاقا “^(٤) .

وإذا كان ابن المنير قد استدلل للتراخي بالنظر إلى حال هؤلاء الغزاة الذين قدموا الغزو على الحج كما قال ، فإنه يمكن الاستدلال للفور بالنظر إلى حال المرأة ؛ حيث لم يرجئ النبي صلى الله عليه وسلم حجها لعام آخر ، ولا يعترض بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أذن للرجل بمرافقة امرأته خشية شهادته ، فتفقد المرأة محرمها فلا تستطيع الحج بعد ذلك ، أي جاء الإذن بسبب ذلك وليس لأجل كون الحج على الفور : لا يعترض بهذا لأنه يلزم إثبات أن هذه المرأة لم يكن لها محرم سوى زوجها . ولذا فقد يكون إذنه صلى الله عليه وسلم

(١) السابق ٢ / ١١٩ .

(٢) البخاري ، كتاب جزاء الصيد ، باب حج النساء .

(٣) فتح الباري ٤ / ٧٧ .

(٤) السابق ٤ / ٧٧ .

للرجل بالتخلف عن الغزو هو أن الكفاية قد حصلت بغيره ، ولم يكن ثم مسوغ لتأخير المرأة الحج الذي قدمه النبي صلى الله عليه وسلم على غزو الرجل .

(٦) كما يمكن الاستدلال بما ثبت أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأة من الأنصار : ما منعك أن تحجي معنا ؟ . قالت : كان لنا ناضح ، فركبه أبو فلان وابنه — لزوجها وابنها — وترك ناضحا ننضح عليه . قال : فإذا كان رمضان اعتمرى فيه ؛ فإن عمرة في رمضان حجة^(١) .

فحال هذه المرأة لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن تكون قد أدت فرض الحج أو لم تؤده :

فالأول أن تكون المرأة قد حجت قبل ذلك — أي قبل حجة الوداع — ويكون حجها هو حج الفرض ، وهذا يعني أن الحج قد فرض قبل العاشرة وآخره النبي صلى الله عليه وسلم للعاشرة لبيان جواز التأخير .

والاحتمال الآخر هو أن تكون المرأة لم تكن قد حجت بعد — أو أنها حجت قبل العاشرة ولكن على سبيل عدم الفرضية — وأن الحج لم يزل مكتوبا عليها ، وبرغم هذا فإن النبي صلى الله عليه وسلم أرشدها للعمرة في رمضان ، ولو كان الحج واجبا على الفور لأمرها به بعد العمرة في رمضان أو جاء به الأمر مستقلا .

يقول ابن حجر : ” قال ابن بطال : فيه دليل على أن الحج الذي ندبها إليه كان تطوعا ؛ لإجماع الأمة على أن العمرة لا تجزئ عن حجة الفريضة . وتعقبه ابن المنير بأن الحجة المذكورة هي حجة الوداع . قال : وكانت أول حجة في الإسلام فرضا ؛ لأن حج أبي بكر كان إنذارا . قال : فعلى هذا يستحيل أن تكون تلك المرأة كانت قامت بوظيفة الحج . قلت : وما قاله غير مسلم ؛ إذ لا مانع أن تكون حجت مع أبي بكر وسقط عنها الفرض بذلك ، لكنه بنى على

(١) البخاري ، كتاب العمرة ، باب عمرة في رمضان .

أن الحج إنما فرض في السنة العاشرة حتى يسلم مما يرد على مذهبه من القول بأن الحج على الفور^(١)،^(٢) .

ولعل القول بأن هذه المرأة رضي الله عنها كانت قد حجت الفريضة قبل حجة الوداع هو الراجح ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أرشدها للعمرة التي تعدل حجة في ثوابها ، ولو كانت لم تحج لأمرها بأداء الحج^(٣). فيبقى للاستدلال للتراخي بأنه صلى الله عليه وسلم قد أخر الحج للعاشرة ، ولكن قد سبق قريبا بيان الأعذار التي قد تكون سببا في هذا التأخير ، ومحل الخلاف في المسألة هو عند عدم العذر .

(٧) واستدلوا أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عمرة القضاء وأخر الحج^(٤) ، ولو كان الحج واجبا على الفور لقدمه صلى الله عليه وسلم على العمرة .

وكما هو معلوم أن عمرة القضاء كانت في العام السابع ، وقد سبق توهين دليل من قال بأن الحج قد وجب في السنة السادسة وكذا السابعة ، ثم على فرض أن الحج كان واجبا من العام السادس ، فقد ذكرنا ضمن الأعذار كراهة مخالطة النبي صلى الله عليه وسلم المشركين في النسك ، خاصة أنهم كانوا يؤذونه عراة ، بخلاف العمرة التي يمكن تجنب مثل هذا أثناء تأديتها ، وهذا كله على فرض أن المشركين كانوا لا يمانعون من أداء المسلمين الحج .

(٨) واستدلوا كذلك بأن الحج وقته العمر ، فصار هذا العمر كوقت الصلاة التي يجوز تأديتها في أي جزء من أجزائه ، يقول الشافعي : (صلى

(١) ابن المنير من المالكية ، وللمذهب قولان في المسألة ، أرجحهما عند كثير من فقهاء المذهب القول بالفور . مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ ، منح الجليل ٢ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٢) فتح الباري ٣ / ٦٠٤ .

(٣) ويوجه سؤاله صلى الله عليه وسلم للمرأة إلى حرصه على الخير ، وليس لأنها لم تحج قبل هذا.

(٤) البحر الزخار ٣ / ٢٧٩ .

جبريل بالنبي صلى الله عليه وسلم في وقتين وقال : ما بين هذين وقت^(١) . وقد أتم النبي صلى الله عليه وسلم بالعتمة حتى نام الصبيان والنساء^(٢) . ولو كان كما تصفون صلاحها حين غاب الشفق^(٣) .

ويقول صاحب العناية في قول المرغيناني : ” وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي ؛ لأنه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة “ يقول : فكما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمر من أشهر الحج ، وهذا الدليل لمحمد لأنه يقول بجواز تأخير مكيف ، وهو أن لا يفوته بالموت ، فإن فوته أثم ، وأما الشافعي فإنه يقول لا يَأْثَمُ بالتأخير وإن مات . فلم يكن عنده كوقت الصلاة^(٤) .

وتعليقا على كلام صاحب العناية، نذكر أن وجه الشبه بين الحج والصلاة، هو ما ذكره في بداية كلامه من أن الصلاة كما أنها جازت في آخر وقتها يجوز الحج في آخر العمر، وهذا يكفي في قياس الحج على الصلاة ؛ لأن ما ذكره من أن هذا الدليل يسلم لمحمد معللا ذلك بأن محمدا يقول بجواز تأخير مكيف ، وهو أن لا يفوته بالموت ، فإن فوته أثم : غير مسلم به ؛ لأنه يفهم من كلامه أن من مات أثناء وقت الصلاة — عازما على أدائها قبل موته — يكون آثما . وهذا لم يقل به الحنفية أنفسهم .

(١) حديث بيان وقت الصلاة انظره :

البخاري ، كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب أوقات الصلوات الخمس .

الموطأ ، كتاب وقوت الصلاة ، باب وقوت الصلاة .

(٢) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب مواقيت الصلاة ، باب فضل العشاء .

مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب وقت العشاء وتأخيرها .

(٣) الأم ٢ / ١٢٩ .

(٤) العناية على الهداية ٢ / ٤١٣ .

كما أن ما نقله عن الإمام الشافعي من أنه يقول بعدم لزوم الإثم من آخر الحج غير مسلم به أيضا ؛ يقول النووي : لنا فيمن آخر الحج حتى مات ثلاثة أوجه : أصحابها يموت عاصيا الشيخ والشاب الصحيح (والثاني) لا يموت عاصيا (والثالث) يعصي الشيخ دون الشاب ، وهو الذي اختاره الغزالي ، ولكن الأصح عند الأصحاب العصيان مطلقا^(١) .

وقبل أن نذكر جواب من يرى الفور على قياس الحج على الصلاة ، نورد اعتراضهم على ما سبق ذكره في هذا الدليل ، من قول أهل التراخي بأن الحج وقته العمر ، وأنه يجب وجوبا موسعا .

يقول ابن حزم : لا يخلو المستطيع من أن يكون مفترضا عليه الحج أو لا يكون مفترضا عليه الحج ؛ فإن كان مفترضا عليه فهو مأمور به في عامه — وهو قولنا — وهو إن لم يحج معطل فرض ، وإن كان ليس مفترضا عليه الحج فهذا خلاف القرآن . وأيضا فإن كان مفسوحا له إلى آخر عمره فإنما تلحقه الملامة بعد الموت ، واللامة لا تلحق أحدا بعد الموت ، فصح أنه ملوم في حياته^(٢) .

ويقول ابن قدامة : وجوبه بصفة التوسع يخرج عن رتبة الواجبات ؛ لأنه يؤخر إلى غير غاية ، ولا يأتى بالموت قبل فعله ؛ لكونه فعل ما يجوز له فعله ، وليس على الموت أمانة يقدر بعدها على فعله^(٣) .

ولا يسلم لابن حزم في قوله ” إن كان مفسوحا له إلى آخر عمره فإنما تلحقه الملامة بعد الموت ، واللامة لا تلحق أحدا بعد الموت “ ؛ لأن الموت وإن كان ينتهي معه التكليف فإن هذا لا يمنع من حقوق الإثم أو الأجر بالميت ، قال تعالى ﴿ إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَى وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَارَهُمْ ﴾^(٤) وثبت في السنة

(١) المجموع — بيسير حذف — ٥٣ / ٧ وانظره أيضا ٩٤ / ٧ .

(٢) المحلى ٣١٦ / ٥ .

(٣) المغني ١٠٠ / ٣ .

(٤) يس : ١٢ .

قوله صلى الله عليه وسلم (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)^(١) ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (لا تقتل نفس ظلما إلا كان على ابن آدم الأول كفل من دمها ؛ لأنه أول من سن القتل)^(٢) وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم (من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيء ، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده من غير أن ينقص من أوزارهم شيء)^(٣) . إلى غير ذلك من نصوص .

كما لا يسلم لابن قدامة في قوله السابق ؛ لأنه ليس معنى أن يكون الواجب موسعا هو أن يخرج عن رتبة الواجبات ، فالدائن له أن يفسح فترة السداد طول حياة مدينه ، ولا يشترط عليه السداد عند اليسار ، فيصير واجب السداد موسعا ، فهل نقول إن ذلك يخرج عن رتبة الواجبات ، ولا تظل ذمة المدين مشغولة بهذا الدين حتى بعد موته ؟! فقد ثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل هل ترك لدينه فضلا ؟. فإن حدث أنه ترك لدينه وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم . فلما فتح الله عليه الفتوح قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفي من المؤمنين فترك ديننا فعلي قضاؤه ، ومن ترك مالا فلورثته^(٤) .

(١) مسلم ، كتاب الوصية ، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته .

(٢) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب خلق آدم وذريته .

مسلم ، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب بيان إثم من سن القتل .

(٣) مسلم ، كتاب الزكاة ، باب الحث على الصدقة

(٤) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب الحوالات ، باب من تكفل عن ميت ديننا فليس له أن يرجع .

مسلم ، كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته .

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن من يرى التراخي قد قيدوا رأيهم بالعزم على الفعل ، وعدم خشية فوات الحج بأي عارض حتى خشية هلاك ماله ، فعندئذ يصير الواجب مضيقاً ويلزمه الحج في عامه . ولذا فإنه كان يمكن ترجيح قول من يرى التراخي بأن الحج يجب وجوباً موسعاً ، لولا ما أورده من يرى الفور من أدلة — سيأتي عرضها — من وجوب التعجيل بالحج .

أما الجزء الآخر من الدليل ، وهو قياس الحج على الصلاة التي يجوز أدائها في أي جزء من أجزاء وقتها ، فغير مسلم به ؛ لأن موت المصلي الذي لم يؤد الصلاة أثناء وقتها — ما لم يتضيق — نادر ، بخلاف الحج فإن موت من لم يحج خلال العام غير نادر ، ولذا فإن الموت أثناء وقت الصلاة لا يترتب عليه إثم ، بخلاف الحج حيث صح فيه أكثر من ذهب للتراخي — فضلاً عما يرى الفور — القول بالإثم .

(٩) كما أنهم قاسوا الحج على الصوم ، فكما أن قضاء الصوم لا يجب على الفور فكذلك الحج ، يقول الشافعي في سياق استدلاله للتراخي : (قالت عائشة رضي الله عنها : ” إن كان ليكون على الصوم من شهر رمضان فما أقدر على أن أقضيه حتى شعبان “^(١) . وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ” لا يحل لامرأة أن تصوم يوماً زوجها شاهد إلا بإذنه “^(٢)) (٣) .

وقد أجاب من يرى الفور على هذا الدليل بما ذكره في الدليل السابق من قياس الحج على الصلاة ، يقول البزدوي عن تأخير قضاء الصوم : ” تأخيره عن اليوم الأول لا يفوته ، والتعارض للحال غير قائم^(٤) ؛ لأن الحياة إلى اليوم

(١) الحديث أخرجه : البخاري ، كتاب الصوم ، باب متى يقضى قضاء رمضان ؟ .

مسلم ، كتاب الصيام ، باب قضاء رمضان في شعبان .

(٢) البخاري ، كتاب النكاح ، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه .

(٣) الأم ٢ / ١٢٩ ، وانظر المجموع ٧ / ٩٠ .

(٤) أي تعارض الحياة والموت في ليلة غير قائم ؛ لأن الحياة غالبية والموت نادر فلا يسقط إدراك اليوم الثاني باحتمال الموت ؛ لأن السقوط بتعارض الحياة والموت ولم يوجد ، وإذا لم يسقط كان مزاحماً لليوم الأول ، فلم يثبت تعيينه للأداء فجاز التأخير . كشف الأسرار ١ / ٢٥١ دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

الثاني غالبية ، والموت في ليلة واحدة بالفجاءة نادر ، فلا يترك الظاهر بالنادر ، وإذا كان كذلك استوت الأيام كلها كأنه أدركها جملة ، فخير بينها ولا يتعين أولها^(١) . هذا فضلا على أن الأمر بالحج هو أمر بالحج نفسه وليس قضاءه كما في الصوم .

(١٠) ومن أدلتهم أيضا ما ذكروه من أن من أخر الحج من سنة لأخرى ، ثم حج بعد ذلك لا يوصف حجه بالقضاء ، وإنما هو أداء ، ولو كان الحج واجبا على الفور لصار قضاء^(٢) .

يقول النووي : ” واحتج أصحابنا أيضا بأنه إذا أخره من سنة إلى سنة أو أكثر ، وفعله يسمى مؤديا للحج لا قاضيا بإجماع المسلمين ، هكذا نقل الإجماع فيه القاضي أبو الطيب وغيره ، ونقل الاتفاق عليه أيضا القاضي حسين وآخرون ، ولو حرم التأخير لكان قضاء لا أداء .

فإن قالوا هذا ينتقض بالوضوء ، فإنه إذا أخره حتى خرج وقت الصلاة ، ثم فعله كان أداء ، مع أنه يأنم بذلك : قلنا قد منع القاضي أبو الطيب كونه أداء في هذه الحالة . وقال : بل ، هو قضاء لبقاء الصلاة ؛ لأنه مقصود لها لا لنفسه . وجواب آخر وهو أن الوضوء ليس له وقت محدود ، فلا يوصف بالقضاء بخلاف الحج ، وقد تقرر في الاصطلاح أن القضاء فعل العبادة خارج وقتها المحدود^(٣) .

ويمكن الجواب على هذا الدليل بأن الحج ليس له وقت ينتهي عنده حتى يوصف الفعل بعده بالقضاء ، فالقضاء لا يكون قضاء إلا بعد انتهاء الأجل المحدد للأمر ، فالصلاة مثلا إذا لم تؤد حتى انقضى وقتها تصير قضاء ، والحج ليس كذلك لامتداد وقته .

(١) أصول اليزدوي ١ / ٢٥١ .

(٢) المبسوط ٤ / ١٦٤ ، بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ ، مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ .

(٣) المجموع ٧ / ٨٩ .

ثم إن بعض من يقول بالفور يرى أن الحج بعد العام الأول من الاستطاعة يكون قضاء ، يقول الباجي : إذا قلنا إنه على الفور فاختلف أصحابنا فقال القاضي أبو الحسن : إنه إذا أخره عن أول عام فهو قاض لا مؤد . وقال غيره : لا يكون قاضيا ما دام حيا ، وإنما يكون القضاء عنه بعد موته أن حج عنه أحد^(١) .

ومما قيل أيضا في تعليل كون الحج يقع أداء بعد عامه الأول ما يذكره بعض الفقهاء كالكاساني ، يقول : لو أدى في السنة الثانية كان مؤديا لا قاضيا ؛ فإنما كان كذلك لأن أثر الوجوب على الفور ، عملا في احتمال الإثم بالتأخير عن أول الوقت في الإمكان ، لا في إخراج السنة الثانية والثالثة من أن يكون وقتا للواجب كما في باب الصلاة ؛ وهذا لأن وجوب التعجيل إنما كان تحرزا عن الفوات ، فإذا عاش إلى السنة الثانية والثالثة فقد زال احتمال الفوات فحصل الأداء في وقته كما في باب الصلاة . والله أعلم^(٢) .

ثم إن غالب أهل التراخي يرى أن الزكاة تجب على الفور ، وأداؤها عندهم لا يندرج تحت الأداء الاصطلاحي ، وهو المقابل للقضاء ؛ وذلك لامتداد وقتها، يقول الأنصاري : ” (يجب) أي أداؤها (فورا) “^(٣) . ويشرح الجمل هذا بقوله : ” قوله (أي أداؤها) المراد بالأداء الدفع لا الأداء بالمعنى المصطلح عليه ؛ لأن الزكاة لا وقت لها محدود حتى تصير قضاء بخروجه “^(٤) . فلماذا يوصف الحج إذن بالقضاء رغم أن وقته غير محدود ؟!

(١) المنتقى ٢ / ٢٦٨ ، وانظر مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ ، ٤٧٤ حيث تفصيل القول فيما هو راجح من القولين .

(٢) البدائع ٢ / ١٢٠ .

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب — وكلاهما لذكريا الأنصاري ، ومنهج الطلاب اختصار منهاج النووي — ٢ / ٢٩١ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤١٨ هـ ، وانظر المجموع ٥ / ٣٠٥ ، ٣٠٦ .

(٤) حاشية الجمل وهي (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) ٢ / ٢٩١ ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

يقول ابن قدامة : لا يلزم من الوجوب على الفور تسمية القضاء ؛ فإن الزكاة تجب على الفور ، ولو أخرها لا تسمى قضاء . والقضاء الواجب على الفور إذا أخره لا يسمى قضاء القضاء^(١) .

(١١) واستدل بعضهم أيضا بأن صيغة الأمر بذاتها لا تمنع من إتيان الأمر متراخيا، يقول الباجي : الدليل على أن الأوامر على التراخي هو أن لفظة افعل ليست بمقتضية للزمان إلا بمعنى أن الفعل لا يقع إلا في زمان ، وذلك لاقتضائها للحال والمكان ، ثم ثبت وتقرر أن له أن يأتي بالمأمور به في أي مكان شاء وعلى أي حال شاء ، فكذاك له أن يفعله في أي زمان شاء^(٢) .

ويمكن الجواب على هذا بأنه إذا كانت صيغة الأمر لا تدل بذاتها على فور أو تراخ^(٣) ، فإن ما قدمه من يقول بالفور من أدلة — التي سيأتي بيانها — يمكن أن يحمل الأمر معها على الفور .

(١٢) وحتى إذا قلنا إن صيغة الأمر بذاتها تمنع من إتيان الأمر متراخيا ، فإن السياق والقرائن هي التي تحدد الفور من التراخي ، والأمر بالحج يمكن حمله على التراخي بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الذي أخر الحج إلى سنة عشر^(٤) ، وكذا بالمشقة المتعلقة بفعله ، يقول إمام الحرمين : المختار أن الأمر — مجردا عن القرائن — لا يقتضي الفور ، وإنما المقصود منه الامتنال المجرد ، ومن زعم أنه يقتضي الفور نقلنا الكلام إلى أصول الفقه ، ويمكن أن يقال : الحج عبادة لا تنال إلا بشق الأنفس ولا يتأتى الإقدام عليها بعينها بل يقتضي للتشاغل بأسبابها والنظر في الرفاق والطرق ، وهذا مع بعد المسافة يقتضي مهلة فسيحة لا يمكن ضبطها بوقت ، وهذا هو الحكمة في إضافة الحج

(١) المغني ٣ / ١٠١ .

(٢) المنتقى ٢ / ٢٦٨ .

(٣) إرشاد الفحول ١ / ١٨١ .

(٤) البحر الرائق ٢ / ٣٣٣ ، المجموع ٧ / ٩٠ .

إلى العمر ، ويمكن أن يجعل هذا قرينة في اقتضاء الأمر بالحج للتراخي^(١) .

والجواب على هذا الدليل هو ما سبق ذكره في الدليل السابق ، كما أنه سبق استعراض بيان العذر في تأخير النبي صلى الله عليه وسلم الحج — لو كان ثم تأخير — إلى العام العاشر ، ثم إن ما ذكره إمام الحرمين يمكن القول معه بأن الحج يجب — في عصره — فوراً لأهل مكة ومن جاورها دون الآفاقي ، كما أن ما ذكره من أسباب التراخي من طول المسافة والمشقة لا تتناسب وعصرنا الحاضر .

(١٣) كما استدلوا للتراخي بترك تفسيق مؤخر الحج ، يقول ابن عبد البر : ومن الدليل على أن الحج على التراخي إجماع العلماء على ترك تفسيق القادر على الحج إذا أخره العام والعامين ونحوهما ، وأنه إذا حج من بعد أعوام من حين استطاعته فقد أدى الحج الواجب عليه في وقته^(٢) . ويقول النووي : واحتج أصحابنا أيضاً بأنه إذا تمكن من الحج وأخره ، ثم فعله لا ترد شهادته فيما بين تأخير وفعله بالاتفاق ، ولو حرم لردت لارتكابه المضيء^(٣) .

ولكن هل يمكن أن نفهم من كلام ابن عبد البر أن من يؤخر الحج العام أو العامين يلزمه الإثم — دون الفسق — ؟. وإذا كان كذلك فهل يصير الإثم مشروعاً مباحاً ؟!

يقول الدررير (المالكي كابن عبد البر) في شرحه على خليل :
” (وفي فوريته) أي في وجوب الإتيان به أول عام القدرة عليه ، فيعصي بالتأخير عنه ولو ظن السلامة ، وهو المعتمد . (وتراخيه لخوف الفوات) أي إلى وقت يخاف فيه فواته بالتأخير إليه . ويختلف الفوات باختلاف الناس والأزمان

(١) المجموع ٧ / ٩٠ .

(٢) تفسير القرطبي ، المسألة الثانية في تفسير قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ﴾ ، ص ١٣٨٦ .

(٣) المجموع ٧ / ٩٠ .

والأحوال . (خلاف) ،^(١) . ويزيد الدسوقي بقوله : ” قوله (وفي فوريته) أي وجوب الإتيان به على الفور . وقوله (وتراخيه) أي وجوبه على التراخي لمبدأ خوف الفوات . قوله (فيعصي بالتأخير عنه) أي بالتأخير عن أول عام القدرة ولو لثاني عام ،^(٢) .

كما لا يسلم لقول النووي ؛ لأن من يؤخر الحج اختياراً شهادته غير مقبولة ما دام لم يحج بعد ، يقول الزيلعي : وثمرة الخلاف^(٣) تظهر في حق المأثم حتى يفسق وترد شهادته عند من يقول هو على الفور^(٤) .

(١٤) ومن أدلتهم أيضاً أن موت من يؤخر الحج مظنون ، فيقدم ظاهر الحال عليه وهو حياته ، يقول صاحب كشف الأسرار : ” ما من سنة يمضي إلا ويتوهم إدراك الوقت بعدها ، وإنما يثبت العجز بعارض الموت ، فرجحنا الحياة عليه ؛ لأن ما كان ثابتاً فالظاهر بقاؤه إلى أن يظهر المزيل وفيه شك فلم يعتبر ،^(٥) .

وفي مقابل هذا الدليل الذي استدل به لمحمد بن الحسن استدلل لأبي يوسف بما هو عكسه ، يقول صاحب كشف الأسرار : ولأبي يوسف رحمه الله أن أشهر الحج من السنة الأولى في حق المخاطب به آخر الوقت ، فيحرم التأخير عنه كما في آخر وقت الصلاة ؛ وذلك لأن الوقت في حقه أشهر الحج من عمره لا من جميع الدهر ، والأشهر التي من عمره ما كان متصلاً بعمره ، وهذه الأشهر هي المتصلة بعمره يقينا ، والتي لم يجر بعد غير متصلة بعمره ، فلا تصير وقت حجه إلا بالاتصال ، وذلك مشكوك ، والانفصال في الحال ثابت ، فلا يرتفع بالشك .

(١) الشرح الكبير ٢ / ٢ ، ٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٢ .

(٣) بين من يقول التراخي ومن يقول بالفور .

(٤) تبين الحقائق ٢ / ٣ .

(٥) كشف الأسرار ١ / ٢٥٠ .

وعلى اعتبار الانفصال لا يبقى وقت لحجه غير الوقت الحاضر ، فيكون التأخير عنه تفويتا ، كالتأخير عن آخر وقت الصلاة . يحققه أن بمضي وقت عرفة يفوت وقت الحج في الحال ، ولا يرجى عوده إلا بالعيش إلى العام القابل ، وفيه شك ؛ لأن العيش إلى سنة ليس بأرجح من الموت ، فلا يثبت العود بالشك ولا يرتفع حكم الفوت ، بخلاف الواجب المطلق عن الوقت ، حيث له أن يؤخره ؛ لأن الفوت فيه بالموت والعمر ثابت للحال والموت محتمل ، فلا يرتفع الثابت بالمحتمل . فأما الثابت ههنا فالفوت بمضي الوقت فلا يرتفع بالمحتمل ، وهو العيش إلى السنة القابلة ، بخلاف تأخير صوم القضاء والكفارة ؛ لأن الموت في ليلة نادر ، فلم يعد تفويتا . فصار حرف المسألة أن الخصم يقول لا فوات إلا بالموت ، فإن جميع العمر وقت الأداء ، ويعتبر الظاهر لإبقاء ما كان من القدرة ولا يبطلها بالموهوم . ونحن نقول إذا تعذر الأداء عليه بعد خروج الوقت فقد تحقق الفوات ، وله احتمال أن لا يكون فواتا بالإدراك ، وفيه شك ، فحكمنا بالفوات للحال على احتمال أن لا يكون فواتا^(١) .

ثم على فرض صحة احتمال الحياة على الموت في باب الحج ، وأن الموت خلال العام غير نادر ، فإن الأدلة — التي حان عرضها — التي يقدمها من يقول بالفوت ترفع هذا الاحتمال ، حيث توجب المبادرة إلى الحج على من يستطيعه خشية ما يعرض له من موت أو فقد بعض شروط الاستطاعة .

هذه هي أدلة من يقول بأن الحج يجب متراخيا ومناقشتها ، مع مراعاة أنهم قيدوا جواز تأخير أداء الحج بالعزم على الفعل في المستقبل ، وأن لا يتضيق بنذر أو قضاء أو خوف غضب ، فلو خشي من وجب عليه الحج الغضب حرم عليه التأخير ؛ لأن الواجب الموسع إنما يجوز تأخير بشرط أن يغلب على الظن السلامة إلى وقت فعله ، ومثله من خشي هلاك ماله^(٢) . وقد زاد بعض المالكية

(١) كشف الأسرار — بيسير حذف — ١ / ٢٥٠ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢٠٧ .

على هذا ألا يتجاوز عمر من أخر الحج عن الستين سنة للحديث (أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك)^(١) .

أدلة الفور

ما عليه مذهب الحنفية وهو الراجح عن أبي حنيفة وما يقول به أبو يوسف^(٢) ، والقول الآخر المعتمد عند المالكية^(٣) ، ومذهب الحنابلة^(٤) ، والظاهرية^(٥) ، والزيدية^(٦) ، والإمامية^(٧) ، والقول المرجوح عند الإباضية^(٨) : هو أن الحج يجب فور الاستطاعة ، وقد استدلوا لرأيهم بما يأتي :

(١) أن الأمر يصرف إلى الفور مثل قوله تعالى ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾^(٩) وقوله سبحانه ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(١٠) فالأمر الأصل فيه أن يكون على الفور ، مثل قول السيد لمولاه اسقني ، ولا يصرف عن الفور إلا بقريضة .

(١) مواهب الجليل ٢ / ٤٧١ ، ٤٧٢ والحديث أخرجه الترمذي ، كتاب الدعوات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم . وقد قال الترمذي عن الحديث بأنه حديث حسن غريب .

(٢) فتح القدير ٢ / ٤١١ : ٤١٤ — المبسوط ٤ / ١٦٣ : ١٦٥ — بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ ، ١٢٠ — تبين الحقائق ٢ / ٣ — البحر الرائق ٢ / ٣٣٣ ، ٣٣٤ .

(٣) مواهب الجليل ٢ / ٤٧٣ — حاشية الدسوقي ٢ / ٣ — منح الجليل ٢ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤) المغني ٣ / ١٠٠ — الفروع ٣ / ٢٤٢ — كشف القناع ٢ / ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٥) المحلى ٥ / ٣١٦ .

(٦) البحر الزخار ٣ / ٢٧٩ ، ٢٨٠ — التاج المذهب ١ / ١١٧ ويؤخر الحج عندهم لأحد خمسة أمور ، وهي الجهاد والقصاص والنكاح والدين والحجر .

(٧) شرائع الإسلام ١ / ١٩٨ — الروضة البهية ٢ / ١٥٩ : ١٦١ .

(٨) النيل وشرحه ٤ / ١٥ : ١٧ .

(٩) البقرة : ١٩٦ .

(١٠) آل عمران ٩٧ .

ولكن قد سبق أن ذكرنا أن الأمر الراجح في دلالة الزمنية ، هو أنه لا يدل بذاته على فور أو تراخ ، وأن القرينة التي تصاحبه هي التي تحدد ذلك ، وقول القائل اسقني وأسرع وما شابه ذلك إنما يدل على الفور بالقرينة التي تنشأ من الفعل ذاته ، تماما مثل قول القائل تمهل أو أبطئ في قدومك ، وما شابه ذلك من الأفعال التي تدل بذاتها على التراخي ، فقرينة الفور أو التراخي قد تنشأ من ذات الفعل وقد تستفاد من خارجه ، سواء أكان هذا الخارج قد ورد في النص نفسه الذي ورد فيه الأمر أو في نصوص أخرى .

كما سبق أن ذكرنا أيضا أن قوله تعالى ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ أن الراجح في تفسيره ، هو أن يكون دالا على وجوب إتمام النسك لمن شرع فيه — كصلاة النافلة — وليس للإنشاء .

على أنه يبقى لأهل الفور أن نذكر أن قوله تعالى ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ يمكن أن يؤخذ منه الدلالة على الفور؛ لأن الأمر هنا معلق بشرط، فمتى تحقق الشرط وجب الأمر، وهذا لا يساوي الأمر المجرد الذي لا يدل بنفسه على فور أو تراخ ، فالأمر (افعل) لا يساوي (افعل متى استطعت) .

وإذا كانت هذه يمكن أن تكون قرينة على الفور من داخل النص ، فإن الأدلة الآتية يمكن أن تكون أيضا قرائن أخرى خارجه تؤيدها .

(٢) كما استدل القائلون بالفور بأن من لم يتم حجه لعارض أن عليه قضاءه لقابل ، وإذا كان هذا حال القضاء من عدم التأخير ففور الفرض أولى . يقول ابن الهمام : وقد استدل على الفور بالمنقول والمعنى ، فالأول حديث الحجاج بن عمرو الأنصاري (من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل)^(١) ، وهذا بناء على أن لفظة قابل متعارف في السنة الآتية التي تلي هذه

(١) ” أخبرنا شعيب بن يوسف ومحمد بن المثنى ، قالوا حدثنا يحيى بن سعيد ، عن حجاج بن الصواف ، قال حدثنا يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة ، عن الحجاج بن عمرو ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كسر أو عرج فقد حل ، وعليه حجة أخرى . وسألت ابن عباس وأبا هريرة

السنة ، وإلا فهو أعم من ذلك فلا دليل فيه^(١) .

ولا يسلم لمن يرى الفور هذا الدليل ؛ لأن حكم القضاء يختلف عن حكم الفرض ابتداء ، إذ إن القضاء هنا لا يكون إلا عن نسك غير مكتمل ، ولذا فإنه يندرج تحت قوله تعالى ﴿ وَاتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ ، فلا يلزم أن يكون النسك غير المكتمل فرضا ، وحتى لو كان فرضا فإنه لا تلازم بين حكم الفرض المبتدأ وبين قضائه ، فالنص الوارد بوجوب فور القضاء إنما يختص بالنسك غير المكتمل فلا يتعداه إلا بدليل . كما لا يصح قياس الأولى هنا ؛ لاختلاف طبيعة موضوع القياس ، فمن شرع في نسك يصير قد ألزم نفسه به ، لذا ناسبه قضاؤه على الفور ، فهذا يختلف حكمه عما لم يشرع فيه ابتداء ، ووقت أداء هذا النسك المبتدأ إنما يعرف بالنظر إلى دليل وجوبه ، وما يقتزن به من زمن .

(٣) واستدل القائلون بالفور أيضا بحديث (حجوا قبل أن لا تحجوا)^(٢)؛ إذ إنه يدل صراحة على الإسراع بالحج قبل أن يعوقه أي عارض .

فقالا صدق . وقال شعيب في حديثه وعليه الحج من قابل .“ . النسائي بلفظه ، كتاب مناسك الحج ، باب فيمن أحصر بعدو .

ورواه أيضا الترمذي ولفظه : حدثنا إسحق بن منصور ، أخبرنا روح بن عبادة ، حدثنا حجاج الصواف ، حدثنا يحيى بن أبي كثير ، عن عكرمة قال : حدثني الحجاج بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى . فذكرت ذلك لأبي هريرة وابن عباس فقالا صدق . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح . الترمذي ، كتاب الحج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في الذي يهل بالحج فيكسر أو يعرج . ويقول الترمذي أيضا : والعمل عند أهل العلم ، من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، أنه من لم يقف بعرفات قبل طلوع الفجر فقد فاتته الحج ، ولا يجزئ عنه إن جاء بعد طلوع الفجر ، ويجعلها عمرة ، وعليه الحج من قابل . وهو قول الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق . الترمذي — بيسير حذف — ، كتاب الحج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج .

(١) فتح القدير ٢ / ٤١٣ والدليل السادس الآتي من أدلة الفور هو دليل المعقول الذي أشار إليه ابن الهمام . وانظر أيضا حاشية الدسوقي ٢ / ٣ .

(٢) المستدرك للحاكم ١ / ٦١٧ ، دار المعرفة ببيروت ، بدون تاريخ . وسنن الدارقطني ٢ / ٣٠٢ والحديث غير ثابت كما سيأتي .

ولا يسلم لهم أيضا هذا الدليل ؛ فالحديث غير ثابت^(١)، ولو كان ثابتاً فإنه لا يصح لهم الاستدلال به؛ فلفظ الحديث هو (عن الحارث بن سويد ، قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول : حجوا قبل أن لا تحجوا ، فكأنني أنظر إلى حبشي أصمع أفدع بيده معول يهدمها حجرا حجرا . فقلت له : شيء تقوله برأيك أو سمعته من نبيكم صلى الله عليه وسلم ؟. قال : لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة، ولكني سمعته من نبيكم صلى الله عليه وسلم)^(٢) .

فالمراد به هو عدم القدرة على الحج لما يجري من عوارض في آخر الزمان ودنو الساعة — كهدم لكعبة — وليس بانتهاء أجل الإنسان .

(٤) كما استدل من يرى الفور بحديث ابن عباس أو الفضل بن عباس رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من أراد أن يحج فليتعجل ؛ فإنه قد تضل الضالة ويمرض المريض وتعرض الحاجة)^(٣) ، وقد روي بلفظ آخر وهو (تعجلوا إلى الحج — يعني الفريضة — فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له)^(٤) .

وقد روي هذا الحديث من طريق أبي إسرائيل إسماعيل بن خليفة ، عن فضيل بن عمرو، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس أو عن الفضل أو أحدهما

(١) العلل المتناهية لابن الجوزي ٥٦٤/٢ ، دار الكتب العلمية ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٣هـ — كشف الخفاء للعلوني ٤١٨/١ ، مؤسسة الرسالة ببيروت ، طبعة رابعة ١٤٠٥هـ — ضعيف الجامع الصغير ٩٣ / ٣ ، ٩٤ ، الجامع للسيوطي ، والضعيف للألباني ، المكتب الإسلامي ببيروت ودمشق ، طبعة ثانية ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م .

(٢) الحديث وإن كان غير ثابت بهذا اللفظ ، فإن بعضه — وهو هدم هذا المقبح الحبشي الكعبة آخر الزمان — قد ثبت في الصحيحين :

البخاري ، كتاب الحج ، باب هدم الكعبة .

مسلم ، كتاب الفتن وأشراف الساعة ، باب لا تقوم الساعة حتى يمر الرجل

(٣) أبو داود ، كتاب المناسك ، باب التجارة في الحج .

ابن ماجه ، كتاب المناسك ، باب الخروج إلى الحج .

أحمد ، مسند بني هاشم : مسند الفضل بن العباس ، وبداية مسند عبد الله بن العباس .

(٤) أحمد ، مسند بني هاشم ، بداية مسند عبد الله بن العباس .

عن صاحبه ، وقد اختلف النقاد في توثيق أبي إسرائيل^(١) ، بيد أن الحديث قد روي من طريق آخر غير طريق أبي إسرائيل ، فقد روي عن أبي معاوية محمد ابن خازم ، عن الحسن بن عمرو الفقيمي ، عن أبي صفوان مهران الكوفي ، عن ابن عباس رضي الله عنهما . وهذا الطريق فيه أبي صفوان ، وقد وثقه ابن حبان^(٢) ، وقبل الحاكم حديثه هذا ووافقه الذهبي^(٣) ، وقال عنه ابن حجر : ” روي عن ابن عباس (من أراد الحج فليتعجل) وعنه الحسن بن عمرو الفقيمي . قال أبو زرعة : لا أعرفه إلا في هذا الحديث . وذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وقال الحاكم لما أخرج حديثه في المستدرک : لا يعرف بجرح “،^(٤) ثم عده — ابن حجر — من المجاهيل^(٥) .

وقد حسن الألباني حديث أبي صفوان هذا ، يقول : ” لعله يتقوى حديثه بالطريق الأول فيرتقي إلى درجة الحسن ، لاسيما وبعض العلماء يحسن حديث أمثاله من التابعين كالحافظ ابن كثير وابن رجب وغيرهما — والله أعلم — وقد صححه عبد الحق في الأحكام “،^(٦) .

(١) تهذيب الكمال للزمي ٣ / ٧٧ : ٨٣ — مؤسسة الرسالة ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٣هـ — / ١٩٨٣م — ويقول فيه ابن حجر : صدوق ، سيئ الحفظ ، نسب إلى الغلو في التشيع . تهذيب التهذيب ١ / ١٠٧ ، طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية بحيدرآباد الدكن بالهند ، طبعة أولى ١٣٢٧ (٢) الثقات لابن حبان ٥ / ٤٤٢ رقم ٥٦٢٥ ، دار الفكر ، طبعة أولى ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م . (٣) مستدرک الحاكم ١ / ٦١٧ . (٤) تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٩٢ . (٥) تقريب التهذيب لابن حجر ١ / ٥٤٩ ، دار المعرفة — بيروت ، طبعة ثانية ١٣٩٥ — ١٩٧٥ . (٦) إرواء الغليل ٤ / ١٦٩ هذا وينبغي تصحيح قول الألباني ” أخرجه أحمد (١ / ٣١٤) من طريق إسماعيل عن أبيه أبي إسرائيل عن فضيل ... “ الإرواء ٤ / ١٦٨ والصواب هو حذف قوله (عن أبيه) فالحديث عن إسماعيل أبي إسرائيل عن فضيل .

ونص ما جاء في الموضع الذي أشار إليه الألباني هو : ” حدثنا عبد الرزاق ، أخبرنا الثوري عن إسماعيل — قال أبي هو أبو إسرائيل الملائى — عن فضيل يعني ابن عمرو عن سعيد بن جبیر عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعجلوا إلى الحج — يعني الفريضة — فإن أحذكم لا يدري ما يعرض له “ . وقائل (قال أبي هو أبو إسرائيل الملائى) هو عبد الله بن أحمد ابن حنبل .

وقد أجاب النووي على من استدل بهذا الحديث على الفور بقوله : جوابه من أوجه : أحدها أنه ضعيف . والثاني أنه حجة لنا ؛ لأنه فوض فعله إلى إرادته واختياره ولو كان على الفور لم يفوض تعجيله إلى اختياره . والثالث أنه أمر ندب جمعا بين الأدلة^(١) .

ولكن لا يسلم للنووي فيما ذكره ؛ لأن قوله بأن الحديث ضعيف إنما يتجه بالنظر إلى طريق واحد ، والحديث — كما سبق — يصلح للحجة بمجموع طريقيه ، كما أن متن الحديث يتوافق وبقية أدلة الفور التي سبقت والتي ستأتي بعد .

وأما اعتراضه الثاني فإن بعض روايات الحديث لم تأت بلفظ الإرادة ، كالتي سبق ذكرها (تعجلوا إلى الحج — يعني الفريضة — فإن أحكم لا يدري ما يعرض له) ، ثم لو كان الأمر مفوضا إلى إرادته فلا فائدة تظهر لقوله (فليعجل) ؛ فمن أراد الحج في مقتبل عمره ، ثم أداه — باختياره — في خريف عمره ، هل يكون قد عجل به ؟! ” فليس التعليق على الإرادة هنا للتخيير بين الفعل والترك ؛ لانعقاد الإجماع على خلافه ، بل كقوله (من أراد الجمعة فليغتسل)^(٢) و (من أراد الصلاة فليتوضأ)^(٣) وقوله تعالى ﴿ لِمَنْ شَاءَ مِنْكُمْ أَنْ يَسْتَقِيمَ ﴾^(٤) ،،^(٥) .

وأما اعتراضه الثالث فقد يكون صحيحا إذا سلمت أدلة التراخي من الاعتراضات التي سبق استعراضها، بحيث تتقابل أدلة التراخي والفور، ولم يكن

= وعلى الرغم من أن فضيلا قد مات سنة ١١٠هـ وأبا إسرائيل مات سنة ١٦٩هـ فإن أبا إسرائيل قد توفي عن أكثر من ثمانين سنة ، لذا فالرواية بينهما ممكنة . انظر تهذيب الكمال ٧/٣ ، ٢٣ / ٢٧٩ .

(١) المجموع ٩١ / ٧ .

(٢) البخاري ومسلم ، ولفظ الإرادة عند مسلم : أول حديث في كتاب الجمعة .

(٣) مما ورد في ذلك حديث المسيء في صلاته ، وقد أخرجه البخاري ومسلم ، بيد أن لفظ الإرادة عند النسائي : كتاب السهو ، باب أقل ما يجزي من عمل الصلاة .

(٤) التكوير : ٢٨ .

(٥) كشف القناع ٢ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

ثمة طريق للجمع بينها غير حمل الأمر فيها على النذب ، أما وقد وهنت أدلة التراخي بالاعتراضات الواردة عليها التي سبق ذكرها ، وسلم بعض أدلة الفور — مما سبق ومما سيأتي — من الطعن فيها ، فإن سبيل الجمع هذا يصير غير صحيح .

(٥) كما استدل من يقول بالفور بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس ، أو حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، فليمت أي الميتتين شاء ، إما يهوديا أو نصرانيا “ (١) .

وللحديث شاهد ثان عن أبي أمامة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” من لم يمنعه عن الحج حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، أو مرض حابس ، فمات ولم يحج ، فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء نصرانيا “ (٢) . وله شاهد ثالث عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ملك زادا وراحلة تبلمه إلى بيت الله ولم يحج ، فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا ، وذلك أن الله يقول في كتابه ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ . قال أبو عيسى : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وفي إسناده مقال ، وهلال بن عبد الله مجهول ، والحارث يضعف في الحديث (٣) .

وعن إسناده الحديث يقول ابن حجر : ” هذا الحديث ذكره ابن الجوزي في الموضوعات ، وقال العقيلي والدارقطني : لا يصح فيه شيء . قلت : وله طرق :

أحدها : أخرجه سعيد بن منصور في السنن وأحمد ، وأبو يعلى ، والبيهقي من طرق عن شريك ، عن ليث بن أبي سليم ، عن ابن سابط عن أبي

(١) التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ٢ / ١١٨ .

(٢) الدارمي ، كتاب المناسك ، باب من مات ولم يحج . وقد تكلموا في إسناده .

(٣) الترمذي ، كتاب الحج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في التغليظ في ترك الحج . وسنده ضعيف أيضا ، كما سيوضح من الكلام عليهما .

أمامة بلفظ : { من لم يحبسه مرض أو حاجة ظاهرة } ، والباقي مثله ، لفظ البيهقي ، ولفظ أحمد : { من كان ذا يسار فمات ولم يحج } - الحديث - وليث ضعيف ، وشريك سيئ الحفظ ، وقد خالفه سفيان الثوري فأرسله ، رواه أحمد في كتاب الإيمان له عن وكيع ، عن سفيان ، عن ليث ، عن ابن سابط قال : { قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من مات ولم يحج ، ولم يمنعه من ذلك مرض حابس ، أو سلطان ظالم ، أو حاجة ظاهرة } فذكره مرسلًا . وكذا ذكره ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن ليث مرسلًا ، وأورده أبو يعلى من طريق أخرى عن شريك مخالفة للإسناد الأول ، ورواها عن شريك عمار بن مطر ضعيف .

الثاني : عن علي بن أبي طالب مرفوعا : { من ملك زادا وراحلة تبغته إلى بيت الله ولم يحج ، فلا عليه أن يموت يهوديا أو نصرانيا } ، وذلك لأن الله قال في كتابه : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ورواه الترمذي وقال : غريب وفي إسناده مقال والحارث يضعف ، وهلال بن عبد الله الراوي له عن أبي إسحاق مجهول ، وسئل إبراهيم الحربي عنه ، فقال : من هلال ؟ وقال ابن عدي : يعرف بهذا الحديث ، وليس الحديث بمحفوظ ، وقال العقيلي : لا يتابع عليه . وقد روي عن علي موقوفًا ، ولم يرو مرفوعًا من طريق أحسن من هذا . وقال المنذري : طريق أبي أمامة على ما فيها أصلح من هذه .

الثالث عن أبي هريرة رفعه : { من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس ، أو حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، فليمت أي الميتين شاء ، إما يهوديا أو نصرانيا } . رواه ابن عدي من حديث عبد الرحمن القطائي ، عن أبي المهزم وهما متروكان عن أبي هريرة .

وله طريق صحيحة إلا أنها موقوفة رواها سعيد بن منصور ، والبيهقي . عن عمر بن الخطاب قال : " لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار ، فينظروا كل من له جدة ولم يحج ، فيضربوا عليه الجزية ، ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين " . لفظ سعيد ، ولفظ البيهقي : أن عمر قال : ليمت يهوديا أو

نصرانيا — يقولها ثلاث مرات — رجل مات ولم يحج ووجد لذلك سعة وخليت سبيله .

قلت : وإذا انضم هذا الموقف إلى مرسل ابن سابط ، علم أن لهذا الحديث أصلا ، ومحملة على من استحل الترك ، وتبين بذلك خطأ من ادعى أنه موضوع ، والله أعلم ،^(١) .

وقد عد الشوكاني هذا الحديث صالحا للحجة بمجموع طرقه ، يقول : هذه الطرق يقوي بعضها بعضا ، وبذلك يتبين مجازفة ابن الجوزي في عده لهذا الحديث من الموضوعات ، فإن مجموع تلك الطرق لا يقصر عن كون الحديث حسنا لغيره ، وهو محتج به عند الجمهور ، ولا يقدر في ذلك قول العقيلي والدارقطني لا يصح في الباب شيء ؛ لأن نفي الصحة لا يستلزم نفي الحسن إلى آخر ما ذكره^(٢) .

وعن وجه الاستدلال بالحديث يقول الكاساني : ألحق الوعيد بمن أخر الحج عن أول أوقات الإمكان ؛ لأنه قال من ملك كذا فلم يحج ، والفاء للتعقيب بلا فصل ، أي لم يحج عقيب ملك الزاد والراحلة بلا فصل^(٣) .

وقد أجاب من يرى التراخي على هذا الدليل بعدة أجوبة ، يقول النووي : ” الجواب عن حديث { فليمت إن شاء يهوديا } فمن أوجه :
أحدها : أنه ضعيف كما سبق^(٤) .

والثاني : أن الذم لمن أخره إلى الموت ، ونحن نوافق على تحريم تأخيرهِ إلى الموت ، والذي نقول بجوازه هو التأخير بحيث يفعل قبل الموت .

(١) تلخيص الحبير ٢ / ٤٢٥ ، ٤٢٦ .

(٢) نيل الأوطار ٤ / ٢٨٥ .

(٣) البدائع ٢ / ١١٩ .

(٤) وهو قوله : حديث أبي أمامة رواه الدارمي في مسنده والبيهقي في سننه بإسناد ضعيف . قال البيهقي : وهذا وإن كان إسناده غير قوي ، فله شاهد من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر بإسناده عنه نحوه . المجموع ٧ / ٥١ .

الثالث : أنه محمول على من تركه معتقدا عدم وجوبه مع الاستطاعة ، فهذا كافر ، ويؤيد هذا التأويل أنه قال : { فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا } وظاهره أنه يموت كافرا ، ولا يكون ذلك إلا إذا اعتقد عدم وجوبه مع الاستطاعة ، وإلا فقد أجمعت الأمة على أن من تمكن من الحج فلم يحج ومات لا يحكم بكفره ، بل هو عاص ، موجب تأويل الحديث لو صح . والله أعلم ،^(١) .

ولا يسلم للنووي فيما ذكره من ضعف الحديث ؛ لأن ابن حجر — الشافعي المذهب أيضا — قد ذكر أن لهذا الحديث أصلا بما ثبت من الموقف ، وربما يكون معنى الأصل الذي يقصده أن الحديث لم ينشئ حكما جديدا مستقلا ، وإنما هو يدور في معنى يؤيده الشرع ، هذا من جهة معناه ، ومن جهة سنده فإن المرسل منه يرجع لسند هذا الموقف اعتضادا واحتجاجا . وإذا كان ابن حجر لم يصرح بثبوت الحديث مرفوعا ، فإن الشوكاني قد جزم بذلك فيما سبق ذكره .

وأما قول النووي بأن الذم لمن أخره إلى الموت ، ونحن نوافق على تحريم تأخيرته إلى الموت ، والذي نقول بجوازه هو التأخير بحيث يفعل قبل الموت . قوله هذا مما تتسع له دلالة الحديث ، كما أنها تتسع لمن يرى الفور من لزوم الإثم بالتأخير قبل الموت . فالإثم بالموت قد يرجع لما هو مباح أو غير مباح ، فالأول كالدائن الذي له أن يفسح فترة السداد طول حياة مدينه ، ولا يشترط عليه السداد عند اليسار ، فلو مات الدائن دون أن يسدد فإن ذمته تظل مشغولة ما لم يسدد عنه دينه . والآخر كإنذار الكتاب الكريم غير المؤمنين بالوعيد بعد الموت ، فالإيمان بالله سبحانه وبقية أركان الإيمان واجب يمتد ويبسط على عمر الإنسان منذ بلوغه حتى موته ، ويأثم المرء بتأخيرته في حياته قبل موته .

إذا تقرر هذا ، فإننا يمكن ترجيح إحدى دلالاتي الحديث بأمور أخرى غيره ، وليس أقرب في ذلك مما ورد في موضوعه من أقوال الصحابة رضي

(١) المجموع ٧ / ٩١ .

الله عنهم ، وقد سبق ذكر قول عمر رضي الله عنه في ذلك ، أعني الرواية التي لم يذكر فيها الموت ، وهي ما صح من قوله : (لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار ، فينظروا كل من له جدة ولم يحج ، فيضربوا عليه الجزية ، ما هم بمسلمين ، ما هم بمسلمين) . فهذا يدل بوضوح على عدم جواز تأخير الحج بعد عام الاستطاعة ، كما أن هذه الرواية تفسر وتقيد الرواية الأخرى التي جاء فيها ذكر الموت .

وأخيرا فإن ما ذكره النووي — وكذا ابن حجر — من حمل الحديث على غير المسلمين ظاهرا وباطنا ، غير مسلم به أيضا ؛ لأن الأصل في نصوص الشريعة وجزاء مخالفتها أن تخاطب المسلمين ، ولا يخرج نص عن هذا الأصل إلا بدليل صريح في دلالاته .

ثم إن الصلاة — وهي أعظم ركن في الإسلام بعد الشهادة — ورد فيها كثير من النصوص بتكفير تاركها وأنها العهد الذي بيننا وبينهم ، ولم يخص جمهرة الفقهاء — ومنهم الشافعية — هذه النصوص بمستحل الترك ، وإنما قالوا بأنها تخاطب المسلمين ، والتعبير بالكفر فيها لبيان عظم الجرم .

وليس الصلاة والحج وحدهما اللذين ورد فيهما مثل هذه الألفاظ ، فتصديق الساحر ، وقتال المسلم ، والعبد الآبق ، ومن انتسب لغير أبيه ، والنائحة^(١) كل ذلك — وغيره كثير — ورد فيه لفظ الكفر — أو ما يشابهه — ولم يرد به

(١) راجع بعض أبواب كتاب الإيمان من الصحيحين ، مثل باب كفران العشير وكفر دون كفر ، وباب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك ، وباب ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ فسماهم مؤمنين : من صحيح البخاري . وباب بيان حال إيمان من قال لأخيه المسلم يا كافر ، وباب بيان معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض ، وباب إطلاق اسم الكفر على الطعن في النسب والنياحة : من صحيح مسلم .

وجدير بالذكر أن النووي نفسه لم يرجح قول من حمل هذه النصوص على المستحل خلال عرضه أقوال العلماء في توجيهها ، كما أن ابن حجر لم يوجه النصوص الواردة في الأبواب السابقة إلى المستحل أيضا .

غير المسلم .

(٦) كما استدل من يقول بالفور بدليل الاحتياط ، وأن الموت من سنة لأخرى غير نادر ، وآيات الكتاب التي تأمر بالمسارعة إلى الخيرات والتحذير من إتيان الأجل كثيرة فيه ، فهذا كله يمكن أن يكون قرينة على الفور حتى تبرأ ذمة المرء قبل موته^(١) .

هذه هي أهم أدلة من يرى الفور ، ويمكن بعد أن وقفنا على أدلة الفريقين ترجيح أدلة الفور ؛ لأنها سلمت في بعضها من الطعن فيها ، ولأنها في أغلبها نصوص قولية نص في الموضوع ، بخلاف أدلة التراخي التي عمدتها دليل فعلي سبق حمل معناه على دلالات أخرى غير التراخي ، ولأنها ليست نصا في الموضوع كأدلة الفور ، كما أن جميعها لم يسلم من توجيه الطعون إليها .

(١) فتح القدير ٢ / ٤١٣ — بدائع الصنائع ٢ / ١١٩ .

الفصل الثاني تقادم المعاملات

تقديم خيار العيب^(١) في البيع

ذهب الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) والظاهرية^(٤) والزيدية^(٥) والإمامية^(٦) إلى أن خيار العيب في البيوع على التراخي ، فالمشتري إذا اطلع على عيب في المبيع فأخر رده فإن ذلك لا يبطل خياره ، وقد تفاوتت هذه المذاهب في تفسير دلالات تصرفات المشتري في المبيع ، بين الاعتداد ببعض تصرفاته في كونها دليلاً على الرضا بالمبيع فيسقط بذلك خياره ، وبين كونها لا تدل على الرضا بها وأن خياره يظل قائماً .

يقول ابن الهمام : إذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضي أو بالخصومة — بأن كان هناك حاكم — فلم يفعل ، ولم يفعل ما يدل على الرضا ، فعندنا لا يبطل خيار الرد منه ، وعند الشافعي يبطل^(٧) .

ويقول ابن قدامة : خيار الرد بالعيب على التراخي ، فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره ، حتى يوجد منه ما يدل على الرضا . ذكره أبو

(١) خيار العيب هو كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً . وأما خيار الشرط فهو ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ . وأما خيار المجلس أو العقد فهو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب ، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد ، دون إظهار إعراض من أحدهما عن التعاقد ، وتنتهي بالتفرق ، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد .

انظر في تعريف هذه المصطلحات : الموسوعة الفقهية — وزارة الأوقاف والشئون الدينية الإسلامية بالكويت — : خيار العيب ، خيار الشرط ، خيار المجلس .

(٢) فتح القدير ٦ / ٣٩١ — بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٤ .

(٣) المغني ٤ / ١٠٩ — شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢ / ٤٨ ، عالم الكتب ، بدون تاريخ — كشف القناع ٣ / ٢٢٤ .

(٤) المحلى ٧ / ٥٨٤ ، ٥٨٥ .

(٥) البحر الزخار ٤ / ٣٦٢ — التاج المذهب ٢ / ٤٢٨ .

(٦) شرائع الإسلام ٢ / ٣٣ .

(٧) فتح القدير ٦ / ٣٩١ .

الخطاب. وذكر القاضي شيئاً يدل على أن فيه روايتين إحداهما هو على التراخي، والثانية هو على الفور ، وهو مذهب الشافعي ، فمتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره ؛ لأنه يدل على الرضا به ، فأسقط خياره كالتصرف فيه . ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به^(١) .

أما ابن حزم فلم يسلم بتوجيه دلالة تصرفات المشتري على الرضا بالمبيع إلا إذا صرح بذلك ، يقول : ومن اطلع فيما اشترى على عيب يجب به الرد ، فله أن يرد ساعة يجد العيب ، وله أن يمسك ثم يرده متى شاء ، طال ذلك الأمد أم قرب . ولا يسقط ما وجب له من الرد تصرفه بعد علمه بالعيب بالوطة ، والاستخدام ، والركوب ، واللباس ، والسكنى ، ولا معاناته إزالة العيب ، ولا عرضه إياه على أهل العلم بذلك العيب ، ولا تعريضه ذلك الشيء للبيع .

ولا يسقط ما وجب له من الرد إلا أحد خمسة أوجه لا سادس لها ، وهي نطقه بالرضا بإمساكه ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو إيلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشيء أو بعضها بموت أو غيره . وهو قول أبي ثور ، وغيره .

ومن ادعى سقوط ما وجب له من الرد بشيء مما ذكرنا قبل فقد ادعى ما لا برهان له به ، وهذا باطل .

وبرهان صحة قولنا هو أن الرد قد وجب له باتفاق منا ومن مخالفينا ، وبما ورد من براهين القرآن والسنة في تحريم الغش وإيجاب النصيحة . فهو على ما وجب له ، لا يجوز أن يسقط عنه إلا نص ، أو إجماع متيقن ، ولا سبيل إلى وجودهما ههنا ، وليس شيء مما ذكرنا قبل رضا^(٢) .

(١) المغني ٤ / ١٠٩ .

(٢) المحلى ٧ / ٥٨٤ ، ٥٨٥ .

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى وجوب رد المبيع المعيب على الفور ، وللمشتري رد هذا المبيع إذا مكث عنده اليوم ونحوه إذا حلف بأن تأخير هذه المدة لم يكن رضا به ، يقول عlish في شرحه على خليل : (و) إن اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع بعد شرائه ، وسكت مدة ثم أراد رده على بائعه به فلم يقبله وادعى أن سكوته رضا بعيبه ، وأنكر المشتري كونه رضا به (حلف) المشتري أن سكوته ليس رضا (إن سكت) المشتري بعد علمه عيب المبيع عن رده (بلا عذر) مانع له من رده (في اليوم) ونحوه ، فإن حلف فله الرد وإن نكل فلا ، في المدونة وكذلك لو مضى بعد علمه وقت يرد في مثله ولكن لا يعد راضيا لقربه كيوم ونحوه ، ويحلف بالله إن لم يكن منه رضا ولا كان إلا على القيام . ومفهوم ” في اليوم “ أنه لو سكت زمنا يدل على رضاه فلا يرد ، ومفهوم ” بلا عذر “ أنه إن سكت لعذر فله الرد مطلقا وهو كذلك فيهما^(١) .

وأما الشافعية فقد أوجبوا الرد على الفور أيضا ، وأن أي تأخير دون عذر فيه يسقطه ، والفور هنا لا يعني أن يقطع المشتري كل ما يشغله عن الرد ، فلا يؤخر صلاة ، ولا يقطع طعاما ، وينتظر الصباح إن علم العيب ليلا وغير ذلك من موانع .

يقول صاحب المذهب : ” إن أخره من غير عذر سقط الخيار ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة “^(٢) .

ويقول النووي في ذلك : ” استدلل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين أحدهما : أن الأصل في البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث : { المتبايعان بالخيار ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع } متفق عليه ، وذلك يقتضي لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق . ثم إنا أثبتنا الخيار

(١) منح الجليل ٥ / ١٧١ .

(٢) المذهب ١١ / ٣١٤ .

بالعيب بالدليل الدال عليه من الإجماع وغيره ، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص ، فيجري فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن . ولأن الضرر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجري عليه حكم اللزوم الذي هو الأصل . الدليل الثاني : ما ذكره المصنف رحمه الله من القياس على خيار الشفعة . وفيه احترازا ،^(١) .

وخيار الشفعة عند الشافعية قد ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال^(٢) ، ولذا فهو يجب عندهم على الفور ، كما يقاس عليه هنا خيار العيب للاشتراك معه في هذا المعنى ، بيد أن النووي قد ذكر في ذلك بعض الاحترازا والإيرادات ، يقول : ” قال ابن معن : احترز بقوله (ثبت بالشرع) من خيار الشرط في البيع ، وبقوله (لدفع الضرر عن المال) عن خيار الأمانة إذا عتقت تحت عبد إذا قلنا ليس الخيار على الفور^(٣) ، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء ، ومن الخيار بين القصاص والدية .

قال بعض الفضلاء : وهو^(٤) منقوض بخيار المجلس ، فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وليس على الفور . وهذا النقض منقطع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما ، وذلك على وجه التروي والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فإنه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند إلى ظهور وصف في المبيع .

(١) المجموع ١١ / ٣٣١ .

(٢) انظر المسألة القادمة ’ تقدم الشفعة ’ ص ٣٣٢ .

(٣) يقول الشريبي الخطيب في خيار الأمانة المعلقة في البقاء مع زوجها العبد : (والأظهر أنه) أي خيار العتق (على الفور) كما في خيار العيب في رد المبيع . والثاني : يمتد ثلاثة أيام من حين علمها بالعتق ؛ لأنها مدة قريبة فتتروى فيها . وقيل : تبقى ما لم يمسه مختارة أو تصرح بإسقاطه . مغني المحتاج ٤ / ٣٥١ .

(٤) أي قول صاحب المذهب السابق في تعليل الفور في خيار العيب : ” إن أخره بغير عذر سقط الخيار ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة “ .

وقد يورد على المصنف في ذلك خيار التصرية^(١) على قول أبي حامد المروزي^(٢) ، فإنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبي حامد . وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبتته مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال^(٣) .

وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذي أثبته النبي صلى الله عليه وسلم لحبّان بن منقذ^(٤) ، فإن ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام . ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه . ويجاب عن كل من هذا وخيار المصرة على قول أبي حامد ، بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه^(٥) .

(١) الثابت من قوله صلى الله عليه وسلم (لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاع من تمر) . البخاري ، كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة .

(٢) نسبة إلى مروّذ بلدة بخراسان ، وهي غير مرو التي بخراسان أيضا . المصباح المنير : مرأ . (٣) بل هو لدفع الضرر عن المال حتى مع علم المشتري بالتصرية ؛ وذلك إذا ظهر له خلال الثلاث تأثير التصرية وأن اللبن قد جاء أقل مما هو معتاد ، فله رد المبيع دفعا للضرر عنه ، فخير التصرية أو الوصف أو كشف الحال إنما يرجع في أصله إلى خيار العيب . ثم إذا كان تحديد الثلاث ليس لأجل اختبار مقدار الحلب والوقوف على حجم الضرر المتوقع فلأي شيء يكون ؟ ! .

(٤) هو خيار الشرط ، فعن محمد بن يحيى بن حبان قال : هو جدي منقذ بن عمرو ، وكان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ، وكان لا يدع على ذلك التجارة ، وكان لا يزال يغيب ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له : إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردها على صاحبها . والآمة : الشجة التي تبلغ أم الدماغ . والخلافة الخديعة باللسان . (مختار الصحاح : أمم ، خلب) .

والحديث في الصحيحين من رواية ابن عمر رضي الله عنه وليس فيه ذكر الثلاث ، وهو بالرواية والمتن المذكورين هنا عند ابن ماجة ، كتاب الأحكام ، باب الحجر على من يفسد ماله . (٥) المجموع ١١ / ٣٣١ : ٣٣٣ .

وبعد استعراض آراء المذاهب^(١) في المسألة يمكن ترجيح قول الشافعية، من القول بوجوب رد المبيع المعيب على الفور ، على أن يكون معنى الفور هنا هو ما يتعارف عليه أهل كل مهنة وتخصص . وقبل أن ندلل لهذا الترجيح نذكر أن أدلة من قال بالتراخي غير مسلم بها ؛ فأما ما ذكره ابن قدامة من القياس على تراخي اختيار القصاص أو الدية ، فهذا قياس مع الفارق ؛ وذلك لاختلاف الفقهاء في موجب القتل العمد هل القود أم الدية ؟ وما يترتب على ذلك من لزوم رضا الجاني باختيار ولي الدم الدية ، وأما خيار العيب فإن البائع يجبر فيه على رد المبيع إليه .

وأما ما ذكره من أن إمساك المشتري المبيع لا يدل على الرضا به ، فهذه مسألة مترتبة على سابقة لها ، وهي هل يحق للمشتري أن يحتجز المبيع المعيب مدة طويلة متراخية ؟. وقد أجاب ابن حزم في كلامه السابق بجواز ذلك؛ حيث لا يوجد نص يحدد لذلك مدة فيبقى على أصله من جواز رفع الضرر اللاحق به من المبيع المعيب . ولكن لا يسلم لابن حزم قوله هذا؛ وذلك لما ذكره النووي في كلامه السابق أيضا من أن الأصل في البيع هو اللزوم ... إلى آخر ما ذكره ، ويمكن القول أيضا بأن خيار العيب إذا كان قد شرع لرفع الضرر عن المشتري، فلا بد من مراعاة تحقيق ذلك بما لا يضاعف الضرر على البائع، فإن تأخير المبيع في يد المشتري زمنا متطاولا يضاعف غالبا الضرر على البائع ، وأقل هذا الضرر هو تعطيل مال البائع ومنعه من الاتجار به — خاصة إذا كان هناك أكثر من مشتر يحتجز المبيع — ويفوت عليه فرصة التصرف فيه بأدنى خسارة . هذا على افتراض أن ثمن المبيع لم يقل بمرور الزمن بعدم ظهور ما هو أفضل منه . وفضلا عن هذا فإن مرور سنوات مثلا على المبيع المعيب ، وهو في يد المشتري ، لابد أن يحدث نزاعا بينه وبين البائع عند رده، وذلك في تحديد المتسبب في وجود العيب ، وهذا ما يمكن تفاديه غالبا في القول

(١) عدا المذهب الإباضي ، حيث لم أقف في شرح النيل على مدة خيار العيب عندهم ، وإن كانوا تناولوا فيه تفاصيل أخرى .

بوجوب الرد على الفور .

وعلى هذا ، وتحقيقا للعدل بين طرفي البيع فإنه يمكن القول بأن رد المبيع المعيب إنما يرجع فيه للعوائد والأعراف فيما يعد تأخيرا مضرا للبائع أو غير مضر ، ما دام هذا الأمر لن يلحق ضررا بالمشتري ، بل ربما تكون المصلحة له في الرد المبكر ، حتى لا يظن به بأنه هو المتسبب في الضرر . وهذا كله إذا كان المبيع لم يرفق بقسيمة الضمان التي ترفع هذا الخلاف .

ولعلنا نستأنس لهذا بقول الكاساني الذي خالف مذهبه في المسألة ، يقول: ” والأصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : { من اشترى شاة محفلة ، فوجدها مصراة ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام، وفي رواية ، فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر }^(١) ، والنظران المذكوران هما نظر الإمساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ؛ لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ؛ لأن المشتري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة ، فيرضى به فيمسكه ، أو لا يرضى به فيرده ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة ، والله عز وجل أعلم “^(٢) .

(١) راجع تخريجه ص ٣٢٩ هامش ١ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٤ .

تقادم الشفعة

اختلف الفقهاء في الشفيع الذي يبلغه بيع شريكه ما يخصه من المبيع ، هل يجب عليه أن يطالب بشفعته فور علمه ، وإلا سقط حقه في ذلك ، أم أنه يحق له الاعتراض حتى بعد زمن متقادم ولا يسقط حقه فيها ؟.

رأي الحنفية^(١)

قسم الحنفية مطالبة الشفيع بشفعته إلى طلب الموائبة ثم طلب التقرير والإشهاد ثم طلب الخصومة والتملك .

١- طلب الموائبة : وهو أن يطلب الشفيع شفعته فور علمه ببيع شريكه، ودليل هذه الموائبة هو قوله صلى الله عليه وسلم (الشفعة لمن واثبها)^(٢) وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقال)^(٣) . ولأن حق الشفعة ضعيف فيبطل بالإعراض عن المطالبة به ، لأن سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع يدل على رضاه بذلك .

ووجوب المطالبة فور العلم هو قول الإمام وصاحبيه وعامة المشايخ ، وعن محمد قول آخر وهو أن للشفيع التأمل إلى آخر المجلس كالمخيرة ؛ لأنه

(١) الهداية ٢٨:٢٦/٤ - تبين الحقائق ٢٤٢/٥ : ٢٤٤ - حاشية الجلي على التبيين ٢٤٤:٢٤٢/٥
(٢) حديث غير ثابت ، قال عنه الزيلعي : ” غريب ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح : إنما الشفعة لمن واثبها . وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث في باب كلام التابعين “ . نصب الراية ١٨٦/٤ من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقيا ، بدون تاريخ .

كما قال عنه ابن الملقن : غريب ، ولم أر من ذكره من أهل العلم غير المطرزي في المغرب مفسرا له . خلاصة البدر المنير ١٠٢/٢ مكتبة الرشد بالرياض ، طبعة أولى ١٤١٠هـ . كما ذكر ابن حجر عنه بأنه لم يجده . الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٠٢/٢ . وانظر قول شريح : مصنف عبد الرزاق ، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها ، ٨٣/٨ .
(٣) حديث غير ثابت أيضا ، ابن ماجة ، باب طلب الشفعة . وانظر ما قاله الزيلعي وابن حجر في تضعيف سنده . نصب الراية ١٧٦/٤ ، ١٧٧ ، تلخيص الحبير ٥٦/٣ .

تملك فلا بد من التأمل فيه كسائر التملكات ، حيث يتروى لينظر هل يصلح له الأخذ أم لا يصلح ؟. وذلك لا يمكن على الفور .

٢- طلب التقرير والإشهاد : ولا بد في هذا الطلب من الإشهاد ؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي ، ولا يمكنه الإشهاد على طلب الموائبة ظاهرا ؛ لأنه على الفور فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير ، حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب الموائبة ، بأن بلغه البيع بحضرة الشهود وكان المشتري أو البائع حاضرا أو كان الشفيع نفسه عند العقار يكفي ، ويقوم ذلك مقام الطلبين .

وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ببيع ما له فيه شفعة ، ويشهد على البائع — إن كان المبيع في يده — أو على المشتري أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته . وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد ، أما عند العقار فلتعلق الحق به.

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته . وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدده ؛ لأن مطالبة غير معلوم لا تصح ، فإذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع ، فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب .

٣- طلب الخصومة والتملك : ويأتي هذا الطلب بعد الموائبة وتقريرها بالإشهاد ، ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب ؛ إذ تكون قد استقرت بالموائبة والإشهاد ، فالحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه ، وعدم سقوط طلب الخصومة بتأخيرها ، هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف أيضا أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته ؛ لأنه دليل الإعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الأولين .

وقال محمد رحمه الله : إن أخر هذا الطلب شهرا من غير عذر بطلت شفيعته، وعنه أيضا أنه قدره بثلاثة أيام، لأنه لو لم تسقط بتأخيرته للحق المشتري ضرر من جهته ، لأنه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه ، وهو مدفوع ، قال صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)^(١) . وتعليل رواية الأيام الثلاثة هو أنها ضربت لإبلاء الأعذار ، كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء . ورواية الشهر — وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم الله — بأنه آجل وما دونه عاجل^(٢) .

ووجه ظاهر الرواية هو أن حقه قد تقرر بالإشهاد ، فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق . وما ذكر من الضرر يمكن للمشتري إزالته بأن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر الشفيع بالأخذ أو بالترك ، على أنه مشكل بما إذا كان الشفيع غائبا، حيث لا تسقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت ؛ إذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضرا أو غائبا ، ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالإجماع وإن طالّت المدة ؛ لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره .

رأي المالكية

ورد عن الإمام مالك روايتان في الوقت الذي ينقطع فيه حق الشفعة عن الشفيع الحاضر العالم ببيع شريكه ، الأولى أنه لا حد لذلك ، والأخرى أن له حدا .

(١) الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق .

ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره .

مسند أحمد ، مسند بني هاشم ، مسند ابن عباس رضي الله عنهما ، رقم ٢٨٦٢ .

(٢) المدار الذي حكم به الحنفية في جعل الشهر فما فوقه بعيدا أو أجلا ، وما دونه قريبا أو عاجلا ، هو العرف ، وهذا ما عبر عنه صاحب الهداية بقوله : ” ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر “ . الهداية ٤ / ١٠٢ .

وجه الرواية الأولى هو قول النبي صلى الله عليه وسلم (إنما الشفعة فيما لا يقسم)^(١) ، وهذا على عمومته في الأوقات والأحوال . ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بتوقيفه ، فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفع بمضي المدة كذلك . كما أن للمشتري قيمة ما أحدثه من عمارة .

ووجه الرواية الثانية أن في ترك الشفع على شفخته إضرارا بالمشتري ومنعا له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق له ، فكان له حد ينتهي إليه ، يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة^(٢) .

والأشهر عند المالكية — على الرواية الثانية — أن تكون مدة الشفعة سنة ، لأن السنة قد جعلت قدرا لقطع الأعذار في الغيبة وغيرها ، فكذلك في التمكن من القيام بالشفعة . وروى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب ، وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة إلا أن يوقف . وقال : لا أرى الخمس سنين طولا . وروى عن أصبغ هو على شفخته السنتين ونحوه^(٣) .

رأي الشافعية

الأظهر عندهم أن الشفعة على الفور ، يقول صاحب مغني المحتاج : (والأظهر أن الشفعة) بعد علم الشفع بالبيع (على الفور) ؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التمليك ، ومقابل الأظهر أقوال :

(١) الحديث أخرجه :

البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه .

مسلم ، كتاب المساقاة ، باب الشفعة .

(٢) المنتقى ٢٠٩/٦ .

(٣) المنتقى ٢٠٩/٦ ، بداية المجتهد ١٩٨/٢ .

أحدها تمتد إلى ثلاثة أيام .
 وثانيها تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص .
 وثالثها أنها على التأبيد ما لم يصرح بإسقاطها أو يعرض به كبعه لمن شئت^(١).
 وقد استثنى الشافعية عشر صور لا يشترط فيها الفور ، هي :
 الأولى : لو شرط الخيار للبائع أو لهما فإنه لا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار باقيا.
 الثانية : له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده على الأصح .
 الثالثة : إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع ، من زيادة في الثمن فترك ثم تبين خلافه ، فحقه باق .
 الرابعة : إذا كان أحد الشفيعين غائبا فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره .
 الخامسة : إذا اشترى بمؤجل .
 السادسة : لو قال لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن خفي عليه .
 السابعة : لو قال العامي لم أعلم أن الشفعة على الفور .
 الثامنة : لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوبا ، فإن كان في يد رجل شقص من دار فغصب على نصيبه ثم باع الآخر نصيبه ثم رجع إليه فله الشفعة ساعة رجوعه إليه .
 التاسعة : الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم ليست على الفور ، بل في حق الولي على التراخي قطعا ، حتى لو أخرها أو عفا عنها لم يسقط لأجل اليتيم .
 العاشرة : لو بلغه الشراء بثمن مجهول فأخر ليعلم لا يبطل^(٢) .

رأي الحنابلة

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور ، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى أنها على التراخي ، لا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على

(١) مغني المحتاج ٣٠٧/٢ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك .

والدليل على فورية الشفعة هو حديث (الشفعة كنشطة عقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها)^(١) ، وحديث (الشفعة لمن واثبها)^(٢) ، وكذلك القياس على خيار الرد بالعيب . كما أن التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارته خشية أخذه منه . ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها ، مع تعب قلبه وبدنه وضياح وقته . ومن حدد الشفعة بثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط فإنه تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع^(٣) ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب^(٤) .

رأي الظاهرية

ذهب ابن حزم إلى أن حق الشفعة لا يسقط إلا بترك الشفيع له ، وقد رد على من وقت حق الشفعة بالفور أو بمدة محددة بأنه لم يرد في ذلك نص ، وكذا لم يرد في الإشهاد عليها ما يوجب ذلك .

وقد ضعف أدلة المخالفين سندا وممتا، يقول : ” نزع بعض الموهين بقول مكذوب موضوع مضاف إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (الشفعة كنشطة عقال) و (الشفعة لمن واثبها) . وهذا خبر رويناه من طريق البزار قال : نا محمد بن المثني ، نا محمد بن الحارث ، نا محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا شفعة لغائب ولا لصغير ، والشفعة كحل العقال ، من مثل بمملوكه فهو حر ، وهو

(١) حديث غير ثابت . انظر ما قاله ابن حجر فيه : تلخيص الحبير ٥٦/٣ ، ٥٧ .

(٢) التعليق السابق . وراجع ص ٣٣٢ هامش ٢ ، ٣ .

(٣) وذلك لأن خيار الشرط عند الحنابلة وآخرين لا يلزم أن يكون ثلاثة أيام . انظر المغني ٣٨/٦ .

(٤) المغني ١٨ / ٤ .

مولى الله ورسوله ، والناس على شروطهم ما وافقوا الحق (١) .

أفيكون أعجب من مخالفتهم كل ما في هذا الخبر واحتجاجهم ببعضه ، فبعضه حق وبعضه باطل ؟! أف لهذه الأديان . وأما الشفعة لمن واثبها ، فما يحضرنا الآن ذكر إسنادها ، إلا أنه جملة لا خير فيه ، وابن البيلماني ضعيف مطرح ، ومتفق على تركه .

وأما لفظ (لمن واثبها) فهو لفظ فاسد ، لايحل أن يضاف مثله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأن قول القائل (الشفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه الطلب مع البيع لا بعده ؛ لأن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة .

وأما قوله ” الشفعة كنشطة عقال “ فمعناه ظاهر ، ولا حجة لهم فيه ؛ لأن نشط العقال هو حل العقال ، وكذلك الشفعة ، لأنها حل ملك عن المبيع وإيجابه لغيره فقط .

وقد جعل الله تعالى حق الشفيع واجبا ، وجعله على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم المصدق أحق ، إذا لم يؤذن قبل البيع ، فكل حق ثبت بحكم الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم فلا يسقط أبدا إلا بنص وارد بسقوطه ، فإن وقفه المشتري على أن يأخذ أو يترك لزمه أحد الأمرين ، ووجب على الحاكم إجباره على أحد الأمرين ؛ لأنه قد أعطي حقه فلا ينبغي له تضييعه ، فهو إضاعة للمال ، ولا بد من أخذه ، أو أن يبيحه لغيره ، وإلا فهو غاش غير ناصح لأخيه المنصف له . وأما من منع حقه ولم يعطه ، فليس سقوطه عن طلبه قطعا لحقه ، ولو سكت عمره كله . ولا يختلفون فيمن غصب مالا أو كان له دين أو ميراث أو حق ما ، فإن سقوطه عن طلبه لا يبطله ، وأنه على حقه أبدا ، فمن أين خصوا حق الشفعة من سائر الحقوق بهذه التخليط ؟! (٢)

(١) نصب الرأية ١٧٧/٤ .

(٢) المحلى ١٠ / ١٨ : ٢٠ .

رأي الزيدية

ذكر ابن المرتضى أن الشفعة على الفور ، و رد على من قدر ذلك بخيار المجلس كالبيع بأن الشفعة إسقاط فيختلف حكمها . واستثنى من الفور ما إذا كانت بإخبار غير الثقة ، أو الثقة الواحد ظاهرا لا باطنا^(١) . هذا وقد خالف الشوكاني مذهبه في المسألة، حيث يرى أنها على التراخي، وقد نقل أقوال بعض النقاد في عدم ثبوت حديثي (الشفعة كحل العقال) ، (الشفعة لمن واثبها) للذين استدل بهما من قال بأنها على الفور^(٢) .

مناقشة وترجيح

وبعد عرض آراء المذاهب في المسألة يمكن ترجيح أدلة من قال بأن الشفعة ليست على الفور، وذلك لعدم صحة النصين الواردين في ذلك، وما ذكره من قال بالفور من لحوق الضرر بالمشتري إذا لم تكن الشفعة على الفور فغير مسلم به ؛ لأن المشتري يستطيع أن يحجم الضرر عنه بدءا بتوقيف الشفيع ، فإذا ترك هذا التوقيف كان هو المتسبب في إضرار نفسه .

كما أن ما ذكره ابن قدامة من أن الشفعة خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فغير مسلم به أيضا ؛ إذ إن ابن قدامة نفسه يقول : ” خيار الرد بالعيب على التراخي ، فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره ، حتى يوجد منه ما يدل على الرضا . ذكره أبو الخطاب . وذكر القاضي شيئا يدل على أن فيه روايتين : إحداهما هو على التراخي . والثانية هو على الفور“،^(٣) .

(١) البحر الزخار ١١/٥ .

(٢) السيل الجرار ٣/ ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٣) المغني ١٠٩/٤ وقد سبق ذكر قوله هذا في المسألة السابقة ص ٣٢٥ ، ٣٢٦ .

وإذا كان ابن قدامة لم يلتفت إلى الضرر الذي قد يقع على البائع بررد المبيع إليه بعد زمن متقادم، مع احتمال عدم علمه بأن المبيع معيب، فكان الأولى ألا يلتفت أيضا إلى الضرر الذي قد يقع على المشتري في الشفعة ، حيث يملك هذا المشتري رفع الضرر عن نفسه بتوقيف الشفيع .

كما لا يصح أن يستدل من قال بضرورة الشفعة بأن سكوت الشفيع على البيع برغم علمه يدل على رضاه به ، بحيث لا يحق له الاعتراض بعد ذلك ، يقول الشعبي : ” من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له “^(١) . لا يصح الاستدلال بهذا؛ لأنه لا ينسب لساكت قول إلا ما ورد به النص كإذن البكر صماتها ، وإلا ما تحقق ضرره في السكوت ولم يكن ثم سبيل آخر لرفعه ، كما قد يكون الشفيع لم يأخذ قراره بعد وأنه ما زال يفكر فيما هو أصلح له فلا يفتئت على رأيه ، ثم لماذا يعتد بسكوت الشفيع ولا يعتد بسكوت المشتري أيضا عن توقيف الشفيع ؟!

هذا ، وإذا كان قد تبين عدم صحة سند النصين اللذين استدل بهما من قال بضرورة الشفعة ، فإنه يصبح من نافلة القول نقد متتهما أيضا، خاصة إذا كان هذا النقد غير مسلم به ، يقول ابن حزم : ” وأما لفظ (لمن واثبها) فهو لفظ فاسد ، لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأن قول القائل (الشفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه الطلب مع البيع لا بعده ، لأن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة “^(٢) .

فالملاحظ هنا أن التبرير الذي قدمه ابن حزم — وهو أن المواثبة فعل من فاعلين ، فوجب أن يكون طلبه مع البيع لا بعده ؛ لأن التأني في الوثب لا يسمى مواثبة — لقوله ” قول القائل (الشفعة لمن واثبها) موجب أن يلزمه

(١) أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع.

(٢) المحلى ١٩/١٠ .

الطلب مع البيع لا بعده “ تبريره هذا غير صحيح ؛ لأن الشفيع إذا كان يعلم بالبيع ثم لم يواثب بشفعته فلا شفعة له بمفهوم المخالفة للحديث ، أما إذا كان لا يعلم بالبيع فلا سبيل للحديث إليه ؛ إذ إن الحديث لا يتجه إلا للشفيع الذي يعلم بالبيع ، إثباتا لمن واثب ، ونفيا لمن لم يواثب دون عذر. فأبي اضطراب إذن في لفظ الحديث ومعناه ؟! . فالمواثبة بالشفعة متعلقة بالعلم بالبيع لا البيع نفسه .

كما لا يسلم لابن حزم في توجيهه متن النص الآخر ، يقول : ” وأما قوله (الشفعة كنشطة عقال) فمعناه ظاهر ، ولا حجة لهم فيه ؛ لأن نشاط العقال هو حل العقال وكذلك الشفعة؛ لأنها حل ملك عن المبيع وإيجابه لغيره فقط“^(١). لا يسلم له هذا ؛ لأن لفظ الحديث في رواية أخرى هو (الشفعة كنشطة عقال ، إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها) فالشفيع يملك شفعته والقيد على المشتري إذا ما هو طالب بها ، ولا يحل هذا القيد عن المشتري إلا بترك الشفيع المطالبة بشفعته ، ولو كانت الشفعة على التراخي لصار هذا القيد في الحديث لغوا . وعلى أية حال فإن الحديث غير ثابت — كما سبق — فلا يصح الاستدلال به .

هذا وقد نصت المادة (٩٤٠ مدني) على أنه ” على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك “ . وهذا النص لا يخالف ما سبق عرضه من توقيف المشتري الشفيع بالأخذ أو الترك . على أن المادة (٩٤٨/ب) نصت على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة ” إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع “ وهذا ربما يكون فيه تعد على حق الشفيع ؛ فقد لا يعلم بالبيع ، وحتى لو كان يعلم بالبيع فلا بد من توقيف المشتري إياه؛ إذ إن إسقاط حق الشفيع في المطالبة بشفعته ليس بأولى من غض

(١) السابق : الموضع نفسه .

الطرف عن سكوت المشتري عن توقيف الشفيح . كما أنه إذا جاز للحاكم أن يقيد المباح فإن هذا يكون لمصلحة عامة غالبية على مصلحة أخرى أقل أهمية ، ولا نجد فيما نحن بصدده مصلحة عامة غالبية في تقديم مصلحة المشتري على الشفيح ، خاصة مع تواني المشتري بدءا في التوقيف ، وثبوت حق الشفيح في الشفعة .

تقادم اللقطة

اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي ينقطع بعدها التعريف باللقطة ، فذهب الحنفية إلى أن تحديد المدة إنما يرجع إلى قدر المال الملتقط ، يقول السرخسي : ما يجده نوعان : أحدهما ما يعلم أن مالكة لا يطلبه كقشور الرمان والنوى . والثاني ما يعلم أن مالكة يطلبه . فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به ، والنوع الثاني من يرفعه عليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله إلى صاحبه ، والتقدير بالحوال ليس بعام لازم في كل شيء ، وإنما يعرفها مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرتة ، حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا ؛ لأن هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقة ويملك به ما له خطر ، وفيما دون العشرة إلى ثلاثة يعرفها شهرا ، وفيما دون ذلك إلى الدرهم يعرفها جمعة ، وفي دون الدرهم يعرف يوما ، وفي فلس أو نحوه ينظر يمنا ويسرة . وشيء من هذا ليس بتقدير لازم ؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكننا نعلم أن التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ، ولا طريق له إلى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبني على غالب رأيه ، ويعرف القليل إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك^(١) .

ويقول الزيلعي مدلا لرأي مذهبه ومخالفه ، وشارحا قول صاحب الكنز (وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها) : أي عرف اللقطة إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها ، وروى محمد عن أبي حنيفة أنه إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا ، وقوله أياما أي على حسب ما يرى . وقدره محمد في الأصل بالحوال من غير تفصيل بين القليل والكثير ، وهو قول مالك والشافعي ، ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق ؟ فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنققها ، ولتكن ودیعة عندك ، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدأها

(١) المبسوط — بحذف واختصار — ١١ / ٢ ، ٣ . وللإيضاح رأي قريب للحنفية في المسألة .

انظر : النيل وشرحه ١٢ / ١٥٦ ، ١٥٧ .

إليه . وسئل عن ضالة الإبل ؟ فقال : ما لك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسئل عن الشاة ؟ فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب . رواه مسلم والبخاري وغيرهما^(١).
فقدرة بسنة من غير فصل بين القليل والكثير .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا ، وفيما فوق العشرة إلى المائتين شهرا ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوما . قدر لكل لقطة ما يليق بحالها . وعنه عليه الصلاة والسلام { أنه مر بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها } رواه البخاري ومسلم^(٢). وقال جابر رضي الله عنه : { رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل وأشباهاه يلتقطه الرجل ينتفع به } رواه أبو داود^(٣) . وقال عليه الصلاة والسلام لأبي بن كعب : { عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعثتها ووعائها ووكائها فأعطها إياه ، وإلا فاستمتع بها } رواه مسلم وأحمد^(٤) . فهذه الأخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير ، فهذا يدل على أن التقدير ليس بلازم وإنما هو مفوض إلى رأي الملتقط^(٥) .

وللمالكية رأي قريب من الحنفية ، فقد قدروا التعريف للمال الكثير بسنة، وجعل بعض فقهاء المذهب السنة أيضا حدا للمال دون الكثير وفوق التافه

(١) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب ضالة الغنم .

مسلم ، كتاب اللقطة ، صدر الكتاب .

(٢) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب إذا وجد تمرة في الطريق .

مسلم ، كتاب الزكاة ، باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله .

(٣) أبو داود ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة .

(٤) البخاري ، كتاب في اللقطة ، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه .

مسلم ، كتاب اللقطة ، صدر الكتاب .

أحمد ، مسند الأنصار ، حديث سويد بن غفلة عن أبي بن كعب .

(٥) تبين الحقائق — بحذف واختصار — ٣ / ٣٠٢ ، ٣٠٣ .

كالدريهمات والدلو وما شابه ذلك ، ولكن ما عليه أكثر أهل المذهب هو التعريف به أياما فقط^(١) .

واتفق الشافعية مع المالكية في القول بالتعريف سنة للمال الكثير ، والقليل المتمول فيه قولان في المذهب : تعريفه سنة ، أو زمنا يغلب معه على الظن أن فاقده لا يطلبه بعده كأيام ونحوها . وأما ما لا يتمول كحبة بر وزبيبة فلا يجب تعريفه ، ويستبد به واجده . فقد قيل : إن عمر رضي الله تعالى عنه سمع رجلا ينشد في الطواف زبيبة ، فقال : إن من الورع ما يمقته الله . ومروا صلى الله عليه وسلم مرة بتمر في الطريق فقال : (لولا أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها)^(٢) .

وأما الحنابلة فقد أوجبوا التعريف عاما في قليل المال وكثيره ، وأما ما لا تتبعه همة أوساط الناس وما لا يهتمون في طلبه ، كالسوط والشسع والرغيف والتمر والعصا والحبل وكل ما لا خطر له ، فلم يوجبوا له تعريفا ، واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه السابق قال : رخص النبي صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به^(٣) .

وأما الظاهرية^(٤) والإمامية^(٥) فقد أوجبوا التعريف عاما أيضا في لقطة المال باختلاف مقاديرها ، وقد ضعف ابن حزم جميع الروايات التي ورد فيها تحديد غير العام مدة للتعريف^(٦) .

وأما الزيدية فقد أوجبوا العام أيضا في كثير المال ، وأما الحقير فقد نقل ابن المرتضى عن الإمام زيد والناصر والقاسمية بأنه كالكثير ، ونقل عن المؤيد

(١) مواهب الجليل ٦ / ٧٣ .

(٢) سبق تخريجه هامش ٢ السابق ، وانظر مغني المحتاج ٣ / ٥٨٩ ، ٥٩١ .

(٣) أبو داود ، كتاب اللقطة ، باب التعريف باللقطة . وانظر : المغني ٤ / ٦ — مطالب أولي النهى ٤ / ٢١٧ .

(٤) المحلى ٧ / ١١٧ ، ١١٨ .

(٥) الروضة البهية ٧ / ١٥٦ .

(٦) المحلى ٧ / ١١٧ ، ١١٨ .

والإمام يحيى القول بتعريفه ثلاثة أيام ، وهو ما رجحه ابن المرتضى لرفع المشقة والحرص^(١).

وبعد استعراض آراء المذاهب في المسألة يمكن تقسيم لقطة المال إلى ثلاثة أنواع :

الأول : لقطة المال الكثير ، فهذه تعرف سنة ، وهو ما عليه غالب الفقهاء ، ولا يلزم التعريف أكثر من سنة ؛ لاضطراب الرواية في ذلك .

الثاني : لقطة المال القليل ، وتقدير القليل إنما يرجع لعرف كل مصر ، وقد اختلف الفقهاء فيه : هل يعرف سنة كالكثير ، أم يكفيه مدة يسيرة كأيام ونحوها؟. ومن قال بتعريف سنة استند إلى عموم النص الوارد في تحديد السنة ، ومن قال بتعريف مدة يسيرة استند إلى حديث يعلى بن مرة رضي الله عنه مرفوعا : (من التقط لقطة يسيرة ، حبلا أو درهما أو شبه ذلك ، فليعرفها ثلاثا ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام) ، فالمال القليل جدا يعرف ثلاثة ، والقليل يعرف ستة . لكن يمكن الجواب على هذا بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج ، يقول ابن حجر تعليقا على قول الرافعي (روي في بعض الأخبار ” من التقط لقطة يسيرة فليعرفها ثلاثة أيام “) : ” أحمد والطبراني والبيهقي واللفظ لأحمد ، من حديث عمر بن عبد الله بن يعلى ، عن جدته حكيمة ، عن يعلى بن مرة مرفوعا : { من التقط لقطة يسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك ، فليعرفها ثلاثة ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام } . زاد الطبراني : { فإن جاء صاحبها وإلا فليصدق بها ، فإن جاء صاحبها فليخبره } . وعمر مضعف قد صرح جماعة بضعفه ، نعم أخرج له ابن خزيمة متابعة ، وروى عنه جماعات . وزعم ابن حزم أنه مجهول ، وزعم هو وابن القطان أن حكيمة ويعلى مجهولان ، وهو عجب منهما ، لأن يعلى صحابي معروف الصحبة .

(تنبيه) : إنما قال الرافعي : روي في بعض الأخبار ، لأن إمام الحرمين قال في النهاية : ذكر بعض المصنفين هذا الحديث ، وعنى بذلك الفوراني فإنه

(١) البحر الزخار ٥ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ .

قال : فإن صح فهو معتمد ظاهر . قلت : لم يصح لضعف عمر^(١).

ولا يعني تضعيف ابن حجر للحديث تصويب رأي من قال بتعريف المال القليل سنة كاملة ؛ لأن أحاديث تحديد السنة إنما وردت في المال غير القليل فتختص به، إذ يظل صاحبه يطلبه طول العام لكثرتة ، بخلاف المال القليل الذي لا يطلبه — عادة — هذه المدة ، بل ربما ينساه بعد زمن قليل من ضياعه .

فالقول بتحديد سنة كاملة فيه تنفير من التقاطه ، كما أن بعض أهل الحديث لم يضعف هذا الحديث ، يقول الشوكاني : قال ابن رسلان : ينبغي أن يكون هذا الحديث معمولاً به ؛ لأن رجال إسناده ثقات ، وليس فيه معارضة للأحاديث الصحيحة بتعريف سنة ، لأن التعريف سنة هو الأصل المحكوم به عزيمة ، وتعريف الثلاث رخصة تيسيراً للملتقط ؛ لأن الملتقط اليسير يشق عليه التعريف سنة مشقة عظيمة بحيث يؤدي إلى أن أحداً لا يلتقط اليسير، والرخصة لا تعارض العزيمة ، بل لا تكون إلا مع بقاء حكم الأصل كما هو مقرر في الأصول . ويؤيد تعريف الثلاث ما رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد { أن علياً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بدينار وجده في السوق ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : عرفه ثلاثاً ، ففعل فلم يجد أحداً يعرفه ، فقال : كله }^(٢) .

وخروجا من الخلاف في الحكم على الحديث ، يمكن القول بأن المال القليل يجب تعريفه مدة يتيقن معها الملتقط أن صاحبه لا يطلبه بعدها ، تحقيقاً لعلّة تشريع تعريف اللقطة .

الثالث : وأما النوع الثالث من لقطة المال ، فهو ما لا يؤبه به ، وقد عبر عنه الفقهاء بالحقير أو التافه أو ما شابه ذلك من ألفاظ تدل على انعدام قيمته أو كادت ، وغالب الفقهاء يرون أن هذا الملتقط لو كان عينا ككسرة الخبز والتمرة

(١) التلخيص الحبير ٣ / ١٦٢ .

(٢) نيل الأوطار ٥ / ٣٣٧ وانظر الحديث : التلخيص الحبير ٣ / ١٦٣ فقد ضعف الطريق الذي ورد فيه ذكر الثلاث .

والسوط المتهالك وما شابه ذلك فإنه لا يعرف ؛ قياسا على حديث التمرة ، وهذا القياس إنما يتم في جميع وجوهه في كل مطعوم دون غيره ؛ لأن في ترك التمرة إفسادا لها ، ولذا كان أكلها أحق من تركها . كما أن تعريفها عبث تنتزه عنه شريعتنا ؛ فمن يكون صاحبها — وهي ملقاة في الطريق — في مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات النخيل المتكاثر ؟! . ومن يبحث عن تمره في المدينة ؟!! . هذا إن علم صاحبها بفقدها .

أما إذا كانت هذه العين غير مطعومة كالنعال والملابس المتهالكة ، وبعض أجزاء الأجهزة التالفة ، وفوارغ الأشياء كالعبوات البلاستيكية أو الزجاجية والكراتين والأكياس وغير ذلك من أشياء يمكن الاستفادة منها مباشرة أو بإعادة تصنيعها ، فإن عدم التعريف بها إنما يتم إذا كانت ملقاة في الطرقات ، أو في سباطة قوم ، أو في سياق يعلم من حاله أن صاحبها قد ألقاها بنفسه رغبة عنها ، فلهذا السبب وحده لا تعرف مثل هذه الأشياء .

أما إذا كانت اللقطة نقدا ، كأن تكون عشرة قروش^(١) مثلا ، فإن من يجدها في الطريق يعرفها — كما قال الحنفية — بالنظر يمينا ويسرة أو بالانتظار قليلا أو بسؤال من وجدت بجواره ، خاصة إذا وجدت في سيارة لنقل الركاب مثلا ؛ إذ إن صاحبها لا يطلبها أيما فضلا عن سنة .

(١) وهي تساوي عُشر الجنيه المصري .

تقديم نفقة الزوجة والأقارب

أولا تقديم نفقة الزوجة

ذهب الجمهور من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، وأظهر الروايتين عند الحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، والزيدية^(٥)، والإمامية^(٦)، والإباضية^(٧) إلى أن نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم، حيث تظل ديناً على زوجها مثل سائر الديون، ومن أدلتهم ما ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن انظروا من طالت غيبته، أن يبعثوا نفقة أو يرجعوا أو يفارقوا، فإن فارق فإن عليه نفقة ما فارق من يوم غاب^(٨).

يقول ابن قدامة: قال ابن المنذر: هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع، لا يزول ما وجب بهذه الحجج^(٩) إلا بمثلها. ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة. وفارق نفقة الأقارب، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له، وجبت لتزجية الحال، فإذا مضى زمنها استغني عنها، فأشبه ما لو استغني عنها بيساره، وهذه بخلاف ذلك. إذا ثبت هذا، فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزائد سقط بإعساره^(١٠).

(١) القوانين الفقهية ص ١٩٣ .

(٢) الروضة ٧٦/٩، فتح الوهاب ٢٠٦/٢، ٢٠٧ .

(٣) المغني ٨ / ١٦٥، ١٦٦ .

(٤) المحلى ٣٢٦/١١، ٣٢٧ .

(٥) التاج المذهب ٢٨٢/٢ .

(٦) شرائع الإسلام ٢٩٤/٢ .

(٧) شرح النيل ١٤/١٤ .

(٨) أثر ثابت الإسناد، انظره: مصنف عبد الرزاق ٩٣/٧ — مسند الشافعي ٢٦٧/١ دار الكتب

العلمية ببيروت، بدون تاريخ — المحلى ٣٢٢/١١ — خلاصة البدر المنير ٢٥٧/٢ —

تلخيص الحبير ١٠/٤ .

(٩) وهي أدلة المخالف، وسيأتي ذكرها .

(١٠) المغني ٨ / ١٦٦ .

وقد ذهب الحنفية^(١) والرواية الأخرى عند الحنابلة إلى أن النفقة تسقط عن الزوج بمضي المدة ما لم يفرضها الحاكم ولا اصطلاح الزوجان على مقدارها ، فلا تسقط بالتقادم إذا تحقق أحد الأمرين ، وقد استدل ابن قدامة لهذه الرواية بأن النفقة تجب يوما فيوما ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب . ولأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها فتسقط كنفقة الأقارب^(٢) . وقد أجاب ابن قدامة نفسه على هذا في نقله السابق عن ابن المنذر .

أما الحنفية فقد رأوا أن النفقة لما صارت بالفرض أو التراضي صارت في المطالبة بها كسائر الديون^(٣) ، كما أنها تعد عوضا واجبا من وجه وصلة ورزقا من وجه آخر ، فمن حيث كونها جزاء الاحتباس للإتيان والاستئناس وإصلاح أمر المعيشة هي عوض ، ومن حيث كونها لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة ، كإعفاف كل الآخر وحفظ النسب وتحصيل الولد ، هي صلة كرزق القاضي والمفتي^(٤) ، فلا تملك إلا بالقبض . فلا اعتبار أنها عوض قال الحنفية بأنها تثبت إذا قضي بها أو اصطلاحا ؛ لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه . ولا اعتبار أنها صلة قالوا بسقوطها بمضي المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الإمكان . وذكر بعضهم أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط ؛ لأن النفقة إذا سقطت بيسير الزمن لما تمكنت الزوجة من الأخذ أصلا .

هذا ويمكن ترجيح رأي الجمهور على رأي الحنفية في المسألة ؛ لأن مفهوم الخطاب لقول الحنفية عن النفقة (بأنها لما صارت ديناً بالفرض أو بالتراضي صارت في المطالبة بها كسائر الديون) ، هو أنها لا تصير ديناً قبل فرض القاضي أو التراضي ، أي ليست واجبة ، فهل يقول الحنفية بعدم الوجوب؟ .

كما أن ما ذكره من كونها عوضا وصلة فيجب إعمالها على الحاليين

(١) فتح القدير ٣٩٣/٤ — بدائع الصنائع ٢٨/٤ ، ٢٩ .

(٢) المغني ٨ / ١٦٦ .

(٣) فتح القدير ٣٩٣/٤ .

(٤) يقول سبحانه وتعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾ البقرة ٢٣٣ ، فقد سمي سبحانه النفقة رزقا .

فغير مسلم به أيضا ؛ إذ إنه ما من واجب إلا ويحمل معنى الندب — غير الواجب — كالصلاة والزكاة وسائر الفرائض ، فما دام وجد سبب الوجوب فلا يعطله أدناه ، وسبب وجوب النفقة هو الاحتباس^(١) ، متقادما كان هذا الاحتباس أو غير متقادما ، وليس الاصطلاح على النفقة أو فرض القاضي إلا مؤيدا لهذا الحق وليس منشأ له . كما أن تسمية الكتاب النفقة رزقا كان قبل اصطلاحات الفقهاء وتقسيماتهم ، ثم لو سلمنا بما قالوه فالرزق هنا مرتبط بحال الرضاع ، قال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٢) .

ثانيا تقادم نفقة الأقارب

ذهب الجمهور من الحنفية^(٣) ، والشافعية^(٤) ، والحنابلة^(٥) ، والزيدية^(٦) ، والإمامية^(٧) إلى أن نفقة الأقارب تسقط بمضي الزمن ما لم يستدن من تجب له ؛ لأنها شرعت للكفاية ، أما وقد حصلت الكفاية دونها فلا حاجة إليها . يقول الكاساني : المسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة ، حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب ، فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة ؛ لأن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه . والله أعلم^(٨) .

وقد استثنى المالكية من سقوط نفقة الأقارب بالتقادم فرض القاضي

(١) ولا يتخلف عن هذا الحكم كون الزوجة صغيرة لا تطيق إتيانها ، كذلك لو كانت كبيرة ناشزا في بيت الزوجية .

(٢) البقرة ٢٣٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٨/٤ .

(٤) روضة الطالبين ٨٥/٩ .

(٥) المغني ٨ / ١٦٦ .

(٦) التاج المذهب ٢٩٢/٢ .

(٧) الروضة البهية ٨٣/٥ .

(٨) بدائع الصنائع ٣٨/٤ بيسير تصرف .

وكذلك أخذها من غير متبرع بعد فرضها ، يقول عlish في شرحه لخليل :
” (وتسقط) نفقة القرابة (عن) الشخص (الموسر بمضي الزمن) فإذا تحيل
الوالد أو الولد المعسر في نفقته ، وأخذها من غير من وجبت عليه ، وأراد
الرجوع بها على من وجبت عليه فلا يقضى له به ؛ لأنها لسد الخلّة وقد حصل
(إلا لقضية) أي لفرضها من حاكم فلا تسقط عن الموسر بمضي الزمن (أو)
أي وإلا أن (ينفق) على الوالد أو الولد شخص (غير متبرع) بعد فرضها فله
الرجوع عليه “ (١) .

وللاباضية رأي مشابه للمالكية في عدم السقوط بالتقادم ، يقول شارح
النيل عن المحتاج : ” وهكذا كل وقت فاته ، ولو بعد الحكم ، لا يدرك ما له
فيه إلا إن حكم الحاكم له بمقدار مخصوص للغداء وبمقدار مخصوص للعشاء ،
قيل أو أصلح الناس بينهما على ذلك ورضيا به أو اصطلاحا على ذلك ، فإنه
يدرك كل ما فاته بعد الحكم أو الرضا أو الاصطلاح “ (٢) .

ويمكن ترجيح رأي الجمهور في المسألة ؛ إذ إن حكم القاضي وإن
أوجب الحق ظاهرا فإن واقع الأمر يشهد بأن المنفق عليه قد كفى أمر نفسه ،
حيث لم يستدن لما يطالب به مما مضى عليه من الزمن ، فيصبح ما يريد أخذه
زائدا عن حاجته ، وهذا ينافي سبب وجوب هذه النفقة .

تقادم الغياب

(١) منح الجليل ٤ / ٤١٦ ، ٤١٧ .

(٢) شرح النيل ٦٣/٤ هذا ولم يذكر ابن حزم رأي مذهبه في تقادم نفقة الأقارب عندما تناول أحكام
هذه النفقة . المحلى ٣٤٢/١١ : ٣٥٦ .

لتقادم الغياب — ومن أهم صورته الزوج المفقود — أثره في تغيير الأحكام التي تتعلق بالزوجية ، فقد ذهب **الحنفية** إلى أنه لا يفرق بين المفقود وامرأته ، يقول المرغيناني في هدايته وبدايته : قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) . وقال مالك : إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شأته ؛ لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به إماما ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة . وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما : الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود : إنها امرأته حتى يأتيها البيان . وقول علي رضي الله عنه فيها: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق. خرج بياننا للبيان المذكور في المرفوع . ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك . وعمر رضي الله عنه رجوع إلى قول علي رضي الله عنه . ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة ، والعنة قلما تتحل بعد استمرارها سنة^(١) .

ويشرح ابن الهمام هذا بقوله : قوله (ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شأته؛ لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولأنه منع حقها بالغيبة) وإن كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك ، وهذا منه في الإيلاء ، بناء على أنه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة ، بل بتفريق القاضي بعدها ، وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) .

(١) الهداية ومعها الفتوح ٦ / ١٤٥ : ١٤٧ .

وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة : أن رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأنت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدّاق .

وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال : دخلت الشعب فاستهوتني الجن ، فمكثت أربع سنين ، ثم أنت امرأتي عمر الحديث بمعنى الأول . وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه : فقال له عمر لما جاء : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال : بل زوجني غيرها ، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره .

ورواه الدارقطني وفيه : ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا .

وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل .

وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود : تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا .

وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد : تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا : تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا .

قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود : إنها امرأته حتى يأتيها البيان) . أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شريحيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان . وفي بعض نسخه

" حتى يأتيها الخبر " وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل . قال ابن أبي حاتم عن أبيه : إنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل . وقال ابن القطان : وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه .

ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر ، وهو ما روى عبد الرزاق : أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضي الله عنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن عليا مثله . وقال : أخبرنا ابن جريج قال : بلغني أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظر أبدا .

وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا : ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته .

وقوله (ولأن النكاح إلخ) الحاصل أن المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين . فذهب عمر إلى ما تقدم . وذهب علي رضي الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان . والشأن في الترجيح ، والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالأصالة ، وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر .

ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك . وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي) . ذكره ابن أبي ليلى قال : ثلاث قضايا رجع فيها عمر إلى قول علي : امرأة المفقود ، وامرأة أبي كنف ، والمرأة التي تزوجت في عدتها .

وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه ، فامرأة المفقود عرفت ، وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت ، فأئى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له : إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها ، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل ، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم : إن لي إليها حاجة

فخلوا بيني وبينها ، فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمر بين . وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني ، لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ، ثم رجع إلى قول علي أن مراجعته إياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا .

وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعى إليها زوجها فتعتد وتتزوج ، وكان مذهبها فيها إذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن ترد عليه وبين المهر ، وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها ، وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك .

قال (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي . قال (ولا بالعنة) لأن في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها^(١) .

ويلخص الزيلعي أدلة مذهب بقوله : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود (إنها امرأته حتى يأتيها البيان) وقال علي رضي الله عنه فيها : هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه . فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح حقه وهو حي في إبقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها ، وقد صح رجوع عمر إلى قول علي رضي الله عنهما فلا يلزم حجة ، والتفريق في الإيلاء لرفع الظلم ولا ظلم في المفقود فلا يقاس عليه ، ولأنه كان طلاقا معجلا فأجله الشارع فكان إيقاعا بخلاف الغيبة فلا تقاس عليه ولا على العنة ؛ لأن الغربة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد

(١) فتح القدير ٦ / ١٤٥ : ١٤٧ .

استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء^(١) .

أما **المالكية** فالمفقود عندهم خمسة أقسام : مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء أو فيه ، ومفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام ، ومفقود في أرض الشرك ، ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار^(٢) .

فالأول ينتظر أربع سنين ويتم خلالها السؤال والبحث عنه في مضان وجوده ، يقول الخرشي: الراجح أن هذه المدة تعبد لفعل عمر وأجمعت الصحابة عليه ، وقيل لأنها غاية أمد الحمل ، أو لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام ذهابا وإيابا . ومحل التأجيل المذكور مع دوام النفقة ، بأن يكون للمفقود مال ينفق منه على امرأته في الأجل ، وأما إن لم يكن له مال طلقت عليه من الآن كالمعسر ، وكذلك لو كان له مال لا يكفي في الأجل فإنها تطلق عليه قبل الأجل بعد فراغ ماله ، وسواء المدخول بها ومن فرض لها قبل ذلك وغيرهما^(٣) .

والثاني والثالث يقول عنهما الدردير وهو يشرح قول خليل : (واعتدت) الزوجة (في مفقود المعتك ب بين المسلمين) بعضهم بعضا (بعد انفصال الصفين) ؛ لأنه الأحوط إذ يحتمل موته آخر القتال ، وهو ظاهر ولكن المعتمد الذي لمالك وابن القاسم أنها تعتد من يوم التقاء الصفين ، ومحل كلام المصنف إذا شهدت البينة العادلة أنها رآته حضر الصف فإن شهدت بأنه خرج مع الجيش فقط ، فتكون زوجته كالمفقود في بلاد الإسلام فيجري فيه ما مر (وهل يتلوم) أي ينتظر مدة تعتد بعدها بعد انفصال الصفين (ويجتهد) في قدر تلك المدة أو تعتد بعد الانفصال من غير تلوم أصلا (تفسيران) لقول مالك تعتد يوم التقاء الصفين فبعضهم أبقاه على ظاهره ، وبعضهم حمله على قول أصبغ يضرب

(١) تبين الحقائق ٣ / ٣١١ .

(٢) حاشية الصاوي وشرحها ٢ / ٦٩٢ : ٧٠٠ .

(٣) الخرشي ٤ / ١٤٩ ، ١٥٠ .

لامراته بقدر ما يستقصي أمره ويستبرأ خبره (وورث ماله حينئذ) أي حين الشروع في العدة بعد انفصال الصفين وانقضاء مدة التلوم على القول به (كالمنتجع) أي المرتحل (لبلد الطاعون أو في زمنه) ففقد أو فقد في بلده من غير انتجاع فتعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون ، وورث ماله حينئذ ولا يضرب له أجل المفقود^(١) .

والرابع ينتظر مدة التعمير كسبعين سنة ، يقول المواق في شرحه على خليل أيضا : قال ابن رشد : حكمه حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله إلا بموته تحقيقا أو تعميرا في قول كل أصحابنا حاشا أشهب (وهو سبعون) ابن عات : اختلف في حد التعمير فقال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة سبعون سنة واختاره القاضي . قال ابن عرفة : حكم قاضي تونس بتمويت إنسان بخمس وسبعين سنة وأشهد القاضي على حكمه شاهدين ورفع الرسم إلى السلطان فقبل له : هذا القاضي والشاهدان كل منهم جاز هذا السن . فألغى الأعمال به بعد ضحك أهل مجلسه . ابن عرفة : وهذا لا يلزم وهذه شبهة نشأت عن خطابة عامية (واختار الشيخان ثمانين) ابن عات : وقال مالك مرة ثمانون واختاره ابن أبي زيد والقاسبي وابن محرز^(٢) (وحكم بخمس وسبعين) قال الباجي في سجلاته الذي قضى به ابن زرب وبه القضاء خمس وسبعون^(٣) .

والخامس ينتظر سنة ، يقول الصاوي في شرحه للدردير : واعتدت عدة وفاة (في الفقد بين) صفي (المسلمين والكفار بعد سنة بعد النظر) في شأنه بالسؤال والتفتيش حتى يغلب على الظن عدم حياته ، ويورث ماله حينئذ^(٤) .

هذا وقد وافق الشافعية الحنفية في لزوم الزوجية بين المفقود وامراته ما لم يأت نبأ وفاته، يقول النووي: ومن غاب وانقطع خبره ليس لزوجته نكاح حتى

(١) الشرح الكبير ٢ / ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(٢) يقول الخرشي : ولمالك وابن القاسم قول أيضا أنه ثمانون واختاره الشيخان أبو محمد بن أبي زيد وأبو الحسن القاسبي .

(٣) التاج والإكليل ٥ / ٥٠٤ ، ٥٠٥ .

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ / ٦٩٩ .

يتيقن موته أو طلاقه ، وفي القديم تربص أربع سنين ثم تعتد لوفاة وتتكح^(١).

وقد دلل الخطيب الشربيني للجديد بقوله : لما روي عن الشافعي رضي الله تعالى عنه عن علي رضي الله عنه أنه قال : وامرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تتكح حتى يأتيها . يعني موته . قال الشافعي وبه نقول . ومثل ذلك لا يقال إلا عن توقيف . ولأن الأصل بقاء الحياة . والمراد باليقين الطرف الراجح حتى لو ثبت ما ذكر بعدلين كفى وكذا الاستفاضة مع عدم إفادتها اليقين ، ولو أخبرها عدل ولو عبدا أو امرأة بموت زوجها حل لها فيما بينها وبين الله تعالى أن تتزوج ؛ لأن ذلك خبر لا شهادة . واستدل للقديم بقوله : لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك . قال البيهقي : ويروى مثله عن عثمان وابن عباس رضي الله عنهم . ولأن للمرأة الخروج من النكاح بالجب والعنة لفوات الاستمتاع ، وهو هنا حاصل^(٢) .

وأما **الحنابلة** فالمفقود عندهم قسمان ، يقول ابن قدامة : أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم والسياسة ، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته . وروي ذلك عن علي . وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد . وروي ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي ، وأبي عبيد .

وقال مالك ، والشافعي في القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وتحل للأزواج ؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة ، وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز هاهنا لتعذر الجميع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركهم إنكاره .

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج . قال أصحابنا : إنما اعتبر

(١) المنهاج مع شرحه مغني المحتاج ٥ / ٩٧ ، ٩٨ .

(٢) مغني المحتاج ٥ / ٩٧ ، ٩٨ .

تسعين سنة من يوم ولادته ؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره ، وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك .

والمذهب الأول ؛ لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته ، كما قبل الأربع سنين ، أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ؛ لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته ، يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ، ولا نظير لهذا. وخبر عمر ورد في من ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثاني : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفيين ، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته ، أو يفقد في مهلكة ، كبرية الحجاز ونحوها، فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين ، أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ . قال : هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه . ثم قال : زعموا أن عمر رجع عن هذا ! . هؤلاء (الكذابين)^(١) . قلت : فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنساناً قال لي : إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك . فضحك ، ثم قال : من ترك هذا القول أي شيء يقول . وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم .

وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهري ، وقتادة ، والليث ، وعلي بن المديني ، وعبد العزيز بن أبي سلمة . وبه يقول مالك ،

(١) كذا ؛ التزاماً بنص قوله .

والشافعي في القديم، إلا أن مالكا قال : ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت. وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفيين : تتربص سنة ؛ لأن غلبة هلاكه هاهنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول : إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرا تزوجت ، وقد ارتبت فيها ، وهبت الجواب فيها ، لما اختلف الناس فيها ، فكأنني أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، وتربص أبدا ، ويحتمل التورع ، ويكون المذهب ما قاله أولا . قال القاضي : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة ، وعندني أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذي أقول به - إن صح الاختلاف في المسألة - أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال ، وإن ثبت الإجماع ، فالحكم فيه على ما نص عليه . وظاهر المذهب على ما حكيناه أولا . نقله عن أحمد الجماعة ، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ما حكيناه من رواية الأثرم .

وقال أبو قلابة ، والنخعي ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه ؛ لما روى المغيرة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : { امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر } . . وروى الحكم وحماد عن علي : لا تتزوج امرأة المفقود ، حتى يأتي موته أو طلاقه . لأنه شك في زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة ، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .

ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له . فقال : انطلقى فتربصي أربع سنين . ففعلت ثم أتته فقال : انطلقى فاعتدي أربعة أشهر وعشرا . ففعلت ثم أتته فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فجاء وليه . فقال : طلقها . ففعل . فقال لها عمر : انطلقى فتزوجي من شئت . فتزوجت . ثم جاء زوجها الأول ، فقال له عمر : أين كنت ؟ قال : يا أمير المؤمنين ، استهوتني الشياطين ، فوالله

ما أدري في أي أرض الله كنت ؟ عند قوم يستعبدونني ، حتى اغتزاها منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن ، فما لك وما لهم ؟!. فأخبرتهم خبري ، فقالوا : بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هي أرضي . فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة . فخيرته عمر ؛ إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ، فاختر الصداق ، وقال : قد حبلى ، لا حاجة لي فيها .

قال أحمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف . وروى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعدت أربع سنين ، ثم يطلقها ولي زوجها ، وتعدت بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خير بين الصداق وبين امرأته . وقضى به عثمان أيضا ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر ، فكانت إجماعا .

فأما الحديث الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رواه عن علي ، فيرويه الحكم وحماد مرسل ، والمسند عنه مثل قولنا ، ثم يحمل ما رواه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة ، جمعا بينه وبين ما رويناه . وقولهم إنه شك في زوال الزوجية ممنوع ؛ فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه^(١) .

هذا ويرى الظاهرية أنه ليس لأحد أن يطلق عن أحد امرأته ، فبعد أن استعرض ابن حزم أقوال الصحابة ومن بعدهم في المسألة قال : لا حجة في أحد دون الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل تحريم فرج أباحه الله تعالى للزوج وتحليله لمن حرمه الله تعالى عليه من سائر الرجال بغير قرآن ولا سنة^(٢) .

(١) المغني ٨ / ١٠٦ .

(٢) المحلى ١١ / ٤١٣ .

وحتى لا يظن به أحد أنه يدخل الصحابة رضي الله عنهم الذين قالوا بالتطليق بعد مدة في دائرة نقده ، اعتذر لهم بقوله : وأما الصحابة رضي الله عنهم فقد فازوا ، وهم والله مأجورون في كل ما قالوه قاصدين به الحق ، وإنما الشأن فيمن قال قولاً في الدين لم يأت به قرآن ولا سنة .

ثم أكد مذهبه في المسألة وفي مثيلاتها مما لم يرد فيها نص مرفوع بقوله : لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته ، ولا أن يطلق أحد عن غيره . وبالله تعالى التوفيق^(١) .

وأما الزيدية فقد ذهبوا إلى أن امرأة المفقود لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد وقوع أحد أمور أربعة هي : ردة المفقود أو طلاقه أو موته أو مضي عمره الطبيعي وعدتها للوفاة ، والمراد بالعمر الطبيعي هو أن العادة جارية أن الله سبحانه وتعالى لا يعمر أحداً أكثر من مائة وعشرين سنة^(٢) .

ويرى الإمام يحيى أنه لا وجه للتربص — سواء أكان العمر الطبيعي أو أربع سنين — ؛ لقوله تعالى ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا ﴾ ، ﴿ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ ، وللحديث (لا ضرر ولا ضرار) ، وإذا كان للحاكم رفع المضرة في الظهار والإيلاء فهذا أبلغ ، كما أن الفسخ مشروع للعيب ونحوه ، والتقدير بالعمر الطبيعي والأربع لا دليل عليه من كتاب أو سنة ، كما أنهم إن جوزوا لها النكاح بعد مضيها لأجل الضرر ، فأى ضرر أبلغ من تربصها هذه المدة ؟ . فإن قيل دليل الأربع ما أخرجه الموطأ عن ابن المسيب أن عمر رضي الله عنه قال : أيما امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل . ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، ثم هو توقيف . فالجواب أنه روي خلافه عن علي رضي الله عنه أنه

(١) السابق : الموضع نفسه .

(٢) التاج المذهب ٢ / ١٣ .

قال : " أيما امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين بموت أو طلاق " ذكره في أصول الأحكام ، ولم يسلم أنه توقيف بل اجتهاد. والله أعلم^(١) .

وأما الإمامية فيعبر العاملي — في شرح اللمعة — عن مذهبهم بقوله : (والمفقود إذا جهل خبره) وكان لزوجته من ينفق عليها (وجب عليها التربص) إلى أن يحضر ، أو تثبت وفاته ، أو ما يقوم مقامها (وإن لم يكن له ولي ينفق عليها) ولا متبرع ، فإن صبرت فلا كلام وإن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عن أمره (وطلب أربع سنين) من حين رفع أمرها إليه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معينة ، وإلا ففي الجهات الأربع حيث يحتمل الأربع ، (ثم يطلقها الحاكم) بنفسه ، أو يأمر الولي به . والأجود تقديم أمر الولي به فإن امتنع طلق الحاكم لأنه مدلول الأخبار الصحيحة^(٢) .

وأخيرا يرى الإباضية أن المفقود يتربص أربع سنين ، يقول صاحب النيل : يحكم على مفقود بموت إذا مضت عليه أربع سنين من يوم فقده^(٣) .

وبعد استعراض أقوال الفقهاء في المسألة يمكن القول بأن قول من قال بأن المرأة تظل مدى حياتها تنتظر زوجها المفقود أو سبعين سنة فأكثر ليس صائبا ؛ لضعف النصوص الواردة في هذا الشأن كما مر ، ولأنه إذا كان جائزا للمرأة طلب الفرقة لسوء العشرة أو للضرر فليس من شك أن لحوق الضرر من تربصها مدى حياتها أو هذه المدة المتطاوله فيه من الضرر ما فيه .

يبقى أشهر الأقوال في المسألة وهو انتظاره أربع سنين ، وهو ما حكم به عمر رضي الله عنه وارتضاه بعض الصحابة رضوان الله عليهم ، وقد تنوعت أقوال الفقهاء في تعليل التحديد بهذه الأربع ، كالقول بوقفه أو الإجماع عليه أو أنه أقصى مدة للبحث في أنحاء الأرض أو أنه أقصى مدة للحمل واستبراء

(١) البحر الزخار وحاشيته ٤ / ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) الروضة البهية ٦ / ١١ وانظر شرائع الإسلام ٣ / ٢٨ .

(٣) النيل ٧ / ٣٨ .

الرحم ، ولا يصح القول بالتوقيف ولا الإجماع كما مر ، كما لا يصح التعليل بأنه أقصى مدة للبحث خاصة في زماننا الذي سهلت فيه وسائل الاتصال ، وكذا كونه أقصى مدة للحمل واستبراء الرحم فهذا يمكن معرفته عند أهل الطب الآن فور الفحص والتحليل . فالظاهر أن تحديد هذه المدة لم يكن إلا اجتهادا منه رضي الله عنه ، لذا يمكن القول بأن الراجح في المسألة هو ترك تحديد المدة لاجتهاد القاضي ، الذي ينظر في ظروف فقده وما تستغرقه وسائل البحث عنه من وقت ، ومدى الضرر الواقع على المرأة من هذا الغياب . ومهما يكن من أمر فللزواج المفقود الخيار بين امرأته وبين صداقه إذا رجع كما قضى بذلك عمر رضي الله عنه^(١) .

(١) انظر في تأكيد صحة رأي عمر رضي الله عنه : القياس في الشرع الإسلامي ، لابن تيمية ، ص ٦٨ : ٧٣ ، المطبعة السلفية ومكتبتها - القاهرة ، طبعة سنة ١٣٤٦ هـ .

الفصل الثالث تقادم الجرائم والعقوبات

المبحث الأول
أحكام تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني
مناقشة وتعقيب

المبحث الثالث
أحكام التقادم الجنائي في القانون

المبحث الأول
أحكام تقادم الجرائم والعقوبات
في الفقه الإسلامي

المطلب الأول	تقادم الحدود
المطلب الثاني	تقادم التعازير

المطلب الأول تقادم الحدود

الفرع الأول	تقادم الجريمة الحدية
الفرع الثاني	تقادم العقوبة الحدية

الفرع الأول

تقادم الجريمة الحدية^(١)

اختلفت مواقف الفقهاء تجاه تقادم جرائم الحدود إلى ثلاثة آراء على النحو الآتي :

أولا رأي الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والرواية المعتمدة عن الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية ، والأوزاعي ، والثوري ، والحسن بن حي ، وربيعه ، والليث ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وابن المنذر ذهبوا إلى أن جرائم الحدود — سواء أكان دليل إثباتها الإقرار أم الشهادة — لا تتقادم . بمعنى أن الجريمة الحدية لا تسقط عن الجاني مهما مر على الإقرار بها أو الشهادة عليها من زمن ، فمرور الزمن وحده ليس له أدنى تأثير على هذا الإقرار أو تلك الشهادة .

أما المالكية ، فقد سأل سحنون عبد الرحمن بن قاسم : أرأيت إن تقادمت السرقة فشهدوا عليه بعد حين من الزمان أيقطع في قول مالك أم لا ؟ فأجاب ابن قاسم : نعم ، يقطع عند مالك وإن تقادم .

ثم سأل : وكذلك الحدود كلها ، شرب الخمر والزنى ؟ قال نعم ، لا يبطل في الحد شيء مما ذكرت ، وإن تقادم ذلك وطال زمانه . ثم سأل : وكذلك إن أقر بعد طول من الزمان ؟ قال نعم .

ثم يؤكد سحنون استفهامه فيسأل : أرأيت إن شرب الخمر وهو شاب في شبابه ثم تاب وحسنت حاله ، وصار فقيها من الفقهاء عابدا ، فشهدوا عليه أيحد

(١) الحد : عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى ، أو اجتمع فيها حق الله وحق العبد . فليس منه التعزير ؛ لعدم تقديره ، ولا القصاص ؛ لأنه حق لأدمي . انظر : بدائع الصنائع ٣٣/٧ ، دقائق أولي النهى ٣٣٥/٣ ، الموسوعة الفقهية : مصطلح (حدود) .

أم لا في قول مالك ؟ قال : نعم يحد^(١) .

وقال أصبغ عن ابن القاسم في رجلين شهدا على رجل أنهما رأياه سكران أو يسرق فجرحاه بذلك في شهادة شهد بها : فليقم عليه الحد ، ولا يضرهما تأخير ذلك ، وهو ستر عليه^(٢) .

وبالنسبة للشافعية ، فقد جاء في أسنى المطالب ، أنه لا يشترط قرب عهد الزنى ، فتقبل الشهادة به ، وإن تطاول الزمان^(٣) .

هذا ، ويقول ابن قدامة : ” وإن شهدوا بزنى قديم أو أقر به وجب الحد ، وبهذا قال مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : لا أقبل بينة على زنى قديم ، وأحده بالإقرار به . وهذا قول ابن حامد^(٤) ، وذكره ابن أبي موسى^(٥) مذهباً لأحمد ؛ لما روي عن عمر أنه قال : ” أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن “^(٦) ، ولأن تأخير

(١) المدونة ٤/٢٢٢ ، ٤٢٣ .

(٢) تبصرة الحكام ٥٠/٢ وانظر الشرح الكبير ٤/٣٤٧ ، والتبصرة أيضا ٢/١٧٠ وكم هو غريب أن يذهب الإمام مالك والمالكية — كما سبق بيانه بالباب السابق — إلى سقوط دعوى الدين مثلاً بالشهادة المتقدمة ، أي يسقطون حق الفرد بهذه الشهادة ، ثم لا يسقطون حق المولى سبحانه في الحدود بالشهادة نفسها !! .

(٣) أسنى المطالب ٤/١٣٢ وانظر : قليوبي ٤/١٨٢ طبعة صبيح ١٣٦٨هـ ، مغني المحتاج ٤/١٥١ .

(٤) الحسن بن حامد بن علي بن مروان ، أبو عبد الله الوراق البغدادي ، مات سنة ثلاث وأربعمائة إمام الحنبلية في زمانه ، له المصنفات في العلوم المختلفة ، منها الجامع في المذهب ، شرح الخرقى ، شرح أصول الدين . طبقات الحنابلة ٢/١٧١ : ١٧٧ رقم ٦٣٨ ، دار المعرفة — بيروت ، بدون تاريخ .

(٥) محمد بن أحمد بن أبي موسى ، أبو علي الهاشمي القاضي ، ولد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة ، ومات سنة ثمان وعشرين وأربعمائة . قال عنه القاضي أبو يعلى : عالي القدر ، سامي الذكر ، صنف الإرشاد في المذهب ، وشاهدت أجزاء بخطه من شرحه لكتاب الخرقى . طبقات الحنابلة ١/١٨٢ : ١٨٦ رقم ٦٥٢ .

(٦) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلاً ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

الشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة ، فيدراً ذلك الحد .

ولنا : عموم الآية^(١) ، وأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق ، والحديث رواه الحسن مرسلاً ، ومراسيل الحسن ليست بالقوية ، والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلاً^(٢) .

وأما الظاهرية فيحكي ابن حزم عن أصحابه موافقة الجمهور في وجوب الحد بشهادة متقدمة ، يقول : ” وقال الشافعي وأصحابه ، وأصحابنا : يقام عليه الحد في كل ذلك . وقال الأوزاعي والليث والحسن بن حي مثل ذلك “^(٣) . كما ذكر عن ربيعة عدم الاعتداد بالتقدم ، فعن ابن وهب قال : بلغني عن ربيعة أنه قال في رجل زنى في صباه واطلع على ذلك رهط عدول ، فلم يرفعوا أمره ولبث بذلك سنين ، وحسنت حاله ، ثم نازع رجلاً فرماه بذلك ، وأتى على ذلك بالبينة واعترف : فإنه يرحم ، لا يضع الحد عن أهله طول زمان ، ولا أن يحدث صاحب ذلك حسن هيئة . قال ابن وهب : يريد بصباه : سفهه بعد الاحتلام^(٤) . ثم أوضح أن الشهادة لا تجب على الشاهد إلا بسؤاله إياها ، الأمر الذي يلزم عنه جواز تأخير الشاهد شهادته ما لم يسألها ، وما لم يضع معه حق آدمي .

وعن الزيدية يذكر ابن المرتضى أن الحد لا يسقط بتقدم العهد ؛ إذ لم يفصل الدليل بين التقدم وعدمه^(٥) . ويقول أبو القاسم الحلبي عن الإمامية :

(١) يقصد قوله تعالى : ﴿ وَاللَّائِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ . النساء : ١٥ .

(٢) المغني ٩ / ٧٠ وانظر : المبدع لابن مفلح ٨٣/٩ المكتب الإسلامي ، طبعة أولى ١٣٩٩ هـ ، كشف القناع ٢٤٣/٤ .

(٣) المحلى ٤٦/١٣ .

(٤) السابق : الموضع نفسه .

(٥) البحر الزخار ١٥٩/٥ وانظر : التاج المذهب لأحكام المذهب ٢١١/٤ .

”ولا يقدح تقادم الزنى في الشهادة ، وفي بعض الأخبار : إن زاد عن ستة أشهر لم تسمع ، وهو مطرح “^(١) . أما الإباضية فيذكر الرستاقى موافقتهم للجمهور أيضا في أن الإقرار المتقادم أو الشهادة المتقادمة لا تسقط الحد^(٢) . وهو ما قال به ابن المنذر ورجحه^(٣) .

ونستطيع أن نجمل من هذه النقول ومن غيرها أدلة الجمهور فيما يأتي :

أ — إذا كان دليل الإثبات هو الإقرار فإن المقر بجريمته الحدية بعد زمن متقادم من الجريمة يكون غير متهم في إقراره ؛ إذ إنه يعلم أنه مقبل على عقوبة شديدة . وعلى الحاكم أن يطبق عليه الحد إذا ثبت المقر على إقراره ، وليس ذاك إلا تطهيراً لنفسه من الذنب . فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم قبول الإقرار ، وأنبأ عن مغفرة المولى سبحانه لصاحبه التائب ، فعن عمران بن حصين : أن امرأة من جهينة أتت نبي الله صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنى ، فقالت : يا نبي الله ، أصبت حدا فأقمه على . فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال : أحسن إليها ، فإذا وضعت فائتني بها . ففعل . فأمر بها نبي الله صلى الله عليه وسلم فشدت^(٤) عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها . فقال له عمر : تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت ! . فقال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى^(٥) .

(١) شرائع الإسلام ٣٤٦/٢ وانظر : قواعد الأحكام لابن مظهر الحلي ص ٢٥٥ ، طبعة سنة ١٣٣٩هـ ، بدون ناشر .

(٢) منهج الطالبين للرستاقى ١٩٣/٨ ، الحلبي بالقاهرة ، بدون تاريخ .

(٣) الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ١٨/٢ ، إدارة إحياء التراث الإسلامي بقطر ، طبعة أولى ١٤٠٦هـ .

(٤) جمعت وشدت . شك الشيء شكاً : لصق بعضه ببعض واتصل . المعجم الوسيط : شك .

(٥) مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنى .

كما يذكر الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يسأل من جاءه مقرا بحدّه عن وقت اقترافه هذا الحد ، الأمر الذي لا يترتب عليه أي أثر في الحكم ، وإلا لما توانى صلى الله عليه وسلم في السؤال عن ذلك .

ب — أما إذا كان دليل إثبات جرائم الحدود هو الشهادة المتقدمة ، فيرى الجمهور وجوب الاعتداد بهذه الشهادة لما يأتي :

(١) عموم النصوص الواردة في شأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بها، متقدمة كانت أو غير متقدمة، مثل قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾^(١) كما لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سأل شاهدا عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كان هذا واجبا لما تأخر النبي صلى الله عليه وسلم في تطبيقه . وكذلك فإن تضيق دائرة الأخذ بمضمون هذه النصوص ، بتحديد زمن معين لا تقبل الشهادة بعده بسبب تأخر الشاهد عنه ، إنما هو ضرب من الاحتمالات والتخمين ، ولا يصح تقييد النصوص بمثل هذا .

(٢) واستدلوا بأن عدالة الشاهد هي أساس رد شهادته أو قبولها ، فلا يؤثر في عدالته تأخير أداء الشهادة أو التعجيل به . ثم إن الطعن في عدالة الشاهد بسبب التأخير ليس يقينا ، فلا يزال اليقين — وهو عدالته الظاهرة — بما ليس بيقين .

(٣) كما استدل الجمهور أيضا بقياس الشهادة المتقدمة على الإقرار المتقادم ، فكلاهما حجة يثبت بها الحد ، برغم أن الإقرار — متقدما كان أو غير متقادم — لا يمكن الجزم بصدقه ظاهرا وباطنا ، فلماذا لا تأخذ الشهادة حكمه ؟!

(٤) وقاسوا كذلك الشهادة المتقدمة في الحدود على الشهادة — متقدمة أو غير متقدمة — في حقوق الآدميين ، فليس هناك فرق بين شهادة متقدمة في

(١) الطلاق : ٢ .

حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق ؟! .

(٥) كما أنه ليس لولي الأمر الحق في أن يعفو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هذا فقد امتنع القول بتقادم دليلها من باب أولى .

(٦) وأخيرا ، فقد ذكر الجمهور أن تأخير الشهادة قد يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

ثانيا رأي الحنفية^(١)

يقسم الحنفية الحدود إلى عدة أقسام هي : حد الزنى ، حد القذف ، حد الشرب ، حد السكر ، حد السرقة الصغرى ، حد السرقة الكبرى . وفيما يأتي نتناول تأثير التقادم في هذا الحدود :

١- تقادم حد الزنى

(أ) تقادم الإقرار بالزنى

ذهب الحنفية — عدا زفر^(٢) — إلى أن الإقرار بالزنى لا يتقادم، فمن أقر بزناه ولو بعد زمن متقادم يقام عليه الحد ، ودليلهم في هذا هو أن المقر غير متهم في إقراره على نفسه ، خاصة بعد علمه أنه مقبل على عقاب شديد ، كما أن النصوص الواردة في ذلك لم تفرق بين إقرار متقادم وغير متقادم .

(ب) تقادم الشهادة بالزنى

يرى الحنفية أن الشهادة المتقادمة على زنى تعد سببا في رفع الحد ، وقد استدلوا لرأيهم هذا من المنقول والمعقول .

أما المنقول فقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ” أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته ، فإنما هم شهود ضغن “^(٣) . ولم يعلم مخالف لعمر

(١) الجامع الصغير ص ٢٧٧ : ٢٧٩ — المبسوط ٦٩/٩ ، ٧٠ ، ٩٧ ، ١٧١ — الهداية ١١٥/٤ ، ١٦١ ، ١٧٨ — فتح القدير ١١٥/٤ ، ١٦١ ، ١٧٨ — العناية على الهداية ١١٥/٤ ، ١٦١ ، ١٧٨ — حاشية سعدى جلبي على العناية ١٦١/٤ ، ١٧٨ — الدر المختار ١٥٨/٣ ، ١٥٩ — حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ ، ١٥٩ — بدائع الصنائع ٤٦/٧ ، ٤٧ ، ٥١ — تبيين الحقائق ١٧٨/٣ ، ١٩٦ — حاشية الجلبي على التبيين ١٨٧/٣ ، ١٩٦ — البحر الرائق ٢١/٥ ، ٢٨ — منحة الخالق على البحر الرائق ٢١/٥ ، ٢٨ — الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ١٢٨/٤ ، مطبعة صبيح بالقاهرة ، بدون تاريخ — اللباب للميداني ١٧٩/٣ ، مطبعة المدني بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٨٣هـ / ١٩٦٣م — الفتاوى الهندية لبعض علماء الحنفية ١٤٧/٢ ، ١٥٨ دار صادر ببيروت ، طبعة سنة ١٤١١هـ / ١٩٩١م .

(٢) سيأتي تفصيل رأي زفر وابن أبي ليلى في ’ ثالثا ‘ ص ٤٠٧ : ٤٠٩ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلا ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

رضي الله عنه فكان إجماعاً . ثم إنه لا شهادة لصاحب ضغن أو متهم به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١) .

وأما المعقول ، فيعبر عنه ابن الهمام بأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين : الستر احتساباً لفضيلة الستر على المسلم ، أو الشهادة به احتساباً لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد . فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة ؛ لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي . فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة ؛ لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول ، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني ؛ وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة^(٢) .

وعلى الشاهد أن يختار ما هو أصلح للجماعة ، فعليه أن يؤدي الشهادة إذا كان الجاني مشتهراً بارتكاب الموبقات ، حماية للمجتمع وزجراً للجاني . وعليه أن يختار الستر إذا كان الجاني معروفاً بصلاح الحال ، وأن ما ارتكبه كان من قبيل هفوات النفس التي لا تنبئ عن نفس احتواها الشر ، فحق على الشاهد أن يقلل عثرة مثل هذا الجاني ، كما أن الشهادة في هذه الحالة ربما تدفع الجاني إلى أن يئس من صلاح حاله ، فيعود إلى سلوك الرذيلة ، وأيضاً قد يكون الجاني محل قدوة بين الناس فتؤدي الشهادة عليه إلى ارتداد كثير من الناس عن طريق الجادة استخفافاً بمحل قدوتهم .

ولكن ما المدة التي ينبغي فيها على شهود الزنى أن يتقدموا فيها بالشهادة، بحيث إذا تأخروا عنها اعتبرت الشهادة متقدمة وغير مقبولة ؟.

(١) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . تلخيص الحبير ١٩٨/٤ .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ مختصراً .

تنوعت اجتهادات أئمة المذهب الحنفي في تحديد هذه المدة على النحو الآتي :

١- ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم توقيت ذلك بزمان محدد ، وأن يترك شأنه إلى القاضي ؛ وذلك لعدم وجود نص في تحديد المدة ، واختلاف طبيعة كل عصر بما يعده متقادما من غيره. وفي هذا يذكر القاضي أبو يوسف أنهم جهدوا بالإمام أبي حنيفة بأن يقدر لهم فلم يفعل ، وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر، فما يراه - بعد مجانية الهوى - تقريبا كان تقادما، وما لا يعد تقريبا لا يكون تقادما . وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك ، وإنما يوقف عليه بالنظر في كل واقعة فيها تأخير ، فنصب المقادير بالرأي متعذر .

ويلحق الشيخ أبو زهرة على رأي الإمام أبي حنيفة بقوله : هذه رواية عن أبي حنيفة ، وهي الراجحة عنه ، ويلاحظ أن أبا حنيفة لم يقدر فيها المدة فقها ، وذلك لا يمنع ولي الأمر أن يقدرها نظاما ، فالفقه لا يقدر المقادير إلا ما يكون فيها نص ، ولا نص في الموضوع ، أما الأمور التي تختلف فيها الأحوال والأعراف فلولي الأمر أن يعين المدة فيها ملاحظا العرف والأحوال^(١) .

٢- ويروي الإمام الحسن بن زياد عن الإمام أبي حنيفة رواية ثانية في مدة التقادم ، وهي أن الشهود إذا شهدوا بعد سنة فإن شهادتهم لا تقبل^(٢) .

ولم أف في أمهات الفقه الحنفي على دليل الإمام أبي حنيفة في هذه الرواية ، وربما يكشف لنا هذا عن عدم لزوم قبول الإمام أبي حنيفة الشهادة قبل السنة كعشرة أشهر مثلا ، لأن المتبادر فهمه من هذه الرواية هو أن الإمام أبا حنيفة عد مرور السنة دون عذر للشهود في تأخير الشهادة قدحا فيها ، وهذا لا ينفي عنه أنه يراه أيضا فيما هو أقل من السنة ، ما دامت الدلائل لا تحوي

(١) فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٥١ معهد الدراسات العربية العالية - جامعة الدول العربية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٦٦م .

(٢) المبسوط ٧٠/٩ .

عذرا للشهود في التأخير، بمعنى أن يكون ذكر السنة جاء اتفاقا لا تحديدا ، فقد يكون جاء ذكرها جوابا عن مسألة كانت مدة التأخير فيها سنة . وبهذا لا تختلف هذه الرواية عن سابقتها الراجحة عنه .

٣- كما يروي الإمام محمد عن الإمام أبي يوسف عن الإمام أبي حنيفة رواية ثالثة في مدة التقادم ، وهي مرور الحين ، فقد جاء في الجامع الصغير ما نصه ” محمد ، عن يعقوب ، عن أبي حنيفة رضي الله عنهم : رجل شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو زنى بعد حين ، لم يؤخذ به ، وضمن السرقة “ (١) .

والمراد بالحين هنا هو ستة أشهر ، قياسا على مسألة الحلف بأن لا يكلمه حيناً ، يقول الإمام المرغيناني : من حلف لا يكلم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان ، فهو على ستة أشهر ؛ لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ، وقد يراد به أربعون سنة ، قال الله تعالى : ﴿ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ ﴾ (٢) ، وقد يراد به ستة أشهر ، قال الله تعالى ﴿ تَوْتِي أْكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ (٣) ، وهذا هو الوسط فينصرف إليه ؛ وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة ، والمؤبد لا يقصد غالبا ؛ لأنه بمنزلة الأبد ولو سكت عنه يتأبد ، فيتعين ما ذكرنا . وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين ، يقال ما رأيته منذ حين ومنذ زمان بمعنى . وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه (٤) .

ويقول الإمام المرغيناني أيضا : ” واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوي... “ (٥)

(١) الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ص ٢٧٧ ، عالم الكتب - بيروت ، طبعة أولى ١٤٠٦ هـ .

(٢) الإنسان : ١ .

(٣) إبراهيم : ٢٥ .

(٤) الهداية والبداية ٧١/٤ ، ٧٢ وانظر مذاهب العلماء في تفسير ’الحين‘ : الإشراف لابن المنذر ٤٧٢/١ ، ٤٧٣ .

(٥) الهداية ١٠٦/٢ .

وقد علق الإمام ابن الهمام على هذا بقوله : ” وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر ، على ما تقدم في الأيمان : إذا حلف لا يكلمه حيناً “^(١) .

وقد عقب الشيخ أبو زهرة على ما سبق بقوله : ” ونحن قد نخالف صاحب الهداية وكمال الدين بن الهمام في هذا الفهم ؛ وذلك لأن الحين في ذاته كلمة مبهمة ، يفسرها غرض الحالف الذي يدل عليه اللفظ ، إذا كان له غرض واضح بين ، وإن لم يكن له غرض واضح بين فسرت بستة أشهر . وهنا يوجد دليل على الغرض الواضح البين ، وهو تصريحه^(٢) بعد ذلك بمدة أخرى في الكتب التي كتبها ، وروى بها المذهب الحنفي رواية صادقة ، وتلك المدة هي ما سنبينه في القول الثالث^(٣) ، وسواء أصبحت نسبة هذا القول إلى محمد بهذا التعبير^(٤) الذي ذكر في الجامع الصغير أم لم تصح ، فمن المؤكد أن هذا قول في المذهب ، وأنه قول يعتبر له وجه ، أشار إليه الطحاوي في مختصره^(٥) وعبارة الزيلعي تفيد أنه صحيح في ذاته^(٦) ، ”^(٧) .

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) أي الإمام محمد بن الحسن .

(٣) بأنها شهر ، وهي الرواية المشهورة عن محمد ، ويرجحها غالب فقهاء المذهب .

(٤) أي لفظ الحين .

(٥) يقول الطحاوي : من أقر على نفسه بالزنى بعد حين أقيم عليه الحد ، وإن شهدت عليه بينة بعد حين لم يقم عليه ، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه لا يوقت في ذلك وقتاً ويقول هو على ما يرى الإمام ، وبه نأخذ . وكان أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما يوقتان في ذلك شهراً . مختصر الطحاوي ٢٦٤ ، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند ، بدون تاريخ .

(٦) يقول الزيلعي : ” حد النكاح شهر ، روي ذلك عن أبي يوسف ومحمد . وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدره بشيء ، وفوضه إلى رأي القاضي على ما هو دأبه في المقدرات المترددة بين القليل والكثير . وأشار في الجامع الصغير إلى أنه مقدر بستة أشهر ، فإنه قال : وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنى بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة . وكذا أشار الطحاوي رحمه الله إليه . والأول أصح ، وهو مروى عن أبي حنيفة رحمه الله “ . تبين الحقائق ١٨٧/٣ ، ١٨٨ ، ثم أخذ يستدل لما صححه ، وهو التقدير بشهر .

(٧) الجريمة ص ٩٤ .

ومن البين أن الجامع الصغير لم يكن تحت يدي الشيخ أبي زهرة ؛ إذ نص ما جاء فيه — كما سبق — هو ”محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة رضي الله عنهم : رجل شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو زنى بعد حين ، لم يؤخذ به وضمن السرقة ... “. فهذه المسألة عن الإمام أبي حنيفة ، وقد وردت فيها المدة مبهمة ، وهي لفظ الحين ، فحاول فقهاء المذهب تفسيره بتعيين مدته ، والمشهور عن الإمام أبي حنيفة هو عدم تحديد مدة بعينها في التقادم ، فظل اللفظ على إبهامه ، ولذا فقد فسروه بغير ما ورد عن الإمام أبي حنيفة ، وهو أن المراد به ستة أشهر بما سبق بيانه .

٤- وأما المدة التي يرجحها فقهاء الحنفية ويقدمونها على غيرها فهي أن تكون شهرا ، روي ذلك عن أبي حنيفة وهو المشهور عن محمد ، يقول ابن الهمام : ” ومأخذ هذه الرواية مما في المجرّد : قال أبو حنيفة : لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها ؟ فقالوا منذ أقل من شهر . أقيم الحد ، وإن قالوا شهر أو أكثر درئ عنه . قال أبو العباس الناطفي : فقدّره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد “ (١) .

ويعلل فقهاء الحنفية تقدير التقادم بشهر بأن ما دون الشهر عاجل ، على ما في مسألة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقصاه فيما دون الشهر لا يحنث ، وبعده يحنث . والمدار الذي حكم به الحنفية في جعل الشهر فما فوقه بعيدا أو آجلا ، وما دونه قريبا أو عاجلا ، هو العرف ، وهذا ما عبر عنه صاحب الهداية بقوله : ” ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر “ (٢) .

وأود أن أشير هنا إلى أنه على الرغم من أن الرواية الأولى عن الإمام أبي حنيفة ، التي لم يقدر فيها مدة التقادم ، وتركها لتقدير القاضي هي الراجحة

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ ، ١٦٥ .

(٢) الهداية ١٠٢/٤ وبجانب الأقوال السالفة في تحديد مدة التقادم قيل بأنها نصف شهر ، وهو قول مهمل . وهناك أقوال أخرى مهمة أيضا انظرها في طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

عنه، فإن غالب فقهاء المذهب قدموا عليها الرواية التي جعلت الشهر أو ما فوقه حداً لتقادم الشهادة^(١). ويبدو أنه ليس هناك تعارض بين الروايتين ؛ لأننا يمكن أن نحمل تحديده للشهر بأنه كان مناسباً لزمانه وعرف القضاء في وقته ، ورأى أن الشهر قد يكون غير مناسب في غير زمانه أو مكانه ، فترك تفويض الأمر للقاضي .

يبقى أن نذكر أن ظاهر الرواية على أن شهود الزنى المتقادم لا يحدون حد القذف ، يقول التمرتاشي : ولو شهدوا بزنى متقادم حد الشهود عند البعض وقيل لا^(٢). ويشرح ابن عابدين القول بعدم إقامة الحد عليهم بقوله : ” هذا هو المذهب ؛ لأنه هو المذكور في كافي الحاكم الشهيد حيث قال : وإذا شهد الشهود على رجل بزنى قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم . اهـ . ولذا قال الكرخي إنه الظاهر . أي ظاهر الرواية . وعمله في العناية^(٣) بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة ، وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفاً“^(٤). كما أن تأخيرهم وإن أورث تهمة وشبهة في الشهادة فأصل الشهادة باق ، ولما اعتبرت الشبهة في إسقاط حد الزنى عن المشهود عليه فلأن تعتبر حقيقة الشهادة لإسقاط حد القذف عن الشهود أولى^(٥). وعن دليل من أوجب حد القذف عليهم يذكر الكاساني عن الحسن بن زياد أنهم يحدون لأن تأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر ، فخرج كلامهم عن كونه شهادة ، فبقي قذفاً فيوجب الحد^(٦). وفي عرض أدلة الرأي الأول ما يكفي رداً على هذا الرأي .

(١) ومن فقهاء المذهب من أخذ بالرواية الأولى كالطحاوي . مختصر الطحاوي ص ٢٦٤ ،

وسياتي في ” المناقشة والتعقيب “ مناقشة الحنفية في تحديد مدة التقادم .

(٢) تنوير الأبصار بهامش حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) راجع العناية على الهداية ١٦١/٤ ، ١٦٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٥) بدائع الصنائع ٤٧/٧ .

(٦) السابق ٤٧/٧ .

هذا عن الشهود ، أما القاذف فيقول عنه الزيلعي : ولو شهدوا عليه بزنى متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا . والقياس أن يحد ؛ لأن الزنى لم يثبت به . وجه الاستحسان أن الشهادة وجدت حقيقة ، وإنما ردت للتهمة ، فتعتبر للدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق^(١) .

٢- تقادم حد القذف

(أ) تقادم الإقرار بالقذف

لا يختلف الإقرار بالقذف عن الإقرار بالزنى في عدم تقادمه ، فمن أقر بقذفه بعد زمن متقادم أقيم عليه حد القذف ؛ ذلك لأن المقر غير متهم في إقراره على نفسه، لا سيما أنه يعلم أن عقوبته ستكون شديدة، وهي الجلد ثمانون جلدة . كما أن الشهادة بالقذف لا تتقادم — كما سيأتي — فمن باب أولى عدم تقادم الإقرار به ، فقد ذكر الكاساني أن عدم التقادم ليس بشرط لقبول الشهادة بحد القذف ، فأولى ألا يكون شرطا لصحة الإقرار^(٢) .

(ب) تقادم الشهادة بالقذف

استثنى الحنفية حد القذف المبني على الشهادة المتقادمة من بين الحدود التي تسقط بالتقادم ، يقول المرغيناني : إذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة^(٣) .

ودليل الحنفية في قبول الشهادة المتقادمة في حد القذف ، إنما يرجع إلى أن ” فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد “^(٤) .

(١) تبیین الحقائق ١٩٩/٣ .

(٢) البدائع ٥١/٧ .

(٣) بداية المبتدي ١٦١/٤ .

(٤) الهداية ١٦٣/٤ .

ثم ما دام حد القذف فيه حق العبد ” فإن الشهادة عليه لا تقبل إلا بخصومة المقذوف وطلبه الحد “^(١) وهذا يعني أن الشاهد لا يكون متهما بتأخير شهادته طالما أن المقذوف لم يتقدم بدعوى قذفه ، ولكن ” لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته “^(٢) .

ويثار هنا تساؤل : هل يعد تأخير المقذوف في رفع الدعوى سببا لاتهامه ورفض دعواه ، أم أن ذلك لا يؤثر على صحة الدعوى ؟.

ويجب الكاساني على ذلك بقوله: ” المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف ، فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه “^(٣) . وهذا الجواب هو ما يفهم أيضا من كلام السرخسي عن القذف ، يقول : ” فيه بعض حق العباد ، وهو دفع العار عن المقذوف ، فمتى أقام الحجة عليه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه “^(٤) .

٣- تقادم حد الشرب والسكر

يفرق الحنفية بين الشرب والسكر ، حيث يخصون الأول بشرب الخمر خاصة ، سواء أسكر منها أم لم يسكر ، قليلا شرب أو كثيرا . أما الثاني فيجعلونه في الأشربة من غير الخمر ، والتي يصل شاربها لمرحلة السكر^(٥) . وأما عن تأثير التقادم في كلا الحدين فهو ما يأتي :

(١) المبسوط ٦٩/٩ .

(٢) تبیین الحقائق ١٨٨/٣ ، ٢٠٧/٤ — حاشية سعدي جلي ١٦٣/٤ .

(٣) البدائع ٤٧/٧ .

(٤) المبسوط ٦٩/٩ . وسيأتي مناقشة كلام الكاساني والسرخسي في ’المناقشة والتعقيب‘ .

(٥) بدائع الصنائع ٣٩/٧ .

(أ) تقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر

نشير بداية إلى أن الإمام أبا حنيفة وصاحبيه اتفقوا على أن السكران إذا أقر على نفسه بالسكر — من الخمر أو غيرها — حال سكره فإنه يدرأ عنه الحد ؛ وذلك ” لزيادة احتمال الكذب في إقراره ، فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى “^(١) . لكن لا يمنع من تعزيره^(٢) .

وبخلاف هذا الموضع المتفق عليه بين أئمة الحنفية^(٣) فإننا نجد الإمام محمدا قد اختلف مع الشيخين ، فقد ذهب إلى أن الإقرار بشرب الخمر أو السكر من غيرها لا يتقادم ، فمن شرب خمرا — سكر أو لم يسكر — ثم أقر — بعد صحوه إذا كان قد سكر منها — على نفسه بشربها — ذهبت رائجتها من فمه أو لم تذهب — ، كذا ومن سكر من غير الخمر ثم أقر على نفسه بعد صحوه — ذهبت رائجته من فمه أو لم تذهب — : فإنه في كل ذلك يقام عليه الحد، حتى لو جاء إقراره بعد سنوات من شربه أو سكره .

هذا مذهب الإمام محمد ، أما الشيخان فقد ذهبا إلى القول بتقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر . أما تقادم الشرب — دون السكر منه — فمدته عندهما هي زمن بقاء رائحة الخمر في فمه ، فمن شرب خمرا دون السكر فذهب للقاضي وأقر على نفسه بالشرب ، فإن القاضي يأمر باستتكاك فمه ، فإن كانت رائحة أقام الحد وإلا فلا . وكذلك من سكر من الخمر أو من غيرها إن أفاق من سكره فأقر على نفسه بالسكر ، فإن الحاكم يفعل معه مثلما فعل في الشرب .

ونبدأ بذكر أدلة الشيخين ، فقد استدلل لرأيهما :

— بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائجتها ، واعترف به ، فعزره ولم يحده .

(١) الهداية ١٨٨/٤ فقد يكون شرب وسكر دون قصد أو إرادة منه ، كأن يكون مكرها .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٦٤/٣ .

(٣) وهو — وإن كان غير مرتبط بالتقادم — يمثل مع غيره من حالات الإقرار الأوقات المتصورة له .

— وبأنه أيضا جلد رجلا وجد منه ريح الخمر حدا تاما^(١) .
 — وبأن ابن مسعود رضي الله عنه ” أتاه رجل بابن أخيه وهو سكران ، فقال :
 إني وجدت هذا سكران يا أبا عبد الرحمن . فقال : ترتروه ومزمزوه^(٢)
 واستكوهوه . فترتروه ومزمزوه واستكوهوه ، فوجدوا منه ريح شراب . فأمر به
 عبد الله إلى السجن ، ثم أخرجه من الغد ، ثم أمر بسوط فدقت ثمرته حتى
 أضت له مخفقة^(٣) ، ثم قال للجلاد : اضرب وأرجع يدك ، وأعط كل عضو
 حقه “ الحديث^(٤) .

ولا يخفى وجه الاستدلال بالحديث الأول ، أما الحديثان الثاني والثالث
 ففيهما أن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أقاما الحد بالرائحة ، ويذكر
 الحصكفي أن الحد ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود
 — رضي الله عنهم جميعا — وهما شرطا قيام الرائحة^(٥) . ويشرح ابن عابدين

(١) سيأتي تخريجه والكلام عنه — وعن سابقه — في ’المناقشة والتعقيب‘ .
 (٢) قال ابن منظور : قال ابن مسعود رضي الله عنه في سكران أتى به : ترتروه ومزمزوه أي
 حركوه ليستنكهوه ، ومزمزوه : هو أن يحرك تحريكا عنيفا لعله يفيق من سكره ويصحو . اللسان :
 مزز . طبعة دار المعارف بمصر ، بدون تاريخ .

(٣) درة . السابق : خفق .

(٤) انظره في :

— مصنف عبد الرزاق ، باب ضرب الحدود ٣٧٠/٧ .
 — مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في السكران متى يضرب ، باب ما جاء في
 الضرب في الحد . ٣٦/١٠ ، ٤٨ .

— مسند الحميدي ، أحاديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، ٤٨/١ ، المكتبة السلفية بالمدينة
 المنورة ، بدون تاريخ .

— السنن الكبرى للبيهقي ، جماع أبواب صفة السوط والضرب ، باب ما جاء في الستر على أهل
 الحدود . ٣٢٦/٨ ، ٣٣١ .

— نصب الراية ، كتاب الحدود ، باب حد الشرب ٣٤٩/٣ .
 — مجمع الزوائد ، كتاب الحدود والديات ، باب ما جاء في السرقة وما لا قطع فيه ، باب الاستنكاه
 ٢٧٥/٦ ، ٢٧٩ دار الكتاب ببيروت ، طبعة ثانية ١٩٦٧ م . والحديث غير ثابت ، وسيأتي الكلام
 عنه سندا وممتنا تفصيليا ص ٤٣٢ : ٤٤٠ .

(٥) الدر المختار ١٦٥/٣ .

هذا بقوله : ” هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجماع لم يكمل إلا بقول من اشترط قيامها “ (١) .

هذا عما استدل به للشيخين ، أما الإمام محمد فقد استدل لعدم تقادم الإقرار بالشرب وتقدمه بالسكر بأن أساس التقادم هو التهمة ، والتهمة منتفية في حق المقر على نفسه ، الأمر الذي يمنع القول بالتقدم ، شأنه في ذلك شأن بقية الحدود ، فهو حد قد ظهر سببه عند القاضي فلا يشترط لإقامته بقاء أثر الفعل (٢) .

(ب) تقادم الشهادة بالشرب وتقدمها بالسكر

إذا كان الإمام محمد اختلف مع الشيخين في قبول الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر بعد زوال الرائحة كما سبق ، فقد اتفق جميعهم على عدم قبول الشهادة على هذا الحد إذا تقدمت ، وأدلتهم في ذلك هي الأدلة ذاتها السابق عرضها في تقادم الشهادة بالزنى .

وقد اتفقوا أيضا على أن الشهادة على السكران حال سكره تكون مقبولة — بخلاف الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر حال سكره ، فقد سبق أن ذكرنا أنهم اتفقوا على عدم قبوله — ، ومع هذا الاتفاق نراهم قد اختلفوا في تحديد مدة التقدم التي لا تقبل بعدها الشهادة بالشرب والشهادة بالسكر ، حيث ظل الشيخان على قولهما السابق في الإقرار ، ويمكن تفصيل رأيهما على النحو الآتي :

أولا إذا شهد شاهدان على من شرب خمرا بعينها دون أن يسكر فلا بد من وجود رائحة الخمر وقت تحمل الشهادة ، بحيث يشهدان أمام القاضي بأنهما شاهداه يشرب خمرا ، وأنهما وجدا رائحة الخمر منه حال شربه ، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يقيم الحد حتى لو انقطعت الرائحة أثناء الذهاب به إلى القاضي . أما إذا شهدا بالشرب فقط وصرحا بأنهما لم يستكهاه ، فعلى القاضي حينئذ أن يأمر باستكهاه فإن وجد رائحة الخمر حده ، وإلا فلا .

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٥/٣ .

(٢) فتح القدير ١٨١/٤ ، المبسوط ١٧١/٩ وسيأتي مناقشة الأمر في ’المناقشة والتعقيب‘ .

ثانيا إذا شهد شاهدان على من شرب غير الخمر حتى سكر منه ، فلا بد من وجود رائحة ذلك الشراب وقت تحمل الشهادة ، بحيث يشهدان أمام القاضي بأنهما شاهداه وهو سكران من ذلك الشراب وأنهما وجدا رائحة الشراب أيضا منه حال سكره ، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يقيم الحد حتى لو انقطع السكر والرائحة عنه أثناء الذهاب به إليه . أما إذا شهد عليه الشاهدان بالسكر فقط من غير الخمر — بعد أن جيء به غير سكران إلى القاضي — فعلى القاضي أن يأمر باستنكاهه ، فإن وجد رائحة ذلك الشراب حده ، وإلا فلا . أما إذا جيء به وهو سكران فلا تشترط الرائحة حينئذ لإقامة الحد عليه ، وعدم شرط الرائحة في هذا الموضع هو ما حكاه المرغيناني — وأيده ابن نجيم — عن الشيخين ، وقد خالفه في ذلك بعض الحنفية على ما سيأتي تفصيله الآن .

ثالثا ما سبق من أحكام غير الخمر في (ثانيا) ينسحب بأولى على الخمر .

وكلام المرغيناني في عرض مذهب الشيخين هو :

قوله (من شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة، أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد)^(١) .

وقوله (إن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يحد . وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يحد)^(٢) .

وقوله (إن أخذ الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا)^(٣) .

وقد فهم بعض الحنفية — كالبابرتي وابن الهمام والزيلعي — من هذه الأقوال أن المرغيناني يرى أن الشيخين لا يشترطان في الشهادة بالسكر وجود

(١) بداية المبتدي ١٧٨/٤ .

(٢) البداية والهداية ١٧٩/٤ .

(٣) بداية المبتدي ١٨١/٤ .

الرائحة فيمن جيء به وهو سكران — وهو الموضع المشار إليه في (ثانيا) —
بيد أنهم رجحوا أن الشيخين قيدا قبول الشهادة بوجود الرائحة حال أدائها ، سواء
في الشرب أو السكر .

يقول البابرتي : ظاهره^(١) يقتضي ألا تشترط الرائحة بعدما شهد الشهود
عليه بالسكر من الخمر^(٢) ، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في
حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، سواء ثبت
وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار^(٣) .

ويذكر ابن الهمام أن الشهادة بكل منهما^(٤) مقيدة بوجود الرائحة ، فلا بد
مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائمة حال الشهادة ، وهو
أن يشهدا بها وبالشرب ، أو يشهدا بالشرب فقط ، فيأمر القاضي باستتكاها ،
فيستتكه ويخبره بأن ريحها موجودة . وأما إذا جاعوا به من بعيد فزالت
الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولوا أخذناه وريحها موجودة ؛ لأن مجيئهم به

(١) أي ظاهر قول المرغيناني ” أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه
الحد “ ، مع ملاحظة أن قول المرغيناني هذا — عدا جملة (فعليه الحد) — غير موجود بمتن الهداية
المنبث بأعلى الصحيفة ، ويبدو أن البابرتي كان بين يديه نسخة أخرى للهداية غير هذه . ونص
كلام المرغيناني كاملا على ما في نسخة البابرتي هو ” ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة ،
أو جاعوا به سكران فشهد المشهود عليه بذلك ، أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو
سكران : فعليه الحد “ . ولا يخفى أن هذا الكلام يحوي ثلاث حالات :

الأولى من شرب الخمر — دون غيرها — دون أن يسكر ، وقد أخذ إلى الحاكم ورائحتها لا تزال
في فمه .

الثانية من سكر من الخمر أو من غيرها ، وجاعوا به إلى الحاكم وهو سكران ، وشهد الشهود عليه
بالسكر فقط ، أي يكفي الشهادة بالسكر دون الرائحة .

الثالثة من شرب خمرا وشهد الشهود عليه بذلك ، مع مجيئهم به إلى الحاكم وهو سكران . وهذه
الحالة هي التي شرحها البابرتي ، وهي لا تختلف فيما تنتهي إليه عن مجموع سابقتيها .

(٢) أو من غيرها ؛ بدليل ما سبق وما سيأتي من كلام ابن الهمام .

(٣) حاشية البابرتي ” العناية على الهداية “ ١٧٨/٤ .

(٤) الشرب والسكر .

من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة ، فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم ؛ لأن حد الشرب لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة . كذلك حد السكر أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر^(١) .

وقد أجمل الزيلعي ما سبق ، حيث ذكر أنه يشترط وجود الرائحة عند التحمل ، حتى لو أخذوه وريحها توجد فيه ثم انقطعت قبل أن ينتهوا به إلى الإمام لبعد مسافة لوجب الحد ، ولو جاءوا به سكران فيلزم فيه اشتراط وجود الرائحة . كما ذكر أنه أشار في الهداية إلى أنه لا يشترط^(٢) .

وقد عاب ابن نجيم على الزيلعي فهمه أن المرغيناني يقول بعدم اشتراط الرائحة مع الشهادة في حالة من جاء به إلى الحاكم وهو سكران ، ودليله في ذلك هو أن كونه سكران يغني عن اشتراط الرائحة ؛ إذ لا يوجد سكران بغير رائحة ما شربه^(٣) . ومعنى هذا أن المرغيناني يشترط وجود الرائحة من السكران وإن لم يصرح بذلك .

بيد أن ابن عابدين أيد الزيلعي فيما فهمه عن المرغيناني ، و رد دليل ابن نجيم بأنه لا يلزم التلازم بين السكر والرائحة ؛ لأن الرائحة قد يزيلها السكران — أو تزال عنه — باستعمال شيء ، ولو ذهب الريح بالمعالجة لم يكن ذلك مانعا من إقامة الحد^(٤) .

ولا يخفى ضعف ما رد به ابن عابدين — وقبله أبو السعود — على ابن نجيم ؛ لأن ابن نجيم — وقبله المرغيناني — يقول بما رد به ابن عابدين ، أي أن ابن نجيم يرى إقامة الحد على السكران المشهود عليه بالسكر حتى لو أزيلت عنه الرائحة ، فالجهة منفكة بين دعوى ابن نجيم ورد ابن عابدين .

(١) فتح القدير ١٧٨/٤ ، ١٧٩ بتصرف . وقد ذكر — في أول كلامه — أن السكران من الخمر ينطبق عليه ما سبق بطريق الدلالة .

(٢) تنبيه الحقائق ١٩٧/٣ بتصرف .

(٣) البحر الرائق ٢٩/٥ .

(٤) حاشية ابن عابدين على البحر الرائق المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق ٢٩/٥ .

فابن نجيم يرى أن المرغيناني قد ذهب إلى اشتراط الرائحة ، لأنه لا يوجد سكران بغير رائحة ، وهذا لا يعارض حالة من أزيلت عنه الرائحة وهو سكران — وهذا رد ابن عابدين — ؛ لأن المرغيناني نفسه نص على أن من ذهب عنه الرائحة لبعد المسافة فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد ، فالأولى إقامته على السكران الذي أزيلت عنه الرائحة. ولذا فإن تعليل ابن عابدين في اعتراضه على ابن نجيم تعليل غير مقبول .

وعلى هذا فالصواب هو أن المرغيناني — وإن لم يصرح باشتراط الرائحة — ذاهب إليه دلالة. وبهذا تتفق كلمة فقهاء الحنفية في النقل عن الشيخين باشتراط الرائحة — إلا من عذر — في كافة الأحوال، ومنها هذه الحالة المختلف فيها بينهم في نسبتها إلى الشيخين ، وهي حالة من جيء به إلى القاضي وهو سكران وشهد عليه بالسكر ، هل يرى الشيخان — والحال هكذا — اشتراط وجود الرائحة أم يكتفيان بالشهادة بالسكر لإقامة الحد ؟ . والجواب أن المرغيناني يرى ضمنا أن الشيخين يشترطان وجودها ، أما الآخرون فيرون اشتراطها صراحة . والجميع يستند في ذلك إلى حديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث أمر باستتكاك الرجل حال سكره .

هذا رأي الشيخين في الشهادة بالشرب والشهادة بالسكر إجمالاً وتفصيلاً، وأدلتهم في ذلك هي :

١— حديث ابن مسعود رضي الله عنه السابق ذكره ، ولا يختلف وجه الاستدلال به هنا عما سبق عرضه في الإقرار .

٢— إذا كان الإقرار بالشرب أو بالسكر مقيداً بالرائحة فمن باب أولى أن تقيد الشهادة بها ؛ وذلك لانتفاء تهمة الضغن في الإقرار بخلاف الشهادة .

٣— واستدل للشيخين كذلك بأن قيام الأثر من أقوى الدلائل على القرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره^(١) ، مثل بقية الحدود لعدم

(١) الهداية ١٨٠/٤ .

الأثر^(١) .

٤- كما أن زوال رائحة الخمر بعد الشرب لا يكون إلا بمضي زمن ، ولا يوجد نص في حق التقادم، ففيما أمكن اعتبار التقادم لمعنى في الفعل ، فكان المصير إليه أولى من المصير إلى غيره^(٢) .

٥- وأخيرا فإن التمييز بين الروائح ممكن للمستدل ، وإنما تشبهه على الجهال^(٣) . ووجود رائحة الخمر من غير الخمر نادر ، ولا يكون مستدما أيضا^(٤) .

هذا عن رأي الشيخين وأدلته ، أما الإمام محمد فقد سبق أن ذكرنا أنه اتفق مع الشيخين في القول بتقادم الشهادة بالشرب والشهادة بالسكر ، بيد أنه اختلف معهما في مدة التقادم ، فقد رأى أنها لا تختلف عن مدة التقادم في سائر الحدود، وقد سبق أن ذكرنا أيضا في حد الزنى أن الراجح عنه وما عليه المذهب أنها مقدرة بشهر ، وعرضنا هناك دليله في ذلك ، وهو لا يختلف عن الأمر هنا في شيء .

أما أدلة الشيخين هذه فإنه لا يسلم بها ويمكن مناقشتها : أما الدليل الأول فإن حديث ابن مسعود رضي الله عنه غير صحيح سنداً وممتناً ، فلا يصح الاستدلال به^(٥) .

وأما الدليل الثاني ، فهو مبني على صحة القول باشتراط قبول الإقرار بوجود الرائحة ، وهذا ليس صواباً^(٦) ، ونتيجة لذلك فإن ما يقاس عليه — وهو قياس الأولى — يكون غير صائب أيضا . ثم على افتراض صحة ما بنى عليه هذا الدليل فإنه لا يسلم أيضا بصحة القياس ؛ لأن ” التهمة لا تتحقق في الشهادة

(١) تبيين الحقائق ١٩٧/٣ .

(٢) المبسوط ١٧٢/٩ .

(٣) الهداية ١٨٠/٤ .

(٤) المبسوط ١٧٢/٩ .

(٥) سيأتي قريبا تفصيل ذلك في ” المناقشة والتعقيب ” .

(٦) التعليق السابق .

بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة ، بل بسبب تأخير الأداء تأخيراً يعد تفريطاً ، وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه ، وبه تذهب الرائحة ،^(١) .

وأما الدليل الثالث فقد علق عليه ابن الهمام بقوله : ” لا يستلزم انحصار القرب فيها^(٢) ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقدم ؛ لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة ؛ لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع ، فقله^(٣) بعده ” وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ” إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع ، فقول محمد هو الصحيح ،^(٤) . ومعنى كلامه أنه ليس بمتعذر اعتبار القرب في غير قيام أثر الرائحة ، فالمتعارف أن اليوم ونحوه — مما تذهب معه الرائحة — ليس من الزمن البعيد في باب الشهادات .

وما ذكره الزيلعي في نهاية هذا الدليل ، من أن الأمر هنا يختلف عن بقية الحدود لعدم الأثر فيها فيتعذر اعتباره ، فغير مسلم به أيضاً ؛ لما ذكرنا من أن قيام أثر الرائحة ليس وحده مدار القرب حتى يباط الحكم به ، ومن ثم فإن شأن حد الشرب والسكر هو شأن بقية الحدود لعدم جدوى ما بينهما من فرق ، من وجود أثر الحد أو عدم وجوده .

وأما الدليل الرابع الذي ذكره السرخسي ، فقد أورد فيه أنه لا يوجد نص في حق التقدم من حيث تقدير مدته ، مستدلاً في ذلك بأن الإمام أبا حنيفة لم يوقت في التقدم شيئاً لعدم وجود نص في ذلك^(٥) ، ومن ثم فتقدير مدة التقدم ينبغي أن يرجع لمعنى في الفعل لا لغيره .

هذا الذي ذكره السرخسي عن الإمام أبي حنيفة إنما هو في حدي الزنى والسرقة وليس في الشرب ، وقد اعتمد الإمام أبو حنيفة في تحديد مدة التقدم في

(١) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٢) أي الرائحة .

(٣) أي المرغيناني .

(٤) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٥) المبسوط ٧٠/٩ .

الشرب — والمقدرة بزوال الرائحة — على حديث ابن مسعود رضي الله عنه ،
إذن فدعوى السرخسي بأنه لا يوجد نص في حق مدة التقادم إنما هي في غير
الشرب ؛ لورود النص في الشرب . معنى هذا أنه ينبغي تحديد مدة التقادم في
الشرب فحسب بما جاء في الحديث — على افتراض صحة دلالاته على ذلك — ،
ولكن الحديث لا يصلح للاحتجاج للضعف البين في سنده ، وقد سبقت الإشارة
إلى هذا في مناقشة الدليل الأول .

وبضعف اعتبار الفعل في تحديد مدة التقادم في الشرب ينبغي اعتبار معيار
آخر في هذا ، وإذا لم يكن تهمة الشاهد فماذا يكون إذن ؟!. وتحديد المدة التي
يكون معها الشاهد متهما لا وجه لتفاوتها بين الحدود إلا من عذر ، وقد سبق في
حد الزنى بيان ما هو الراجح في المذهب من تحديد هذه المدة ، وذكرنا أنها
محددة بشهر .

وأخيرا فإن الدليل الخامس الذي استدل به للشيخين وهو أن التمييز بين
الروائح ممكن للمستدل ، وأنها تشتبه على الجهال فحسب ، فأود أن أذكر بداية
أن الشيخين يقولان بعدم الحد بالرائحة وحدها^(١) ، فعلى الرغم من أنهما يقولان
بأن رائحة الخمر مما لا تشتبه بغيرها ، فإنهما لم يطبقا هذا الأمر على من وجد
منه رائحة الخمر أو تقيأها ، حيث صرحا بعدم إقامة الحد عليه ؛ لأن الرائحة
محتملة . وكونهما يذكران في التقادم أن رائحة الخمر لا تشتبه بغيرها إلا على
الجهال ، ثم يذكران في غيره أنها محتملة فلا يقام الحد بها ، ربما أوجد هذا
نوعا من الاختلاف والاضطراب في فهم مرادهما ، وقد قدم بعض الحنفية
تفسيرات متعددة في إزاحة هذا الاضطراب ، لعل أقواها وأقربها إلى الصواب
ما ذكره ابن الهمام ، يقول : ” المقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرع :
أما الموضع الثاني ، وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ ، فظاهر . وطريقه
أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه ؛ لأن الرائحة محتملة . وإن استدل عليها
فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها .

(١) فتح القدير ١٨٤/٤ .

وأما في الموضع الأول فلا شك أن في إثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والإقرار درأً كثيراً واسعاً ، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن للدرء إلا باعتبار تمييز رائحة الخمر من غيرها ، فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال — وإن كان ملزوماً لشبهة النفي — لينتقل من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء ، لأنه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولاً بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة ، فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود ، وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال . فظهر أن كلا صحيح في موضعه ، فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتتمال ، و ردت الشهادة بلا رائحة إذ لا يمكن التمييز إلا مع الاحتمال ،^(١) .

وبرغم هذا فإن القول بأن رائحة الخمر يمكن للمستدل أن يميزها عن غيرها ، وأنها لا تشبه إلا على الجهال ، قول غير مسلم به ؛ لاحتمال تشابه رائحة الخمر مع غيرها ، خاصة في عصرنا الحاضر ، حيث استخدام نكهات الرائحة الطبيعية والصناعية ، فالتمييز بين الروائح بالاستتكاك لا يمكن حسمه بصورة يقينية ، والتشابه بينهما — وإن كان نادراً وغير مستدام — لا يمكن إنكاره أو تجاهله . وقد ذكر بعض الحنفية ممن أيدوا الإمام محمداً أن رائحة الخمر قد تكون من غيرها كالسفرجل والتفاح ، وأوردوا في ذلك قول الأقيشر :

يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت سفرجلا^(٢)

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها ، فلا ينافي شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها^(٣) . كما أن وجود الرائحة لا يمكن أن يجعل دليلاً ، فقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء أثر الخمر في بطن الشارب^(٤) ودمه .

(١) السابق : الموضع نفسه .

(٢) البيت في كثير من كتب الحنفية ، وهو من بحر الطويل (فعولن مفاعيلن) .

(٣) فتح القدير ١٨٠/٤ .

(٤) المبسوط ١٧١/٩ .

وعلى هذا فإنه يمكن إجمال الرد على أدلة الشيخين ، بضعف حديث ابن مسعود رضي الله عنه سنداً وممتناً ، وأن أساس رد الشهادة بالتقادم هو اتهام الشاهد ، وهو ما لا يمكن التحقق منه خلال وقت تواجد الرائحة فحسب ، وإنما بمرور زمن كاف يمكن معه نسبة التهمة إلى الشاهد . ولذا فإنه يمكن ترجيح رأي الإمام محمد على رأي الشيخين ، رحمة الله عليهم جميعاً .

٤- تقادم حد السرقة الصغرى والكبرى

(أ) تقادم الإقرار بالسرقة الصغرى والكبرى

يرى الحنفية أن من أقر على نفسه بالسرقة الصغرى بعد تقادم عهدها فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد عليه ؛ وذلك لأن المقر غير متهم في إقراره على نفسه ، خاصة مع علمه أنه مقبل على عقوبة شديدة هي قطع يده^(١) .

وأما السرقة الكبرى — الحرابة^(٢) — فإن إقرار المحارب التائب الذي أخذ المال في حرابته بعد أن تقادمت جنايته ، وقبل قدرة الإمام عليه ، يكون سبباً لرفع الحد عنه ، ليس بسبب التقادم وإنما لتوبته^(٣) ، بحيث إذا أقر إقراره هذا دون تقادم رفع الحد أيضاً عنه . وإذا أقر مضطراً بعد قدرة الإمام عليه ، ولو بعد تقادم جريمته ، فإن التقادم هنا لا يعفيه من الحد .

يقول الكاساني : قاطع الطريق إذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد ، وتوبته برد المال على صاحبه إن أخذ المال لا غير ، مع العزم على ألا يفعل

(١) فتح القدير ١٦٢/٤ — المبسوط ٦٩/٩ — تبیین الحقائق ١٨٨/٣ — البدائع ٨٢/٧ — ابن عابدين ٢١٤/٣ .

(٢) سميت الحرابة — قطع الطريق — بالسرقة الكبرى ؛ لأن مقصود القطاع غالباً أخذ المال ، حتى لو قتلوا في سبيل الحصول عليه . ابن عابدين ٢١٤/٣ .

(٣) للاستثناء الوارد في قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدَرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة ٣٣ ، ٣٤ وانظر ابن عابدين ٢١٤/٣ في الخلاف في شرط رد المال لتمام توبته . وانظر كذلك تعقيب الرافعي على ابن عابدين : تقريرات الرافعي ٥٢/٢ .

مثله في المستقبل ، ويسقط عنه القطع أصلا ، وإن لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله في المستقبل ، وهو أن يأتي الإمام عن طوع واختيار ، ويظهر التوبة عنده ، ويسقط عنه الحبس ؛ لأن الحبس للتوبة وقد تاب ، فلا معنى للحبس . أما إذا تاب بعد ما قدر عليه ، بأن أخذ ثم تاب ، لا يسقط عنه الحد ؛ لأن التوبة عن السرقة — إذا أخذ المال — برد المال على صاحبه ، وبعد الأخذ لا يكون رد المال بل يكون استردادا منه جبرا ، فلا يسقط الحد ، وإذا لم يأخذ المال فهو بعد الأخذ متهم في إظهار التوبة ، فلا تتحقق توبته . والله سبحانه وتعالى أعلم^(١) .

(ب) تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى والكبرى

نبدأ بإيضاح موقف الحنفية من الشهادة المتقدمة في السرقة الصغرى ، بأن نذكر أمثلة لها ثم نبين حكم كل مثال ، الأمر الذي يقف بنا على تصور مطرد لموقف الحنفية من كافة أنواع هذه الشهادة ، والأمثلة هي :

الأول شهود آخروا الشهادة بالسرقة برغم طلب المسروق منه شهادتهم ، سواء قبل أن يبلغ عنها أو بعده .

الثاني شهود آخروا الشهادة لتأخر المسروق منه في الإبلاغ عن السرقة ، وهم يعلمون أنه يعلم أنهم شاهدوا السارق بإعلامهم إياه بذلك أو بغيره ، وبرغم هذا لم يتقدم بالإبلاغ سترأ على السارق ، ولكنه بعد ذلك تقدم بالإبلاغ بعد تقادم السرقة وطلب من الشهود شهادتهم .

الثالث شهود آخروا الشهادة مع علمهم أن المسروق منه لم يتوان في الإبلاغ عن السرقة ، وعلمهم أيضا بعدم علمه أن هناك شهودا .

أما المثال الأول ، فقد ذهب الحنفية إلى أن كل من دعي إلى الشهادة بالسرقة فلم يلب دون عذر ، ثم تقدم للشهادة عليها بعد ذلك فإن شهادته تكون غير مقبولة ، فلا تقطع يد السارق ، وكذا لا يضمن المال ، يقول الزيلعي : ” لو

(١) البدائع ٩٦/٧ مختصرا .

آخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته“ (١) .

هذا ، وقد أطلق النسفي في كنزه ضمان السارق المال الذي سرقه ، حيث ابتداءً باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها بقوله : ” شهدوا بحد متقدم — سوى حد القذف — لم يحد ويضمن المال “ (٢) .

ويفهم من هذا الإطلاق أن السارق يضمن المال ، سواء أكان الشاهد معذورا في تأخير الشهادة أم غير معذور ، وقد ساء للإمام النسفي هذا الإطلاق نظراً لطبيعة لغة المتون البالغة الاختصار ، ولذا فإن الإمام ابن نجيم رجح عدم ضمان السارق المال إذا كان الشاهد غير معذور في التأخير (٣) . كما أن الشيخ أبا زهرة فهم عن الحنفية عدم قبول شهادة من دعي إليها فلم يلب دون عذر ، سواء في الحد أو في ضمان المال ، واستثنى هذه الحالة من القبول عملاً بنصوص الكتاب (٤) .

وأما المثال الثاني فالشهود معذرون في تأخير شهادتهم ؛ لتوقف قبولها على الدعوى ، ولأن الشرع دعا الشهود إلى الستر فيما يخص حق المولى سبحانه ، ثم إنهم لم يقصروا في إبلاغ المسروق منه بالأمر .

وقد أوجب الحنفية هنا ضمان المال على السارق دون إقامة الحد ، يقول قاضي خان : ” إنما لاتقبل الشهادة في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود — لأن الدعوى شرط القبول — بل لخلل في الدعوى ، فإن صاحب المال كان مخيراً في الابتداء ، فإذا أخر فقد اختار الستر ، فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد ، بل بقي له دعوى المال فقط ، فيقضى بالمال دون القطع “ (٥) .

(١) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٢) كنز الدقائق ٢١/٥ ، ٢٢ .

(٣) البحر الرائق ٢٢/٥ .

(٤) الجريمة ص ٨٩ — فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٤٧ ، ٥٥ .

(٥) فتح القدير ١٦٣/٤ .

وأما المثال الثالث ففيه كتمان الشهود إعلام المسروق منه بشهادتهم .
وقد اختلف الحنفية في حكم هذه الشهادة المتقادمة ، فمنهم من رفضها مطلقا فلم
يقم الحد على السارق ولم يلزمه بضمن المال ، ومنهم من قبلها في إلزام
السارق بضمن المال دون إقامة الحد عليه .

ودليل من رفضها هو أنه يرى أن مثل هذه الشهادة تعد شهادة متهم ،
ولا شهادة لمتهم ، يقول ابن عابدين : ” ينبغي أنهم لو أخوا الشهادة لا لتأخير
الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضا “^(١) . وهو ما مال إليه ابن الهمام
كذلك^(٢) . وكأن من ذهب هذا المذهب قاس هذه الحالة على حالة من دعي إلى
الشهادة فلم يلب دون عذر ؛ إذ ليس بينهما كبير فرق ، فقد جمعهما كتمان الأمر
دون مقتضى ، وما يترتب على ذلك من تضييع حقوق الناس .

هذا عن دليل من يرى عدم ضمان المال حالة كتمان الشهود الأمر ، أما
من يرى — من الحنفية أيضا — ضمانه في هذه الحالة فقد عبر ابن نجيم عن
دليلهم بقوله : ” قولهم بضمن المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم
مع التقادم مشكل ؛ لتصريحهم في كتاب الشهادات بأنه لا شهادة للمتهم ، سواء
كانت في الأموال أو في غيرها ، إلا أن يقال إن التهمة غير محققة ، وإنما
الموجود الشبهة ، والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد “^(٣) .

وهنا يثار اعتراض على هؤلاء القائلين بضمن المال بالشهادة المتقادمة،
وهو : لماذا اقتصرنا في قبول هذه الشهادة المتقادمة على ضمان المال دون
إقامة الحد ، برغم أنهم أقاموا الحد بها في القذف ، وكلا الحدين فيه حق العبد ،
أي لا بد من الدعوى في كليهما ؟ .

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

(٢) فتح القدير ١٦٣/٤ — حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) البحر الرائق ٢٢/٥ . ولا يخفى أن القول بعدم ضمان المال بالشهادة المتقادمة هو ما يتوافق
مع ما قاله الحنفية في المعاملات .

يقول ابن الهمام شارحا كلام المرغيناني في الجواب على ذلك : السرقة فيها أمران الحد والمال ، فما يرجع إلى الحد لا تشتط فيه الدعوى ؛ لأنه خالص حق الله تعالى ، وباعتبار المال تشتط . والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما ، بل لا تنفك عن الأمرين ، فاشتطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم ؛ لأنه لا يبطل به ، ولا نقطعه لأن الحد يبطل به .

ويدل على تحقق الأمرين فيها ، أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي غائب وهو صاحب المال ، يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى ، وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة . وإنما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه إياه ، فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه ، والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه ، فإذا أخر رددناه في حق الحد لا المال ، بل ألزمنه المال^(١) .

ويلزم عما سبق أنه يمكن الفصل بين حق الله وحق العبد في تعيين أثر الشهادة المتقدمة في السرقة ، حيث لا أثر لها في حق الله فلا تقطع يد السارق ، وإنما يقتصر أثرها فحسب على وجوب ضمان السارق المال . وهذا الفصل لا يمكن تحقيقه في القذف ، حيث لا يمكننا أن نخص فيه أثر الشهادة المتقدمة على حق العبد وحده ، نظرا لارتباطه — غير المنفصل — بحق المولى سبحانه فيه .

ويضيف المرغيناني دليلا ثانيا بقوله ” ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى ، فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد “^(٢) . ويشرح ابن الهمام هذا الكلام بقوله : ” إن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه أقيم التقادم في حقوق الله مقامها ، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة

(١) فتح القدير ١٦٢/٤ .

(٢) الهداية ١٦٣/٤ .

وعدمها ، كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر ، فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ،^(١) .

بيد أن ابن الهمام نفسه استدرك على هذا الدليل بقوله : ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة ، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد ، فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر ؛ لأن المشقة أمر خفي غير منضبط ، فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط ، فالعدول للحاجة للانضباط ، ولا حاجة فيما نحن فيه^(٢) .

ويضاف لهذا أن ما ذكره المرغيناني لا يختص بالسرقه وحدها ، حيث ينطبق أيضا على حق المولى سبحانه في القذف ، ولكن تمايز حقه سبحانه عن حق العبد في السرقه يجعلها تختلف عن القذف الذي يفتقد هذا التمايز ، وهذا يعود بنا إلى الدليل الأول ، حيث اقتصر أثر الشهادة المتقدمة على حق العبد وحده دون حق المولى سبحانه .

على أننا نلاحظ أن كلا من الفقيهين قد اتفقا على أن التقادم يكفي في الدلالة على التهمة ، وإذا كان قول ابن الهمام بأن ' مناط الحكم مرتبط بالتهمة لعدم خفائها ' هو الأصل ، فإن تصرف المرغيناني ربما كان أضبط ؛ لأن ما ذكره ابن الهمام لا يمنع إسقاط حق الفرد بالتقادم ، وهو ما نفاه المرغيناني بالنص على ربط الحكم بحق المولى سبحانه .

كما أكد المرغيناني جوابه بفرق ثالث ، والمتمثل في قوله ' ' ولأن السرقه تقام على الاستمرار على غرة من المالك ، فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالكتمان يصير فاسقا آثما ' ' ^(٣) . ولولا أن المرغيناني من الآخذين بهذه الشهادة في ضمان المال لحملت عبارته هذه على أنه من الرافضين لها في الحد وضمان المال أيضا ، وهذا ما حدا بابن الهمام أن يستشكل عبارته .

(١) فتح القدير ١٦٣/٤ .

(٢) السابق : الموضع نفسه .

(٣) الهداية ١٦٣/٤ .

وهناك فرق رابع نقله الكاساني عن بعض مشايخه وهو أن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة ، والسبب الظاهر هو كون الحد الخالص حق الله تعالى ، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة ، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة^(١) .

بيد أن الكاساني لم يرض هذه التفارقة، يقول : ” وهذا ليس بسديد ؛ لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة ، إلا إذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه إلا بخرج ، فيقام السبب الظاهر مقامه ، وتجعل الحكمة موجودة تقديرا ، وهاهنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ، ولم توجد في السرقة لما بينا^(٢) ، فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم “،^(٣) .

هذا عن تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى ، وعن تقادمها بالسرقة الكبرى — الحراية — نذكر بداية أن الحنفية اشترطوا الخصومة فيها كالسرقة الصغرى، سواء أكانت بأخذ المال أم بدونه ، فالمقطوع عليه إذا كذب الشهود فإن التهمة لا تثبت على القاطع^(٤) .

كما أن تقادم الشهادة هنا يختص فيما إذا لم تتحقق توبة المحارب ، أي أن أثر تقادم الشهادة لا يظهر عند توبة المحارب قبل القدرة عليه . وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية لم يتفقوا على حد توبة المحارب — قبل القدرة عليه — ، فمنهم من شرط رد المحارب للمال كي تتحقق ، ومنهم من رأى إمكان تحققها ولو دون رد المال ، ويذكر ابن عابدين أن هذا الخلاف هو عند عدم التقادم ،

(١) البدائع ٤٦/٧ .

(٢) وهو احتمال أن يكون تأخير الشهادة لتأخير الدعوى .

(٣) البدائع ٤٦/٧ . هذا ويراعى أن المعهود لدى الأصوليين هو تعليق الحكم على السبب أو العلة لا تعليقه على الحكمة — راجع مثلا : أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ص ١٥٣ — والبين فيما نحن بصده أن علة الحكم هو اتهام الشاهد وليس كون الحد حقا لله تعالى ؛ لأن الشاهد إذا لم يكن متهما في الحدود الخالصة لله تعالى فإن ذلك لا يمنع من إقامة الحد .

(٤) البدائع ٩٣/٧ ، ٩٦ .

حيث ينقل عن بعض فقهاء المذهب أن من قطع الطريق وأخذ المال ، ثم ترك ذلك وأقام في أهله زمانا ، ثم قدر عليه درى عنه الحد ؛ لأنه لا يستوفى مع تقادم العهد، وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة، بل لا بد أن تظهر عليه سيماها التي لا تخفى^(١) .

وما ذكره ابن عابدين إنما ينطبق على الشهادة المتقادمة دون الإقرار المتقادم الذي يأتي به صاحبه بعد القدرة عليه ، حيث لا تأثير للتقادم على مثل هذا الإقرار المتقادم^(٢) ، وإذا استعرنا أنواع الشهادات المتقادمة في السرقة الصغرى هنا ، فإننا نجد أن أحكامها لا تختلف في شيء عما نحن بصدده سوى جزئية وقوع السرقة على غرة من المالك ، إذ يقف المقطوع عليه على ما حدث له .

جواب الحنفية على أدلة الجمهور

وبعد أن استعرضنا موقف الحنفية من تقادم الحدود يتبين لنا أنهم اتفقوا مع الجمهور ، في عدم تقادم الإقرار بالحدود حتى حد الشرب — في رأي محمد — ، وأنهم اتفقوا معهم أيضا على عدم تقادم الشهادة بحد القذف ، وكذا عدم تقادمها في ضمان السارق المال في السرقة دون القطع . بيد أنهم اختلفوا معهم في تقادم الإقرار بالشرب — في رأي الشيخين — ، وكذلك في تقادم الشهادة بالحدود عدا القذف .

وقد رد الحنفية على أدلة الجمهور فيما هو مختلف بينهما^(٣) ، ويمكن أن نخرج الإقرار بالشرب من دائرة الخلاف بينهما — على ما سيأتي بيانه من ترجيح رأي محمد على رأي الشيخين — ليبقى الخلاف قائما في تقادم الشهادة بالحدود عدا القذف .

(١) ابن عابدين ٢١٤/٣ ، وانظر تعقيب الرافعي عليه في تقريراته ٥٢/٢ ، وانظر أيضا البحر الرائق ٧٤/٥ .

(٢) راجع كلام الكاساني ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(٣) عاود النظر في مراجعة أدلة الجمهور ص ٣٧٢ : ٣٧٤ .

وقد استدلل الجمهور لرأيه بعموم النصوص الواردة في شأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بها ، متقدمة أو غير متقدمة ، مثل قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١) ، كما لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم أو أحد من خلفائه الراشدين أنه سأل شاهداً عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كان هذا واجباً لما تأخر النبي صلى الله عليه وسلم في تطبيقه . ويضيف الجمهور أن تضيق دائرة الأخذ بمضمون هذه النصوص بتحديد زمن معين لا تقبل الشهادة بعده إنما هو ضرب من الاحتمالات والتخمين ، ولا يصح تخصيص النصوص بمثل هذا .

وقد أجب عن الحنفية على هذا الاستدلال بأن هذه النصوص ، وإن كانت لم تبين وقتاً يجب فيه أداء الشهادة ، فليس فيها ما يمنع من ذلك ، بحيث ترد بعده لتهمة الشاهد ، فقد نطقت السنة برد شهادة صاحب الضغن أو المتهم به^(٢) ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ” أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن “^(٣) .

فهذه الأحاديث يمكن القول بأنها قد خصت عموم النصوص الواردة في الشهادة ، والقاعدة أن العام إذا تعارض مع الخاص فإنه يحمل على التخصيص ، ولذا فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة^(٤) . فالتخصيص هنا ليس بشيء من الاحتمالات أو التخمين .

كما استدلل الجمهور بأن عدالة الشاهد هي محور رد شهادته أو قبولها ، فلا يؤثر في عدالته تأخير أداء الشهادة أو التعجيل به ، ثم إن الطعن في عدالة الشاهد بسبب التأخير ليس يقيناً ، فلا يزال اليقين ظاهراً — وهو عدالته ظاهراً — بما ليس بيقين .

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته . والحديث وصف الحافظ ابن حجر سنده بأنه قوي . تلخيص الحبير ١٩٨/٤ .

(٣) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ ، وسيأتي الكلام عنه مفصلاً ص ٤٤١ : ٤٤٣ .

(٤) تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ١٦ .

وقد رد الحنفية على هذا الاستدلال بأن الشاهد مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها ، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آنما فتيقنا بالمانع^(١) . ويضيف الشيخ أبو زهرة بأن الحدود تقام على أساس نفي أي شبهة أو تهمة ، والتهمة هنا أمر خفي نفسي ، والأمور الخفية النفسية إذا كانت تدفع أمام الأمور الثابتة ، فإنها لا يلغى اعتبارها في الحدود ، ويكتفى في الدلالة عليها بأمر تثبت مظنة وجودها ، وقد أقيمت المدة التي تأخرها الشاهد ولا يؤدي فيها شهادته كاشفة لهذا الأمر الظني الخفي ، وأن ذلك يكفي في إيجاد الشبهة المسقطة للحد^(٢) . ثم ينقل عن الزيلعي قوله : الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى ، فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفرادها ؛ إذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه ، فيكتفى بالصورة ؛ لأن الحد يسقط بصورة الشبهة^(٣) .

كما استدل الجمهور لما ذهب إليه بقياس الشهادة المتقدمة على الإقرار المتقادم ، على الرغم أن الإقرار — متقادما كان أو غير متقادم — لا يمكن الجزم بصدقه ظاهرا وباطنا ، فلماذا لا تأخذ الشهادة حكمه ؟.

وقد أجاب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا ، يقول الزيلعي : تهمة الضغينة لا تتصور في الإقرار ؛ لأن المقر لا يعادي نفسه ، كما أن الإقرار لا يبطل بالتهمة والفسق^(٤) .

كما قاس الجمهور أيضا الشهادة المتقدمة في الحدود على الشهادة — متقدمة أو غير متقدمة — في حقوق الآدميين ، فليس هناك فرق بين شهادة متقدمة في حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق ؟.

(١) الهداية ١٦٣/٤ .

(٢) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٧ .

(٣) تبیین الحقائق ١٨٨/٣ .

(٤) السابق : الموضع نفسه .

ويجيب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا بأن التقادم غير مانع في حقوق العباد ؛ لأن الدعوى شرط فيها ، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تقسيقهم ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ، فالشهادة فيها لا تتوقف على الدعوى^(١) .

ويذكر الشيخ أبو زهرة أن الذين اعتبروا تأخير الشهادة شبهة قد ردوا قياس الشهادة في الحدود على الشهادة في الأموال ، من حيث إن التأخير لا يمنع سماعها ، فقالوا إن القياس ممنوع لأن الموضوع غير مسلم به ، فإن الشاهد لو تأخر في أداء الشهادة بعد أن طلب منه أدائها اعتبر فاسقا ؛ لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(٢) ، وإذا كان فاسقا بهذا التأخير فإن شهادته لا تقبل . ولو سلم أن حقوق العباد تسمع فيها الشهادة مع التأخير في أدائها عند وجوب الأداء ما كان ثمة موضع للقياس أيضا ؛ لأن حقوق العباد لا تسقط بالشبهات ، بينما الحدود تدرأ بالشبهات^(٣) .

كما أن هناك فرقا بين حقوق الله تعالى وحقوق آدميين ، حيث بنيت حقوق الله على التسامح ، وحقوق العباد على المشاحة ، فما يصلح أن يكون وسيلة إثبات لأحدهما قد لا يصلح وسيلة إثبات للآخر^(٤) .

ومن أدلة الجمهور أيضا أنه قال ليس لولي الأمر الحق في أن يعفو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هذا فقد امتنع القول بتقادم دليلها .

ويمكن الجواب للحنفية على هذا الاستدلال بأن هذا ليس عفوا من ولي الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن العفو يأتي بعد سلامة وسائل الإثبات من التهمة ،

(١) الهداية ١٦٣/٤ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٧ ، وانظر تبين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٤) السرقة بين التجريم والعقوبة ، د. الشافعي عبد الرحمن ، ص ٨٨ ، دار الهدى بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

مثل عفوه عن بعض جرائم التعازير لمصلحة يراها ، وهذا ما لا نجده في الشهادة المتقدمة . كما أن ولي الأمر لم يعدم نصا يسوغ له رد الدليل المتقادم ، وقد سبق في الجواب على الاستدلال الأول شيء من ذلك بما يغني عن إعادته هنا .

وأخيرا فقد ذهب الجمهور إلى أن تأخير الشهادة قد يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

ولم يحر الحنفية جوابا على هذا ، فقد نصوا أيضا على عدم رفع الحد بتأخير الشهادة بسبب العذر أو الغيبة^(١) .

(١) راجع مثلا : الهداية ١٦٥/٤ .

ثالثا رأي ابن أبي ليلى وزفر

إذا كان الحنفية قد قالوا بتقادم الشهادة في جرائم الحدود — عدا القذف — ، وكذا قال الشيخان بتقادم (الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر) خاصة ، فإن كلا من ابن أبي ليلى وزفر — الحنفي — قد ذهبا إلى توسيع دائرة التقادم في هذه الجرائم ، حيث قالوا بتقادم الإقرار في جميعها ، وقد استدل لهما في ذلك بما يأتي^(١) :

١— قياس الإقرار المتقادم على الشهادة المتقادمة ، فالشهود كما ندبوا إلى الستر فإن مرتكب الحد مندوب أيضا إلى الستر على نفسه ، فقد جاء في الحديث ” أيها الناس ، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله ، من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، “^(٢) .

٢— كما أن هذه العقوبات للانزجار والردع وترويع المجرمين ، وذلك يكون إبان وقوعها ، وتأخيرها يذهب بمعنى الردع فيها .

٣— ولأن الجاني يظن أن يكون قد تاب ، فأقراره لتطهير نفسه مظنة توبته ، ومظنة التوبة ذاتها تجعل العقاب قد صادف نفسا طهرت من الذنوب ، وتابت إلى المولى سبحانه توبة نصوحا .

٤— وأيضا فإن الحد إذا تأخرت إقامته عن وقت الحكم الثابت بالشهادة في جرائم الزنى والسرقه والشرب فإنه لا تجوز إقامته^(٣) ، أي أن التقادم في هذه الجرائم يسقط الحد بعد وجوبه مؤكدا بالحكم ، وأولى به أن يسقطها قبل الحكم في كل الأحوال ؛ لأن الإقرار مهما كانت قوته فإنه لا يصل إلى مرتبة الحكم بعد سماع الإثبات من كل وجوهه .

(١) المبسوط ٩٧/٩ — تبين الحقائق ١٨٨/٣ — الجريمة لأبي زهرة ص ٩٠ — فلسفة العقوبة له أيضا (القسم الثاني) ص ٤٨ .

(٢) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم .

(٣) سيأتي قريبا تفصيل ذلك عند الكلام عن تقادم العقوبة الحدية .

وقد أجاب السرخسي على الدليل الأول بقوله : ولكننا نستدل بآخر الحديث ، حيث يقول صلى الله عليه وسلم : ” ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله “ ، وهذا قد أبدى صفحته بإقراره ، وإن كان تقادم العهد ، والمعنى فيه أن التهمة تنتفي عن إقراره ، وإن كان بعد تقادم العهد ، فإن الإنسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره ، بل إنما يحمله على ذلك الندم وإيثار عقوبة الدنيا على الآخرة ، بخلاف الشهادة فبتقادم العهد معها تتمكن التهمة، من حيث إن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعدما اختاروا الستر عليه، وهنا كان إصراره يمنعه عن الإقرار ، ثم الندم والتوبة حمله على الإقرار بعد تقادم العهد^(١) .

وأما الدليل الثاني فيمكن الرد عليه بأن الردع الخاص ليس وحده هدف العقوبة ، وأن للعقوبة أهدافا أخرى تسعى لتحقيقها ، ومن أهمها الردع العام وإشعار المجتمع بتحقيق العدالة وتساويها بين أفرادها . كما أن من أهدافها زجر من تساوره نفسه بارتكاب جريمة متكئا على مرور الزمان . ورب جريمة متقدمة لا يزال صاحبها معروفا بين الناس بعدم استقامة أحواله وارتياحه أماكن الريبة ، ثم نراه يفلت منها بفضل التقادم ، فهل يتحقق ردعه وزجره بذلك أم بعقابه الذي لا يقتصر معنى الردع فيه على فور الجريمة؟! .

وردا على الدليل الثالث نذكر أن رفع العقوبة عن الجاني لأجل توبته أمر يختلف عن عدم الاعتداد بالجريمة وكذا العقوبة لأجل التقادم ، فإنه يلزم عن هذا الدليل رفع العقوبة بتوبة الجاني سواء أكانت فور الجريمة أم بعد تقادمها ، بل ربما كانت توبة المقر عقيب الجريمة أظهر وأصدق منها بعد تقادمها ؛ لأن المقر فور الجريمة لا يضمن أن العقوبة سترفع عنه ، بخلاف ما إذا أقر بعد تقادمها ، حيث تيقنه من رفعها عنه بالتقادم بناء على هذا الرأي .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نسبة الشيخ أبي زهرة هذا الدليل للإمام ابن أبي ليلى أمر غير مسلم به ؛ لأن ابن أبي ليلى نفسه يرى أن من رجع عن

(١) المبسوط ٩٧/٩ .

إقراره أو هرب لا يكف عنه ويقام عليه الحد ولا يترك ؛ لأن ماعزا هرب فقتلوه ولم يتركوه ، وروي أنه قال: ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن قومي هم غروني من نفسي ، وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلي . فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه^(١) . ولو قبل رجوعه للزمتهم ديتـه ، ولأنه حق وجب بإقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق^(٢) .

وبرغم أن إسقاط العقوبة عن من في حال ماعز أولى قبولا من إسقاطها بالإقرار المتقادم فإن ابن أبي ليلى لم يلتفت لهذا وقال بإقامة الحد ، الأمر الذي يجعل من نصيب التوبة في رفع العقوبة عند ابن أبي ليلى احتمالا غير وارد ، خاصة أنه جاء في هذا الحديث أيضا قوله صلى الله عليه وسلم لمن قتلوه: ”هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه“ . وهذا مما لا يخفى على ابن أبي ليلى .

ومما يؤيد نفي هذا الدليل عن ابن أبي ليلى أن السرخسي والزيلي حينما ذكرا دليل زفر — وهو الموافق لابن أبي ليلى في القول بتقادم الإقرار — لم ينقلا عنه سوى الدليل الأول .

يتبقى الدليل الأخير ، وهو ما يخص قياس تقادم الإقرار بالجريمة على تقادم العقوبة قياس الأولى — وهو من كلام الشيخ أبي زهرة أيضا في الاستدلال لرأي الإمام ابن أبي ليلى — ، ولا تستقيم صحة هذا الدليل أيضا ؛ لأن الشيخ أبا زهرة نفسه لم يرض صحة دليل المقيس عليه ، حيث لم يوافق الحنفية في القول بأن العقوبة إنما سقطت عن الهارب لأجل التقادم ، ورأى أن الأولى أن يكون سقوطها لأجل مظنة التوبة^(٣) . وهذا يعني أن المقيس عليه لا صلة له بالتقادم ، الأمر الذي يلزم عنه عدم صلة المقيس أيضا بالتقادم ، وذلك حتى لا تختلف العلة بينهما . وما دام عدم قبول الإقرار بالجريمة لأجل التوبة وليس التقادم ، فإن دائرة بحثنا تضيق عنه .

(١) راجع تخريجه ص ٦٨ هامش ١ .

(٢) المغني ٦٣/٩ وفيه أيضا ٦٤/٩ ترجيح قول الجمهور بالكف عن رجوعه عن إقراره أو هرب .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٨ : ٥١ .

الفرع الثاني

تقادم العقوبة الحدية

نقتصر هنا على دراسة تقادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة دون الإقرار ؛ لأن هروب المقر على نفسه بالحد قبل تنفيذ العقوبة أو أثنائها — وكذا رجوعه عن إقراره — لا يختلف حكمه ، سواء أتقادم أم لا ، فقد ذهب الجمهور — ومنهم الحنفية — إلى رفع الحد عنه سوى حد القذف . وقال الحسن ، وسعيد ابن جبير ، وابن أبي ليلى ، وعثمان البتي^(١) بإقامة الحد عليه . وحكي عن الأوزاعي أنه إن رجع^(٢) حد للفرية على نفسه ، وإن رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد^(٣) .

وعن تقادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة ، نشير إلى أن الحنفية قد ذكروا عدة أسباب في إلغاء الشهادة في الحدود بعد انقضائها صحيحة ، وقد عدوا — عدا زفر — التقادم واحدا من هذه الأسباب ، يقول المرغيناني : ” التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء^(٤) عندنا

(١) فقيه البصرة ، أبو عمرو ، بباع البُتوت ’ الأكسية الغليظة ’ ، اسم أبيه مسلم ، وقيل أسلم ، وقيل سليمان ، مات سنة ثلاث وأربعين ومائة . سير أعلام النبلاء ٦/١٤٨ — تهذيب التهذيب ٧/١٥٣ .

(٢) عن إقراره على نفسه بالزنى .

(٣) انظر تفاصيل المسألة : البدائع ٧/٦١ ، ٨٨ ، ٢٣٢ — فتح القدير ٤/١٩٩ — حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤/٣١٨ ، ٣٣٠ ، ٣٤٦ — بداية المجتهد ٢/٤٣٩ — الروضة ١٠/٩٦ ، ٩٧ ، ١٤٣ — المغني ٩/٦٣ ، ٧٤ ، ١١٩ ، ١٣٨ — المحلى ٨/١٢٥ : ١٢٨ . ولا يخفى رجحان قول الجمهور .

(٤) تجدر الإشارة هنا إلى أن المرغيناني وإن كان نص على أن الشهادة لا يعتد بها بعد القضاء إذا تقدمت فلأن ذلك كان موافقا لزمانه ، فقد كان النطق بالحكم غالبا يأتي مع الإدلاء بالشهادة في نفس المجلس . وما ذكره ينطبق بأولى على ما إذا تقدمت الشهادة الصحيحة — التي لم يتوان أصحابها في الإدلاء بها — قبل القضاء ، فلو هرب الجاني بعد الإدلاء بالشهادة وقبل النطق بالحكم في الوقت الحاضر — حيث تطاول زمن إجراءات التقاضي — حتى صارت متقدمة فإن العقوبة تسقط من باب أولى لأنها لم تؤكد بالحكم . وعلى هذا فإنه يمكن تقسيم تقادم الشهادة عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

تقادم الإثبات وقد سبق الكلام عنه في تقادم الجريمة ، وهو الأصل للقسمين التاليين .

تقادم القضاء وهو ما يقع بعد أداء الشهادة صحيحة وقبل الحكم .

تقادم الاستيفاء وهو ما يقع بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة .

خلافًا لزر ، حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ؛ لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود “ (١) .

ويلحق ابن الهمام على كلام المرغيناني فيذكر أن الإمضاء — أي الاستيفاء — من القضاء بحقوق الله تعالى ، بخلاف حقوق غيره ؛ وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة ، فكان الاستيفاء من تنمة القضاء ، أو هو هو هنا ؛ إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء ، حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به ، بخلافه في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه ، والله سبحانه مستغن عنهما ، فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطًا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعًا ، وبالتقدم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء

(١) الهداية ١٦٤/٤ وليس معنى هذا ألا يتبع الهارب من الحد الثابت بالشهادة فور هروبه ، فمن هرب من الرجم مثلاً ، فإنه يتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه . المبسوط ٦٩/٩ — حاشية ابن عابدين ١٤٤/٣ .

ويذكر ابن عابدين في معنى الإمضاء من القضاء في الحدود : أي إمضاء الحد وإيقاعه بالفعل من القضاء ، فإذا لم يمضه ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكأنه لم يحصل القضاء بها أصلاً . السابق ١٤٥/٣ .

وقد أشار ابن عابدين أيضاً إلى أن تقادم العقوبة مفرع على قول أبي حنيفة وصاحبيه في تقادم الجريمة في الزنى والسرقة ، لأن الراجح أن التقادم مقدر فيهما بشهر ، أما في حد الشرب فإن تقادم العقوبة مفرع على قول محمد فقط ؛ لأنه قدر التقادم فيه بشهر أيضاً ، والشيخان قيدا لقبول الشهادة بالرائحة ، والمعلوم أن الشارب لا يحد إلا بعد صحوه ، والصحو مظنة زوال الرائحة ، الأمر الذي نجد معه التقادم قبل الإمضاء ، برغم أداء الشهادة صحيحة ، أي أثناء وجود الرائحة ، وهو ما لم يتوافر عند الإمضاء . ولكي يتصور تفريع تقادم العقوبة على قول الشيخين في تقادم الجريمة لا بد أن يقام الحد قبل زوال الرائحة حال صحو الشارب أيضاً . ويذكر ابن عابدين أنه لم ير من قال بذلك قبله . انظر حاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ .

وقد علق الرافعي على هذا الكلام بقوله : قد يقال إن هذا تفريع على قول الكل كما هو ظاهر من إطلاقهم هنا ، وأنهما كما يشترطان وجود الرائحة عند القاضي يشترطان أيضاً عدم التقادم بين القضاء والإمضاء ، بمعنى مضي الزمن الطويل ، لا بمعنى زوال الرائحة . تقارير الرافعي ٤١/٢

فانتفى^(١) .

وبجانب هذا الكلام للفقهاء ابن الهمام، يذكر الشيخ أبو زهرة حجة مشابهة يقول : ” وحجة أئمة الفقه الحنفي في إسقاطهم للحد بالتأخير بعد الحكم أن القضاء هو الشهادة وتنفيذ لمضمونها ، ولكن لا يتولى الشهود التنفيذ ، بل يتولاه ولي الأمر أو نائبه ، وهو نائب عن المجتمع في تنفيذ العقوبة ، والشهود نائبون عن المجتمع أيضا في أدائها حسبة، فهنا إنابتان : إنابة الحاكم في التنفيذ ، وإنابة الشهود في الأداء ، وكلتا الإنابتين عن المجتمع ، وإحداهما متممة للأخرى ، فإنابة ولي الأمر عن المجتمع في التنفيذ متممة لإنابة الشهود عن المجتمع في الأداء ، والارتباط بينهما على هذا وثيق لا انفصام له .

وإذا كان بين الشهادة والتنفيذ ذلك الارتباط الوثيق (فإن ما)^(٢) يثبت لأحدهما يثبت للآخر ، فإذا كان التأخير يمنع من سماع الشهادة التي هي دعامة الحكم ، فالتأخير في تنفيذه يؤثر فيه كما يؤثر في الشهادة “^(٣) .

ثم يذكر الحنفية أن التقادم شأنه في هذا شأن بقية أسباب إلغاء الشهادة بعد انعقادها صحيحة^(٤) ، فبعد أن ذكر ابن الهمام كلامه السابق أعقبه بقوله : وهذا رد المختلف إلى المختلف ، فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح ، لكن الكلام في معنى قيامها ، فعندهم^(٥) ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع^(٦) هي قائمة ، حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم .

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) في الأصل : فإنه لا . والصواب ما جاء أعلاه .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٤) توسع الحنفية — دون بقية المذاهب — توسعا غير مناسب في هذه الأسباب ، مثل توسعهم في مفردات بقاء أهلية الشاهد بعد أدائه الشهادة ، فمثلا لو عمي بعض شهود الزنى بعد الشهادة لا يستوفى الحد . وليس هذا إلا لتوسيع نطاق قاعدة ” الإمضاء من القضاء في الحدود “ سعيا لدرء الحد ما أمكن . البدائع ٥٩/٧ — الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ١٤٥/٣ .

(٥) أي الجمهور .

(٦) أو ما يقدر في الأهلية أو العدالة . راجع : المغنى ١٩٧/١٤ : ١٩٩ — روضة الطالبين ١١/٢٥١ — مقدمات ابن رشد ٢٨٨/٢ ، دار الغرب الإسلامي ببيروت ، طبعة أولى ١٤٠٨هـ .

وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور^(١) .

ويضيف السرخسي إلى ما سبق من أدلة محلا مغايرا لإثبات التهمة ، حيث وجه التهمة هنا إلى أعوان الإمام بسبب تفريطهم في تحصيل الهارب من الحد ، يقول : ” إذا هرب فوجد بعد أيام : في القياس أنه لا يمتنع إقامة بقية الحد عليه ؛ لأنه إنما تأخر لعذر ، وهو هربه فلا يكون ذلك قدحا في الشهادة . ولكنه استحسّن فقال العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الإتمام كالمقترن بالشهادة ، بدليل عمى الشهود وردتهم ، وهذا لأن التفريط هنا كان من أعوان الإمام حتى تمكن من الهرب منهم . فالظاهر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه ، فكان هذا والضغينة في الشهود سواء “^(٢) .

وقد استثنى الحنفية حد القذف من الحدود التي تسقط بتقادم الاستيفاء ؛ اعتبارا لحق العبد، ولكن بعض فقهاء المذهب اشترط تجديد المقذوف خصومته، فلو هرب الجاني مثلا أثناء حده فعلى المقذوف إعادة دعواه لتكميل الحد الواجب له ؛ لأنه بمنزلة العفو ابتداء ، فكما لا يقام له الحد ابتداء إلا بطلبه ، كذلك لا يكمل له إلا بطلبه^(٣) .

هذا ما أدلى به الحنفية في درء الحد عن الجاني بسبب تقادم الشهادة قبل الاستيفاء ، أما الجمهور فلم ير ذلك سببا لدراء الحد ، فقد سبق أن أوضحنا عند الكلام عن تقادم الجريمة أنه لا يعتد بتقادم الإثبات ، ومن باب أولى عدم اعتداده بما نحن بصدد من تقادم الاستيفاء ؛ لكونه فرعا عن تقادم الإثبات . ولذا لم يعتد الجمهور بتقادم الاستيفاء كسبب من أسباب إلغاء الشهادة بعد انعقادها صحيحة .

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) المبسوط ٧٠/٩ .

(٣) تبين الحقائق ٢٠٧/٣ — الدر المختار وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٣ ، ١٧٦ .

وقد استدلل ابن الهمام الحنفي للجمهور ، ومضعفا رأي أئمة مذهبه ، بأن التقادم كان محل اعتبار عند الإثبات نظرا لتهمة الشهود في تأخيرهم الشهادة دون عذر ، وهذه التهمة لا نجدها في تقادم الاستيفاء ، فقد وجدت الشهادة بلا تقادم، ووقعت صحيحة موجبة ، وصدر الحكم على أساسها ، فلو تأخر الاستيفاء بعد هذا فإنه لا يكون مسوغا لإسقاطه ؛ لخلو الأمر من التهمة التي هي مدار الأخذ بالتقادم^(١) .

كما أن ” الحد يتقرر ويثبت بالحكم به ، فليس لأحد أن يؤخر تنفيذه ، وتأخيره يعد تعطيلًا للحدود ، وتجب المبادرة بالتنفيذ ومنع التعطيل . فإذا جاء حاكم له سلطة التنفيذ ، وأمر بإقامة حد تعطل زمنا فقد أدى واجبا ، وما كان التعطيل الآثم مبررا للتعطيل التام ، وهرب الجاني لا يعد عذرا ، وإذن تتصرف أذهان المرتكبين إلى إيجاد الحيل المختلفة للفرار من غير عودة ، (كما)^(٢) يسهل على الولاة الظالمين أن يسقطوا الحدود بحكم فقهي إذا أخرجوا إقامة الحد “^(٣) .

فلا يسلم لما قاله الحنفية من أن الإمضاء من القضاء في الحدود ، وأن ما ثبت في القضاء ينبغي أن يثبت في الإمضاء ، وما دام عدم التقادم قد ثبت في القضاء فإنه يجب تواجده أيضا قبل الإمضاء . لا يسلم لهم هذا ؛ لأن قاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود ، إن سلمنا بها في بعض جوانبها — مثل رجوع الشهود — فإنه لا ينبغي التسليم بها في بعضها الآخر والذي منه التقادم ؛ لأن عدم التقادم عند القضاء مبني على نفي التهمة في الشهود ، وما دام الإمضاء من القضاء ، فإنه ينبغي توافر نفي التهمة عند الإمضاء ، وهذا كائن بالفعل ، الأمر الذي يلزم عنه إيقاع الإمضاء . وأما القول بعدم الإمضاء في هذه الحالة فهو طعن في صحة قاعدة الإمضاء من القضاء ؛ لأنه يلزم عن ذلك اختلاف ما ثبت في القضاء عنه في الإمضاء ، فقد ثبت عدم التهمة في القضاء ، والقول

(١) فتح القدير — بمعناه — ١٦٤/٤ .

(٢) ليست بالأصل .

(٣) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ٤٩ .

بعدم العقوبة يعني ثبوت التهمة عند الإمضاء ، وهو ما لم يقع .

وإذا كان الإمضاء من القضاء في الحدود على إطلاقه فلماذا نص المرغيناني على أن الزانية ” الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبيئة كي لا تهرب “^(١)؟! لماذا لم يطبق الحنفية قاعدة الإمضاء من القضاء على هذه المرأة التي تأخر استيفاء حدها بسبب حملها؟! أيعد هروبها أولى من حبسها في رفع الحد عنها؟! أتكافئ من ترتكب سببا لتعزيرها فوق حدها برفع العقوبة عنها كلية؟! .

ثم من أين يستدل الحنفية لقاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود ؟. إذا كان الجمهور يقول برفع العقوبة إذا تبين فسق الشاهد عند استيفاء الحد فهذا من باب الطعن في الشهادة التي كانت سببا للحد ، حيث يغلب على هذا الشاهد إضمار الفسق وقت شهادته ؛ لأن عوائد الإنسان لا تتغير غالبا في يوم وليلة . وهذا يعني أننا يمكننا أن نرجع عدم استيفاء الحد إلى وقوع الشهادة غير صحيحة ، وليس إلى تطبيق هذه القاعدة .

وعلى هذا فإن ثبوت الحد يعتمد أساسا على صحة شروط القضاء وليس على دوام صحتها إلى وقت الاستيفاء ، فقد كان الشاهد مجروحا في حقيقة أمره وقت الشهادة وإن تأخر العلم بذلك . ومما يدل على أن مدار استيفاء الحد هو توافر الصحة وقت القضاء فحسب ، أن القاضي لو تيقن دون شك صحة الشهادة وقت القضاء ، وأن ما طرأ على الشاهد من جرح إنما كان بعد شهادته ، فإنه ينبغي عليه استيفاء الحد لثبوت موجهه .

معنى هذا كله ، أن تطبيق الحنفية قاعدة الإمضاء من القضاء في الحدود في تقادم الاستيفاء ، يجعل القضاء بعد وقوعه صحيحا أمرا فارغا من محتواه ما لم يتحقق أثره بأن يستوفى الحد . وأن عليهم الاكتفاء فحسب بانعقاد شروط القضاء صحيحة لإثبات الجريمة .

(١) الهداية ١٣٧/٤ .

وأما قول الحنفية بجواز استيفاء الحاكم الحد دون تلفظ بقضاء ، بخلاف القضاء في حقوق غيره تعالى ، فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه ، والله سبحانه مستغن عنهما ، فإن القضاء في حقوقه تعالى هو استيفاؤها ، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعا، وبالتقدم لم تبق الشهادة ، فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء ، فانتفى (١) .

قول الحنفية هذا غير مسلم به أيضا ؛ لأن حق المولى سبحانه في الحدود هو حق المجتمع أيضا ، وإطلاق حق الله عليه إنما هو لتعظيم حرمة ، وكما أن الحنفية ذكروا فائدتين للقضاء في حقوق الأفراد فإننا نجدهما كذلك في الحدود .

فلا بد من إعلام المجتمع – صاحب الحق – بحقه ، يقول سبحانه ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (٢) ، فإذا كان شهود الاستيفاء مطلوبا فإنه يلزم عنه سبق أمر القاضي بالحكم ضرورة ، أي أن شهود طائفة من المجتمع استيفاء الحد يتضمن إعلامه بحقه بل يزيد عليه تنفيذه . كما أن من يشهد على حد من حدود الله سبحانه أمام القاضي ، ثم يستدعي القاضي المشهود عليه ويواجهه بهذه الشهادة ثم يحكم عليه بموجبها أمام الشهود وغيرهم ، ففي ذلك إعلام المجتمع بحقه ، والمتمثل في نيابة الشهود عنه ، إن لم يكن علم القاضي نفسه بما حكم به إعلاما للمجتمع أيضا بحقه ؛ لنيابته عنه كذلك .

وأما تمكين المجتمع من استيفاء الحد فيتم عن طريق إنابة الحاكم ، وهذا لا يختلف كثيرا عن تمكين الفرد من استيفائه حقه الذي يتم بالحاكم أيضا .

وعلى هذا فلا بد من تمايز مرحلتين في الحدود ، مرحلة القضاء ثم الاستيفاء ، ودمج هاتين المرحلتين في مرحلة واحدة لتوحيد أحكامهما أمر لا يتفق وواقع الحال . كما أن ولي الأمر لا يملك الافتئات على حق المجتمع في رفع العقوبة عن ثبت عليه ما يوجبها .

(١) فتح القدير ١٦٤/٤ .

(٢) النور : ٢ .

ولا يعترض على هذا الرد بأن الشرع قد دعا الشاهد للستر على صاحب الحد ، بحيث يكون هذا الأمر مساويا للحاكم الذي يسقط الحد بتقادم الاستيفاء ، وأن كلا الأمرين فيه تجاوز حق المجتمع . لا يعترض بهذا ؛ لأن ستر الشاهد يختلف عما نحن بصدد ، فالشرع إذا دعا الشاهد للستر ، فقد أوجب على الحاكم إقامة الحد إذا بلغه ، فعلم الشاهد بالجريمة لا يعبر عن أي حق للمجتمع الذي لا يعلم بها أساسا ، فالجريمة في هذه الحالة لا تختلف عن جريمة لم يقف عليها أي شاهد وارتكبت في طي الكتمان . وهذا يختلف عما إذا بلغت الجريمة الحاكم ، فهو نائب عن المجتمع ، فعلمه بها مساوٍ لعلم المجتمع ، بحيث لو ترك تنفيذ الحد لصار مقرا لانتهاك حدود الله ، فاتحا أبواب ارتكابها .

أما دليل القياس الذي ذكره الحنفية ، بأن تقادم الاستيفاء شأنه في هذا شأن بقية أسباب إلغاء الشهادة بعد انعقادها صحيحة ، دليلهم هذا لا يثبت ؛ لأن هذه الأسباب منها ما يؤثر تأثيرا مباشرا في صحة الشهادة نفسها ، كأن يرجع الشاهد في شهادته قبل الاستيفاء ، فهذا دليل على عدم صحتها ، أما التقادم قبل الاستيفاء فلا يدل بحال على عدم صحة الشهادة بعد أدائها صحيحة ، فلزم العمل بموجبها ، مثل سفر الشاهد بعد الأداء وقبل الاستيفاء غير المتقادم ، حيث لزوم العمل بهذه الشهادة .

وأما ما أضافه السرخسي^(١) إلى أدلة الحنفية ، فمن كلامه يثبت خلاف ما أراده ، فقد ذكر أن مدة الهروب كانت أياما ، ثم جعل هذه المدة التي عرضت بعد الشهادة كالمقترنة بها حتى يثبت لها نفس حكم هذا الاقتران ، والسرخسي نفسه ذكر أن الأصح في مدة تقادم الإثبات هي شهر ، وهذا يعني أن مرور أيام فقط قبل الشهادة لا يكون معه الإثبات متقادما ، ومن ثم لا يكون الاستيفاء متقادما أيضا .

ثم على فرض أن مدة الهروب كانت شهرا أو تزيد ، فإن السرخسي قد جعل مدار تقادم الاستيفاء على تهمة أعوان الإمام ، وهذا يعني أن التهمة إذا لم

(١) راجع كلامه ص ٤١٣ .

تتحقق فيهم فلا مجال لتقادم الاستيفاء ، فلو هرب الجاني بحيلة منه ، وظل الشرط يبحثون عنه مدة شهر أو تزيد ، فإنه ينبغي استيفاء الحد بعد العثور عليه .

وما حكم به السرخسي من أن الظاهر ميل أعوان الإمام إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه ، حكمه هذا غير مسلم به أيضا ؛ لأنه لا دليل عليه ، خاصة في عصرنا الحاضر ، حيث إدانة من عهد بحراسة الجاني قبل تنفيذ العقوبة أو أثنائها إذا هرب . وحتى لو لم يدين فهناك فصل بين الهيئة القضائية والسلطة التنفيذية ، بحيث إذا كانت التهمة موجهة للأخيرة فلا يعني هذا توجيهها للأولى التي أصدرت الحكم بموجب صحيح .

المطلب الثاني

تقادم التعزير^(١)

بعد أن رأينا كيف أن الحنفية يسقطون غالب الحدود بالتقادم ، كان من الملائم أن نتوقع منهم إسقاط التعزير به أيضا ، ولكن بمراجعة كتاب التعزير في كثير من مصادر الفقه الحنفي نجد — في قليل منها — يسير ذكر لهذا الأمر^(٢) ، من ذلك ما ذكره الجلي أثناء تعداد صور من التعزير الخاص بحقوق العباد بأنه لا يسقط بالتقادم^(٣) ، وما ذكره أيضا ابن عابدين عند تفرقة بين الحد والتعزير ، من أن الحد قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير^(٤) ، كذا وما نقله الدكتور عبد العزيز عامر عن الأستروشنى^(٥) الحنفي ، من أن التعزير لا يسقط بالتقادم ، سواء منه ما يجب حقا لله تعالى ، وما يجب حقا للإنسان^(٦) .

(١) يقول الماوردي : التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود . الأحكام السلطانية ص ٢٩٣ ويختلف الحد عن التعزير في بعض الأمور مثل تقدير العقوبة وعدمه ، كما أن الحد واجب التنفيذ والإقامة على الأئمة بخلاف التعزير ففيه خلاف ، وأيضا فإن مقدار العقوبة في الحد لا يختلف باختلاف قدر الجريمة ، فمن سرق ألفا كمن سرق مائة ألف ، أما التعزير فيختلف باختلاف قدر الجريمة . إلى غير ذلك من فروق بين الحد والتعزير . انظر طرفا منها — على سبيل المثال — : أنوار البروق في أنواع الفروق ، الفرق السادس والأربعون والمائتان بين الحدود التعازير ، ١٧٧/٤ (٢) لم أف في المصادر الفقهية للمذاهب الأخرى على جعل التقادم سببا أو مسقطا من مسقطات التعزير ؛ وقد جاء هذا موافقا لما ذهب إليه هذه المذاهب من عدم تقادم الجريمة من حدود وغيرها ، ولأن العفو عن التعزير يقوم مقام التقادم فيه ، فلا حاجة تقتضيه .

(٣) حاشية الجلي على تبين الحقائق ٢١٠/٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ١٧٧/٣ .

(٥) مجد الدين أبو الفتح محمد بن محمود بن حسين الأستروشنى — نسبة لإقليم ببلاد ما وراء النهر ، وفي رسمها وضبطها خلاف — ، الفقيه الحنفي ، مات سنة ٦٣٢هـ ، من تصانيفه : الفصول ، جامع أحكام الصغار ، الفتاوى ، قرة العينين في إصلاح الدارين . انظر : معجم المؤلفين لكحالة ٣١٧/١١ ، دار إحياء التراث العربي ببيروت ، بدون تاريخ . مقدمة محقق كتابه : جامع أحكام الصغار .

(٦) الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب ، للأستروشنى ، ص ٤ ، عن التعزير في الشريعة الإسلامية ، د. عبد العزيز عامر ، ص ٤٤٦ ، دار الكتاب العربي بمصر ، طبعة سنة ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م .

وبهذا يتبين لنا أن قول الشهيد عبد القادر عودة ” و خلاصة رأي الحنفيين في سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم ، أيا كان الدليل الذي بني عليه الحكم “^(١) ، قوله هذا غير صحيح ، يؤكد ذلك أن المصدرين اللذين أوردهما في حاشيته ، واستخلص منهما أحكام التقادم — وهما فتح القدير ، حاشية ابن عابدين — ليس فيهما ما يشهد لقوله ، بل إن ابن عابدين سبق أن نقلنا قوله في إقصاء التقادم عن التعزير .

والسؤال المتبادر الآن : لماذا لم يأخذ الحنفية بتقادم التعزير الخاص بحق المولى سبحانه ، برغم أنهم أخذوا بتقادم الحد الخالص له سبحانه ، وبرغم أن الحد شيء واجب ومقدر شرعا بخلاف التعزير ، الأمر الذي يجعل التعزير أقرب لسقوطه بالتقادم من الحد ؟ .

ونبدأ الجواب بذكر ما علق به الدكتور عبد العزيز عامر على نقله السابق عن الأستروشنى ، فقد أشار إلى أن هذا القول فضلا عن أنه لا دليل عليه فإنه يخالف مسلك الشارع الإسلامى في العفو ، فإن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة وعن العقوبة في التعزير إذا رأى أن في ذلك مصلحة ، مادام أن الأمر في نطاق التعزير الواجب لله تعالى . وهذا القول يقتضى جواز سقوط الجريمة وسقوط العقوبة بالتقادم في التعزير ، إذا دعت لذلك مصلحة ، دون مساس بالحقوق الشخصية للأفراد^(٢) .

فلاحظ هنا أن الدكتور عامر قد عاب على الحنفية عدم أخذهم بتقادم التعزير الخاص بالله عز وجل ؛ لأن ذلك يخالف مسلك الشارع في العفو عن التعزير . ولكن ما دام الحنفية يرون وجوب التعزير الواجب حقا لله تعالى على الإمام ، إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك فيجوز له العفو عنه ، أي

(١) التشريع الجنائي الإسلامى لعبد القادر عودة ١/٧٨١ ، مؤسسة الرسالة — بيروت ، طبعة ثامنة

سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

(٢) التعزير ص ٤٤٦ .

أن هذا التعزير مفوض إلى رأي الإمام ، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه ، وإن ظهر عدمها أو علم انزجاره بدونه تركه^(١) . ما دام الحنفية يحققون بكلامهم هذا ما يرمي إليه التعزير ، سواء في الأخذ به أو تركه ، فما الجديد الذي يضيفه التقادم إلى هذه الغاية المنشودة من تشريع التعزير وتخويل الحاكم تحقيقها ؟!

ولذا كان من المناسب أن يجري الحنفية التقادم على الحدود دون التعزير؛ لأن الحنفية يرون أن الحاكم ليس له إسقاط العقوبة عن صاحب الحد حتى لو جاء مقرا تائباً^(٢) . وعلى هذا فقد جعلوا التقادم في الحدود عوضا عن العفو ، أما التعزير فلا مانع فيه من العفو ما دامت المصلحة تقتضيه .

هذا ، وقد أيد الدكتور عامر رأيه السابق بثلاثة أدلة ، جاء ثانيها معادا لما ذكره من قياس التقادم قياس الأولى على العفو . أما الدليل الأول فقد قال فيه: ” جمهور الفقهاء مع اختلافهم في أثر التقادم على الجريمة وعلى العقوبة في الحدود ، فإنهم متفقون على أن التقادم في التعزير يجوز أن يسقط الجريمة وأن يسقط العقوبة ، إذا رأى ولي الأمر أن في ذلك مصلحة تقتضيه “^(٣) .

ولكن أين وجد الدكتور عامر هذا الاتفاق ؟! فقد سبق أن ذكر هو نفسه — ووسعنا من ذكره — أن الحنفية لم يذهبوا إلى تقادم التعزير ، فغيرهم أولى بهذا القول . وقد سبق الشهيد عودة الدكتور عامرا في التعبير عن هذا المعنى بعبارة جمع فيها فحوى أدلة الدكتور عامر مجتمعة ، يقول : ” أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضي القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولي الأمر ذلك تحقيقا لمصلحة عامة ؛ لأن لولي الأمر

(١) فتح القدير ٢١٣/٤ — ابن عابدين ١٨٧/٣ .

(٢) باستثناء الحراية بنص الآية ، أما سائر الحدود فلا تسقط بالتوبة عند الحنفية كما يقول ابن الهمام . فتح القدير ٢٧٢/٤ وانظر تفصيل مذاهب الفقهاء في إسقاط الحدود بالتوبة : التشريع الجنائي الإسلامي ٣٥٣/١ — فلسفة العقوبة ’ القسم الثاني ’ ص ٦٢ — الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ١٧٠/٦ ، دار الفكر بدمشق ، طبعة ثانية ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

(٣) التعزير ص ٤٤٦ .

حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة في جرائم التعازير ، وإذا كان لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضي مدة معينة ، إن رأى أن في ذلك مصلحة عامة أو يدفع مضرة “^(١) .

وقد قال الشهيد عودة قوله هذا في نهاية عرضه لموقف الفقهاء من تقادم الحدود ، وقد يظن القارئ أن هؤلاء الفقهاء قد سبقوه بهذا القول وأنه يقدم تفسيراً له ، وهذا فيه من خبرة الأداء عنه من تصريح الدكتور عامر بنسبته إليهم .

يتبقى الدليل الثالث للدكتور عامر ، يقول: ” المصلحة التي قد تدعو إلى العفو عن الجريمة أو عن العقوبة قد تكون حافزاً على التغاضي عن الجريمة أو على ترك تنفيذ العقوبة عند التقادم ؛ إذ قد تستنفد العقوبة أغراضها بتقادم العهد على ارتكاب الجريمة أو على صدور الحكم بالعقوبة ، فيكون العقاب لا داعي له ولا حاجة إليه . وقد يجد ولي الأمر أن الجاني بهربه من الناس وانزوائه عن المجتمع مدة من شأنها أن تزجره وتصلح ما اعوج من شأنه لم يعد في حاجة لعقاب، فضلاً عن أن مضي مدة على ارتكاب الجريمة أو على صدور الحكم فيها قد ينسى المجتمع ما كان في الجريمة من انتهاك لحرماته ، أو على الأقل قد يحمله على تناسي ذلك ، فلا يكون من المصلحة تجديد ذكرى الجريمة بمحاكمة الجاني عليها أو تنفيذ الحكم الذي كان قد صدر فيها “^(٢) .

فالدكتور عامر يقدم في هذا الدليل المسوغات التي تدفع الحاكم إلى تشريع التقادم في جرائم التعازير ، وقد سبق عرض هذه الدوافع وأكثر منها في فصل أساس التقادم ، وعرضنا فيه أيضاً الرد عليها تفصيلاً ، وسيأتي تفصيل آخر لهذا الأمر في مبحث (مناقشة وتعقيب) الذي حان عرضه الآن .

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ٧٧٩ .

(٢) التعزير ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

المبحث الثاني

مناقشة وتعقيب

المطلب الأول مناقشة تقادم الإقرار بالجريمة

المطلب الثاني مناقشة تقادم الشهادة بالجريمة

المطلب الأول

مناقشة تقادم الإقرار بالجريمة

بعد أن استعرضنا مواقف الفقهاء تجاه تأثير التقادم في الجرائم والعقوبات، اتضح لنا أن الآخذين به يخصصون تأثيره في وسيلتين من وسائل الإثبات ، هما الإقرار والشهادة ، سواء أكانت هذه الشهادة مما يتوقف قبولها على دعوى أم لا .

ونقتصر في مناقشتنا هنا على تقادم الجريمة ؛ إذ سبق أن بينا أن قول الجمهور بعدم تقادم العقوبة الحدية الثابت حكمها بالشهادة هو الراجح في المسألة، وأن ما استدلل به الحنفية لم يسلم من الرد والطعن ، فلا حاجة إلى إعادة ذكره هنا . والأمر الذي يحتاج إلى بيان وتفصيل وبسط ومناقشة وتعقيب هو تقادم الجريمة ، علنا نصل معه إلى ما نرجو صوابه .

ونبدأ بمناقشة تقادم الإقرار بالجريمة في الحدود ، وقد سبق أن رأينا أن الخلاف يتمثل بين الشيخين — أبي حنيفة وأبي يوسف — وبين الجمهور — ومعهم الإمام محمد — في تقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر ، كما يتمثل الخلاف أيضا بين الإمامين ابن أبي ليلى وزفر وبين الجمهور في تقادم الإقرار في جميع الحدود^(١) .

وقد ذكرنا أن خلاف الشيخين مع الجمهور والإمام محمد يتمثل في أن الشيخين قد ذهبوا إلى القول بتقادم الإقرار بالشرب وتقادمه بالسكر ، أما تقادم الشرب — دون السكر منه — فمدته عندهما هي زمن بقاء رائحة الخمر في فمه ، فمن شرب خمرا دون السكر فذهب للحاكم وأقر على نفسه بالشرب ، فعلى الحاكم أن يأمر باستنكاه فمه ، فإن كانت رائحة أقام الحد ، وإلا فلا . وكذلك من سكر من الخمر أو من غيرها ، إن أفاق من سكره وأقر على نفسه بالسكر فإن الحاكم يفعل معه مثلما فعل في الشرب .

(١) نظرا لأن أدلة الإمامين ابن أبي ليلى وزفر جاءت محدودة ، كان من الأفضل مناقشتها في موضعها — راجع ' ثالثا ' في المبحث السابق ص ٤٠٧ — فلا حاجة إلى إعادة ذكرها هنا .

أما الجمهور فقد ذهب إلى أن الإقرار بشرب الخمر أو السكر من غيرها لا يتقدم ، فمن شرب خمرا — سكر أو لم يسكر — ثم أقر — بعد صحوه إذا كان قد سكر منها — على نفسه بشربها — ذهب رائجها من فمه أو لم تذهب — ، كذا ومن سكر من غير الخمر ثم أقر على نفسه بعد صحوه — ذهب رائجها من فمه أو لم تذهب — فإنه في كل هذا يقام عليه الحد ، حتى لو جاء إقراره بعد سنوات طوال من شربه أو سكره .

ونبدأ بذكر أدلة الشيخين ، فقد استدلل لرأيهما :

— بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى برجل قد شرب الخمر بعدما ذهب رائجها ، واعترف به ، فعزره ولم يحده^(١) .

— وبأنه أيضا جلد رجلا وجد منه ريح الخمر حدا تاما^(٢) .

— وبأن ابن مسعود رضي الله عنه ” أتاه رجل بابن أخيه وهو سكران ، فقال : إني وجدت هذا سكران يا أبا عبد الرحمن . فقال ترتروه ومزمزوه واستكهموه . فترتروه ومزمزوه واستكهموه ، فوجدوا منه ريح شراب ، فأمر به عبد الله إلى السجن ، ثم أخرجه من الغد ، ثم أمر بسوط فدقت ثمرته حتى آضت له مخفقة ، ثم قال للجلاد : اضرب وأرجع يدك ، وأعط كل عضو حقه “ الحديث^(٣) .

ولا يخفى وجه الاستدلال بالحديث الأول ، أما الحديثان الثاني والثالث ففيهما أن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أقاما الحد بالرائحة ، ويذكر الحصفي أن الحد ثبت ” بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود — رضي الله عنهم أجمعين — وهما شرطاً قيام الرائحة “^(٤) . ويشرح ابن عابدين هذا بقوله : ” هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجماع لم يكمل

(١) سيأتي الكلام عنه ص ٤٢٧ : ٤٣٠ .

(٢) سيأتي الكلام عنه ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .

(٣) راجع تخريجه وشرح غريبه ص ٣٨٥ ، وسيأتي الكلام عنه ٤٣٢ : ٤٤٠ .

(٤) الدر المختار ١٦٥/٣ .

إلا بقول من اشترط قيامها ،^(١) .

كما يذكر الكاساني أن ” حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة ، وإنما عرف بإجماع الصحابة ، وإجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه^(٢) ، ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة “^(٣) . ثم ذكر حديث ابن مسعود السابق وأعقبه بقوله : ” وأفتى رضي الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ، ولم يثبت فتواه عند عدمها ، وإذا لم يثبت فلا ينعقد الإجماع بدونه ، فلا يجب بدونه ؛ لأن وجوبه بالإجماع ، ولا إجماع “^(٤) .

وإذا ثبت أن الإجماع على إقامة الحد قائم فقط عند وجود الرائحة ، فإننا إذن بصدد تعارض مع حديث ” من شرب الخمر فاجلدوه “^(٥) ، حيث إنه عام في كل من شرب الخمر . وقد تعددت أقوال الحنفية في دفع هذا التعارض ، من ذلك ما ذكره الزيلعي بأنه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا بإجماعهم^(٦) ويذكر سعدي جلبي أنه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز إيجاب الحد به^(٧) .

هذا ، ويفهم من كلام السرخسي في الاستدلال بحديث ابن مسعود رضي الله عنه ، أننا لسنا بحاجة إلى الإجماع في التدليل لرأي الشيخين ، حيث يذكر أن حد الخمر ضعيف ، إذ إنه لا نص فيه ، فلا يقام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، وإنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ، ولوجود

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٥/٣ .

(٢) فضلا عن عمر رضي الله عنه .

(٣) البدائع ٥١/٧ .

(٤) السابق ٥١/٧ مع مراعاة أن الكاساني نسب ما ذكره — سهواً — للإمام محمد وليس للشيخين ، وقد تبعه في هذا السهو الشيخ أبو زهرة في موضعين من كتابه فلسفة العقوبة ‘القسم الثاني’ ص ٤٤ ، ٤٨ ثم عاد فذكر صواب النسبة ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٥) حديث صحيح ، أخرجه الحاكم وغيره ، المستدرک — كتاب الحدود — ٣٧١/٤ وما بعدها .

(٦) تبیین الحقائق ١٩٧/٣ .

(٧) حاشية سعدي جلبي ١٨١/٤ .

الخمير في بطنه علامة ، وهي وجود الرائحة ، فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة^(١) .

هذا بسط لما استدل به للشيخين ، أما الإمام محمد فقد استدل لعدم تقادم الإقرار بالشرب ولا السكر ، بأن أساس التقادم هو التهمة ، والتهمة منتفية في حق المقر على نفسه ، الأمر الذي يمنع القول بالتقادم ، شأنه في ذلك شأن بقية الحدود ، فهو حد ظهر سببه عند القاضي ، فلا يشترط لإقامته بقاء أثر الفعل^(٢) . وعلى الرغم من أن المذهب على قول الشيخين ، فإن بعض الحنفية رجحوا قول محمد من جهة المعنى ، وردوا على ما استدل به للشيخين ، إلا الحديث الأول عن عمر رضي الله عنه^(٣) ، فلم أجد واحدا منهم ذكره في معرض تأييده لرأي محمد بالرد عليه ، وقد بحثت عنه - قدر جهدي - في كثير من كتب السنة وفهارسها فلم أقف عليه ، وإنما وقفت على ما يعارضه ، وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستنكه شارباً ، وإنما كان يعاقبه ما دام ثبت دليل الإدانة .

وكذلك لم يوقت عمر رضي الله عنه وجوب العقوبة ببقاء الرائحة في فم الشارب ، فقد ثبت أنه لم يسأل عمرو بن العاص رضي الله عنه ، حينما أقام عمرو الحد بمصر على ابنه - ابن عمر بن الخطاب وقد أقر على نفسه بعد صحوه ، وفي رواية أنه أقر في اليوم التالي لليلة شربه - لم يسأل عمر عمراً رضي الله عنهما عن رائحة الشراب هل كانت موجودة وقت إقراره أم أنها زالت - ليكون ذلك سبيلاً لإسقاط العقاب عنه - ؟. الثابت أن عمر أقر عمراً رضي الله عنهما على ما فعله ، وأرسل إليه بأن يبعث إليه ابنه . حتى إذا ما أتاه جلده ثانية تأديباً .

(١) المبسوط ١٧٢/٩ .

(٢) فتح القدير ١٨١/٤ - المبسوط ١٧١/٩ .

(٣) وهو أن عمر رضي الله عنه أتى برجل قد شرب الخمر بعدما ذهب رائحتها ، واعترف به ، فعززه ولم يحده . تبين الحقائق للزيلعي ١٩٧/٣ .

وما لنا نذهب بعيدا وقصة عمر مع قدامة بن مظعون البصري رضي الله عنهما بها من شواهد ما نحن بصدد ما يفي بالاستدلال ، ونظراً لتعدد هذه الشواهد يجدر بنا أن نذكر القصة ، فقد روى عبد الرزاق بسند صحيح ” أن عمر بن الخطاب استعمل قدامة بن مظعون على البحرين — وهو خال حفصة وعبد الله بن عمر — فقدم الجارود سيد عبد القيس على عمر من البحرين ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إن قدامة شرب فسكراً ، ولقد رأيت حداً من حدود الله ، حقا علي أن أرفعه إليك . فقال عمر : من يشهد معك ؟ قال : أبو هريرة . فدعا أبا هريرة ، فقال : بم أشهد ، قال لم أره يشرب ، ولكني رأيته سكران . فقال عمر : لقد تنطعت في الشهادة . قال : ثم كتب إلى قدامة أن يقدم إليه من البحرين . فقال الجارود لعمر : أقم على هذا كتاب الله عز وجل . فقال عمر : أخصم أنت أم شهيد ؟! قال بل شهيد ، قال : فقد أدبت شهادتك . قال : فقد صمت الجارود حتى غدا على عمر ، فقال : أقم على هذا حد الله . فقال عمر : ما أراك إلا خصماً ، وما شهد معك إلا رجل . فقال الجارود : إني أنشدك الله . فقال عمر : لتمسكن لسانك أو لأسوءنك . فقال الجارود : أما والله ما ذاك بالحق ، أن شرب ابن عمك وتسوئني . فقال أبو هريرة : إن كنت تشك في شهادتنا فأرسل إلى ابنة الوليد فسلها — وهي امرأة قدامة — . فأرسل عمر إلى هند ابنة الوليد ينشدها ، فأقامت الشهادة على زوجها . فقال عمر لقدامة : إني حادك . فقال : لو شربت كما يقولون ما كان لكم أن تجلدوني . فقال عمر لقدامة : لم؟ قال قدامة : قال الله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا وءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ثُمَّ اتَّقَوْا ثُمَّ اتَّقَوْا وَأَحْسَنُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾^(١) . فقال عمر : أخطأت التأويل ، إنك إن اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك .

قال : ثم أقبل عمر على الناس فقال : ماذا ترون في جلد قدامة ؟ قالوا : لا نرى أن تجلده ما كان مريضاً . فسكت عن ذلك أياماً ، وأصبح يوماً وقد عزم

(١) المائدة : ٩٣ .

على جلده ، فقال لأصحابه : ماذا ترون في جلد قدامة ؟ قالوا : لا نرى أن تجلده ما كان ضعيفا . فقال عمر : لأن يلقى الله تحت السياط أحب إلي من أن يلقاه وهو في عنقي ، ائتوني بسوط تام ، فأمر بقدامة فجلد ، فغاضب عمر قدامة وهجره ، فحج وقدامة معه مغاضبا له ، فلما قفلا من حجها ونزل عمر بالسقيا نام ، ثم استيقظ من نومه ، قال : عجلوا علي بقدامة فائتوني به ، فوالله إني لأرى أن آتيا أتاني فقال : سالم قدامة فإنه أخوك . فعجلوا إلي به . فلما أتوه أبى أن يأتي ، فأمر به عمر — إن أبى — أن يجروه إليه . فكلمه عمر ، واستغفر له . فكان ذلك أول صلحهما ،^(١) .

ومع غض الطرف عن الطعون الموجهة إلى دليل الإثبات ، وعما اعتمد عليه عمر رضي الله عنه في إقامة الحد في هذه القصة ، فإننا نرى كيف أن عمر رضي الله عنه لم يعذر البدرى المغفور له قدامة بن مظعون رضي الله عنه في خطئه في تأويل الآية . فأيهما أولى قبولا عند عمر رضي الله عنه لدرء الحد : ذهاب رائحة الشراب من فم الشارب حال إقراره ، أم فهم غير صحيح لآية من كتاب الله ، ظن صاحبه الذي آمن وعمل صالحا واتقى وأحسن ظن أنها تحل له الشراب ؟!

ولا يعترض بأن قدامة رضي الله عنه كان يعلم أن الشارب كان يعاقب على شربه مذ عهد النبوة ؛ ذلك أنه ظن أن الآية تستثني من الجناح ومن ثم العقوبة من اتصف بأوصافها ، وهذا ما صرح به — كما في الروايات الأخرى — ولكن هذا كله لم يجد عند عمر رضي الله عنه عذرا في درء الحد عنه ، و رد — ومعه ابن عباس رضي الله عنهما — كما في الروايات الأخرى أيضا — تأويله ،

(١) مصنف عبد الرزاق ، كتاب الأشربة ، باب من حد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ٢٤٠/٩ وانظر القصة بسياق آخر :

— مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الحدود : باب من قاء الخمر ما عليه ، ٣٩/١٠ ، باب في الرجل يضرب في الشراب يطاف به أو ينصب للناس ، ١٢٨/١٠ ، ١٢٩ .

— مستدرک الحاكم ، كتاب الحدود ، ٣٧٥/٤ ، ٣٧٦ .

وبين له عدم صوابه .

ثم أيهما أولى قبولا أيضا عند عمر رضي الله عنه لدرء الحد : ذهاب رائحة الشراب من فم الشارب حال إقراره، أم اعتبار ضعف الشارب ومرضه؟! الأمر الذي قد يؤدي بحياته ، خاصة أن من استشارهم عمر من الصحابة رأوا عدم إقامة الحد عليه ما دام مريضا . ألا كان يكفي عمر رضي الله عنه أن يعاقبه بعقوبة غير بدنية ، كما كفاه درء الحد بذهاب الرائحة كما يقول الشيخان ؟! .

ثم أيهما أولى بخشية عمر رضي الله عنه يوم القيامة : درء الحد عن قدامة بن مظعون رضي الله عنه وفي أسباب درئه عنه ما قد مضى ، أم درؤه عن رجل لكون رائحة الشراب قد ذهبت عنه قبل إقراره ؟! .

وأخيرا ألم يكن في وسع عمر رضي الله عنه درء الحد عن قدامة رضي الله عنه بذهاب الرائحة ، إذا كان هذا هو مذهبه ؟! .

وبعد هاتين الواقعتين — وغيرهما — يثبت أن عمر رضي الله عنه لم يكن ليأمر باستنكاه مقر بشرب ليجعل من عدم وجود الرائحة حال الإقرار سببا لدرء الحد ، وما جاء به الزيلعي^(١) في تبينه من أنه رضي الله عنه درء الحد عن رجل لهذا السبب — لو اعتبرنا صحة السند غير المذكور أصلا — إنما هو من قبيل الرواية الشاذة التي ينبغي طرحها أمام الروايات الثابتة المتعددة عنه رضي الله عنه ، التي أجمعت على مخالفتها . كما أنه يمكن تأويل هذه الرواية الشاذة بأن عمر رضي الله عنه لقنه درء الحد ، أو أن الرجل نكل عن إقراره ، أو غير ذلك من أسباب درء الحد .

(١) وهو غير الحافظ الزيلعي صاحب نصب الراية . انظر ترجمتهما : معجم المؤلفين ١٦٥/٦ ،

٢٦٢ — ١٣/٨ . وانظر الحديث بالتبيين ٣ / ١٩٧ .

هذا عن الحديث الأول الذي استدل به لرأي الشيخين ، أما الحديث الثاني فهو ما رواه ” مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال : إني وجدت من فلان^(١) ريح شراب ، فزعم أنه شراب الطلاء . وأنا سائل عما شرب ، فإن كان يسكر جلده . فجلده عمر الحد تاما “،^(٢) .

وقد سبق عرض أقوال بعض فقهاء الحنفية في وجه الاستدلال بالحديث^(٣) ، وقد حاول ابن الهمام دفع الاستدلال به ، بأن رجح عليه أن عمر رضي الله عنه كان يعزر فحسب من وجد منه ريح الخمر^(٤) ، ولم يرض قول ابن المنذر بأن عمر رضي الله عنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما^(٥) .

أي أن ابن الهمام أقر رواية إقامة عمر رضي الله عنه الحد تاما بوجود الريح ، بيد أنه رجح عليها رواية التعزير فحسب ، ولكن الأفضل مسلكا في نفي حد عمر رضي الله عنه بالريح هو إثبات ذلك من الرواية نفسها، أي توجيه رواية أنه كان يحد بالريح على أنه كان لا يحد بها؛ حتى لا يكون هناك تعارض بين الروايات ويتسنى العمل بجميعها، وهذا المسلك هو ما ذكره الحافظ ابن حجر ، يقول : ” ليس في قصة عمر التصريح أنه جلد بالرائحة ، بل ظاهر

(١) هو أحد أبناء عمر رضي الله عنه . انظر : المنتقى شرح الموطأ ١٤٢/٣ ، فتح الباري ٦٥/١٠ .

(٢) الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب الحد في الخمر . كما أخرجه البخاري معلقا بصيغة الجزم : كتاب الأشربة — باب الباذق ، ومن نهى عن كل مسكر من الأشربة .

(٣) راجع ص ٤٢٥ ، ٤٢٦ .

(٤) من ذلك ما رواه عبد الرزاق عن معمر عن إسماعيل بن أمية قال : ” كان عمر إذا وجد من رجل ريح شراب جلده جلداً إن كان ممن يدمن الشراب، وإن كان غير مدمن تركه “ . المصنف ، كتاب الأشربة ، باب الريح — ٢٢٨/٩ — مع مراعاة الانقطاع بين إسماعيل بن أمية وعمر رضي الله عنه ، غير أنه كان ثقة ثبتاً ، يقول ابن عيينة : ” لم يكن عندنا قرشيان مثل إسماعيل بن أمية ، وأيوب بن موسى “ . ويقول أحمد بن حنبل : ” إسماعيل أقوى وأثبت في الحديث من أيوب “ . وبقية أهل الفن على توثيقه أيضا . انظر تهذيب الكمال ٤٩:٤٥/٣ .

(٥) فتح القدير ١٨٠/٤ ، وانظر ما نسبته ابن المنذر إلى طائفة من أهل العلم في : الإشراف ٨٨/٢

سياقه يقتضي أنه اعتمد في ذلك على الإقرار أو البينة^(١) .

ودليل الإقرار هو قول عمر رضي الله عنه في الرواية عن ابنه :
” فرعم أنه شراب الطلاء “ ، وأما دليل الشهادة فهو في الرواية التي عزاها
ابن حجر إلى سعيد بن منصور الذي رواها عن ابن عيينة عن الزهري سمع
السائب بن يزيد : ” قام عمر على المنبر فقال : ذكر لي أن عبيد الله بن عمر
وأصحابه شربوا شرابا ، وأنا سائل عنه ، فإن كان يسكر حددتهم “^(٢) .

وبهذا يثبت أن عمر رضي الله عنه لم يعتمد في حد ابنه على الرائحة
فحسب ، وإنما كان ذلك بالإقرار أو الشهادة أو بهما معا^(٣) .

ثم على افتراض صحة أن عمر رضي الله عنه جلد ابنه بالرائحة فليس
في هذا دليل على أنه قيد قبول الإقرار بوجود الرائحة ؛ لأنه لا يلزم التلازم بين
الأمرين .

وعلى هذا فإنه لا يستقيم للشيخين الاستدلال لرأيهما بحديث عمر رضي
الله عنه ، ويتبقى لهما حديث ابن مسعود رضي الله عنه السابق في الترترة
والمزمزة والاستكاه، وقد سبق أن ذكرنا وجه الاستدلال منه فقد ذكر الحصكفي
أن الحد ثبت ” بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي عمر وابن مسعود
— رضي الله عنهم أجمعين — وهما شرطا قيام الرائحة “^(٤) ، ويشرح ابن
عابدين هذا بقوله : ” هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ،
فعند عدم قيامها ينتفي الحد لعدم ما يدل عليه ؛ لأن الإجماع لم يكمل إلا بقول

(١) فتح الباري ٦٥/١٠ .

(٢) لم أقف على هذه الرواية بالجزء المطبوع من سنن سعيد بن منصور . وانظرها بفتح الباري
٦٥/١٠ .

(٣) وعلى هذا يحمل أيضا ما ذكره ابن حجر عن عمر رضي الله عنه من شم الشارب ، وذلك خلال
شرحه لما علقه البخاري بصيغة الجزم ، قال : ” وقال عمر رضي الله عنه لنشوان في رمضان :
ويلك ، وصبياننا صيام . فضربه “ . البخاري ، كتاب الصيام ، باب صوم الصبيان .

(٤) الدر المختار ١٦٥ / ٣ .

من اشترط قيامها ،،^(١) .

هذا هو أحد وجهي الاستدلال بالحديث ، والوجه الآخر هو ما ذكره السرخسي — وقد سبق أيضا — من أن حد الخمر ضعيف ؛ إذ لا نص فيه ، فلا يقام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، وإنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ، ولوجود الخمر في بطنه علامة ، وهي وجود الرائحة ، فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة^(٢) .

وإذا كان السرخسي وبعض الحنفية قد انتصروا لرأي الشيخين ، فإن بعضا آخر منهم انتصر لرأي محمد ، وردوا حديث ابن مسعود من حيث المعنى^(٣) ، وقد يوحى هذا بصحة الحديث سندا ، ولكن حقيقة الأمر هي أن الحديث ضعيف السند أيضا ؛ لأن مدار طرق الحديث على أبي ماجد الحنفي الذي روى ما رآه من فعل ابن مسعود رضي الله عنه بالسكران ، وأبو ماجد هذا ذكر عنه أهل الحديث أنه ضعيف ، متروك ، مجهول ، منكر الحديث^(٤) .

وبضعف أثر ابن مسعود يثبت عدم صحة كلام السرخسي الذي يلزم عنه رفع الحد مطلقا في كافة الأحوال ، إذ إنه ” لا نص فيه “ وكذا ” لا أثر “ .

ثم على افتراض صحة الحديث فإن كلام السرخسي غير مسلم به أيضا ؛ حيث إن قوله ” حد الخمر ضعيف ، إذ إنه لا نص فيه ، فلا يقام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به ، “ غير صائب ؛ لأن عقوبة شرب الخمر قد

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٥/٣ .

(٢) المبسوط ١٧٢/٩ .

(٣) يقول ابن الهمام : استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى ، وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطاع ، فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمرة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده ؟! فإن صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب ، مدمنا عليه ، فاستجاز ذلك فيه . فتح القدير ١٨٠/٤ ، وانظر حاشية الجلي على تبیین الحقائق ١٩٦/٣ .

(٤) انظر أقوال أهل الحديث في أبي ماجد الحنفي : تهذيب التهذيب ٢١٦/١٢ .

ثبتت في عهد الرسالة نوعاً لا مقداراً^(١) ، والسرخسي لا يتكلم هنا عن المقدار ؛ لأنه يعالج سبب رفع الحد ، ولا شك أن هذا ليس له أدنى تعلق بالمقدار ، فأين يقف حديث ابن مسعود أمام الأحاديث الثابتة ، المرفوع منها والموقوف ، والتي لم تشترط بقاء رائحة الخمر في فم المقر بشربها حتى يتسنى عقابه ؟!

كما يذكر ابن الهمام أن حديث ابن مسعود رضي الله عنه ليس فيه إقرار مطلقاً ، وتبعاً لذلك فإنه لا يدل على تعطيل الإقرار عند ذهاب الرائحة ، وغاية ما يستدل به هو كونه رضي الله عنه اكتفى بالرائحة فحسب في إقامة الحد ، وقد كان هذا مذهبه رضي الله عنه ، يدل لهذا ما ثبت عن علقمة عنه رضي الله عنه قال : ” كنت بحمص فقال لي بعض القوم : اقرأ علينا . فقرأت عليهم سورة يوسف . فقال رجل من القوم : والله ما هكذا أنزلت . قال : قلت : ويحك والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي أحسنت . فبينما أنا أكلمه إذ وجدت منه ريح الخمر . قال : فقلت : أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب ، لا تبرح حتى أجلدك . قال : فجلدته الحد “^(٢) .

وفي هذا كفاية رداً على كلام السرخسي . أما ما ذكره الحصكفي^(٣) فغير مسلم به أيضاً؛ لأن عقوبة الخمر — كما سبق — ثابتة بالسنة — نوعاً لا مقداراً — قبل أن تكون ثابتة بالإجماع ، ولذا فإن صاحب الهداية قبل أن يذكر أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة قال : والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام

(١) انظر تفاصيل المسألة في : (منهج عمر بن الخطاب في التشريع) لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ، ص ٢٦٧ : ٢٧٩ ، دار الفكر العربي بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٧٠ م .

(٢) فتح القدير ١٨٠/٤ ، ١٨١ ، والحديث أخرجه البخاري ومسلم ، واللفظ لمسلم :

— البخاري ، كتاب فضائل القرآن ، باب القراء من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم .

— مسلم ، كتاب صلاة المسافرين وقصرها ، باب فضل استماع القرآن وتدبره .

وانظر فتح الباري ٥٠/٩ حيث أيد ابن حجر أن ابن مسعود رضي الله عنه كان يحد بالرائحة .

(٣) وهو ما أشار إليه أيضاً صاحب الهداية ، يقول : ” وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ؛ لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود ، وقد شرط قيام الرائحة “ . الهداية ١٨١/٤ .

” من شرب الخمر فاجلدوه “ (١) .

وقد حاول الكرخي تبرير تصرف صاحب الهداية، حيث ذكر أن الحديث من الآحاد ، وبمثله لا يثبت الحد ، والإجماع قطعي (٢) . أما سعدي جلبي فقد أوضح أن صاحب الهداية لم يذكر الحديث إلا لكونه سند الإجماع الذي يثبت به الحد ، لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء ، فإنه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص (٣) لم يجز إيجاب الحد به ، وقوله ” الأصل فيه “ لا يبعد أن يكون منبها على ما ذكرنا (٤) .

وجوابا على ما ذكره الكرخي فإننا لا نبحث عما إذا كان الحديث آحادا أم متواترا ، ولا عما إذا كان الإجماع متحققا في مسألتنا أم غير متحقق ، ولا عما إذا كان الإجماع هل يمكن أن ينتهي إلى غير نص ؟. لا نبحث في هذا كله، ولكن نشير فحسب إلى أن الإمام أبا يوسف نفسه — وهو من ينتصر الكرخي لرأيه في مسألتنا — يثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة (٥) .

وجوابا على ما ذكره سعدي جلبي فإننا نذكر بداية ما رددنا به على الكرخي ، كما أن جمهور الحنفية ذهبوا إلى أن دلالة العام على كل أفرادها قطعية ، ما لم يدل دليل على خروج بعضها منه (٦) . معنى هذا أن مقصود الشيخ سعدي جلبي من تمكن الشبهة في الحديث بالتخصيص ، هو أن دلالة العموم فيه تحولت من القطعية إلى الظنية ، فقد جعل الحنفية التخصيص مؤثرا في قطعية

(١) الهداية ١٧٩/٤ ، وراجع تخريج الحديث ص ٤٢٦ هامش ٥ .

(٢) فتح القدير ١٨١/٤ .

(٣) يقول الزيلعي : ومطلق قوله عليه الصلاة والسلام ” من شرب الخمر فاجلدوه “ مخصوص بالمضطر والمكره ، فجاز تخصيصه أيضا بإجماعهم . تبين الحقائق ١٩٧/٣ .

(٤) حاشية سعدي جلبي ١٨١/٤ ويقول الشيخ سعدي أيضا إن الحديث خص منه الشرب اضطرارا وإكراها فتمكنت فيه الشبهة ، فلا يصح إيجاب الحد به ، كذا في الكافي ، ويجوز أن يقال أيضا لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رآئحته بالقياس . السابق ١٨١/٤ .

(٥) فتح القدير ١٨١/٤ .

(٦) أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله ، ص ٢٧٨ ، دار المثقف العربي بالقاهرة ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

دلالة العام ، يقول الشيخ علي حسب الله : وخلاصة رأي الحنفية أن التخصيص هو القصر الذي يؤثر في حجية العام ، ويجعل دلالاته على الباقي ظنية ، وهو لا يكون إلا بالمستقل المتصل من كلام أو غيره^(١) . والمقصود من الاتصال هنا هو الاقتران الزمني بين العام والخاص .

والسؤال : أين نجد هذا الاقتران بين عموم حديث (من شرب الخمر فاجلدوه) ومخصصاته من اضطرار أو إكراه أو إجماع أو غير ذلك ؟! . مادام شرط الاتصال أو الاقتران غير متوافر فإن الحنفية يعدون ذلك نسخا وليس تخصيصا ، والنسخ لا يفقد العام — كما يقول الحنفية أنفسهم — قطعيته على ما تبقى من أفراد بعد الخارج منه^(٢) . الأمر الذي يلزم عنه نفي أية شبهة عن أفراد عموم الحديث بعد تعيين الخارج منه ، ويلزم عنه كذلك وجوب العمل به ابتداء دون أن يكون سندا للإجماع .

ونجيب على كلام الشيخ سعدي الذي ذكر أن هناك إجماعا على عدم إقامة الحد بالإقرار بعد ذهاب الرائحة ، والمستفاد من ثبوت الحد بالإجماع ، والإجماع لا يثبت إلا برأي ابن مسعود الذي اشترط هذا الشرط ، الأمر الذي ينتهي بنا إلى القول بانعقاد الإجماع على ما اشترطه ابن مسعود رضي الله عنه: نجيب على هذا بما سبق أن ذكرنا، من أن الحد ثبت بالسنة — نوعا لا مقدارا — وليس بالإجماع ، والسنة لم تشترط بقاء الرائحة لإقامة الحد ، فلا تناقض بالإجماع . وبما ذكرناه أيضا من أن حديث ابن مسعود رضي الله عنه في اشتراط هذا الشرط غير ثابت سندا وممتنا . وكذلك بما بيناه من أن حديثه رضي الله عنه لم يذكر فيه أنه رضي الله عنه توقف في قبول إقرار الشارب — إن كان ثم إقرار — حتى يستكفه ، وإنما فيه أنه رضي الله عنه أقام الحد بظهور الرائحة ، وكان هذا مذهبه رضي الله عنه .

(١) السابق ، ص ٢٨٣ .

(٢) الخارج من العام بالتخصيص لم يدخل فيه ابتداء ، والخارج منه بالنسخ دخل فيه ابتداء ثم أخرج . السابق ، ص ٢٨٢ .

معنى هذا كله ، أن الإجماع على اشتراط بقاء الرائحة لإقامة الحد بالإقرار — والذي يدعيه الشيخ سعدي وبعض الحنفية — لم يتحقق ، بل إن الإجماع في مسألة إقامة الحد بالرائحة وحدها — وهي أصل مسألتنا هنا — لم يتحقق أيضا ، برغم عمل ابن مسعود رضي الله عنه بهذا ؛ وذلك لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم ومن بعدهم في المسألة ، فقد سبق أن بينا أن عمر رضي الله عنه لم يقر الحد بالرائحة وحدها ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وغيرهم^(١) . ويعلل ابن قدامة عدم إقامة الحد بالرائحة وحدها باحتمال المضمضة بالخمير ، أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها ، أو ظنها لا تسكر ، أو كان مكرها ، أو أكل نبقا بالغا ، أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كراهة الخمر . وإذا احتل ذلك لم يجب الحد الذي يدرأ بالشبهات^(٢) .

ثم على افتراض أن حد الشرب لم يثبت بالسنة مطلقا ، فإنه لا يسلم لقول صاحب الهداية ” حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود ، وقد شرط قيام الرائحة “^(٣) . ولا لقول الشيخ سعدي ” شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه ، فحل محل الإجماع “^(٤) . لا يسلم بأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على ما شرطه ابن مسعود رضي الله عنه — على افتراض ثبوت ذلك عنه ، وعدم النقل عن بعض الصحابة بما يخالفه — لا يسلم بذلك ؛ لأن من العلماء من أنكر الإجماع السكوتي كالإمام الشافعي ، بل إن أكثر الحنفية وإن اعتبروه حجة فإن الدبوسي الحنفي يذكر عنه بأنه دليل محتمل ، يقول خلال عرضه مراتب الإجماع : (الأقوى إجماع الصحابة نصا ؛ لأنه لا خلاف فيه بين الأمة ، فالعترة يكونون فيهم ، وكذلك أهل المدينة . ثم الذي يثبت بنص بعضهم وسكوت الباقيين ؛ لأن السكوت في

(١) الإشراف لابن المنذر ٨٨/٢ — المغني ١٣٨/٩ .

(٢) المغني ١٣٨/٩ .

(٣) الهداية ١٨١/٤ .

(٤) حاشية الشيخ سعدي ١٨١/٤ .

الدلالة على التقرير دون النص ، فهو سكوت في نفسه ، والسكوت عدم ، والعدم لا يكون حجة ، وإنما صار حجة بالدلالة ، فكان محتملا ، والمحتمل دون المحكم ^(١) .

ثم على افتراض صحة حديث ابن مسعود رضي الله عنه سندا ومعنى ، ومع افتراض أيضا أنه رضي الله عنه توقف في قبول إقرار الرجل حتى يستكهه ، فهذا أيضا لا يصح الاستدلال به على أنه شرط رضي الله عنه لقبول الإقرار بقاء الرائحة ؛ لأن الحديث ينص على أن الرجل جيء به وهو سكران ، وإقرار السكران على نفسه بالشرب غير مقبول — كما سبق — ، فإهمال ابن مسعود رضي الله عنه الإقرار كان لهذا السبب ، وليس من باب اشتراط الرائحة لقبوله ، فالأمر باستكاه الرجل كان للوقوف على سبب الحد وهو الرائحة ، ولا علاقة له بالإقرار ، وبهذا يكون الحديث موافقا لمذهب ابن مسعود رضي الله عنه في إقامة الحد بالرائحة وحدها .

ثم على افتراض أن الرجل أقر وهو غير سكران ، فليس في الحديث ما يدل أيضا على أن ابن مسعود رضي الله عنه اشترط وجود الرائحة لقبول الإقرار ؛ لأنه ربما أمر بالاستكاه حتى إذا ما نكل الرجل عن إقراره بقي عليه دليل إثبات آخر ، وهو الرائحة التي كانت تكفي ابن مسعود رضي الله عنه لإقامة الحد ، على ما عرف من مذهبه رضي الله عنه .

أو ربما أمر بالاستكاه تأكيدا للإقرار ، لا أن يكون شرطا لقبوله ؛ وذلك حتى يكون مطمئنا أن ما أقر به الرجل على نفسه ناتج عن شرب المسكر لا عن فساد عقل ، فالإقرار مع قوة الإثبات به لا يسلم من تسرب الوهن إليه . وعلى هذا فإن العمل بمفهوم المخالفة — ونوعه هنا شرط — لا يصح الاستدلال به باتفاق الأصوليين ؛ لأنه ظهر للشرط فائدة أخرى غير العمل بمفهومه .

(١) نقلا عن : الإجماع بين النظرية والتطبيق ، للدكتور أحمد حمد ص ٧١ وانظر فيه أيضا مذاهب العلماء في الاحتجاج بالإجماع السكوتي ص ٨٣: ٨٦ ، دار القلم بالكويت ، طبعة أولى ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٢ م .

ثم على افتراض أن الشرط لم تظهر له فائدة أخرى سوى العمل بمفهومه — وهو هنا عدم قبول الإقرار بالشرب عند عدم الرائحة — فإن أكثر الحنفية لا يعتقدون به أيضا ؛ لأن الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ، ولا يوجب العدم عند عدمه ، فإن المسكوت عنه يبقى على الأصل فيه حتى يقوم الدليل على خلافه^(١) . معنى هذا أن ابن مسعود رضي الله عنه ، وإن كان يشترط لقبول الإقرار بالشرب بقاء الرائحة في رأي الشيخين ، فليس هناك دليل على أنه كان لا يقبل الإقرار حال زوال الرائحة .

وقد حاول بعض الحنفية رد هذا الاعتراض ، يقول الزيلعي : (ولا يقال ” هذا استدلال بنفي الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد “ ؛ لأننا نقول لا ، بل هو استدلال بعدم الإجماع ؛ لأن ثبوت هذا الحد كان بإجماع الصحابة ، وكان إجماعهم برأي عمر وابن مسعود ، وقد شرطا فيه الرائحة ، ولا إجماع عند عدم الرائحة)^(٢) .

ولكن لا يسلم للزيلعي فيما ذكره ؛ لأن حديث عمر رضي الله عنه في عدم قبول الإقرار بعد زوال الرائحة سبق بيان عدم ثبوته سنداً وممتناً ، وأما عدم إقامة ابن مسعود رضي الله عنه الحد بعد زوال الرائحة أيضا ، فلم يذكر الحنفية نصا صريحا عنه رضي الله عنه في ذلك ، ولذا فلا يبقى إلا الاستدلال عليهم بأنه مستفاد من مفهوم المخالفة — على فرض توافر قيوده — من حديثه في مزمة الرجل — وهو ما حاول الزيلعي رده في قوله السابق — ، وهذا مع غض الطرف عن الطعون الموجهة في سنده ومتمته التي سبق عرضها . وهذا كله يعني أن عدم الإجماع الذي ذكره الزيلعي لا يصلح أن يكون سنداً للحنفية في عدم إقامة الحد بعد زوال الرائحة .

(١) انظر مثلاً في مفهوم المخالفة وأنواعه وحكم كل نوع : شرح التلويح على التوضيح ٢٧٢/١ ، البحر المحيط ١٣٢/٥ ، التقرير والتحبير ١١٥/١ ، أصول التشريع الإسلامي لحسب الله ٣٢٢ .
(٢) تبين الحقائق ١٩٧/٣ . وانظر أيضا : فتح القدير ١٨١/٤ ، حاشية الجبلي على تبين الحقائق ١٩٦/٣ .

وأخيرا فإن قول الشيخ سعدي بأن حديث (من شرب الخمر فاجلدوه)^(١) لما خص منه الشرب اضطرارا وإكراها ، فإنه يجوز أن يخص منه ما زال رائيته بالقياس . قوله هذا لا يجدي شيئا ، وبطلانه يغني عن إبطاله .

ومما سبق كله ، يتبين عدم صواب قول الشيخين الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، في تقييد قبول الإقرار بالشرب والإقرار بالسكر بوجود الرائحة من المقر ، وصواب قول الإمام محمد والجمهور في قبول ذلك حتى لو مضى عليه السنون .

(١) راجع تخريجه ص ٤٢٦ هامش ٥ ، وراجع نص كلام الشيخ سعدي ص ٤٣٥ هامش ٤ .

المطلب الثاني

مناقشة تقادم الشهادة بالجريمة

تناول المطلب السابق مناقشة تقادم الإقرار بالجريمة ، وقد جاء نطاقه في تقادم الإقرار بالشرب وتقدمه بالسكر ، وهذا هو محل الخلاف الوحيد بين الجمهور والحنفية في تقادم الإقرار بالجريمة ، أما تقادم الشهادة بها فقد تمثل الخلاف بينهما في تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى ، وكذا التي يتوقف قبولها عليها .

الفرع الأول

تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى

الذي يخصنا هنا هو الزنى والشرب ، وقد سبق أن ذكرنا أن الجمهور يقبل الشهادة المتقدمة في ذلك ، ما دام توافر في الشهود الشروط المطلوبة . أما الحنفية فلم يقبلوا هذه الشهادة المتقدمة ، وقد سبق أيضا أن عرضنا أدلتهم في ذلك ، وكذا ردهم على أدلة الجمهور .

ونتناول هنا أدلة الحنفية بالمناقشة ، فقد ذكرنا أن أدلتهم منها ما هو منقول ومنها ما هو معقول .

الأدلة النقلية

أما الأدلة النقلية فحديثان : أولهما — وهو الأقرب في الدلالة — ما روي موقوفا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ” أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته ، فإنما هم شهود ضغن “ . ولم يعلم من خالف عمر رضي الله عنه فكان إجماعا . وثانيهما ما نطقت به السنة المرفوعة من رد شهادة صاحب الضغن والحد .

أما حديث عمر رضي الله عنه فقد ذكر الحنفية أن الحسن رواه مرسلا عنه، ولم أهتد لرواية الحسن هذه — في غير مدونات الفقه — فيما بحثت فيه من

كتب السنة ، وما وقفت عليه فيها هو رواية أبي عون^(١) ، ففي المصنف : عبد الرزاق عن ابن عيينة عن مسعر عن أبي عون قال : قال عمر بن الخطاب : ” أيما رجل شهد على حد لم يكن بحضرته ، فإنما ذلك عن ضغن “^(٢) . ورواية أبي عون هذه — برغم توثيق روايتها — غير متصلة أيضا ؛ لأن الحسن إذا كان من الطبقة الثالثة من طبقات التقريب ، وهي الخاصة بالطبقة الوسطى من التابعين ، فإن أبا عون من الرابعة^(٣) .

ولا أريد هنا أن أدخل في غمار مذاهب العلماء في الاحتجاج بالمرسل أو المنقطع — خاصة مراسيل الحسن التي لم يرضها على الجملة كثير من أئمة أهل الخبرة بالفن ؛ لتدليسه — على فضله — ، وإرساله عن الثقة وغيره ، كذا ومخالفته نفسه في بعض مراسيله^(٤) — لا أريد أن أرتاد هذا المعترك ، وإنما

(١) محمد بن عبيد الله بن سعيد ، أبوعون الثقفي الكوفي الأعور . انظر تهذيب التهذيب ٣٢٢/٩

(٢) سبق تخريجه ص ٦٩ هامش ٢ .

(٣) تقريب التهذيب ٥/١ ، ١٨٧/٢ .

(٤) ينظر في الاحتجاج بالمراسيل عامة ، ومراسيل الحسن خاصة :

— جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحافظ العلاءي ، ص ٢٧ : ١٠٢ .

— علل الترمذي وشرح ابن رجب لها ٢٧٣/١ : ٣٢٠ .

— تهذيب الآثار ، لابن جرير الطبري ، مسند علي بن أبي طالب ، ص ١١٣ ، مطبعة المدني بالقاهرة ، بدون تاريخ . يقول الطبري : مراسيل الحسن أكثرها صحف غير سماع ، وأنه إذا وصلت الأخبار فأكثر روايته عن مجاهيل لا يعرفون . ومن كان كذلك فيما يروي من الأخبار فإن الواجب عندنا أن ننتهز في مراسيله .

وقد علق الشيخ أبو فهر محمود شاكر على كلام الطبري بقوله : هذا القول في مراسيل الحسن يقيد .

— رفع الأستار لإبطال أدلة القائلين بفناء النار ، للأمير الصنعاني ، ص ٦٥ ، ٦٦ ، المكتب الإسلامي ببغروت ودمشق ، طبعة أولى ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٤ م . وفيه رد الصنعاني على ابن تيمية في استدلاله بمرسل للحسن عن عمر رضي الله عنه بصيغة الجزم . وانظر حاشية ص ٦٦ ، فقد أكد فيها الألباني — محقق الكتاب — كلام الصنعاني وزاد عليه .

— مقدمة تحقيق الشيخ شعيب لكتاب مراسيل أبي داود ص ٢١ : ٣٧ .

— وينظر كذلك ترجمة الحسن بسير الذهبي ٥٦٣/٤ : ٥٨٨ ، وينظر أيضا في حكم المرسل أمهات مدونات المصطلح والأصول .

أشير فحسب إلى أن دليل المستدل إذا لم يسلم من الطعن في ثبوته من قبل خصمه — أو بالأحرى هنا خصومه — فحجته عليه غير لازمة .

وعلى فرض التسليم بصحته فإنه يمكن أن يوجه معناه بما يخالف فهم الحنفية له ، وهو أن الشاهد لا يحق له أن يشهد إلا بما شهد وعلمه بنفسه ، وإلا لصارت شهادته شهادة ضغن^(١) ، يرشح ذلك ما في رواية عبد الرزاق السابقة ” لم يكن بحضرته “^(٢) ، وإذا تعدد الاحتمال سقط الاستدلال .

ثم على افتراض قطعية دلالاته فإن الموقوف ليس بحجة على الأصح كما حققه أهل الأصول ، ثم على فرض حجتيه فهل يصلح عند الحنفية أنفسهم أن يقيد به إطلاق نصوص الكتاب والسنة المتواترة في الشهادات^(٣) ؟!

كما أن دعوى إجماع الصحابة على قول عمر رضي الله عنهم غير مسلم بها؛ فقد سبق أن عرضنا رفض بعض الأصوليين — ومنهم بعض الحنفية — الاحتجاج بالإجماع السكوتي . ثم إن الحنفية لم يذكروا ولو خبرا واحدا يبين أن الصحابة رضي الله عنهم علموا قول عمر رضي الله عنه ثم سكتوا عنه بل رضوه . ثم لو كان الأمر مجمعا عليه كما قال الحنفية فمن أين أتى الخلاف في المسألة بعد ذلك ، والمخالف هو الجمهور ؟! أترأه خفي عليهم هذا الإجماع ؟!

هذا عن حديث عمر رضي الله عنه ، أما حديث رد شهادة صاحب الضغن والحد الذي نطقت به السنة المرفوعة ، فلا يسلم الاحتجاج به في هذا المقام ؛ لأن الحنفية أنفسهم لا يعملون به في نطاق الشهادة المتقدمة في الحد

(١) لا يخالف هذا الفهم مذهب القائلين بجواز الشهادة على الشهادة في الحدود كما هو بين .

(٢) ليست كل الروايات بهذا اللفظ، فمثلا رواية ابن حزم التي أخرجها عن وكيع — متابعا لسفيان — نصها ” من شهد على رجل بحد لم يشهد به حين أصابه فإنما يشهد على ضغن “ المجلد ١٣/ ٤٥ ، ٤٦ .

(٣) انظر مثلا توجيهاتهم في تخصيص أحاديث ستر الشهادة في الحدود . البحر الرائق ٥٩/٧ وما ذكروه في ذلك لا نجد له سبيلا في أثر عمر رضي الله عنه هنا .

الثابت فيه حق الفرد^(١)، ولو كان صاحب الشهادة المتقدمة متهما بضغن لوجب رد شهادته سواء أكانت حقا للمولى سبحانه أم حقا للفرد .

كما أن الجمهور لا يهمل العمل بهذا الحديث حتى يحتج به عليه ، من ذلك أنهم نصوا على أن شهادة العدو بعداوة دنيوية لا تقبل على عدوه^(٢) ، والمنصوص عن أبي حنيفة رحمه الله هو قبول شهادة العدو بعداوة دنيوية على عدوه ، وحمل الحديث على غير العدل^(٣) ، أي العدو العدل تقبل شهادته على عدوه . وهكذا يقبل الإمام أبو حنيفة شهادة ظاهر العداوة على عدوه ما دام عدلا ، ولا يقبل مظنون العداوة — بسبب تقادم شهادته — حتى لو كان عدلا !! .

ثم لنا هنا أن نتساءل : لو كان الحديث محمولا على غير العدل كما قال أبو حنيفة رحمه الله فما الذي أضافه هذا الحديث إذن ؟ . بمعنى أنه إذا كان الشاهد غير عدل قبل عداوته هل سيكون مقبول الشهادة بغير هذا الحديث ؟ . ثم أين دليل التخصيص الذي اعتمد عليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله ؟ . إذا كان قياسه العداوة على الصداقة ، فقد رد عليه بعض الفقهاء بأن العداوة تخالف الصداقة ؛ لأن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ، وبيع آخرته بدنيا غيره ، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه ، فافترقا^(٤) .

(١) راجع مثلا ما نقلناه — ص ٣٩٧ — عن بعض الحنفية من وجوب ضمان السارق المال بالشهادة المتقدمة دون إقامة الحد عليه .

(٢) حتى إن ابن المنذر ادعى فيه الإجماع ، مهملًا ما جاء عن أبي حنيفة رحمه الله في قبول شهادة العدو على عدوه . راجع الإجماع ص ٦٣ وانظر أيضا : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧/٤ ، روضة الطالبين ٢٣٧/١١ ، المغني ١٠ / ١٨٢ .

(٣) البحر الرائق ٨٦/٧ .

(٤) المغني ١٠ / ١٨٢ .

الأدلة العقلية

هذه هي الأدلة النقلية التي اعتمد عليها الحنفية في رد الشهادة المتقدمة في الحدود الخالصة للمولى سبحانه ، أما الأدلة العقلية فنشير هنا إلى قول المرغيناني ” الشاهد مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو عداوة حركته فيتهم فيها ، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا أما فتقنا بالمانع “^(١) .

وقد تعقب سعدي جلبي المرغيناني في قوله ” وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا “ تعقبه بقوله : ” فيه بحث ، فإن وجوب أداء الشهادة في الحدود قد انتسخ ، فكيف يصير بالتأخير فاسقا ؟ . وفي الكافي وشرح الزيلعي^(٢) أيضا : وإن كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير ؛ لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ، ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته . اهـ . ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا ؛ كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين ، وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا ؛ بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه ، فظهر الفرق . فتأمل في جوابه ، فإنه يمكن أن يقال : بعد اختيار الأداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع “^(٣) .

وهذا التوجيه الذي جاء به سعدي جلبي لم يرضه ابن عابدين ، فبعد أن ذكر كلام المرغيناني السابق قال : ” وأورد على قوله (يصير فاسقا) بأن ذلك لو كان الأداء واجبا ، وليس كذلك ، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجل الستر ، فإذا أدى^(٤) لم يوجد موضع الرخصة المسقطة للوجوب . تأمل “^(٥) .

(١) الهداية ١٦٣/٤ .

(٢) انظر تبیین الحقائق ١٨٨/٣ .

(٣) حاشية سعدي جلبي ١٦٣/٤ .

(٤) كذا ، ولعل الصواب : اختار الأداء . يدل عليه نص كلام سعدي جلبي نفسه .

(٥) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

و' تأمل ' هذه من الألفاظ التي درج عليها ابن عابدين — أدبا وإجلالا — في نقد علماء مذهبه وتوجيه الأنظار إلى مراجعتها^(١) ، وكأن لسان حاله يقول بأنه ليس بمثل هذا التوجيه الذي قاله سعدي جلبي تقيد النصوص التي دعت الشاهد إلى الستر على أصحاب الحدود ، فإنه من الصعب بمكان أن يقول أحد بأن الشاهد إذا اختار الأداء ثم راجع نفسه وعدل عن رأيه ، يكون آثما بذلك وأن الأداء يلزمه ويجب عليه . أفمن يمتثل ما دعت إليه السنة نوجب عليه ونلزمه بما يخالفها ؟!

ثم هب أن الشاهد لم يختار الأداء أو الستر ابتداء ، وأرجأ هذا الاختيار زمنا ، فإنه بناء على توجيه سعدي جلبي لا يكون الأداء واجبا عليه ؛ لأنه لم يختره بداية .

كما أن قياس الشيخ سعدي ، الذي قاس فيه وجوب أداء الشهادة باختياره بداية على وجوب النافلة بالشروع فيها ، قياس مع الفارق ؛ لأن اختيار الأداء أمر يختلف عن الشروع فيه ، فإن من يختار أداء نافلة — ولم يشرع بعد — ثم يرجع عن ذلك ، لا يكون مخلا بواجب ولا تلزمه النافلة . هذا مع غض الطرف عن أن إقامة الحد — الخالص لله سبحانه — وإمضائه يتوقف على عدم رجوع الشهود في شهادتهم .

هذا ، وقد سبق أن ذكرنا كلام ابن الهمام شارحا به نص المرغيناني السابق ، فقد ذكر أن أحد الأمرين — الأداء أو الستر — واجب مخير على الفور كخصال الكفارة ؛ لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي^(٢) .

فابن الهمام يصرف الوجوب إلى فورية اختيار الأداء أو الستر ، ويقيس ذلك على خصال الكفارة ، ولكن الملاحظ هنا هو أن خصال الكفارة لا يجب فيها الاختيار على الفور فلا يتم له هذا القياس ، يقول الكاساني : ” الكفارات

(١) انظر في هذا ما قاله الشيخ عبد الجليل العطا في تقدمته لحاشية ابن عابدين .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ .

كلها واجبة على التراخي ، هو الصحيح من مذهب أصحابنا في الأمر المطلق عن الوقت ، حتى لا يَأْثَمُ بالتأخير عن أول أوقات الإمكان ، ويكون مؤدياً لا قاضياً . ومعنى الوجوب على التراخي هو أن يجب في جزء من عمره غير عين ، وإنما يتعين بتعيينه فعلاً ، أو في آخر عمره بأن أخره إلى وقت يغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه لفات ،^(١) .

ومما يؤخذ من هذا النص ، هو أن من وجبت عليه الكفارة إذا لم يعين وقتاً لأدائها أنها لا تجب عليه حالة ، وأنه في مندوحة في تأخيرها ، ومن ثم فإنه لا يلزمه تعيين أحد خصال الكفارة فيما يجوز فيه التخيير فور شغل ذمته بها . وعلى هذا فإن الشاهد في حد يخص المولى سبحانه لا يجب عليه اختيار الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، قياساً بالأولى على من وجبت عليه كفارة في اختيار أحد خصالها، إذ وجوب الأداء متجه إلى الكفارة وحدها دون الشهادة، حيث نصوص استحباب الستر .

نعود لبقية كلام ابن الهمام لنكمل دلائل العقل لدى الحنفية في المسألة ، يقول : إذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين : إما الفسق ، وإما تهمة العداوة ؛ لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول ، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني ؛ وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما ، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة^(٢) .

وهنا نجد أن ابن الهمام يلزم الشاهد بالفسق أو تهمة العداوة ، أما الفسق فلأنه اختار بداية أداء الشهادة ثم أخر ذلك ، وهذا الوصف الذي حكم به الحنفية — ومنهم ابن الهمام — على الشاهد مبني على وجوب اختيار الشاهد الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، ولكن بعد أن ثبت أن هذا الاختيار العاجل — أو حتى الآجل — ليس واجبا عليه ، فإن النتيجة المترتبة عليه — وهي وصفه بالفسق —

(١) بدائع الصنائع ٩٦/٥ .

(٢) فتح القدير ١٦٢/٤ .

تصير عافية الأثر .

ثم على فرض وجوب الاختيار فور التحمل ، وأن الشاهد اختار الأداء ثم آخر ، فإنه لا يلزمه الفسق بذلك ؛ لأن التأخير إذا سلب عدالة الشاهد في الشهادة في حقوق العباد — بعد تعيينها عليه — فإن ذلك لا يقاس على ما نحن بصدد هنا ، حيث حدود الله الخالصة له سبحانه ، ولا يوصف هذا التأخير بالكتمان الذي لا تقبل معه الشهادة .

كما أن الشاهد العدل الذي اختار الأداء ثم أخره لا يتساوى اتهامه مع اتهام الشاهد الذي تحمل الشهادة وهو فاسق ، بحيث تجاهل أدائها حتى تقدمت ، ثم صار عدلاً فأداها ، فإنها تكون مقبولة ، لأن التحمل ليس من شرطه العدالة ، يقول الكاساني : البلوغ والحرية والإسلام والعدالة ليست من شرائط التحمل ، بل من شرائط الأداء ، حتى لو كان وقت التحمل صبيًا عاقلًا أو عبدًا أو كافرًا أو فاسقًا ، ثم بلغ الصبي وعق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق ، فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم^(١) . لذا فإنه ينبغي حسن الظن بالشاهد العدل أصالة — ما لم يتأكد جرحه — وتقديمه على محدث العدالة ، حيث شبهة تصنعها نكاية في المشهود عليه .

ولعل الأولى من هذا ، هو ما نقل عن الإمام أبي يوسف من أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس تقبل شهادته ؛ لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجهته ، ويمتنع عن الكذب لمروءته . والوجيه من يكون ذا قدر وشرف ، والمروءة الإنسانية . وعلى هذا فإن كان شارب الخمر يستحي ويرتدع إذا زجر فللقاضي أن يقبل شهادته إن كان ذا مروءة ، وتحري في مقالته فوجده صادقاً^(٢) . والحنفية — وإن كانوا لم يقبلوا قول أبي يوسف هذا — لم يطعنوا في نسبته إليه ، ليبقى لنا التساؤل : أين سبيل الوفاق بين قوله هذا وبين رده الشهادة المتقدمة لاحتمال فسق الشاهد العدل ؟!

(١) بدائع الصنائع ٢٦٦/٦ وانظر المغني ١٠/١٩٥ .

(٢) البحر الرائق ٦٣/٧ مختصراً .

هذا عن وصف الشاهد بالفسق بسبب اختياره الأداء ثم أخره ، أما إذا اختار الستر ثم أدى بعد زمن متقدم فقد ألزمه الحنفية تهمة العداوة ، وهذا الحكم منهم مبني على وجوب اختيار الشاهد الستر أو الأداء فور تحمله الشهادة ، ولكن بعد أن ثبت أن هذا الاختيار العاجل — أو حتى الآجل — ليس واجبا ، فإن النتيجة المترتبة عليه — وهي وصفه بتهمة العداوة — تصير عافية الأثر أيضا .

ثم على فرض وجوب الاختيار فور التحمل ، وأن الشاهد اختار الستر ثم أدى بعد زمن متقدم ، فإنه لا يلزمه بذلك تهمة العداوة ؛ لأن ابن الهمام نفسه حينما استدرك على المرغيناني فيما ذهب إليه من أن رد الشهادة بالتقدم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه أقيم التقدم في حقوق الله مقامها ، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها . حينما رد على المرغيناني في هذا ذكر بأنه لا يخفى أن رد الشهادة بالتقدم ليس إلا للتهمة ، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد ، فلا يحتاج إلى إنابته بمجرد كونه حقا لله تعالى^(١) .

فلاحظ هنا أن ابن الهمام قد جعل مناط رد الشهادة بالتقدم على التهمة ، وأن محل التهمة ظاهر يدركه كل أحد . ولكن هل يكون صوابا أن من يختار الستر ثم يؤدي بعد زمن متقدم ، هل التهمة الموجهة إليه يدركها كل أحد ، أم أنها تكون مظنونة فحسب؟. يجيب ابن الهمام على هذا قبل رده على المرغيناني بأسطر قليلة ، فيذكر أن الشاهد سقط عنه الواجب باختيار الأداء أو الستر ، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة^(٢) .

ومع غض الطرف عن تباين عبارات ابن الهمام — لزوم التهمة ، ظاهرة يدركها كل أحد ، مظنونة — فإن التهمة قد يقوى جانبها في شاهد دون آخر ، والقول بلزومها في كل شاهد فيه مجانبة لحقيقة الأمر ، والحنفية أنفسهم أقرروا الأعذار التي توقف التقدم ، كما أن تفرس القاضي الشهود وتحريره عنهم — وكذا المشهود عليهم — والظروف والدلائل المحيطة بالأمر ، ومدى قدراته في

(١) فتح القدير ١٦٣/٤ .

(٢) السابق ١٦٢/٤ .

استعمال السياسة الشرعية : كل هذا وغيره يستطيع القاضي من خلاله الوقوف على صدق الشهادة أو كذبها ، أو حتى تقوية أحد جانبيها ، على نحو يأتي بيانه تفصيلا بعد قليل .

وعلى أية حال ، فإن العداوة المظنونة هنا لن تصل بحال إلى ما ذكره الإمام أبو حنيفة رحمه الله — كما سبق — من قبول شهادة العدو بعداوة دنيوية على عدوه ، وبعض الحنفية — وإن خالفوا الإمام في هذا — لم ينكروا نسبته إليه^(١) .

كما أن التهمة إذا كانت محتملة في الشهادة المتقدمة فإنها قد تكون أكثر احتمالا في شهادة الأخ لأخيه ، أو الصديق لصديقه ، والتي قال بجوازها عامة أهل العلم^(٢) .

مناقشة ردود الحنفية على أدلة الجمهور :

هذه أدلة الحنفية النقلية والعقلية في رد الشهادة المتقدمة في حدود المولى سبحانه ، وكما رأينا لم يسلم جميعها من الرد والنقد . ويبقى أن نتناول ردود الحنفية على أدلة الجمهور بالمناقشة .

١- سبق أن ذكرنا أن الجمهور استدل لقبول الشهادة المتقدمة بعموم النصوص الواردة في شأن الشهادة ، بحيث لم تفرق في وجوب الاعتداد بها ، متقدمة كانت أو غير متقدمة ، مثل قوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٣) . كما لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم أو أحد من خلفائه الراشدين أن سأل شاهدا عن وقت تحمله الشهادة ، ولو كان هذا واجبا لما تأخر النبي صلى الله عليه وسلم في تطبيقه . ويضيف الجمهور أن تضيق الأخذ بمضمون هذه النصوص بتحديد زمن معين لا تقبل الشهادة بعده ، إنما هو ضرب من الاحتمالات

(١) البحر الرائق ٨٦/٧ .

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٦٤ ، بدائع الصنائع ٢٧٢/٦ ، المغني ١٨٨/١٠ .

(٣) الطلاق : ٢ .

والتخمين ، ولا يصح تخصيص النصوص بمثل هذا .

وقد أوجب للحنفية عن هذا الاستدلال بأن النصوص ، وإن كانت لم تحدد وقتا يجب فيه أداء الشهادة، فليس فيها ما يمنع من ذلك ، بحيث ترد بعده لتهمة الشاهد ، فقد نطقت السنة برد شهادة صاحب الضغن أو المتهم به ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ” أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن “ . فهذه الأحاديث يمكن القول بأنها قد خصت عموم النصوص الواردة في الشهادة ، والقاعدة أن العام إذا تعارض مع الخاص فإنه يحمل على التخصيص ، ولذا فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة ، حتى تصان محارمه سبحانه ويدفع الفساد عن المجتمع ، وهذا يتطلب أداء الشهادة على الفور وليس تأخيرها^(١) .

وردا على هذا الجواب نبداً بمناقشة ما جاء بآخره — فليس مما يتعارض مع نصوص الشهادة أن يوقت لأداء شهادة الحسبة — ، فنذكر أنه ليس في حديث صاحب الضغن وكذا حديث عمر رضي الله عنه تحديد وقت معين لا تقبل بعده الشهادة ، وتحديد مدة التقادم بشهر — على ما هو راجح عند الحنفية — لم يرد به نص ، وحتى ما ذكره الإمام أبو حنيفة من عدم تحديد مدة معينة ، وأنه ترك تحديدها لعرف كل مصر وما يراه ولاية الأمر ، حتى هذا فيه إذن — إن لم يكن أمرا — بتحديد مدة، وهي كذلك لم يرد بها نص. وإذا كان الحنفية لا يخصصون عموم الكتاب بالآحاد — وهو ما لم يطبقوه على الحديثين السابقين دون الإفصاح عن سبب ذلك — فبأولى أيضا ألا يخصصوه برأي .

ثم إن التعليل المذكور بعد ذلك ، وهو ”حتى تصان محارمه سبحانه ، ويدفع الفساد عن المجتمع، وهذا يتطلب أداء الشهادة على الفور وليس تأخيرها“، فإنه يقال فيمن استمرأ الشر ، وأما من شرب الخمر مثلا ولم يجاهر به ، فالشاهد مندوب إلى الستر عليه، ولكن إذا تبين له — بعد مدة — أن صاحب الحد

(١) تقادم الدعوى الجنائية ، د. سامح جاد ، ص ١٦ .

لم يرتدع بالنصح وأنه مازال يبتاع خمرا ، فهل تصان محارم الله سبحانه هنا
بألا تقبل الشهادة المتقدمة أم بقبولها ؟! .

هذا ، وقد سبق أن أشرنا إلى أن حديث عمر رضي الله عنه مطعون في
سنده ، وأن متنه يمكن حمله على غير التقادم ، وأن الحديث لو صح سنداً ولم
يضطرب متناً فهو أخص من دعوى الحنفية . وأما حديث صاحب الضغن أو
المتهم به ، فليس مما يختص بالتقادم ، وإنما هو في كل شاهد ظهرت عداوته أو
دلائلها بينه وبين المشهود عليه ، سواء أ جاءت شهادته متقدمة أم لا . وقد سبق
أيضاً ذكر قول الإمام أبي حنيفة بقبول شهادة العدل بهذه العداوة ، فأولى بدونها
مع تقادمها .

٢ — كما أنهم قالوا بأن عدالة الشاهد هي محور رد شهادته أو قبولها ،
فلا يؤثر في عدالته تأخير أداء الشهادة أو التعجيل به . كما أن الطعن في عدالة
الشاهد بسبب التأخير ليس يقينا ، فلا يزال اليقين ظاهراً — وهو عدالته
الظاهرة — بما ليس بيقين .

وقد ذكرنا أيضاً أن الحنفية قد أجابوا على هذا الاستدلال ، بأن الشاهد
مخير بين حسبتين : أداء الشهادة ، والستر . فالتأخير إن كان لاختيار الستر ،
فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها ، وإن
كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً أثماً فتيقنا بالمانع .

كما أضاف الشيخ أبو زهرة إلى هذا أن الحدود تقام على أساس نفي أية
شبهة أو تهمة ، والتهمة هنا أمر خفي نفسي ، والأمور الخفية النفسية إذا كانت
تدفع أمام الأمور الثابتة ، فإنها لا يلغى اعتبارها في الحدود ، ويكتفى في الدلالة
عليها بأمور تثبت مظنة وجودها ، وقد أقيمت المدة التي تأخرها الشاهد ولا
يؤدي فيها شهادته كاشفة لهذا الأمر الظني الخفي ، وإن ذلك يكفي في إيجاد
الشبهة المسقطة للحد . ثم نقل عن الزيلعي قوله : الحكم يدار على كونه حقا لله
تعالى ، فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفرادها ؛ إذ التهمة أمر باطن لا يوقف
عليه ، فيكتفى بالصورة ؛ لأن الحد يسقط بصورة الشبهة .

وردا على هذا الجواب ، نذكر أن ما جاء في بدايته — وهو من كلام الإمام المرغيناني — سبق قبل قليل الرد عليه تفصيلا ، ومعه ما ذكره الإمام ابن الهمام شرحا له .

وأما ما أضافه الشيخ أبو زهرة في هذا الجواب ، ففيه شرح بعض دلائل الحنفية ، مثل عبارة الزيلعي السابقة ، والتي لا تتفق مع الأعذار التي ذكرها الحنفية أنفسهم في وقف التقادم ، مثل بعد الشاهد عن القاضي أو مرضه أو ما شابه ذلك . ولو سلمنا أن هذه الأعذار مستثناة مما ذكره الزيلعي فليس ثمة وجه للاقتصار على ما كان قهريا منها ، بمعنى أنه يمكن أن يضاف إليها الأعذار الإرادية، فالشاهد إذا كان عدلا والمشهود عليه ليس كذلك ، وبرر الشاهد تأخيرته بمعاودة نصح المشهود عليه عله يتوب ولكن دون استجابة ، بل ظل يعاود أماكن الريبة . فكيف نرد مثل هذه الشهادة التي تشير الدلائل إلى صدقها بأمر يبعد ظنه؟! ثم هل من مصلحة المجتمع بل المشهود عليه نفسه رد هذه الشهادة أم قبولها؟! ثم ماذا لو داهن المشهود عليه الشاهد وأظهر أمارات الصلاح شهرا — مدة التقادم — ثم عاد بعد ذلك مقارفا للحد محتاطا فيه؟! ربما دفع موقف الحنفية هذا الشاهد إلى الكذب في وقت تحمله الشهادة ؛ لأنه يعلم صدق نفسه فيما شاهده .

وبعيدا عن اصطلياد الأمثلة التي تؤيد مذهب الجمهور ، فإنه مما ينبغي ألا يختلف فيه هو أنه ليس أية شبهة تصلح أن يسقط بها الحد ، فمثلا لو ادعى مسلم — يعيش في بلد مسلم عربي — جهله بتحريم الزنى ، كيف يرفع عنه الحد بهذه الشبهة؟! ومن شوهذ بأماكن اللهو يشرب الخمر منتشيا به كيف يرفع عنه الحد بشبهة التداوي مثلا؟! فالشبهة التي ترفع الحد هي الشبهة المحتملة لا المطلقة^(١) .

(١) انظر مثلا في تقرير هذه القاعدة : نيل الأوطار ١٠٥/٧ مع مراعاة أن حديث درء الحد بالشبهة لم يصح مرفوعا ، وإنما ثبت موقوفا . انظر : إرواء الغليل رقم ٢٣١٦ ، ٢٣٥٥ ، ٢٣٥٦ .

فالحنفية عندما يسقطون الحد بالشهادة المتقدمة ، ينطلقون في ذلك من موقفهم من توسيع دائرة الشبهات ، حتى شملت المحتمل منها والمطلق . من ذلك مثلا ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله ، من أن من يستأجر امرأة ليزني بها فإن الحد لا يقام عليه، وقد عبر صاحب البحر عن دليله فقال ما نصه : ” وله أن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) فصار شبهة ؛ لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة ، فصار كما لو قال أمهرتك كذا لأزني بك . قيدنا بأن يكون استأجرها ليزني بها؛ لأنه لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب الحد اتفاقا ؛ لأن العقد لم يضاف إلى المستوفي بالوطء ، والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر ،، ^(٢) .

وقد نفى الشيخ أبو زهرة أن يكون الإمام أبو حنيفة منسوبا إليه هذا الأمر ، يقول ما نصه أيضا : (وفي النقل عن أبي حنيفة في مسألة المرأة المستأجرة أو المعارة خطأ ؛ لأن هذا غير المنصوص عليه في كتب الحنفية ، فقد جاء في البدائع ما نصه ” ولو وطئ المستأجر جارية الإجارة ، والمستعير جارية الإعارة ، والمستودع جارية الوديعة : يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي ؛ لأن هذا ظن عري عن دليل ، فكان في غير موضعه فلا يعتبر ،، ^(٣) (٤) .

ولكن النص الذي نقله الشيخ أبو زهرة عن الكاساني ليس فيه نفي لما نسب للإمام أبي حنيفة ، وإنما فيه أن الكاساني يعبر عن رأيه فحسب ، وهو وجوب الحد — وهو الصواب يقينا — ، مثله في ذلك مثل ابن الهمام الذي أخذ برأي صاحبين دون رأي الإمام ^(٥) ، وأيضا مثل رأي الحصكفي الذي يقول :

(١) النساء : ٢٤ .

(٢) البحر الرائق ١٩/٥ ، ٢٠ .

(٣) البدائع ٣٧/٧ .

(٤) فلسفة العقوبة (القسم الثاني) ص ١٨ ، ١٩ .

(٥) فتح القدير ١٤٩/٤ ، ١٥٠ .

والحق وجوب الحد كالمستأجرة للخدمة^(١). ويعلق ابن عابدين على كلامه بقوله: أي كما هو قولهما ، وهذا بحث لصاحب الفتح ، وسكت عنه في النهر ، والمتون والشروح على قول الإمام^(٢) .

كما ذهب الإمام أبو حنيفة أيضا إلى عدم إقامة الحد على من نكح ذات محرم ، وكذلك في كل نكاح مجمع على بطلانه ، كنكاح خامسة أو متزوجة ، ووطئها عالما بالتحريم ؛ وذلك لأن صورة العقد شبهة يندري بها الحد^(٣) !! .

كذلك يرى الإمام أبو حنيفة أن الشهادة بالزنى إذا تمت فصدقهم المشهود عليه فإن الحد يسقط ؛ لأن شرط صحة البينة الإنكار ، وما كمل الإقرار^(٤) . وقد رد ابن قدامة على ذلك بقوله تعالى ﴿فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾^(٥) ، وبأن النبي صلى الله عليه وسلم بين السبيل بالحد فتجب إقامته . ولأن البينة تمت عليه فوجب الحد كما لم يعترف . ولأن البينة أحد حجتي الزنى فلم يبطل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها كالإقرار ، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها ، فلا يقدح فيها ، كتركية الشهود والثناء عليهم ، ولا نسلم اشتراط الإنكار . وإنما يكتفى بالإقرار في غير الحد إذا وجد بكماله، وهاهنا لم يكمل، فلم يجز الاكتفاء به ، ووجب سماع البينة والعمل بها . وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ، ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه إقرارا تاما ، ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه ، وقوله يقتضي خلاف ذلك^(٦) .

(١) الدر المختار ١٥٧/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ١٥٧/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٥/٧ ، ٣٦ — فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ١٦ ، ١٧ ، ٢٥:٢٢ وقد

أبطل الشيخ أبو زهرة — بحق — ما قال به الإمام أبو حنيفة رحمهما الله .

(٤) لعدم تكراره حتى يصل إلى أربعة أقرار .

(٥) النساء : ١٥ .

(٦) المغني ٧٠/٩ .

وقد أسقط الإمام أبو حنيفة أيضا الحد عن أقر بأنه زنى بامرأة فكذبته ؛ وذلك لأن الزنى فعل مشترك بينهما، قائم بهما، فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة في الآخر^(١). وقد أجاب ابن قدامة أيضا على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه رجل فأقر عنده أنه زنى بامرأة ، فسامها له ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة ، فسألها عن ذلك ، فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحد وتركها^(٢). ولأن انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل إقراره كما لو سكتت أو كما لم يسأل . ولأن عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه ، وهو قول عمر : إذا كان الحبل أو الاعتراف^(٣). وقولهم ” إنا صدقناها في إنكارها “ لا يصح ، فإننا لم نحكم بصدقها . وانتفاء الحد إنما كان لعدم المقتضى وهو الإقرار أو البينة ، لا لوجود التصديق ، بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة^(٤) .

وبهذا الاتساع غير الصائب من الحنفية في مفهوم الشبهة لا يبدو غريبا إذن ما ذكره من أنه لا ينظر إلى تهمة الشاهد — وهي أساس الأخذ بالنقادم — وإنما إلى المدة وحدها ، ولا يبدو غريبا كذلك أن يفسر تأخير الشاهد بالتهمة وحدها دون أن يسانده دلائل تؤيده ، بل يصادم ما يخالفه ، وهو أن الأداء ليس واجبا ، واختيار الأداء أو الستر فور التحمل ليس واجبا أيضا، ولم يصح النص الوارد في التقادم ، ولو صح فمتأول ، وتحديد المدة لم يرد بها نص ، والعدالة ثابتة ، والإدلاء بالشهادة وقتما يشاء الشاهد حق لا يسلب منه إلا بنص أو ما في حكمه، ومظاهر العداء بين الشاهد والمشهود عليه ليست ظاهرة ولا كائنة،

(١) البحر الرائق ٢٠/٥ .

(٢) حديث صحيح ، أخرجه :

— أحمد ، باقي مسند الأنصار ، رقم ٢٢٣٦٨ .

— أبو داود ، كتاب الحدود ، باب رجم ماعز بن مالك ، وباب إذا أقر الرجل بالزنى ولم تقر المرأة .

(٣) الموطأ ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الرجم . مع مراعاة أن الحد بالحبل له ضوابطه تنظر في مواضعها .

(٤) المغني ٦١/٩ .

واحتمالات التأخير — غير التهمة — متعددة ، كالنسيان^(١) أو معاودة النصح أو الجهل بردها بالتقادم أو تحملها الشاهد وهو فاسق أو غير ذلك من أسباب . لا يبدو غريبا أن تترك كل هذه الثوابت الظاهرة لأجل ظن خفي لا يقوم على ساق سوية .

ولعل في حادثة عمر بن الخطاب مع المغيرة رضي الله عنهما ما يؤكد ذلك ، حيث إن الظن بإيلاج المغيرة كالمروود في المكحلة لا يختلف أحد في قوته لحد يقارب الحقيقة ظاهرا ، فقد صرح ثلاثة بذلك في شهادتهم ، والرابع المتوقف لم يكذبهم وإنما ذكر ما يدنو من شهادتهم ويسهم في صدقها . وبرغم هذا فإن عمر رضي الله عنه لم يلتفت إلى هذا الظن الضارب بأوفر قدر من الصدق ؛ لأجل معارضته ما هو ثابت بالنص . ليس هذا فحسب ، بل أقام حد القذف على أبي بكره وصاحبيه رضي الله عنهم ، ولم تقبل شهادة أبي بكره رضي الله عنه وحده بعد ؛ لأنه أصر على ما شهد به .

فعمر رضي الله عنه ترك الظن الذي لو أخذ به أقيم الحد ، والجمهور — في الشهادة المتقدمة — تركوا الظن الذي لو أخذوا به سقط الحد . وبون شاسع بين التثبت في إقامة حد وبين التماس أسباب رفعه ، بيد أن بين الأمرين قدرا مشتركا، وهو أن الظن إذا لم يثبت بقرائن ظاهرة لم تعطل لأجله النصوص ، فحادثة عمر رضي الله عنه ترك فيها الظن لأجل الشهادة التي لم تكمل ، وهو ما ثبت نصا ، والجمهور لم يلتفت للظن الحادث عن الشهادة المتقدمة — دون أن يعتمد هذا الظن على سند ثابت ظاهر — لأجل معارضته للنصوص التي توجب الأخذ بالشهادة .

٣ — كما قاس الجمهور الشهادة المتقدمة على الإقرار المتقادم ، وكلاهما حجة يثبت بها الحد ، برغم أن الإقرار — متقادم أو غير متقادم — لا يمكن

(١) يذكر ابن قدامة أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها ، وقال كنت أنسيتها : قبلت ، ولم ترد شهادته . ويذكر كذلك أنه لا يعلم فيه مخالفا ؛ وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، والناسي لا شهادة عنده ، فهو صادق في إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده ، فلا نكذبه مع إمكان صدقه .
المغنى ٢٦٨/١٤ بيسير تصرف .

الجزم بصدقه ظاهرا وباطنا، فلماذا لا تأخذ الشهادة حكمه ؟.

وقد أجاب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا ، من ذلك ما قاله الزيلعي :
تهمة الضغينة لا تتصور في الإقرار ، لأن المقر لا يعادي نفسه ، كما أن الإقرار
لا يبطل بالتهمة والفسق^(١) .

وهذا الجواب لا حاجة لمناقشته ؛ لأن الحنفية أنفسهم لا يختلفون مع
الجمهور في الأخذ بالإقرار المتقادم ، سوى ما سبق ذكره من أن الشيخين أبا
حنيفة وأبا يوسف أخذوا بتقادم الإقرار في الشرب ، وقدر مدته بزوال الرائحة ،
وقد خالفهما الإمام محمد في ذلك ، حيث ذهب إلى عدم تقادم الإقرار مطلقا ،
موافقا في ذلك الجمهور ، وهو ما سبق أن أثبتنا صوابه .

٤ — كما قاس الجمهور أيضا الشهادة المتقادمة في الحدود على الشهادة
— المتقادمة أو غير المتقادمة — في حقوق الأدميين ، فليس هناك فرق بين
شهادة متقادمة في حق أو في حد ، فلماذا نقصر قبولها على الحقوق ؟ .

ويجيب الحنفية على هذا الاستدلال أيضا بأن التقادم غير مانع في حقوق
العباد ؛ لأن الدعوى فيها شرط، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب
تفسيقهم ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ، فالشهادة فيها لا تتوقف على
الدعوى .

ويضيف الشيخ أبو زهرة : ” وقد رد الذين اعتبروا تأخير الشهادة
شبهة قياس الشهادة في الحدود على الشهادة في الأموال ، من حيث إن التأخير
لا يمنع سماعها . فقالوا إن القياس ممنوع ؛ لأن الموضوع غير مسلم ، فإن
الشاهد لو تأخر في أداء الشهادة بعد أن طلب منه أدائها اعتبر فاسقا ؛ لقوله
تعالى ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾^(٢) ، وإذا كان فاسقا بهذا

(١) تبين الحقائق ١٨٨/٣ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

التأخير فإن شهادته لا تقبل . ولو سلم أن حقوق العباد تسمع فيها الشهادة مع التأخير في أدائها عند وجوب الأداء ما كان ثمة موضع للقياس أيضا ؛ لأن حقوق العباد لا تسقط بالشبهات ، بينما الحدود تدرأ بالشبهات“ ، (١) .

كما أن هناك فرقا بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين ، حيث بنيت حقوق الله على التسامح ، وحقوق العباد على المشاحة ، فما يصلح أن يكون وسيلة إثبات لأحدهما قد لا يصلح وسيلة إثبات للآخر (٢) .

ويمكن مناقشة جواب الحنفية بالقول بأن الشاهد إذا لم يكن متهما بتأخير الدعوى فإن التهمة ستلحق صاحب الحق في الدعوى من باب أولى ؛ لأن العادة جرت على ألا يترك صاحب الحق حقه زما متقادما ، ثم يطلبه بعد ذلك ، دون أن يكون له عذر في هذا التأخير .

كما أنه ليس شرطا أن يكون سبب تأخير الشهادة هو تأخير الدعوى ، فقد يعلم الشاهد برفع الدعوى ، ومع هذا يتأخر في أدائها ، لعلمه مثلا بعدم تعيينها عليه ، وبرغم ذلك تقبل شهادته المتقدمة بعد طلبها منه .

وأما ما أضافه الشيخ أبو زهرة ، فإن الجمهور لم يقل بأن الشاهد في حد خالص لله تعالى إذا دعي للشهادة فلم يلب دون عذر أن شهادته تقبل بعد ذلك ، تقادمت أو لم تتقادم ، مثل القاذف الذي يطلب شهادة الشهود فلم يلبوا دون عذر ، ثم شهدوا على المقذوف نفسه بعد ذلك بزمن متقادم أو غير متقادم فإن شهادتهم لا تقبل . لم يقل الجمهور بقبول شهادتهم حتى يعترض عليهم بما ذكره الشيخ أبو زهرة . هذا ، والجواب على بقية كلام الشيخ أبي زهرة ، سبق أن أوضحنا بالتفصيل أن الشبهة الناتجة عن التأخير في الشهادة بحدود الله الخالصة لا تقوى على درء الحد ، فلا حاجة إلى إعادته ثانيا .

(١) فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٤٧ .

(٢) انظر : السرقة بين التجريم والعقوبة ، د. الشافعي عبد الرحمن ، ص ٨٨ .

٥ — كما ذكر الجمهور أن ولي الأمر ليس له الحق في أن يعفو عن هذه الجرائم ؛ لأنه ليس هناك نص يجيز له ذلك ، وإذا ثبت هذا فقد امتنع القول بتقادم دليلها .

وقد يقال بأن هذا ليس عفوا من ولي الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن العفو يأتي بعد سلامة وسائل الإثبات من التهمة ، مثل عفوه عن بعض جرائم التعازير لمصلحة يراها ، وهذا ما لا نجده في الدليل المتقادم . كما أن ولي الأمر لم يعدم نصا يسوغ له رد هذا الدليل المتقادم .

وإذا كان التقادم يختلف عن العفو، فإن النصوص الواردة في شأن التقادم سبق بيان عدم صحة سندها ، ولو افترضنا صحة سندها فإن دلالتها — كما سبق أيضا — لا تسلم لما قاله الحنفية .

٦ — وآخر ما ذكره الجمهور هو أن تأخير الشهادة قد يكون لعذر أو غيبة ، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ؛ لأنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا . ولم يحر الحنفية جوابا على هذا ، فقد نصوا أيضا على عدم رفع الحد بتأخير الشهادة بسبب العذر أو الغيبة . ولكن سبق القول بأن الحنفية يعتدون بالعذر فيما كان قهريا كالمرض ، أما العذر الإرادي فالظاهر من تصرفهم عدم الاعتداد به دون أن يكون لهم في ذلك دليل ثابت^(١) .

تعقيب

وبعد أن تبين لنا أن أدلة الحنفية وأجوبتهم على أدلة الجمهور لم تسلم من توجيه النقد إليها ، فإن فروع المسألة تبعا لذلك تصير غير مسلم بها أيضا . من ذلك مثلا مدة التقادم ، والمدة التي يرجحها غالب فقهاء الحنفية هي شهر ، قياسا على مسألة الحلف بقضاء الدين عاجلا ، حيث يرون أن العرف قد جعل الشهر حدا فاصلا بين العاجل والآجل ، فمن أدى دينه قبل الشهر لم يحنث أما بعده

(١) راجع ص ٤٥٣ .

فيحنت .

وعلى فرض التسليم بأن الشهادة بحد خالص لله سبحانه تسقط بالتقادم كما قال الحنفية ، فإنه لا يسلم لهم بفرض الشهر مدة للتقادم ؛ لأنه لم يرد بذلك نص من كتاب أو سنة أو حتى أثر ، والعرف لا بد أن يأتي موافقا للقواعد العامة للشريعة حتى يكون محلا للاستدلال ، كما أنه دائما يتغير بتغير الزمان والمكان ، ثم هل الشهر يزيد يوما أو ينقص يختلف عن الشهر التام في نفي التهمة عن الشاهد أو إلحاقها به ؟! . كذلك فإنه يخشى من تحديد مدة للتقادم ألا يبحث بعد ذلك في وجود التهمة بالشاهد أو نفيها عنه ، وأن يصرف الاهتمام فحسب إلى المدة وحدها ، وهو ما قاله الحنفية فعلا ، فقد سبق أن ذكرنا بعض أقوالهم في جعل التقادم مقام التهمة ، وأن التهمة لا تعتبر في كل فرد ؛ لأنها أمر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة . كما أن الاكتفاء بالمدة وحدها قد يلغي اعتبار أية وسيلة إثبات أخرى تقوي جانب الشهادة المتقدمة ، مثل القرائن والسياسة الشرعية وغير ذلك من وسائل إثبات لا تنفك عن الوسائل العلمية المتطورة في إثبات الجريمة .

ولكن هل معنى عدم سلامة أدلة الحنفية مما سبق أن يصبح رأيهم مطروحا كلية ، وأن تقبل كل شهادة متقدمة في حدود الله الخالصة ما دام الشهود عدولا ؟ .

ربما يكون الجواب بالإثبات لو كان الأمر في قرون الخيرية الأولى ، حيث عدالة الشهود هي الأصل في الناس ، وإجراءات التقاضي يسيرة ، والإحاطة بأحوال الشهود لا تكلف القاضي كثيرا في الوقوف عليها . أما اليوم فأمر العدالة عزيز ، كما ترخص القضاء في كثير من ضوابطها ، بحيث إن شهادة العدل بمفهوم اليوم لم تكن لتقبل بحال في تلك القرون ، وقد زاد من هذا الترخص اكتظاظ ساحات المحاكم بالقضايا ، بحيث أصبح من العسير بمكان أن يرسل القاضي العدل عدولا ينظرون في عدالة الشهود بسؤال العدول عنهم ، كما صار شراء الذمم والشهادات أمرا مألوفا ، حتى لو كان الأمر في نطاق الحدود الخالصة للمولى سبحانه نكاية في المشهود عليه ، وربما جلبا لمصالح

من وراء حده وعقابه .

وليست هذه العوارض تخص الشهادة المتقدمة وحدها ، بل نجدها أيضا في غير المتقدمة ، غير أن بروز بعضها في المتقدمة أجلى وأوضح . وليس معنى هذا أيضا أن نعطل وسيلة إثبات هي من أهم وأبرز وسائل الإثبات ، غير أن الأمر اليوم يقضي بتقييد الاعتداد بها بما لا يخرجها أيضا عن متناول عموم النصوص الواردة في إقامتها ، وهذا التقييد يتمثل في أمور :

١- أن يبعث القاضي في السؤال عن عدالة الشهود ، ولا يمنع هذا الأمر كونه عسيرا ، فهو ليس مستحيلا . كما أن الشهادة أثرها خطير ، ليس فحسب فيما نحن بصدد ، وإنما في كافة أنواع التقاضي ، من معاملات وجرائم وعقوبات وأحكام أسرة وغير ذلك ، وبقدر هذه الأهمية للشهادة ينبغي أن يكون كذلك التوثق منها . ولا بد أن تتفق الكلمة في تعديل الشهود ؛ لأن اختلافها مع تقادم الشهادة يعد شبهة تسقط الحد . وعلى هذا فلا يكتفى مطلقا بشهادة مجهول الحال اعتمادا على إسلامه وأنه يكون بهذا ظاهر العدالة ، يقول ابن تيمية رحمه الله : وأما قول من يقول : الأصل في المسلمين العدالة . فهو باطل ، بل الأصل في بني آدم الظلم والجهل ، كما قال تعالى ﴿ وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾^(١) ومجرد التكلم بالشهادتين لا يوجب انتقال الإنسان من الظلم والجهل إلى العدل^(٢) . كما يذكر الكاساني رحمه الله أنه لا خلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في أن القاضي يسأل عن حال الشهود في الحدود والقصاص ، ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة ، سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن^(٣) .

٢- أن يبعث القاضي كذلك من يسأل عن وجود أية دلالات ظاهرة على عداوة أو تحرشات بين أحد الشهود والمشهود عليه ، ولا مانع كذلك من السؤال

(١) الأحزاب : ٧٢ .

(٢) مجموع الفتاوى : ٣٥٧/١٥ .

(٣) البدائع ٢٧٠/٦ .

عن أحوال المشهود عليه ، فمثلا لو كان المشهود عليه مبرزاً في العدالة وكان بينه وبينه أحد الشهود يسير عداوة دنيوية ، فإن ذلك يكفي في درء الحد عنه ، ولعلنا نستأنس في ذلك بما جاء عن ابن سيرة قال : إنا لبمكة إذ نحن بامرأة اجتمع عليها الناس ، حتى كاد أن يقتلوها ، وهم يقولون زنت زنت ، فأتي بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي حبلى ، وجاء معها قومها فأثنتوا عليها بخير . فقال عمر : أخبريني عن أمرك . قالت : يا أمير المؤمنين ، كنت امرأة أصيب من هذا الليل ، فصليت ذات ليلة ثم نمت ، وقمت ورجل بين رجلين فقذف في مثل الشهاب ، ثم ذهب . فقال عمر رضي الله عنه : لو قتل هذه من بين الجبلين لعذبهم الله . فخلى سبيلها ، وكتب إلى الآفاق أن لا تقتلوا أحداً إلا بإذني^(١) . أما إذا كان المشهود عليه معروفاً بين الناس بسوء فعالة فإن يسير العداوة — الذي لا يخلو منه تعاملات الناس اليومية — لا يعفيه من الحد .

٣— أن يسأل القاضي الشاهد عن سبب تأخيرهِ ، فإن لم يبد سبباً أو أبدى سبباً واهياً ، وتفرس القاضي فيه ريبة ، فإنه يرد شهادته بذلك ، يقول القرطبي في قوله تعالى ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(٢) : لما كانت الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة منيفة ، وهي قبول قول الغير على الغير ، شرط تعالى فيها^(٣) الرضا والعدالة . فمن حكم الشاهد أن تكون له شمائل ينفرد بها وفضائل يتحلى بها حتى تكون له مزية على غيره ، توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص بقبول قوله ، ويحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته . وهذا أدل دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات عند علمائنا على ماخفي من المعاني والأحكام . وفيه ما يدل على تفويض الأمر إلى اجتهاد الحكام ، فربما تفرس في الشاهد غفلة أو ريبة فيرد شهادته لذلك^(٤) .

(١) سنن البيهقي بسند صحيح ، مع حذف يسير ، ٢٣٦/٨ .

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(٣) في المدائنة .

(٤) تفسير القرطبي ١٢٠٤/٢ ثم عاود القرطبي الكلام عن الاستدلال بالأمارات والعلامات عند تفسيره شاهد يوسف عليه السلام . ٣٤٠٣/٥ .

٤- أن ينظر القاضي في حال المشهود عليه ، فإذا علم بالسؤال وقرائن الأحوال أنه قد تاب واستقامت حاله ، وممر من الزمان المتقادم ما يشهد له بصدق توبته - ولو ظاهرا - فإنه يسقط عنه الحد لأجل ذلك^(١) .

الفرع الثاني

تقادم الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى

هذا عن تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى ، أما الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى فالذي يخصنا هنا هو القصاص ، والسرقه ، والقذف .

القصاص

أما القصاص فإن كلا من الجمهور والحنفية يرون أن تقادم الشهادة بالقصاص لا يمنع قبولها ؛ وذلك حتى لا يضيع حق العبد ، وأن الشاهد معذور في تقادم شهادته لتأخير المدعي دعواه .

ولكن لا يلزم أن يكون الشاهد معذورا في كل حال ، فقد يكتم الشاهد شهادته برغم طلب صاحب الدعوى - غير المتقادمة - منه شهادته ، فلا يجيبه إلا بعد زمن متقادم دون عذر ، وهذا لا شك في عدم قبول شهادته ، يقول سبحانه : ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(٢) .

وقد يكتم الشاهد شهادته دون عذر ، على الرغم من علمه من تعينها عليه ، وعلمه أيضا من عدم علم صاحب القصاص بها ، وفي عموم هذه الحالة يقول ابن قدامة : ومن كانت عنده شهادة لأدمي، لم يخل إما أن يكون عالما بها،

(١) انظر على سبيل المثال في إسقاط الحد بالتوبة : المغني ١٣٠/٩ - مجموع الفتاوى ٣١/١٦ ،

٣٠١/٢٨ - التشريع الجنائي الإسلامي ٣٥٣/١ : ٣٥٥ - فلسفة العقوبة 'القسم الثاني' ص ٦٢ : ٧٤ .

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

أو غير عالم . فإذا كان عالماً بها لم يجز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم ” خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يأتي قوم يذرون ولا يوفون ، ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون “^(١)، ولأن أدائها حق للمشهود له ، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه .

وإذا كان المشهود له غير عالم بها ، جاز للشاهد أدائها قبل طلبها ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ” ألا أنبئكم بخير الشهداء؟. الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها “^(٢) . قال مالك : هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له . وهذا الحديث — وإن كان مطلقاً — فإنه يتعين حمله على هذه الصور ؛ جمعا بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها ، بخلاف العالم بها ، وهذا مذهب الشافعي^(٣) .

وكما قال ابن قدامة فإن هذا هو مذهب الشافعي ، وقد ذكره جماعة منهم الشيخ أبو علي^(٤) ، ولم يذكر فيه خلافاً^(٥) . ولكن ابن أبي الدم الشافعي تعقب مذهبه في هذا ، فذكر أن فيه نظراً ظاهراً ؛ إذ كان يمكن أن يكلف الشاهد إعلام المالك بذلك إن أمكنه ، ثم يشهد الشاهد بعد الدعوى ، فهذا أولى من قبول شهادة

(١) البخاري ، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على جور إذا شهد .

(٢) الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب ما جاء في الشهادات .

مسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود .

(٣) المغني ٢٠٣/١٠ .

(٤) أبو علي الحسين بن شعيب بن محمد السنجي الشافعي ، عالم خراسان ، مات سنة نيف وثلاثين وأربعمائة ، من تصانيفه : شرح التلخيص لأبي العباس ، كتاب المجموع ، شرح مختصر المزني . راجع : طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي ٣٤٤/٤ الحلبي بالقاهرة ، طبعة سنة ١٩٦٥ م .

معجم المؤلفين ١١/٤ ، ١٢ .

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم ، ١٠٣/٢ مطبعة الإرشاد ببغداد ، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الدينية بالعراق ، طبعة أولى ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤ م .

حسبة في حق آدمي من غير دعوى ، مع إمكان الدعوى^(١) .

وعلى هذا فقد حمل ابن أبي الدم الحديث السابق على شهادة الحسبة ، يقول : شهادة الحسبة عبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداء ، لا بطلب طالب ، ولا بتقدم دعوى مدع . ومعنى حسبة أي احتسابا لله تعالى^(٢) ، وعليه حمل قوله عليه الصلاة والسلام ” خير الشهود من شهد قبل أن يستشهد “^(٣) .

وعلى أية حال فإن ما ذكره ابن قدامة و ابن أبي الدم محمول على عدم تعيين الشهادة على الشاهد ، وإلا فهي واجبة وليست جائزة فحسب ، ترد بتقدمها فلا تقبل منه ، يقول القرطبي : من كانت عنده شهادة لرجل لم يعلمها مستحقها الذي ينتفع بها ، فقال قوم : أدائها ندب لقوله تعالى ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٤) ففرض الله الأداء عند الدعاء ، فإذا لم يدع كان ندبا لقوله عليه الصلاة والسلام ” خير الشهاداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها “ . والصحيح أن أدائها فرض وإن لم يسألها إذا خاف على الحق ضياعه أو فوته ، فيجب على من تحمل شيئا من ذلك أداء تلك الشهادة ، ولا يقف أدائها على أن تسأل منه

(١) السابق ١٠٣/٢ ، ١٠٤ باختصار وتصرف . وما ذهب إليه ابن أبي الدم صححه النووي من بعده ، يقول : وأما ما هو حق آدمي كالقصاص ، وحد القذف ، والبيوع ، والأقارير ، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة ، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشده فليشهد . وقيل تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة ، وقيل تقبل في الأموال أيضا ، وقيل تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق . والصحيح المنع مطلقا . الروضة ٢٤٤/١١ .

(٢) ويصف النووي الحق المطالب به بشهادة الحسبة بأنه ما تمحض حقا لله تعالى ، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضا الأدمي . الروضة ٢٤٣/١١ .

(٣) أدب القضاء ٩٩/٢ وفي بقية وجوه توجيه حديث ” خير الشهود “ وحديث ” يشهدون ولا يستشهدون “ انظر :

— شرح النووي لمسلم ، كتاب الأقضية ، باب بيان خير الشهود .

— فتح الباري ، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد .

— مجموع الفتاوى ٢٩٦/٢٠ ، ٢٩٧ .

(٤) البقرة : ٢٨٤ .

فيضيع الحق ، وقد قال تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾^(١) ، وقال ﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾^(٢) . وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم ” انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً “^(٣) . فقد تعين عليه نصره بأداء الشهادة التي له عنده ؛ إحياء لحقه الذي أماته الإنكار^(٤) . ثم رجح القرطبي أن هذا الكتمان يسلب الشاهد أهليته المطلقة للشهادة ، لا في هذه الشهادة وحدها^(٥) . وما قرره القرطبي من وجوب الأداء في هذه الحالة هو ما سبق أن قال به أيضا ابن حزم^(٦) ، كما رجح متأخرو الحنفية عدم قبول شهادته^(٧) .

السرقه

أما الشهادة المتقدمة في السرقة فقد سبق أن ذكرنا أن من يدعى إلى الشهادة على سرقة فلم يلب دون عذر ، ثم تقدم للشهادة عليها بعد أن تقادمت فإن شهادته ترد مطلقا .

وذكرنا كذلك أن الشاهد إذا كان معذورا في التأخير لتأخر الدعوى ، وأن صاحب الدعوى كان على علم بالشهادة بإعلام الشاهد إياه أو بغيره ، وبرغم هذا تأخر في رفع الدعوى ، أن الشاهد في هذه الحالة تقبل شهادته في ضمان

(١) الطلاق : ٢ .

(٢) الزخرف : ٨٦ .

(٣) الحديث أخرجه البخاري ومسلم ، واللفظ للبخاري :

البخاري ، كتاب المظالم ، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما .

مسلم ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما .

(٤) القرطبي ، باختصار يسير ، ١/١٢٠٧ ، المسألة الحادية والأربعون في تفسير آية المداينة .

(٥) القرطبي ، ١/١٢٠٨ ، المسألة الثانية والأربعون .

(٦) المحلى ٤٩/١٣ .

(٧) طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ، ص ٢٨٩ ، المطبعة السلفية بالقاهرة ، طبعة سنة ١٣٤٧هـ . وبعض متأخري الحنفية أوجب على الشاهد إعلام المدعي فحسب بما يشهد ، فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا ؛ إذ يحتمل أنه ترك حقه . منحة الخالق على البحر الرائق ٥٧/٧ .

المال دون القطع ، وذلك لتأخر الدعوى ، وهذا ما سنناقشه بعد قليل عند الكلام عن تقادم الدعوى .

وقد سبق أن ذكرنا أيضا ، أن الشاهد إذا كتم الشهادة أو إعلام المسروق منه بالأمر برغم عدم علمه ، أن شهادته المتقدمة في هذه الحالة لا تقبل في القطع ، وأما ضمان المال : فمن الحنفية من ردها أيضا في ذلك ، ومنهم من ضمن بها المال .

ودليل من ردها هو أنه يرى أن مثل هذه الشهادة تعد شهادة متهم ، ولا شهادة لمتهم ، يقول ابن عابدين : ” ينبغي أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضا “^(١) . وهو ما مال إليه ابن الهمام كذلك^(٢) . وكأن من ذهب هذا المذهب قاس هذه الحالة على حالة من دعي إلى الشهادة فلم يلب دون عذر ؛ إذ ليس بينهما كبير فرق ، فقد جمعهما كتمان الأمر دون مقتضى ، وما يترتب على ذلك من تضييع حقوق الناس .

وأما من يرى ضمان المال بهذه الشهادة فقد عبر ابن نجيم عن دليلهم بقوله : ” قولهم بضمن المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل ؛ لتصريحهم في كتاب الشهادات بأنه لا شهادة للمتهم ، سواء كانت في الأموال أو في غيرها ، إلا أن يقال إن التهمة غير محققة ، وإنما الموجود الشبهة ، والمال يثبت مع الشبهة بخلاف الحد “^(٣) .

ولا يخفى أن الدليل الذي ذكره ابن نجيم من الوهن بمكان ؛ إذ ماذا بعد وصف الشاهد بأنه آثم قلبه ، فاسق ، حتى يكون متهما ؟! ثم إن السرقة تختلف عن القصاص في كونها لا شبهة في الشاهد إذا تقدم للشهادة دون طلب المسروق منه ، خاصة أن الحنفية لم يعجزهم إيجاد السبيل في درء الحد برغم أداء الشهادة ، حيث يذكر السرخسي أنه يندب للشاهدين الستر على السارق في حالة

(١) حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣ .

(٢) فتح القدير ١٦٣/٤ — حاشية ابن عابدين ١٥٩/٣ .

(٣) البحر الرائق ٢٢/٥ .

رده ما سرقة ، فإن أبى ذلك وقال صاحب المتاع : إذن يذهب متاعي ، وسعهما أن يشهدا أنه متاع هذا أخذه هذا ، من غير أن يذكر السرقة ؛ لأنهما ندبا إلى الستر عليه ، ونهيا عن كتمان الشهادة التي تتضمن إبطال حق المسلم . فالطريق الذي يعتدل فيه النظر من الجانبين هذا ، وهو أن يشهدا بلفظ الأخذ دون السرقة ، ليكون الأخذ مجبرا على رد العين حال قيامها ، وعلى رد القيمة عند هلاكها ، فيتوصل صاحب المتاع إلى حقه ، ولا ينتهك ستر الأخذ . وهما صادقان في هذه الشهادة ، فالسارق أخذ المتاع لا محالة^(١) .

وكم يصعب تطبيق ما يقوله السرخسي — على فرض التسليم به — ، خاصة في زماننا هذا النيابي ، كما أن مثل هذا السارق الناصر حق المسروق منه لا يستحق إلا الشهادة ضده بأنه سرق وليس أخذ .

كما أوجب الحنفية على الشاهد في حقوق الله سبحانه المستديمة — غير الحدود — أداء شهادته ، وحكموا بردها بتأخيرها دون عذر^(٢) ، وإذا كان الحنفية قد ذكروا هذا في حقوق الله سبحانه المستديمة فحقوق العباد في السرقة أولى بذلك ، حتى إن كانت مشتركة مع حد الله سبحانه ؛ إذ بإمكان الشاهد إعلام المسروق منه أو الأداء على الوجه المتقدم . وأخيرا فإن في كلام القرطبي السابق في القصاص ردا وبيانا لما نحن بصددده هنا .

القذف

أما تقادم الشهادة في القذف فقد وافق الحنفية الجمهور في عدم تقادمها فيه ؛ وذلك لحق العبد وعدم انفصاله عن حق الله سبحانه فيه ، ولتوقفه على دعوى المقذوف . ولكن ليس من شك في أن من دعي إلى الشهادة في القذف فلم يلب دون عذر أن شهادته لا تقبل بعد ذلك فيه ، وهذا بمثابة قاعدة

(١) المبسوط ١٤٦/٩ .

(٢) البحر الرائق ٥٨/٧ — البدائع ٢٨٢/٦ .

عامة فيما مضى من شهادات ، يقول الزيلعي : ” لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته “^(١). كما أن الشاهد إذا علم أن المقذوف شكاً قاذفه ولا يعلم بشهادته وأنها صارت متعينة عليه وجب عليه الأداء ، وإلا صار كاتماً لها ، بحيث لا تقبل منه بعد ذلك ، مثل القصاص والسرقه .

وأما إذا كان المقذوف لا يعلم بقذفه فالمستحب للشاهد ألا يبلغه ، ولكن هذا فيمن لا يلحقه — بعدم الإبلاغ — أي نوع من الضرر الأدبي أو المادي ، وعليه يحمل ما جاء عن عطاء رضي الله عنه ، فعن ابن جريج قال : ” قلت لعطاء : رجل قال لرجل : إن فلاناً يقول : إنك زان . قال : إن جاء ببينة على أن ذلك قد قاله فليس عليه شيء ، إلا أنه بئس ما مشى به ، وإن لم يأت على ذلك ببينة جلد المبلغ “^(٢) .

هذا عن تقادم الشهادات التي يتوقف قبولها على الدعوى ، أما تقادم الدعوى نفسها فيكون بسبب تأخر صاحب الحق في المطالبة بحقه ، والذي يخصنا هو تقادم دعوى القصاص ، والسرقه ، والقذف .

أما القصاص فقد سبق أن ذكرنا أن الحنفية قالوا بسماع الدعوى المتقدمة المبنية على الشهادة ، ولكن مع صدور فرمان العثماني بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة — إلا ما استثني — وجدنا متأخري الحنفية وغيرهم لا يسمعون دعوى القصاص بعد هذه المدة ، من ذلك ما جاء في (العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية) : ” سئل في رجل يدعي على آخر بأنه قتل مورثه من مدة تزيد على عشرين سنة ولم يمنعه مانع شرعي ، فهل تكون دعواه غير مسموعة ؟. الجواب : إذا ترك دعوى القصاص بلا عذر شرعي عشرين سنة لا تسمع دعواه ، كما أفتى بذلك المولى شيخ الإسلام علي أفندي مفتي السلطنة

(١) تبيين الحقائق ١٨٨/٣ ، ٢٠٧/٤ .

(٢) مصنف عبد الرزاق ٤٢٧/٧ ، ٤٢٨ وانظر مصنف ابن أبي شيبة ١٥٢/١٠ .

العلية كما هو مسطور في فتاويه المشهورة“،^(١) .

وكما هو بين فإن أساس هذه الفتوى — أو بالأحرى الفرمان العثماني — إنما يقوم على التهمة ، لأن سكوت صاحب الحق هذه المدة ، دون أن يكون له مستند مقبول ، فإن ذلك يجعله متهما بحدوث عداوة طارئة بينه وبين المدعى عليه ، أو يجعله متهما بجلب النفع إلى نفسه طمعا في أخذ الدية مثلا ، وإذا كان الفقهاء قد ذهبوا إلى عدم قبول شهادة المتهم بجر النفع إلى نفسه ، فإن انسحاب ما ذكروه إلى المدعي من باب أولى ؛ فقد جرت العادة على ألا يترك الإنسان حقه هذه المدة المتطاوله دون مبرر ، ثم فجأة يطالب به ، وهذا بخلاف الشاهد الذي لا يعود عليه أي نفع بشهادته ظاهرا ، كما قد يكون تأخيره بسبب تأخر الدعوى أو لعلمه بعدم تعيين الشهادة عليه أو لغير ذلك من أسباب .

على أنه يجب التفرقة بين الدعوى المتقدمة المبنية على الشهادة وحدها وبين الدعوى المتقدمة المبنية على دليل إثبات آخر بجانب الشهادة ، بحيث لا تسمع الدعوى الأولى لما ذكرناه ، أما الأخرى فيجب أن تسمع لظهور الحق حينئذ ، مثلها في ذلك مثل إقرار المدعى عليه ، وفي هذا ومثله يذكر ابن عابدين أن السلطان إذا أمر بسماع دعوى بعد المدة المذكورة فإنه يجب عليه أن يسمعها بنفسه أو يأمر بسماعها ؛ كيلا يضيع حق المدعي ، والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمانة التزوير^(٢) .

وعلى أية حال فإن المدة المذكورة — وهي خمس عشرة سنة — لا يخفى مدى زيادتها عما قدرت لأجله ، فليس هناك كبير فرق بين هذه المدة وبين أربع عشرة سنة مثلا ، فضلا عن عدم توقيف هذه المدة ، وأسباب أخرى ذكرناها قبل قليل . لذا فلعله من الأنسب أن يكون اتهام صاحب الدعوى مرتبطا بمدى تمكنه من الشكوى ثم إعراضه عنها دون أن يبدي في ذلك مقنعا .

(١) العقود الدرية لابن عابدين ، ٨/٢ ، المطبعة الكاستليه بالقاهرة ، طبعة سنة ١٢٨٠هـ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٣/٤ .

هذا عن القصاص ، أما تقادم دعوى السرقة فقد سبق أن ذكرنا أيضا أن الحنفية يسقطون القطع بهذه الدعوى ويوجبون بها المال، وتبعا للفرمان العثماني السابق فإن متأخري الحنفية لم يضمنوا بها المال أيضا . ومع صحة هذا الأمر المتأخر فإنه ينبغي أن يكون في إطار القيود الواردة في القصاص .

وأخيرا ، فإن تقادم دعوى القذف قد وافق فيه الحنفية الجمهور ، حيث ذهبوا إلى وجوب سماعها ، ومن أدلتهم في ذلك ما أورده الكاساني ، يقول : ” المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف ، فلا يتهم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه “^(١) .

ولا يخفى أن هذا الدليل نفسه يشهد لنقيض ما أراده الكاساني ، أي يشهد لصحة ما ذهب إليه المتأخرون من رفض هذه الدعوى تبعا للفرمان العثماني ؛ إذ إن التهمة يكون نصيبها أوفر في المدعي الذي وجبت عليه الشكوى — على فرض التسليم بهذا الوجوب — دون المدعي المخير في شكواه ، ولكن مع مراعاة أن يقيد هذا الرفض أيضا بالقيود المذكورة في القصاص .

وبعد ، فإذا كنا قد ذكرنا في تأسيس تقادم المعاملات في الباب الأول ، أن السلطة القضائية يقع عليها العبء الأكبر في التحقق من صحة البيئة المتقدمة ، وأن الهيئة التشريعية قد حددت للدعوى آجالا لا تقبل بعدها تقاديا لهذا الحرج ، وأن هذه الآجال لن تضر بالمدعي ولا المدعى عليه ، فإن ما قدمناه هنا من ضوابط قبول البيئة والدعوى المتقدمة ، سواء في الشهادة الحسبية ، أو الشهادة بحق آدمي ، أو دعوى صاحب الحق ، إذا وجدت الهيئة القضائية أن تطبيق هذه الضوابط سيوقعها في حرج شديد ، فإن للهيئة التشريعية أن تحدد آجالا لقبول مثل هذه الشهادات والدعاوى ، بما لا يسبب ضررا أيضا لكل من الشاهد والمدعي والمدعى عليه ، تحقيقا للعدل ما أمكن .

(١) البدائع ٤٧/٧ .

المبحث الثالث أحكام التقادم الجنائي في القانون

نصت المادة (١٥ - إجراءات) على أن الدعوى الجنائية تنقضي في مواد الجنايات بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجريمة ، وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين ، وفي مواد المخالفات بمضي سنة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

كما نصت المادة (٥٢٨) على أن العقوبة المحكوم بها في جناية تسقط بمضي عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام فإنها تسقط بمضي ثلاثين سنة ، وتسقط العقوبة المحكوم بها في جنحة بمضي خمس سنين ، وتسقط العقوبة المحكوم بها في مخالفة بمضي سنتين .

والملاحظ هنا أن قانون الإجراءات الجنائية جعل مدة انقضاء الدعوى الجنائية أقصر من المدة المحددة لسقوط العقوبة ، وعلة هذا هو أن حكم الإدانة أعمق أثرا من مجرد الاتهام الذي يصاحب الجريمة عند وقوعها ، فيبقى في أذهان الجمهور مدة أطول^(١) . كما يذكر الشيخ أبو زهرة أن في تقدير إسقاط عقوبة الإعدام بمضي ثلاثين عاما معنى جيدا ، إذ بذلك يكون النسيان التام بذهاب الجيل الذي حدثت فيه الجريمة غالبا ، فيكون قد نسي القاتل والمقتول عند الناس ، وإن كان غيظ أهله وأسرته لا يذهب في كثير من الأحوال ، بل يكون الألم مذكرا دائما^(٢) .

أما قانون الأحكام العسكرية فقد نص البند (٤٣) على أنه لا تجوز محاكمة أي شخص على جناية بعد مضي ثلاث سنوات على تاريخ ارتكابها ، وإذا خرج المرتكب عن سلطة الأحكام العسكرية تجب محاكمته في خلال الثلاثة

(١) أحكام التقادم ، د. عبد الحميد الشواربي ، أسامة عثمان ، ص ٥٠٤ وانظر في بقية أحكام التقادم الشروح والتعليق على قانون الإجراءات .

(٢) الجريمة ص ٩٩ .

أشهر التي تلي خروجه عن تلك السلطة . والشخص الذي يرفت أو يطرد من خدمة الجيش ويكون محكوما عليه بالليمان أو السجن ، يبقى خاضعا للأحكام العسكرية إلى انتهاء مدة حكمه . وتستثنى مما تقدم الحالتان الآتيتان وهما : الفتنة والفرار . فتجوز المحاكمة عليها في أي وقت^(١) .

وإذا كان لنا أن نقارن بين الفقه الإسلامي والقانون في شأن أحكام تقادم الجرائم والعقوبات ، فإننا نلاحظ بداية وجه التشابه بينهما ، الذي يتمثل في أن كلا منهما جعل من مرور الزمان سببا لرفع العقاب عن الجاني ، وإن اختلفا في طريق تحصيل ذلك .

كما نلاحظ التشابه بينهما في أن التقادم قد شمل كلا من الجريمة والعقوبة ، فعلى الرغم من عدم سلامة تقادم العقوبة — وبعض تقادم الجريمة — في الفقه الإسلامي من النقد السابق عرضه ، فإنه لا يمكن نفيه عن القائلين به .

كذلك نلاحظ التشابه بينهما في أن تقادم الجريمة أو العقوبة قد شمل الشهادة والإقرار ، تقادم الإقرار بالجريمة تبعا لرأي ابن أبي ليلى وزفر^(٢) ، وعدم تقادم الإقرار بالعقوبة تبعا لرأي الجمهور ومنهم الحنفية ، أما تقادم الشهادة بالجريمة أو العقوبة فتبعا لرأي الحنفية .

وأخيرا نلاحظ التشابه بينهما أيضا ، في أنهما لم يجعلوا من عدم عقاب الجاني دليلا على إباحة ما ارتكبه ، وإنما يظل الفعل — إذا تكرر — مستحقا للعقوبة إذا سلمت مما يعطلها .

ومع هذا التشابه بين النظامين فهناك بعض الاختلاف والتمايز بينهما ، والمتمثل في أن الأخذ بنظام تقادم الجريمة في الفقه الإسلامي لا يسقط معه الحق ، وإنما هو طعن في دليل إثباته ، أي عدم سماع الشهادة أو الدعوى به

(١) عن (انقضاء سلطة العقاب بالتقادم) ص ١٠٧ .

(٢) وتبعا لرأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف في جريمة الشرب خاصة .

فحسب، بمعنى أنه لو عرض على القضاء بدليل غير مطعون في صحته ، لحكم فيه بما يقتضيه الأمر ، وهذا ما لا نجد صداه في القانون ؛ إذ إنه يسقط الجريمة — وكذا العقوبة — كلية ، ولا يترتب عليها أي أثر ، حتى إن لم يطعن في دليل إثباتها . وفي هذا مخالفة صريحة لمبادئ الفقه الإسلامي .

كما نلاحظ أن المدة في الفقه الإسلامي أقصر منها في القانون ، ويعلل الشيخ أبو زهرة ذلك بأن الجرائم التي يمنع التقادم فيها سماع الدعوى أو الشهادة فيها في الشريعة جرائم محدودة ، تتعلق كلها بالنظام العام ، وقد استثنى الفقهاء الذين استثنوا لما فيها من شدة واضحة ، أو لأنها تسقط بالشبهات ، ولخلوها عن حقوق العباد التي تجب صيانتها . أما القانون فلأنه عمم السقوط بالتقادم أطال المدد وجعلها تابعة لمقدار الجريمة ، فالأشد مدة التقادم فيه أطول ، وما دونه مدة التقادم فيه أقل ، فكان سائرا مع منطقته^(١) .

ولهذا السبب أيضا لم يفرق الحنفية بين مدد الجرائم ، فيما عدا الشرب في رأي الشيخين . كذلك لم يفرق الحنفية بين مدة تقادم الجريمة ومدة تقادم العقوبة، في حين جعل القانون مدة تقادم العقوبة أطول من الجريمة لما ذكرناه في صدر هذا المبحث .

(١) الجريمة ص ٩٨ ، ٩٩ .

خاتمة الدراسة

حاولت هذه الدراسة أن تتكامل مع الدراسات السابقة عليها في تقديم كلمة الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة في أحكام التقادم ، كما حاولت تصويب — زعمت — بعض ما ورد بها من آراء .

ففي تعريف التقادم ناقش البحث ما سبقه من تعاريف ، لينتهي إلى أن للتقادم تعريفين ، عاما وخاصا ، العام هو ” تغير الأحكام بمرور الأزمان “ ، والخاص هو ” مضي مدة محددة قضاء على إمكان إقامة الدعوى التي تسقط به دون الحق مع إنكاره “ .

وفي طبيعة التقادم أبان عن خطأ من نسب إلى بعض الفقه الإسلامي القول بأن التقادم يكسب الحق أو يسقطه ، وانتهى إلى أنه قرينة فحسب على الملك دون أن يكون سببا له ، وأنه قرينة أيضا فحسب على سداد الدين ، بحيث يجب أدائه إذا ثبت شغل ذمة المدعى عليه به .

كما عرض البحث الأسس والأسانيد التي يقوم عليها التقادم ، موضحا ومناقشا إياها ومضيفا إليها ، ليخلص إلى جعل تهمة المدعي محورا لها .

وتناول البحث كذلك نطاق التقادم ، لينتهي إلى أن دائرة تقادم الديون — بما يحويه من تقادم الجرائم والعقوبات — أوسع من دائرة الحيازة .

ثم عرض البحث مدة التقادم ، وانتهى إلى تصويب قول من جعل تحديد مدد التقادم إنما يرجع إلى ولي الأمر ، حيث يقع عليه ومن يمثله العبء الأكبر في التحقق من بيئة المدعي ، الأمر الذي يسوغ له تحديد أجل لقبول سماع هذه البيئة .

وتناول البحث تعريف وقف التقادم ، ثم عرض أسباب هذا الوقف ، وانتهى إلى عدم حصر هذه الأسباب وما تحدثه من أثر ، بعكس أسباب الانقطاع التي ذكرت على سبيل الحصر .

وقد انتهى الباب الأول بذكر أثر التقادم ، وأهمه هو أن الدعوى لا تسمع بسببه ، وأن هذا الأثر لا يقتصر على المدعي وحده ، وإنما يمتد إلى المدعى عليه . كما تناول البحث ما يحدثه أثر التقادم في مفردات الدعوى وما يلزم المدعي تقديمه في دعواه .

وما سبق يمثل قسم التععيد من الرسالة ، وأما قسمها الآخر فهو استعراض لمسائل التقادم في الفقه الإسلامي ، في محاولة لربط القواعد السابقة بتطبيقاتها من الفقه ، وقد خرج تقادم العبادات عن طوق التععيد ، حيث جاءت مسائله تمثل التعريف العام للتقادم ، أما مسائل تقادم المعاملات وتقادم الجرائم والعقوبات فقد جاءت خير شاهد لتعريفه الخاص ، خاصة تقادم الجرائم والعقوبات ، حيث تناول البحث أحكام هذا النوع من التقادم ، مناقشا أدلة الحنفية في تقادم الحدود ، مفردا كل حد على حدة ، لينتهي إلى عدم سلامة أدلتهم ثبوتا ودلالة ، ومن ثم لم تسلم لهم أحكامهم فيها . كما ناقش البحث تقادم التعازير ، وانتهى أيضا إلى عدم سلامة أدلة من ذهب إلى تقادمها . وبرغم هذا فقد حاول البحث التدليل لتقادم الجرائم والعقوبات ، واضعا له الضوابط التي تعين القضاء على سلامة أحكامه . نسأله سبحانه التوفيق والسداد .

مصادر الدراسة

التفسير :

- ١- أحكام القرآن ، للشيخ أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، مراجعة صدقي محمد جميل ، دار الكتب العلمية - بيروت ، طبعة سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .
- ٢- أحكام القرآن ، للإمام ابن العربي محمد بن عبد الله الأندلسي ، دار الفكر - بيروت ، طبعة أولى بدون تاريخ .
- ٣- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، للشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ، ط سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، طبعة السلفيين بالإسكندرية .
- ٤- تفسير القرطبي ، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ .
- ٥- تفسير ابن كثير ، للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ، ط سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، دار الفكر - بيروت .
- ٦- زاد المسير في علم التفسير ، للإمام ابن الجوزي عبد الرحمن بن علي بن محمد ، ط الثالثة سنة ١٤٠٤هـ ، المكتب الإسلامي - بيروت .

السنة وعلومها :

- ٧- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، للإمام تقي الدين محمد بن علي (ابن دقيق العيد) ، نشر مطبعة السنة المحمدية ، بدون تاريخ .
- ٨- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني ، ط الثانية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، المكتب الإسلامي - بيروت / دمشق .
- ٩- الاستذكار الجامع لمذاهب الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي ، تحقيق د. عبد المعطي أمين قلجعي ، ط الأولى .
- ١٠- تحفة الأحوزي شرح سنن الترمذي ، للشيخ أبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ .
- ١١- التحقيق في أحاديث الخلاف ، للإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، ط أولى ١٤١٥هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١٢- تقريب التهذيب ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ط ثانية ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ، دار المعرفة - بيروت .
- ١٣- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني ، اعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب ، طبعة مؤسسة قرطبة ، طبعة سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م .
- ١٤- التمهيد ، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الأندلسي ، تحقيق بعض المتخصصين ، طبعة وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب .

- ١٥- تهذيب الآثار ، للإمام أبي جعفر بن جرير الطبري ، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، تحقيق الشيخ محمود محمد شاكر ، مطبعة المدني - القاهرة ، بدون تاريخ .
- ١٦- تهذيب التهذيب ، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط أولى ١٣٢٧ هـ ، طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر آباد الدكن - الهند .
- ١٧- تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي ، تحقيق د. بشار عواد ، ط أولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، مؤسسة الرسالة - بيروت .
- ١٨- الثقات ، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي ، تحقيق السيد شرف الدين أحمد ، دار الفكر ، طبعة أولى ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م .
- ١٩- جامع التحصيل في أحكام المراسيل ، للحافظ صلاح الدين أبي سعيد خليل بن كيكلي العلاني ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط أولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، مطبوعات وزارة الأوقاف العراقية .
- ٢٠- خلاصة البدر المنير تخريج أحاديث الشرح الكبير ، للحافظ عمر بن علي بن الملقن الأنصاري ، تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي ، ط الأولى سنة ١٤١٠هـ - مكتبة الرشد - الرياض .
- ٢١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت ، بدون تاريخ.
- ٢٢- سنن أبي داود ، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، تحقيق الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، بدون تاريخ .
- ٢٣- سنن الترمذي ، للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر وآخرون ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، بدون تاريخ .
- ٢٤- سنن الدارقطني ، للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي ، تحقيق السيد عبد الله هاشم يمانى المدني ، ط سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، دار المعرفة - بيروت .
- ٢٥- سنن الدارمي ، للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي ، تحقيق فواز أحمد زمرلي - خالد السبع العلمي ، ط الأولى ١٤٠٧ هـ ، دار الكتاب العربي - بيروت .
- ٢٦- السنن الكبرى ، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، وفي ذيل الكتاب الجوهر النقي لابن التركماني ، ط أولى ١٣٥٤هـ ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند .
- ٢٧- سنن النسائي (المجتبى) ، للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، تحقيق عبد الفتاح أبي غدة ، ط الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب .
- ٢٨- شرح علل الترمذي ، للحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، تحقيق د. نور الدين عتر ، ط أولى ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، دار الملاح للطباعة والنشر .
- ٢٩- شرح النووي على صحيح مسلم ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ط الثانية ١٣٩٢هـ ، دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ٣٠- صحيح البخاري ، لإمام أهل الحديث محمد بن إسماعيل البخاري ، طبعة الشعب ، بدون تاريخ .

- ٣١- صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية - الحلبي ، بدون تاريخ .
- ٣٢- ضعيف الجامع الصغير ، الجامع للإمام السيوطي والتصحيح والتضعيف للشيخ الألباني ، ط الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، المكتب الإسلامي - بيروت/ دمشق .
- ٣٣- العلل المتناهية ، للإمام عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ، تحقيق خليل الميس ، ط الأولى ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٣٤- عون المعبود شرح سنن أبي داود، للشيخ أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط الثانية سنة ١٤١٥هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٣٥- فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، ط الأولى ١٣٨٠هـ ، السلفية .
- ٣٦- كشف الخفاء ومزيل الإلباس ، لإسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ، تحقيق أحمد القلاش ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ ، مؤسسة الرسالة - بيروت .
- ٣٧- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، ط الثانية ١٩٦٧م ، نشر دار الكتاب - بيروت .
- ٣٨- المراسيل ، للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، صاحب السنن ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، ط أولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، مؤسسة الرسالة - بيروت .
- ٣٩- المستدرك على الصحيحين ، للحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، دار المعرفة - بيروت ، بدون تاريخ .
- ٤٠- المسند ، للحافظ أبي بكر بن الزبير الحميدي ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، بدون تاريخ .
- ٤١- المسند ، للإمام أحمد بن حنبل ، أسطوانة صخر في الكتب التسعة .
- ٤٢- مسند أبي عوانة ، للحافظ أبي عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفرايني ، دار المعرفة - بيروت ، بدون تاريخ .
- ٤٣- مسند الشافعي ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ .
- ٤٤- المصنف ، للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ط أولى ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية .
- ٤٥- المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان، والمعروف بأبي بكر بن أبي شيبة، تحقيق مختار أحمد الندوي ، ط أولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، مطبوعات الدار السلفية بالهند .
- ٤٦- المنتقى شرح الموطأ ، للإمام سليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية بدون تاريخ .
- ٤٧- الموطأ ، للإمام مالك بن أنس ، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، الحلبي . بدون تاريخ .

٤٨- نصب الراية لأحاديث الهداية ، للحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ومعه حاشية بغية الأملعي في تخريج الزيلعي ، من منشورات المجلس العلمي بالهند وباكستان وجنوب إفريقية ، بدون تاريخ .

٤٩- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي الشوكاني ، دار التراث - القاهرة ، بدون تاريخ .

الفقه الحنفي :

٥٠- الاختيار في تعليل المختار ، للشيخ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، مطبعة صبيح - القاهرة ، بدون تاريخ .

٥١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للشيخ زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم ، ط ثانية، دار الكتاب الإسلامي ، طبعة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر ، بدون تاريخ .

٥٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، ط الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار الكتاب العربي - بيروت .

٥٣- بداية المبتدي ، للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، مطبوع مع الهداية وفتح القدير ط الأولى ١٣١٦ هـ ، المطبعة الأميرية - مصر .

٥٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للشيخ أبي محمد عثمان بن علي الزيلعي ، ط الأولى ١٣١٣هـ المطبعة الأميرية ، مصر .

٥٥- تحفة الفقهاء ، للشيخ محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، ط الأولى سنة ١٤٠٥هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

٥٦- تقييدات الرافعي على حاشية ابن عابدين ، وتسمى أيضا بالتحريير المختار ، للشيخ عبد القادر الرافعي ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر .

٥٧- تنوير الأبصار ، للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي التمرناشي - ومعه شرحه الدر المختار - بهامش رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ ، نسخة مصورة عن طبعة المطبعة الأميرية بمصر .

٥٨- الجامع الصغير ، للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ومعه شرحه النافع الكبير لأبي الحسنات عبد الحي اللكنوي ، طبعة أولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، عالم الكتب - بيروت .

٥٩- حاشية ابن عابدين (رد المحتار) على الدر المختار ، للشيخ محمد أمين بن عمر بن عابدين ، راجع تنوير الأبصار .

٦٠- حاشية سعدي جلبي على العناية والهداية ، للشيخ سعد الله بن عيسى الشهير بسعدي جلبي وسعدي أفندي ، مطبوع أسفل العناية على هامش الهداية وفتح القدير ، ط أولى ١٣١٦هـ ، المطبعة الأميرية - مصر .

٦١- حاشية الشُّرْبُلَالِي على درر الحكام، للشيخ أبي الإخلاص حسن بن عمار بن علي الوفائي الشُّرْبُلَالِي ، ودرر الحكام للشيخ محمد بن فرموزا (منلا خُسرُو) ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ .

- ٦٢- حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الجلي على تبیین الحقائق ، للشيخ شهاب الدين أحمد الجلي ، مطبوع على هامش تبیین الحقائق ، ط أولى ١٣١٣ هـ ، المطبعة الأميرية - مصر .
- ٦٣- حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، للشيخ أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، ط الثالثة سنة ١٣١٨ هـ ، مكتبة البابي الحلبي - القاهرة .
- ٦٤- الحجة على أهل المدينة ، للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري ، ط الثالثة ١٤٠٣ هـ ، عالم الكتب - بيروت .
- ٦٥- درر الحكام شرح غرر الأحكام ، للشيخ منلا خسرو . راجع حاشية الشرنبلالي .
- ٦٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار بهامش رد المحتار ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بالحصكفي ، راجع تنوير الأبصار .
- ٦٧- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية . للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، ط ١٢٨٠ هـ ، المطبعة الكاستلية - القاهرة .
- ٦٨- العناية على الهداية ، للشيخ محمد بن محمود البابرتي ، مطبوع على هامش الهداية وفتح القدير، ط أولى ١٣١٦ هـ ، المطبعة الأميرية - مصر . وطبعة أخرى هي طبعة دار الفكر .
- ٦٩- الفتاوى الهندية ، لجنة من علماء الحنفية برئاسة نظام الدين البخاري، طبعة سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م ، دار صادر - بيروت .
- ٧٠- فتح القدير على متن الهداية ، للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، راجع العناية على الهداية .
- ٧١- الفصول الخمسة عشر فيما يوجب التعزير وما لا يوجب ، للشيخ مجد الدين أبي الفتح الحنفي ، المعروف بالأسطروشني ، مخطوط [٩٥٠ مجاميع] بمكتبة بخيت بالأزهر ، رقم ٤٦١٠٣ ، مستفاد من المخطوط بواسطة كتاب التعزير للدكتور عبد العزيز عامر .
- ٧٢- كنز الدقائق ، للشيخ النسفي ، مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم ، راجع البحر الرائق .
- ٧٣- اللباب في شرح الكتاب ، للشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد ، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م ، مطبعة المدني - القاهرة .
- ٧٤- المبسوط ، للشيخ أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، دار المعرفة - بيروت .
- ٧٥- المبسوط ، للإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ، تحقيق أبي الوفا الأفغاني ، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي .
- ٧٦- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده المعروف بداماد أفندي ، وملتقى الأبحر للشيخ إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بدون تاريخ .
- ٧٧- مختصر الطحاوي ، للشيخ أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، علق عليه أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية - حيدر آباد الدكن - الهند ، بدون تاريخ .

٧٨- منحة الخالق على البحر الرائق ، للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، مطبوع مع البحر الرائق ، راجع البحر الرائق .

٧٩- الهداية ، للشيخ برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، راجع العناية على الهداية .

الفقه المالكي :

٨٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للشيخ محمد بن أحمد بن رشد الحفيد ، طبعة سادسة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار المعرفة - بيروت .

٨١- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، للشيخ أحمد ابن محمد الصاوي ، والشرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م ، مصطفى البابي الحلبي - القاهرة .

٨٢- البهجة في شرح التحفة ، للشيخ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، والتحفة هي تحفة الحكام للشيخ ابن عاصم الأندلسي ، ط ثانية ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م ، دار الفكر . وعلى هامشها حلي المعاصم ، للشيخ أبي عبد الله محمد التاودي ، وهو شرح آخر للتحفة .

٨٣- البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل ، للإمام محمد بن أحمد بن رشد الجد ، دار الغرب الإسلامي - بيروت .

٨٤- التاج والإكليل لمختصر خليل ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ، على هامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ، ط الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، دار الفكر . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية .

٨٥- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، للشيخ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري . وبهامشه العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام ، لابن سلمون الكناني ، ط أولى ١٣٠١هـ ، المطبعة الشرفية - مصر .

٨٦- التلقين ، للشيخ أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني ، ط الأولى سنة ١٤١٥ هـ ، المكتبة التجارية - مكة المكرمة .

٨٧- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، وبهامشه حاشية كنون على الرهوني ، ط أولى ١٣٠٦هـ ، المطبعة الأميرية - مصر .

٨٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ محمد عرفة الدسوقي ، طبعة الحلبي ، بدون تاريخ .

٨٩- حاشية الصاوي ، راجع بلغة السالك .

٩٠- حاشية الشيخ علي العدوي على الخرشي على خليل ، للشيخ علي بن أحمد بن مكرم المصري العدوي ، دار صادر - بيروت ، بدون تاريخ .

٩١- حاشية كنون ، راجع حاشية الرهوني .

٩٢- حاشية محمد البناني على مختصر خليل ، وتسمى بالفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني ، على هامش شرح الزرقاني على خليل ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

٩٣- حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، للتاودي ، راجع البهجة في شرح التحفة .

٩٤- الخرشي على مختصر سيدي خليل (فتح الجليل على مختصر خليل) ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، راجع حاشية الشيخ علي العدوي .

٩٥- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ، للشيخ عبد الله الزرقاني ، راجع حاشية محمد البناني .

٩٦- الشرح الكبير ، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير ، راجع حاشية الدسوقي .

٩٧- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك (فتاوى عlish) ، للشيخ محمد أحمد عlish ، على هامش تبصرة ابن فرحون ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م ، مصطفى الحلبي - القاهرة .

٩٨- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي ، طبعة دار الفكر ، بدون تاريخ .

٩٩- القوانين الفقهية ، للشيخ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، بدون تاريخ .

١٠٠- الكافي في فقه أهل المدينة ، للشيخ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر الأندلسي ، ط الأولى سنة ١٤٠٧هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

١٠١- المدخل ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي المعروف بابن الحاج ، دار التراث ، بدون تاريخ .

١٠٢- المدونة الكبرى لإمام المذهب الإمام مالك ، ومعها مقدمات ابن رشد الجد ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

١٠٣- المقدمات الممهدة ، للإمام محمد بن أحمد بن رشد الجد ، تحقيق د. محمد حجي ، ط أولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الغرب الإسلامي - بيروت .

١٠٤- منح الجليل شرح مختصر خليل ، للشيخ محمد بن أحمد بن محمد (عlish) ، دار الفكر ، طبعة سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

١٠٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، المعروف بالحطاب ، راجع التاج والإكليل .

الفقه الشافعي :

١٠٦- أدب القضاء ، للشيخ شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي ، المعروف بابن أبي الدم الشافعي ، تحقيق د. محيي هلال السرحان ، ط الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، مطبعة الإرشاد - بغداد ، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الدينية .

١٠٧- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، الطبعة الأولى بدون تاريخ ، المطبعة الميمنية .

١٠٨- الأم ، لإمام المذهب الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، طبعة دار المعرفة ، بدون تاريخ .

١٠٩- حاشية الجمل (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب) ، للشيخ سليمان بن منصور العجيلي المصري (الجمل) ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

١١٠- حاشية ابن قاسم على شرح البهجة ، للشيخ شهاب الدين أحمد بن قاسم الصباغ العبادي المصري الشهير بابن قاسم ، وشرح البهجة هو الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، والبهجة الوردية للشيخ أبي حفص زين الدين عمر بن مظفر بن عمر بن محمد بن أبي الفوارس الوردية ، المطبعة الميمنية ، بدون تاريخ .

- ١١١- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج — ومعه حاشية عميرة على الشرح المذكور — طبعة صبيح ١٣٦٨هـ .
- ١١٢- روضة الطالبين ، للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، ط الثانية سنة ١٤٠٥هـ ، المكتب الإسلامي — بيروت .
- ١١٣- شرح البهجة ، راجع حاشية ابن قاسم .
- ١١٤- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ، راجع حاشية ابن قاسم .
- ١١٥- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، للشيخ أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، ط الأولى سنة ١٤١٨هـ ، دار الكتب العلمية — بيروت .
- ١١٦- المجموع شرح المذهب ، للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، والمذهب للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المطبعة المنيرية ، بدون تاريخ .
- ١١٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، تحقيق علي محمد معوض — عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ — ١٩٩٤ م ، دار الكتب العلمية — بيروت .
- ١١٨- المنهاج ، وعلى هامشه زاد المحتاج ، للشيخ أبي زكريا بن يحيى النووي ، ط ثانية ١٤٠٧هـ — ١٩٨٧ م ، إدارة إحياء التراث الإسلامي — قطر .

الفقه الحنبلي :

- ١١٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للشيخ أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط الأولى ١٣٧٧هـ-١٩٥٧م ، مطبعة السنة المحمدية — القاهرة .
- ١٢٠- شرح منتهى الإرادات ، للشيخ منصور بن يونس البهوتي ، عالم الكتب ، بدون تاريخ .
- ١٢١- الفروع ، للشيخ أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي، ط الأولى سنة ١٤١٨هـ ، دار الكتب العلمية — بيروت .
- ١٢٢- كشف القناع عن متن الإقناع ، للشيخ منصور بن إدريس البهوتي ، ومتن الإقناع للشيخ أبي النجا موسى بن أحمد بن سالم بن عيسى الحجاوي ، ط الأولى ١٣١٩هـ ، المطبعة الشرفية بالقاهرة . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتب العلمية .
- ١٢٣- المبدع في شرح المقنع، للشيخ أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ، ط الأولى ١٣٩٩هـ ، المكتب الإسلامي .
- ١٢٤- المحرر ، للإمام ابن تيمية الجد عبد السلام بن عبد الله الحراني ، ط الثانية سنة ١٤٠٤هـ ، مكتبة المعارف — الرياض .
- ١٢٥- مطالب أولي النهى ، للشيخ مصطفى بن سعد بن عبدة السيوطي الرحباني ، المكتب الإسلامي — بيروت / دمشق ، بدون تاريخ .
- ١٢٦- المغني شرح متن الخرقى ، للشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، طبعة دار الفكر ، طبعة أولى ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م .

الفقه الظاهري :

١٢٧- المحلي ، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تحقيق الشيخ أحمد شاكر ، والشيخ منير الدمشقي ، قام بتصحيحها زيدان أبو المكارم حسن ، حسن زيدان طلبية ، طبعة ١٣٨٧هـ إلى ١٣٩٢هـ ، مكتبة الجمهورية - القاهرة . وطبعة أخرى نشر دار الكتب العلمية ، تحقيق ذو الفقار سليمان البنداري ، بدون تاريخ ولا طبعة .

الفقه الإباضي :

١٢٨- شرح النيل ، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، و (النيل وشفاء العليل) للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني ، ط الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، مكتبة الإرشاد - جدة .

١٢٩- منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ، للشيخ خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاق ، تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي ، الحلبي - القاهرة ، بدون تاريخ .

الفقه الزيدي :

١٣٠- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للشيخ أحمد بن يحيى بن المرتضى ، وبهامشه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ، للشيخ محمد بن يحيى بهران الصعدي ، ط الأولى ١٣٦٨هـ ، مطبعة السنة المحمدية - القاهرة . وطبعة أخرى هي طبعة دار الكتاب الإسلامي - القاهرة ، بدون تاريخ .

١٣١- التاج المذهب لأحكام المذهب ، شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ، للشيخ أحمد بن قاسم اليماني ، ط الأولى ١٣٦٦هـ ، دار إحياء الكتب العربية . وطبعة أخرى نشر مكتبة اليمن ، بدون تاريخ .

١٣٢- السيل الجرار ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمود إبراهيم زايد ، ط الأولى ١٤٠٥هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

فقه الإمامية :

١٣٣- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشيخ زين الدين بن علي العاملي الجبعي، دار العالم الإسلامي - بيروت ، بدون تاريخ .

١٣٤- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، للشيخ أبي قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الحلبي ، ط سنة ١٣٧٧هـ ، المكتبة العلمية الإسلامية - طهران . وطبعة أخرى هي طبعة دار الأضواء - بيروت ، ط الثانية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

١٣٥- قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام ، للشيخ حسن بن يوسف بن مظهر الحلبي، طبعة سنة ١٣٣٩هـ .

الفقه العام :

١٣٦- الإجماع ، للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط الثالثة ١٤٠٢هـ ، دار الدعوة - الإسكندرية .

١٣٧- الأحكام السلطانية ، للشيخ علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ .

١٣٨- الأدلة الرضية ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمد صبحي الحلاق، ط الأولى سنة ١٤١٣هـ ، دار الندى - بيروت .

١٣٩- الإشراف على مذاهب أهل العلم ، للإمام محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق محمد نجيب سراج الدين ، ط الأولى ١٤٠٦ هـ ، إدارة إحياء التراث الإسلامي - قطر .

١٤٠- الأوسط ، للإمام ابن المنذر أيضا ، تحقيق د. صغير أحمد محمد حنيف ، ط الأولى سنة ١٤٠٥ هـ ، دار طيبة - الرياض .

١٤١- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، للشيخ محمد بن أحمد الشاشي القفال ، تحقيق د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة ، ط الأولى سنة ١٤٠٠ هـ ، مؤسسة الرسالة / دار الأرقم - بيروت / عمان / الأردن .

١٤٢- الصلاة وحكم تاركها ، للإمام محمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية) ، دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع - الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٤٣- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، للإمام ابن قيم الجوزية أيضا ، تحقيق د. محمد جميل غازي ، مكتبة المدني - جدة ، بدون تاريخ .

١٤٤- الفتاوى الكبرى ، للإمام تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت ، بدون تاريخ .

١٤٥- الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ، ط الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، دار الفكر بدمشق .

١٤٦- الموسوعة الفقهية ، نخبة من العلماء والمتخصصين ، وزارة الأوقاف والشئون الدينية الإسلامية بالكويت .

أصول الفقه والقواعد :

١٤٧- الإجماع بين النظرية والتطبيق ، للدكتور أحمد حمد ، ط الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م ، دار القلم - الكويت .

١٤٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، تحقيق محمد سعيد البدري ، ط الأولى سنة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ، دار الفكر - بيروت .

١٤٩- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ، دار الكتب العلمية - بيروت .

١٥٠- أصول البزدوي ، للشيخ أبي الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوي ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

١٥١- أصول التشريع الإسلامي ، للشيخ علي حسب الله ، ط سادسة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، دار المتقف العربي - القاهرة .

١٥٢- أصول السرخسي ، لأبي بكر محمد بن أحمد بن السرخسي ، بدون تاريخ ولا طبعة .

١٥٣- أعلام الموقعين عن رب العالمين ، للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر (ابن قيم الجوزية) ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة ، بدون تاريخ .

١٥٤- التلويح على التوضيح ، وهو التلويح في كشف حقائق التنقيح ، للشيخ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ، دار الكتب العلمية - بيروت ، بدون تاريخ .

١٥٥- روضة الناظر ، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩هـ ، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض .

١٥٦- القياس في الشرح الإسلامي ، للإمام أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، طبعة سنة ١٣٤٦ هـ ، المطبعة السلفية ومكتبتها - القاهرة .

١٥٧- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، للشيخ علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون تاريخ .

١٥٨- المعتمد ، لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ، تحقيق خليل الميس ، طبعة أولى سنة ١٤٠٣هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت .

مراجع فقهية وقانونية :

١٥٩- أثر مضي المدة في الالتزام ، د. عبد المنعم البدر اوي ، ط سنة ١٩٥٠م ، مطبعة جامعة فؤاد الأول (القاهرة) . رسالته للدكتوراه بحقوق القاهرة .

١٦٠- الاجتهاد ، للشيخ محمد مصطفى المراغي ، هدية مجلة الأزهر بالقاهرة ، عدد صفر ١٤١٧هـ .

١٦١- أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، د. عبد الحميد الشواربي - أسامة عثمان ، منشأة المعارف - الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٦٢- اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من الشهر الشخصي والشهر العيني ، د. محمد لبيب شنب ، وهو بحث مدرج بالجزء العاشر من (وثائق وأحكام) ، وهو الجزء الخاص بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ، والتي أقيمت في مارس ١٩٧٢م ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - سنة ١٩٧٢م ، والبحث من ص ٦٠٥ إلى ص ٦١٣ .

١٦٣- الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية ، لأستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج ، طبعة سنة ١٩٨٨م ، دار الثقافة - القاهرة .

١٦٤- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، للشهيد عبد القادر عودة ، ط الثامنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

١٦٥- التعزير في الشريعة الإسلامية ، د. عبد العزيز عامر ، طبعة سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م ، دار الكتاب العربي - مصر .

١٦٦- تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، د. سامح السيد جاد ، طبعة سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، دار الهدى - القاهرة .

١٦٧- التقادم في المواد المدنية والتجارية ، علي أحمد حسن ، منشأة المعارف - الإسكندرية ، بدون تاريخ .

١٦٨- التقادم المكسب والمسقط في القانون ، محمد أحمد عابدين ، ١٩٩٥م ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية .

١٦٩- تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، د. عدلي أمير خالد ، ١٩٩٢م ، منشأة المعارف - الإسكندرية .

- ١٧٠- الجريمة في الفقه الإسلامي ، للإمام محمد أبي زهرة ، دار الفكر — القاهرة ، بدون تاريخ .
- ١٧١- الحيازة ، د. محمد المنجي ، ط الثانية ١٩٨٥م ، منشأة المعارف — الإسكندرية .
- ١٧٢- الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، د. محمد عبد الجواد محمد ، طبعة سنة ١٣٩٧هـ — ١٩٧٧م ، منشأة المعارف — الإسكندرية .
- ١٧٣- دراسات في قانون السجل العيني المصري ، د. محمد لبيب شنب ، طبعة معهد البحوث والدراسات العربية — المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم — جامعة الدول العربية ، طبعة سنة ١٩٧٤م .
- ١٧٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، للشيخ علي حيدر ، تعريب فهمي الحسيني ، ط الأولى ١٤١١هـ — ١٩٩١م ، دار الجيل — بيروت .
- ١٧٥- دوام حق الملكية دراسة مقارنة ، د. عبد الرازق حسن فرج ، طبعة سنة ١٤٠١هـ — ١٩٨١م ، بدون ناشر .
- ١٧٦- السجل العيني في التشريع المصري ، د. إبراهيم أبو النجا ، ط ١٩٧٨م ، بدون ناشر .
- ١٧٧- السرقة بين التجريم والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، د. الشافعي عبد الرحمن السيد عوض ، طبعة سنة ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م ، دار الهدى — القاهرة .
- ١٧٨- شرح المجلة ، سليم رستم باز اللبناني ، ط الثالثة مصورة ، دار الكتب العلمية — بيروت .
- ١٧٩- شهر العقار وتسجيل التصرفات وموقف الشريعة من ذلك ، للشيخ علي الخفيف ، وهو بحث مدرج في (وثائق ونصوص) ص ٥٥١ : ٥٦٠ ، راجع : اكتساب الملكية بالتقادم .
- ١٨٠- طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، للشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم ، طبعة سنة ١٣٤٧هـ — المطبعة السلفية — القاهرة .
- ١٨١- فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي ، للإمام محمد أبي زهرة ، طبعة سنة ١٩٦٦م ، معهد الدراسات العربية العالية — جامعة الدول العربية — القاهرة .
- ١٨٢- مجلة الأحكام العدلية ، ومعها درر الحكام ، ط الأولى ١٤١١هـ — ١٩٩١م ، دار الجيل ببيروت .
- ١٨٣- المباحث الجلية في أحكام المدة الطويلة ، أحمد عفيفي بك ، طبعة سنة ١٣٠٨هـ ، المطبعة الإعلامية — مصر .
- ١٨٤- المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) ، د. مصطفى أحمد الزرقاء ، ط العاشرة ١٣٨٧هـ — ١٩٦٨م ، دار الفكر — دمشق .
- ١٨٥- منهج عمر بن الخطاب في التشريع ، لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن ، طبعة سنة ١٩٧٠م ، دار الفكر العربي — القاهرة .
- ١٨٦- نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية ، د. محمد عبد الجواد محمد ، وهو بحث مدرج في (وثائق وأحكام) ص ٢٦١ : ٣٢٤ ، راجع : اكتساب الملكية بالتقادم .

١٨٧- نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية ، د. ياسين محمد يحيى ، طبعة سنة ١٩٨٢م ، دار النهضة العربية - القاهرة .

١٨٨- الوسيط في شرح القانون المدني ، لشيخ الحقوقيين د. عبد الرزاق السنهوري .

الطبقات واللغة والمعاجم :

١٨٩- سير أعلام النبلاء ، للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرين ، ط الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، مؤسسة الرسالة - بيروت .

١٩٠- طبقات الحنابلة ، للشيخ أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة - بيروت .

١٩١- طبقات الشافعية الكبرى ، للشيخ تاج الدين بن السبكي ، تحقيق د. محمود الطناحي ، د. عبد الفتاح الحلو ، طبعة سنة ١٩٦٥م ، الحلبي - القاهرة .

١٩٢- لسان العرب ، للإمام اللغوي ابن منظور، تحقيق بعض الأساتذة ، طبعة دار المعارف - مصر .

١٩٣- مختار الصحاح ، للشيخ محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، عني بترتيبه محمود خاطر ، دار الحديث - القاهرة ، بدون تاريخ .

١٩٤- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، للشيخ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي ، دار المعارف - مصر ، بدون تاريخ .

١٩٥- معجم المؤلفين ، لعمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، بدون تاريخ .

١٩٦- المعجم الوسيط ، لنبذة من علماء اللغة ، إصدار مجمع اللغة العربية بمصر ، طبعة دار المعارف بالقاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ ، ١٩٧٢م .

١٩٧- النهاية في غريب الحديث والأثر ، لابن الأثير ، تحقيق د. محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي ، طبعة سنة ١٩٦٣م ، دار إحياء الكتب العربية .

متفرقات :

١٩٨- رفع الأستار لإبطال أدلة القائلين بفناء النار ، للشيخ محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبعة أولى سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م، المكتب الإسلامي - بيروت/ دمشق .

١٩٩- زاد المعاد في هدي خير العباد ، للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية) ، تحقيق شعيب الأرنؤوط / عبد القادر الأرنؤوط ، ط الثامنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، مكتبة المنار الإسلامية - الكويت .

٢٠٠- مجموع الفتاوى ، للإمام ابن تيمية الحفيد ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، ط الأولى سنة ١٣٩٨هـ .

٢٠١- مدارج السالكين بين منازل ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴾ ، للإمام أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر الزرعي الدمشقي (ابن قيم الجوزية) ، طبعة أولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار التراث العربي - القاهرة .

رسائل جامعية :

- ٢٠٢- انقضاء سلطة العقاب بالنقدام ، محمد عوض الأحول ، دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ١٩٦٤ م .
- ٢٠٣- نقادام الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، أحمد حسني أحمد طه ، دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م .
- ٢٠٤- الحيازة في القانونين اليمني والمصري ، آثارها وحمائتها، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، علي محمد أحمد البناعي ، دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م
- ٢٠٥- سقوط العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، نبيل عبد الصبور محمد النبراوي، دكتوراه ، كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، ١٩٩٥م .
- ٢٠٦- نظرية عدم سماع الدعوى للنقدام بين الشريعة والقانون ، حامد محمد عبد الرحمن ، دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م .

الفهارس التفصيلية

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس الأعلام
- فهرس الأماكن والبلدان والقبائل
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة

الآية	رقمها	الصفحة
فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ	١٨٥	٢٦٣
فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ	١٨٤ ، ١٨٥	٢٧٧
وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ	١٩٦	٢٨٧
فَأَتِمُّهُنَّ	١٢٤	٢٨٨
ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ	١٨٧	٢٨٨
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ	١٨٣	٢٨٨
الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ	١٩٧	٢٩٨
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ	٢٣٣	٣٥٠ش
وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ ءَاتَمَ قَلْبُهُ	٢٨٣	٤٠٥

سورة آل عمران

الآية	رقمها	الصفحة
وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ	١٣٣	٢٤١
وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا	٩٧	٢٨٢

سورة النساء

الآية	رقمها	الصفحة
إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَن يَشَاءُ	٤٨ ، ١١٦	٢١٢
إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا	١٠٣	٢٤٢
وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ	١٥	٣٧١ش
فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	٢٤	٤٥٤
فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ	١٥	٤٥٥

سورة المائدة

الآية	رقمها	الصفحة
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن تُبَدَّ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ	١٠١	٢٩٢ش
إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ	٣٣	٣٩٥ش
لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ	٩٣	٤٢٨

سورة الأعراف

الآية	رقمها	الصفحة
وَأْمُرُ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ	١٩٩	٤٦
وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ	١٥٧	١٩٦

سورة التوبة

الآية	رقمها	الصفحة
نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ	٦٧	٢١٨
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ	٢٨	٢٩٤ ، ٢٩٥

سورة هود

الآية	رقمها	الصفحة
إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ	١١٤	٢٥٣

سورة إبراهيم

الآية	رقمها	الصفحة
تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ	٢٥	٣٧٨

سورة الكهف

الآية	رقمها	الصفحة
وَأَذْكُرُ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ	٢٤	٢١٨

سورة مريم

الآية	رقمها	الصفحة
فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ وَاتَّبَعُوا الشَّهْوَاتِ	٥٩	٢٤٠
وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا	٦٤	٢٤٨

سورة الأنبياء

الآية	رقمها	الصفحة
كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا	٩٠	٢٨٣

سورة الحج

الآية	رقمها	الصفحة
أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ	٣٩	٨٥
وَأُذِنَ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ	٢٧	٢٨١

سورة النور

الآية	رقمها	الصفحة
وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ	٢	٤١٦

سورة الأحزاب

الآية	رقمها	الصفحة
وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا	٧٢	٤٦٢

سورة يس

الآية	رقمها	الصفحة
إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَىٰ وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَارَهُمْ	١٢	٣٠٣

سورة الزخرف

الآية	رقمها	الصفحة
إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ	٨٦	٤٦٧

سورة الطلاق

الآية	رقمها	الصفحة
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ	٢	٧١

سورة الإنسان

الآية	رقمها	الصفحة
هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ	١	٣٧٨

سورة القارعة

الآية	رقمها	الصفحة
مَنْ تَقَلَّتْ مَوَازِينُهُ فَهُوَ فِي عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ	٧،٦	٢٥٣
مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُمُّهُ هَاوِيَةٌ	٩،٨	٢٥٣

سورة الماعون

الآية	رقمها	الصفحة
فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ	٥،٤	٢٤٠

فهرس الأحاديث والآثار

رقم الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
٣٨٤	أُتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائجتها
٣٧٢	أحسن إليهما ، فإذا وضعت فائتني بها
٢٩٠ش	أحلت لي ساعة من نهار ولم تحل لأحد من قبلي
٢٠١	إذا طهرت الحائض قبل أن تغرب الشمس صلت
٢٠١	إذا طهرت المرأة في وقت صلاة العصر فلتبدأ
٤٥٦	إذا كان الحبل أو الاعتراف
٣٠٤	إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة
٢١٨	إذا نسيت فذكروني
٢٥٠	أراد أن لا يخرج أمته
٢٢٩	أرأيت لو أن أباك ترك ديننا عليه
٢٢٩	أرأيت لو كان على أمك دين
٣٠٢	أعتم النبي صلى الله عليه وسلم بالعتمة حتى نام
٣٤٣	اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة
٣١٢	أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم
١٩٨	أغمي على ابن عمر ثلاثة أيام فلم يقض الصلاة
٢٢٨	اقضوا الله فالله أحق بالقضاء
٤٦٥	ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟. الذي يأتي بشهادته قبل
٢٤٩	ألا نقاتلهم ؟.
٣٦١	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر
٣٠٤	أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين
٢٢٩	إن أبي مات وعليه حجة الإسلام
٤٦٣	إننا لبمكة إذ نحن بامرأة اجتمع عليها الناس
٣٧٢	أن امرأة من جهينة أتت نبي الله صلى الله عليه وسلم
٢٢٩	إن أمني نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفحج عنها ؟
٢٢٩	أنت أكبر ولده ؟

٢٨١ش	إن رسول الله صلى الله عليه وسلم مكث تسع سنين لم يحج
٣٥٤	إن شئت رددنا إليك امرأتك ، وإن شئت زوجناك غيرها
٤٦٧	انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً
٢٤٣	أن العباس رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢٠٠ش	أن عبد الله بن عمر أغمي عليه فذهب عقله فلم يقض الصلاة
١٩٨	أن عمار بن ياسر أغمي عليه الظهر والعصر والمغرب
٦٧	إنك قد قلتها أربع مرات
٥٠	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، فلعل بعضكم أن يكون
٣٣٥	إنما الشفعة فيما لا يقسم
٢٠٤	أن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع
٢٨٣	أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا تسع عشرة غزوة
٣٥٣	إنها امرأته حتى يأتيها البيان
٤٣١	إنني وجدت من فلان ريح شراب ، فزعم أنه شراب الطلاء
٢٥٣	أول ما يحاسب الناس به يوم القيامة من أعمالهم الصلاة
٣٦٣	أيما امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين بموت أو طلاق
٣٥٤	أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع
٤٤٢	أيما رجل شهد على حد لم يكن بحضرته فإنما ذلك عن ضغن
٣٧١، ٣٧٠	أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم
٦٩	أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته
٦٨	أيها الناس قد أن لكم أن تنتهوا عن حدود الله
٢٨٥	بعثت بنو سعد بن بكر ضمام بن ثعلبة وافداً إلى
٢٨٦	بعثت بنو سعد ضماماً في رجب سنة خمس
٢٩١ش	بينما نحن جلوس مع النبي صلى الله عليه وسلم
٣٥٤	تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً
٣٥٤	تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها
٣٨٥	ترثروه ومزموه واستكهوه
٣١٦ش	تعجلوا إلى الحج فإن أحدكم لا يدري ما يعرض له
١٩١	توضأ من بئر كأن ماءه نقاعة الحناء
٢٢٩	جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم

٣٨٥	جلد رجلا وجد منه ريح الخمر حدا تاما
٢٨٢	حج قبل الهجرة حجتين ، وحج بعد الهجرة حجة الوداع
٣١٤	حجوا قبل أن لا تحجوا
٤٦٥	خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي
٢٢١	دين الله أحق أن يقضى
٢٨٤	راه في الجاهلية واقفا بعرفة
٣٤٤	رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط
٦٩	رد شهادة ذي الغمر على أخيه
٣٤٣	سئل عن لقطة الذهب والورق
٣٣٢	الشفعة كحل العقال
٣٣٧	الشفعة كنشطة عقال
٣٣٢	الشفعة لمن واثبها
٣٤٤	عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعثتها ووعائها ووكائنها فأعطها
٣٤٧	عرفه ثلاثا . ففعل فلم يجد أحدا يعرفه . فقال كله
٢٠٤	فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر
٢١٣	فليصلها إذا ذكرها ، فإن ذلك وقتها
٢٧٢	في أربعين شاة شاة
٢٧٤	في كل خمس من الإبل شاة
٢٧٢	فيما سقت السماء العشر ، وفيما سقي بدالية أو نضح
٢١٩	كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فعرسوا في آخر
٦٧	كان ماعز بن مالك يتيما في حجر أبي ، فأصاب جارية
٢٧٦	كان يكون علي الصيام من شهر رمضان فما أقضيه حتى
٣٤٩	كتب إلى أمراء الأجناد أن انظروا من طالت غيبته أن
٤٣٤	كنت بحمص فقال لي بعض القوم : اقرأ علينا
٢٤٣	لا تؤدّي زكاة قبل حلول الحول
٢٩٩	لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليها رجل
٣٠٤	لا تقتل نفس ظلما إلا كان على ابن آدم الأول كفل من دمها
٣٣٧	لا شفعة لغائب ولا صغير ، والشفعة كحل العقال
٣٣٤	لا ضرر ولا ضرار

٢٤٩	لا ، ما صلوا
٦٠	لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قُدم
٣٠٥	لا يحل لامرأة أن تصوم يوما زوجها شاهد إلا بإذنه
١٣٤	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم
٢٥٢، ٢٥١	لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من يوم عرفة
٣١٩	لقد هممت أن أبعث رجالا إلى هذه الأمصار
٢١٤ ش	لم تهلكوا ولم تفتكم الصلاة
٢٣٣	ليس في النوم تفريط
٢٨٨ ش	ما ابتلي بهذا الدين أحد فقام به كله إلا إبراهيم
٣٠٢	ما بين هذين وقت
٣٠٠	ما منعك أن تحجي معنا ؟
٣٢٧	المتبايعان بالخيار ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك
٣٤٤	مر بتمرة في الطريق فقال لولا أنني أخاف
٢٨٤ ش	مكث رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة عشر سنين يتبع
٢٩٨	من أحب أن يرجع بعمره قبل الحج فليفل
٢٥٨، ٢٥٧	من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد
٣١٥	من أراد أن يحج فليتعجل ، فإنه قد تضل
٣٣١	من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين
٢١٦	من أفطر يوما من رمضان من غير رخصة ولا مرض
٢١٩	من أكل أو شرب ناسيا فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله
٣٤٦	من التقط لقطة يسيرة ، حبلا أو درهما
٣٤٠	من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له
١٨٣	من حاز أرضا وعمرها عشر سنين والخصم لا يغير ولا ينكر
٢٤	من حاز شيئا عشر سنين فهو له
٣٢	من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه
٦٨	من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة
٣٠٤	من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها
٤٢٦	من شرب الخمر فاجلدوه
٢٥٤	من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد

٢٥١	من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله
٣١٩	من كان ذا يسار فمات ولم يحج
٣١٣	من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل
٣١٩	من لم يحبسه مرض أو حاجة ظاهرة
٣١٨	من لم يمنعه عن الحج حاجة ظاهرة أو سلطان جائر
٣١٨	من مات ولم يحج حجة الإسلام في غير وجع حابس أو حاجة
٣١٨	من ملك زادا وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج
٢٠٠ش	من نسي صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها
٢١١	من نسي صلاة فوقتها إذا ذكرها
٤٢٨	من يشهد معك ؟
٢٢٩	نعم حجي عنها
٢٩١ش	نهينا أن نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شيء
٣٥٣	هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق
٢٣٠ش	وأمر ابن عمر امرأة جعلت أمها على نفسها صلاة بقاء
١٥٤	وعمرها
٢٨٧	وقف علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ورأسه يتهافت قملا
٦٨	ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة
٤٣٢ش	ويلك وصبياننا صيام . فضربه
٢٢٨	يا رسول الله إن أمي ماتت وعليها صوم نذر
٧٠	يا رسول الله إني عالجت امرأة في أقصى المدينة
٢١٤ش	يا رسول الله هلكن ، فانتت الصلاة
٦٨	يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك
٢٧٩	يصوم الذي أدركه ، ثم يصوم الشهر الذي أفطر فيه ، ويطعم
٢٧٩	يصوم رمضان الآخر ولا يقضي الأول بصيام
٢٧٩	يصوم هذا ويقضي الأول
٢٧٩	يهدي مكان كل رمضان فرط في قضائه بدنة مقلدة

فهرس الأعلام

(أ)

إبراهيم — عليه السلام —	٢٨٢ ، ٢٨٨ ، ٢٩٣
إبراهيم الحربي	٣١٩
إبراهيم النخعي	٢٢٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٣٥٥ ، ٣٥٩ ، ٣٦١
أبو بكر الصديق	٢١٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٤ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠
أبو بكرة	٤٥٧
أبي بن كعب	٣٤٤
الأثرم	٢٧٢ ، ٣٦٠ ، ٣٦١
أحمد بن أصرم	٣٥٩
أحمد حسني أحمد طه	١٠ ، ٢٠
أحمد بن حنبل	٢٠٤ ، ٢١٠ ، ٢٢٤ ، ٢٥٢ ، ٢٦٠ ، ٢٧٣ ، ٢٨٧ ، ٣١٨ ٣١٩ ، ٣٣٦ ، ٣٤٦ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٧٠
أبو الأحوص	٣١٩
الأستروشنى	٤١٩ ، ٤٢٠
أبو إسحاق	٣١٩
إسحاق بن راهويه	٢٧٦ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠
إسماعيل بن خليفة	٣١٥ ، ٣١٦
أشهب	١٢٣ ، ١٤٤ ، ٣٥٨
أصبغ	٢٤ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤١ ، ٦١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٥ ، ٣٣٥ ، ٣٥٧ ، ٣٧٠
أطفيش	١٥٣ ، ١٨٣
الأقيشر	٣٩٤
الألباني	٢٢٧ ، ٣١٦
أبو أمامة	٣١٨ ، ٣١٩
الأوزاعي	٢٧٦ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٤١٠

(ب)

البابرتي	٣٨٨ ، ٣٨٧
الباجي	٣٥٨ ، ٣٠٨ ، ٣٠٧ ، ٢٨٦
البخاري	٣٤٤ ، ٢٨٧ ، ٢٨٣ ، ٢٢٦ ، ٢٢٥ ، ٢٠٤
البرزلي	٦٢ ، ٦١
البزار	٣٣٧
البردوي	٣٠٥
ابن بطل	٣٠٠
بلال	٢١٩
البناني	١٨١
بهرام	٣١
ابن البيلماني	٣٣٨
البيهقي	٣٥٩ ، ٣٤٦ ، ٣١٩ ، ٣١٨ ، ٢١١، ٢١٣

(ت)

التاودي	١٤٦ ، ١١٢
التركماني	١٦٥
الترمذي	٣١٩ ، ٣١٨ ، ٢٢٥
التسولي	١١٥ ، ١١٤ ، ١١٣ ، ١١١ ، ١١٠ ، ٣٧ ، ٣٥ ، ٣٤ ، ٣٣ ١٨١ ، ١٧٩ ، ١٧٨ ، ١٧٧ ، ١٤٣ ، ١٣٧ ، ١٣٦ ، ١١٦ ١٨٤ ، ١٨٢
التمرتاشي	٣٨١
ابن تيمية	٢٥٨ ، ٢٤٧ ، ٢٤٠ ، ٢٣١ ، ٢١٠ ، ٢٠٧ ، ١٩٦ ، ١٩٥ ٢٨٩ ، ٢٥٩
ابن التين	٢٩٢

(ث)

أبو ثور	٣٧٠ ، ٣٦٩ ، ٣٢٦ ، ٢٠٠
الشميني	١٥٣

(ج)

جابر	٣٤٤ ، ٣٤٥
جابر بن زيد	٢٢٥ ، ٣٥٤
جابر بن يزيد	٣٥٥
الجارود	٤٢٨
جبير بن مطعم	٢٨٤
ابن جريج	٣٥٥ ، ٤٧٠
الجصاص	٢٨٢ ، ٢٨٤
الجلبي	٤١٩ ، ٤٢٦ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٣٧ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦
الجمال	٣٠٧
الجوزجاني	٣٦١ ، ٣٦٢
ابن الجوزي	٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩٧ ، ٢٩٩ ، ٣١٨ ، ٣٢٠
الجويني	٢٧٧ ، ٣٠٨ ، ٣٤٦

(ح)

ابن أبي حاتم	٣٥٥
أبو حاتم	٣٥٥
الحارث	٣١٨ ، ٣١٩
الحارث بن سويد	٣١٥
الحاكم صاحب المستدرک	٣١٦
حامد محمد عبد الرحمن	٧ ، ١٢ ، ١٨ ، ١٩ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ١٢٠ ، ١٣٨ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ، ١٦١ ، ١٦٩ ، ١٧١ ، ١٧٢
أبو حامد المروزي	٣٢٨
ابن حبان	٣١٦
حبان بن منقذ	٣٢٩
ابن حبيب	٩٣ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ٣٣٥
حبيب بن أبي ثابت	٢٢٥
الحجاج بن عمرو	٣١٣
ابن حجر	٢١٠ ، ٢٢٥ ، ٢٢٧ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٩

٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣١٦ ، ٣١٨ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ ، ٤٣٢ ، ٣٤٧ ، ٣٤٦	
٢٠٣ ، ٢٠٨ ، ٢١٠ ، ٢١٢ ، ٢٢٧ ، ٢٣١ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦١ ، ٢٦٥ ، ٢٦٧ ، ٢٧٤ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٣ ، ٣٢٦ ، ٣٣٠ ، ٣٣٧ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٦٢ ، ٣٧١ ، ٤٦٧	ابن حزم
٢٠٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٣٦٠ ، ٣٧١ ، ٤١٠ ، ٤٤١ ، ٤٤٢	الحسن البصري
٣٧٠	الحسن بن حامد بن علي
٣٦٩ ، ٣٧١	الحسن بن حي
٣٤٤ ، ٣٧٧ ، ٣٨١	الحسن بن زياد
٣١٦	الحسن بن عمرو الفقيمي
٣٠٧	أبو الحسن القاضي المالكي
٣٠٦	حسين القاضي الشافعي
١٣٣	حسين المالكي
٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٣٤ ، ٤٥٤	الحصكفي
٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ١١١ ، ١٢٣ ، ١٤١	الخطاب
٤٢٨	حفصة
٢٠٤	الحكم بن سعد
٣٥٥	الحكم بن عتيبة
٣٤٦	حكيمة
٣٧٢	الجلي
٢٢٥ ، ٢٨٠ ، ٣٦١ ، ٣٦٢	حماد بن أبي سلمة
٧٠ ، ١٠٢ ، ١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٤ ، ٢٠٣ ، ٢١٠ ، ٢٦٨ ، ٢٧٦ ، ٢٨١ ، ٣١٢ ، ٣٣٣ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٥٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٨٠ ، ٣٨٤ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٢ ، ٤٢٤ ، ٤٤٠ ، ٤٤٤ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٥٨	أبو حنيفة

(خ)

خارجة بن مصعب	٢٠٤
الخرشي	٣٥٧ ، ٣٧ ، ٣٢
ابن خزيمة	٣٤٦ ، ٢٢٥
أبو الخطاب	٣٣٩ ، ٣٢٦ ، ٣٢٥
الخطيب الشربيني	٣٥٩ ، ٢٩٠
خليل	٣٥٨ ، ٣٥٧ ، ٣٥٢ ، ٣٢٧ ، ٣٠٩ ، ١٨٠ ، ١٧٨ ، ١٣٦

(د)

الدارقطني	٣٥٤ ، ٣٢٠ ، ٣١٨ ، ٢٢٩ ، ٢١١
أبو داود	٢٨٧ ، ٢٣٣
داود الظاهري	٢٣١
الدبوسي	٤٣٧
الدردير	٥١ ، ٥٢ ، ١٣٣ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤١ ، ١٤٧ ، ٢٦٥ ، ٣٥٨ ، ٣٥٧ ، ٣٠٩
الدسوقي	٣١٠ ، ٢٦٥ ، ١٤١ ، ١٢١
ابن دقيق العيد	٢١٧
ابن أبي الدم	٤٦٦ ، ٤٦٥

(ذ)

الذهبي	٣١٦
--------	-----

(ر)

الرافعي	٣٤٦
الربيع	٢٧١
ربيعة	٣٧١ ، ٣٦٩ ، ٢٢٥ ، ٢٠٠ ، ٤٤
ابن رجب	٣١٦
الرجراجي	١٧٨ ، ٣٥
ابن رحال	١٧٨ ، ٣٧ ، ٣٥ ، ٣٤ ، ٣٣ ، ٣٠ ، ٢٩ ، ٢٨ ، ٢٦

الرستاقى	٣٧٢
ابن رسلان	٣٤٧
ابن رشد الجد	٢٣ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٠ ، ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٩ ، ٦١ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٣٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣ ، ٣٥٨
ابن رشد الحفيد	٢٢٤ ، ٢٦١ ، ٢٦٢
الرعىنى	٢٨
الرملى	١٠٧
الرهنى	٢٦ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣٢ ، ٣٤ ، ١١٦ ، ١٧٩

(ز)

ابن زرب	٣٥٨
أبو زرة الرازى	٢٩٥
الزرقانى	١١٢ ، ٢٩
زفر	٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٣٣٤ ، ٤٠٧ ، ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤١١ ، ٤٢٤ ، ٤٧٤
زكريا الأنصارى	٣٠٧
ابن أبى زمنين	٩٣
الزهري	٢٠٠ ، ٣٦٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٢
زهير	٢٨٣
زيد	٣٤٥
ابن أبى زيد	٣٥٨
زيد بن أرقم	٢٨٣
أبو زيد الحنفى	٢٩٧
الزىلى	٢٩١ ، ٣١٠ ، ٣٤٣ ، ٣٥٦ ، ٣٧٩ ، ٣٨٢ ، ٣٨٩ ، ٣٩٢ ، ٣٩٦ ، ٤٠٤ ، ٤٠٩ ، ٤٢٦ ، ٤٣٠ ، ٤٣٩ ، ٤٤٥ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٤٧٠

(س)

السائب بن يزيد	٤٣٢ ، ٤٣١
ابن سابط	٣٢٠ ، ٣١٩ ، ٣١٨
سامح السيد جاد	٩
ابن سبرة	٤٦٣
سحنون	٣٧٠ ، ٣٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٦٩
ابن سحنون	٨٥
السرخسي	٢٩٦ ، ٣٤٣ ، ٣٨٣ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤٢٦ ، ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٦٨ ، ٤٦٩
سعد بن بكر بن هوازن	٢٩٢
أبو السعود	٣٨٩
أبو سعيد	٣٤٧
سعيد بن جبير	٢٢٥ ، ٢٧٦ ، ٣١٥ ، ٤١٠
سعيد بن المسيب	٢٢٥ ، ٣٥٤ ، ٣٦٠ ، ٣٦٣
سعيد المقبري	١٩٨
سعيد بن منصور	٤٣٢ ، ٣١٩ ، ٣١٨
سفيان الثوري	٢٢٥ ، ٢٧٦ ، ٣١٩ ، ٣٥٤ ، ٣٥٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٤٣٧
سفيان بن عيينة	٤٤٢ ، ٤٣٢ ، ٣٥٤
سمرة بن جندب	٢٠٤
السنهوري	١٢٧
ابن سهل	١٢٣
سوار بن مصعب	٣٥٥ ، ٣٥٤
ابن سيرين	٢٢٥ ، ٢٠٠ ، ١٩١

(ش)

الشافعي	١٢٢ ، ٢٠٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٦ ، ٢٩٣ ، ٣٠١ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٩ ، ٣٤٣ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٧١ ، ٤٣٧ ، ٤٦٥
---------	---

ابن شبرمة	٣٥٩ ، ٣٦١
شريك	٢٨٦ ، ٢٩١ ، ٣١٨ ، ٣١٩
شعبة	٢٢٥
الشعبي	٢٢٥ ، ٢٤٢ ، ٣٥٥
الشوكانى	٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٣٤٧
ابن أبي شيبه	٣١٩ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥
الشيرازى	٢٧٧

(ص)

صالح	٢٦٠
الصاوي	١٤٧ ، ١٥٠ ، ٣٥٨

(ض)

ضمام بن ثعلبة	٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣
---------------	-----------------------------------

(ط)

طاووس	٢٨٠
الطبراني	٣٤٦
الطبري	٢٨٨
الطحاوي	٣٧٨ ، ٣٧٩
أبو الطيب القاضي الشافعي	٢٧٧ ، ٣٠٦

(ع)

عائشة	١٩٧ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٥
ابن عابدين	١٤٤ ، ١٦١ ، ١٦٥ ، ١٧١ ، ٣٨١ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٨ ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ٤٥٥ ، ٤٦٨ ، ٤٧١
ابن عات	١٣٤ ، ١٤٤ ، ٣٥٨

ابن عاصم	١١١ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١٣٥ ، ١٤٦ ، ١٨١
العباس	٢٤٣
ابن عبد البر	١٩٩ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٧ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٥٠ ، ٣٠٩
عبد الجبار	٤٤
عبد الحق صاحب الأحكام	٣١٦
ابن عبد الحكم	٣٨ ، ٣٩ ، ٦١
عبد الرازق حسن فرج	٥٤
عبد الرحمن بن البيلماني	٣٣٧
عبد الرحمن بن عوف	٢٠١
عبد الرحمن القطائي	٣١٩
عبد الرزاق	٣٤٧ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٤٢٨ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣
عبد العزيز بن أبي سلمة	٣٦٠
عبد العزيز عامر	٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢١ ، ٤٢٢
عبد القادر عودة	٤١٩ ، ٤٢١ ، ٤٢٢
عبد القادر الفاسي	٢٩
عبد الله بن أنيس	٦٧
عبد الله بن الزبير	٢٢٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢
عبد الله بن سعد	٢١٠
عبد الله بن عباس	٢٠١ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣٥٤ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٤٢٩
عبد الله بن عمر	١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٣٣٧ ، ٣٥٤ ، ٤٢٨
عبد الله بن المبارك	٢٠٤
عبد الله بن مسعود	٧٠ ، ٢٧٩ ، ٣٥٥ ، ٣٨٥ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٣ ، ٣٩٥ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٣٦ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩
عبد المنعم البدر اوي	٥٩

أبو عبيد	٢٩٠ ، ٣٥٩
أبو عبيدة	٢٩٣
عبيد بن عمير	٣٦١
عبيد الله بن عمر	٤٣٢
عتاب بن أسيد	٢٩٣
عثمان البتي	٤١٠
عثمان بن عفان	٢٦٩ ، ٣٥٤ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢
عدلي أمير خليل	١٠
ابن عدي	٣١٩
ابن عرفة	٢٦ ، ٣٣ ، ٣٥٨
عطاء	٣٦٠ ، ٤٣٧ ، ٤٧٠
ابن العطار	٩٢ ، ٩٣
ابن عقيل	٢٧٣
العقبلي	٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٠
عكرمة	٢٧٩
علقمة	٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٤٣٤
علي بن أبي طالب	١٩٩ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، ٣١٥ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٤٧ ، ٣٥٣ ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣
علي أفندي	٤٧٠
علي حسب الله	٤٣٦
علي الخفيف	٣٧
عليش	٣٢٧ ، ٣٥٢
علي محمد أحمد اليناعي	١١
علي بن المديني	٣٦٠
عمارة بن عمير	٢٢٥
عمار بن مطر	٣١٩
عمار بن ياسر	١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٤
عمران بن حصين	٣٧٢
عمر بن الخطاب	٣٨ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٩ ، ٧٠ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٤٥ ، ٣٤٩

٣٦١ ، ٣٦٠ ، ٣٥٩ ، ٣٥٧ ، ٣٥٦ ، ٣٥٥ ، ٣٥٤ ، ٣٥٣ ٣٨٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٢ ، ٣٧٠ ، ٣٦٥ ، ٣٦٤ ، ٣٦٣ ، ٣٦٢ ٤٣١ ، ٤٣٠ ، ٤٢٩ ، ٤٢٨ ، ٤٢٧ ، ٤٢٥ ، ٤٠٣ ، ٣٨٥ ٤٥٢ ، ٤٥١ ، ٤٤٣ ، ٤٤٢ ، ٤٤١ ، ٤٣٩ ، ٤٣٧ ، ٤٣٢ ٤٦٣ ، ٤٥٧	
٣٦٠	عمر بن عبد العزيز
٣٤٧ ، ٣٤٦	عمر بن عبد الله بن يعلى
٢٨٣	عمرو بن خالد
٤٣٧	عمرو بن دينار
٤٢٧	عمرو بن العاص
٣٥٤	عمرو بن يحيى بن جعدة
٤٤٢	أبو عون
٢١٧	عباض
٢٨ ، ٢٧ ، ٢٥	عيسى

(غ)

٣٠٣	الغزالي (أبو حامد)
-----	----------------------

(ف)

٩٢ ، ٩٣ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤١ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٨١	ابن فرحون
٣١٥	الفضل بن عباس
٣١٥	فضيل بن عمرو

(ق)

٣٥٨	القابسي
٢٣ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٦٢ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٣٣٥ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٦٩	ابن القاسم

٣٧٠	
٢٠	قاضيخان
٣٦٠ ، ٢٢٥	قتادة
٢٧٩ ، ٢٣٩ ، ٢٣٣ ، ٢٣٢	أبو قتادة
١٩٣ ، ٢٠٤ ، ٢٢٤ ، ٢٤٣ ، ٢٦٠ ، ٢٧٢ ، ٢٧٦ ، ٢٩٧ ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٨ ، ٣٢٥ ، ٣٢٩ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤٩ ٣٥٠ ، ٣٥٩ ، ٣٧٠ ، ٤٣٧ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ٤٦٦	ابن قدامة
٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠	قدامة بن مطعون
٢٨٥ ، ٢٨٨ ، ٤٦٣ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٩	القرطبي
٣٤٦ ، ٣٥٥	ابن القطان
٣٥٥ ، ٣٥٩ ، ٣٦١	أبو قلابة
٤٥ ، ٢٠٧ ، ٢١٠ ، ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٤٠ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، ٢٩٤	ابن القيم

(ك)

٢٦٤ ، ٢٦٨ ، ٢٩٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٧ ، ٣٢٠ ، ٣٣٠ ، ٣٥١ ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٩٥ ، ٤٠١ ، ٤٢٦ ، ٤٤٦ ، ٤٤٨ ٤٥٤ ، ٤٧٢	الكاساني
٣١٦	ابن كثير
٣٨١ ، ٤٣٥	الكرخي
٢٨٥ ، ٢٨٦	كريب
٢٨٧ ، ٢٨٩	كعب بن عجرة
٣٥٥	أبو كنف

(ل)

١٤٤	اللخمي
-----	--------

ليث بن أبي سليم	٣١٨ ، ٣١٩
الليث بن سعد	٣٦٠ ، ٣٧١
ابن أبي ليلى	٣٥٥ ، ٣٥٩ ، ٣٦١ ، ٤٠٧ ، ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤٢٤ ، ٤٧٤

(م)

أبو ماجد الحنفي	٤٣٣
ابن الماجشون	٢٥ ، ٢٨ ، ٣٣٥
المازري	٣٨ ، ٣٩ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٩ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٦٠ ، ٦١ ، ٦٣
ماعز بن مالك	٤٠٩ ، ٦٧
مالك بن أنس	٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٢ ، ٦٠ ، ٦١ ، ٨٦ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١٣٤ ، ١٤٤ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧٦ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٤٣ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٤٣١ ، ٤٦٥
الماوردي	٢٩٠
المؤيد	٣٤٥
مجاهد	٢٧٦ ، ٣٥٤
ابن محرز	٣٥٨
محمد أبو زهرة	٨١ ، ٣٧٧ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٩ ، ٤١٢ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥
محمد بن أحمد	٣٧٠
محمد الجنوي	١١٧
محمد بن حبيب	٢٩٠ ، ٢٩٢
محمد بن الحسن	١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٢ ، ٢٦٨ ، ٢٨١ ، ٢٩٨ ، ٣٠٢ ، ٣١٠ ، ٣٣٢ ، ٣٣٤ ، ٣٤٣ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨٤ ، ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٢٤ ، ٤٢٧ ، ٤٣٣ ، ٤٤٠ ، ٤٥٨
محمد بن خازم	٣١٦
محمد سراج	٦٤

محمد بن شراحبيل	٣٥٤ ، ٣٥٥
محمد عبد الجواد محمد	٨ ، ١١ ، ١٢ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٩٢ ، ٩٥ ، ١١٧ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤٠ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٥٨
محمد بن عبد الرحمن	٣٣٧
محمد بن عبد الله العزرمي	٣٥٥
محمد بن قيس	١٩٨
محمد بن المثنى	٣٣٧
محمد بن الوليد	٢٨٥
المراغي	٥٧
ابن المرتضى	٣٣٩ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٧٢
ابن مرزوق	٢٩ ، ٣٢
المرغيناني	٣٠٢ ، ٣٥٣ ، ٣٧٨ ، ٣٨٢ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠٢ ، ٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٥ ، ٤٤٥ ، ٤٤٩ ، ٤٥٣
ابن مزين	٩٤ ، ٩٥
مسروق	٢٨٨ ، ٢٨٩
مسعر	٤٤٢
مسلم	٢٨٧ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٣٤٤
المشاور	١٣٦
مطرف	٢٤ ، ٤٠ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٦٠ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٤٧ ، ١٧٨ ، ٣٣٥
أبو المطوس	٢٢٥ ، ٢٢٦
أبو المعشر المدني	١٩٨
معمر	٣٠٥
ابن معن	٣٢٨

المغيرة بن شعبة	٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٦١
ابن مفلح	٢٦٤
ابن المنذر	٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٦٩ ، ٣٧٢ ، ٤٣١
المنذري	٣١٩
ابن المنير	٢٩٩ ، ٣٠٠
مهران الكوفي أبو صفوان	٣١٦
أبو المهزم	٣١٩
المواق	١٢٨ ، ١٣٠ ، ١٤٤ ، ٣٥٨
موسى بن إسماعيل	٢٩١

(ن)

ابن ناجي	١٢٣ ، ١٢٥ ، ١٢٦
الناصر	٣٤٥
الناطفي	٣٨٠
نافع	١٩٨ ، ٢٠٠
ابن نافع	١٣٣
ابن نجيم	٢٠ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٤٦٨
النسفي	٣٩٧
نعيم بن هزال	٦٧
النفراوي	٣٠ ، ٣٧
النووي	٢٦٥ ، ٢٧١ ، ٢٧٧ ، ٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٨ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١٧ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٥٨
نوفع	٢٨٥

(هـ)

أبو هريرة	٢١٦ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٧٦ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢ ، ٣٠٤ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٤٢٨
هزال	٦٨

٢٨	ابن هشام
٣١٩ ، ٣١٨	هلال بن عبد الله
٧١ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، ٢٨٦ ، ٣١٣ ، ٣٢٥ ، ٣٥٣ ، ٣٧٦ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٤ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، ٤٤٩ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٦٨	ابن الهمام
٤٢٨	هند بنت الوليد
٩٣ ، ٩٢	ابن الهندي

(و)

٢٩٢	الواقدي
٣١٩	وكيع
٣٧١ ، ١٣٣ ، ٦١ ، ٣٩ ، ٣٨	ابن وهب

(ي)

٣٦٣ ، ٣٤٦	يحيى
١١٧ ، ١١٦	يحيى السراج
٢٢٥	يزيد بن المطوس
٣٨٠ ، ٣٧٨	يعقوب
٢٩٠ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٦ ، ٣٣٩ ، ٣٦١	أبو يعلى
٣٤٦	يعلى بن مرة
٧٠ ، ١٠٢ ، ١٩٢ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٣١٠ ، ٣١٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٨٠ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٤٢٤ ، ٤٣٥ ، ٤٤٠ ، ٤٤٨ ، ٤٥٨	أبو يوسف
٨٥	ابن يونس
٣٥٤	يونس بن خباب

فهرس الأماكن والبلدان والقبائل

البحرين	٤٢٨
بنو سعد	٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٩٢
تبوك	٢٩٣ ، ٢٩٤
تونس	٦٢ ، ٣٥٨
جهينة	٢٢٩ ، ٣٧٢
الحديبية	٢٨٩ ، ٢٩٤
الحره	٣٦٢
حمص	٤٣٤
حنين	٢٩٢ ، ٢٩٤
خثعم	٢٢٩
السقيا	٤٢٩
عبد القيس	٤٢٨
عرفة	٢٨٤
القاهرة	١٢٩
قريش	٢٨٣
المدينة المنورة	٢٩٧ ، ٣٤٨ ، ٣٦٢ ، ٤٣٧
مكة المكرمة	١١٨ ، ٢٨٣ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٣٠٩ ، ٤٦٣
منى	٢٨٤
نجران	٢٩٤

فهرس تفصيلي للموضوعات

مقدمة

٦ : ١٣

التقادم قديما وحديثا ٦ — إفراده بالتأليف ٦ ، ٧ — بعض الدراسات السابقة والتعريف بها ٧ : ١١ — منهج الدراسة وموقفها من هذه الدراسات ١١ ، ١٢ — موقف الدراسة من القانون الوضعي المصري ١٢ — عرض أبواب وفصول الدراسة ١٢ ، ١٣

الباب الأول

الأحكام العامة للتقادم

١٤ : ١٨٦

الفصل الأول

تعريف التقادم

١٥ : ٢٢

ارتباط تعريف التقادم بأقسامه الثلاثة ١٦ — تعريف التقادم بمعناه العام وشرحه ١٧ — تعريف الدكتور حامد للتقادم بمعناه الخاص وشرحه ١٨ — مناقشة التعريف ١٩ ، ٢٠ — تعريف الدكتور أحمد حسني ٢٠ — مناقشة التعريف ٢٠ ، ٢١ — تقديم تعريف للتقادم بمعناه الخاص و رد ما يمكن أن يعترض به عليه ٢٢ .

الفصل الثاني

طبيعة التقادم

٢٣ : ٥٥

أولا طبيعة الحيازة ٢٣ : ٤٧

١ — رأي الحنفية ٢٣

تصريح الحنفية بعدم سقوط الحق بمضي المدة ، فالحيازة المجردة لا تنتقل الملك عندهم ، وإنما تصير قرينة فحسب عليه .

٢ - رأي المالكية ٢٣ : ٤٥

قول ابن رشد في المسألة ٢٣ : ٢٥ - التعليق عليه ٢٥ ، ٢٦ - اعتراض ابن رحال على قول ابن رشد ٢٦ - رد الرهوني على ابن رحال ٢٦ : ٢٨ - التعليق على كلام الرهوني ٢٨ ، ٣٠ - مناقشة ما ذكره الدكتور عبد الجواد من أن للمالكية رأيا راجحا وآخر مرجوحا في نقل الملكية بالحيازة وحدها ، والصواب هو أن فقهاء المذهب متفقون على أن الحيازة المجردة لا تنقل ملكا ٣١ : ٣٧ - مناقشة الدكتور عبد الجواد فيما نسبته للإمام مالك بأنه يقول بأن الحيازة تسقط الملك عن صاحبها وتنقله إلى الحائز ٣٧ : ٤٥ .

٣ - رأي ابن القيم ٤٥ ، ٤٦

وافق ابن القيم المالكية في رد دعوى المحوز عليه الساكت على حيازة غيره ملكه دون أن يكون له عذر في سكوته هذا ٤٥ ، ٤٦ - موافقته أيضا في وجوب ادعاء الحائز ملكية ما يحوزه حتى يقضى بملكيته ٤٥ ، ٤٦ .

٤ - رأي الإباضية ٤٦ ، ٤٧

مناقشة الدكتور عبد الجواد فيما نسبته إلى الإباضية من أنهم يأخذون بنظام الحيازة بنفس النظام الذي يأخذ به القانون المدني المصري ٤٦ ، ٤٧ - الإباضية أيضا يوافقون المالكية في رأيهم ٤٧ .

ثانيا طبيعة تقادم الديون ٤٨ : ٥٣

١ - رأي الحنفية ٤٨

تصريح الحنفية بأن التقادم يسقط الدعوى فحسب دون المساس بموضوعها ، بحيث إذا اعترف المدعى عليه بحق المدعي فإنه يلزمه الوفاء به قضاء وديانة ٤٨ .

٢ - رأي المالكية ٤٨ : ٥٣

ما ذكره الدكتور عبد الجواد عن عدم تعرض الإمام مالك لسقوط الدين نفسه بالتقادم ٤٨ - التعليق على كلام الدكتور عبد الجواد ٤٩ - كلام الدكتور عبد الجواد في بيان موقف فقهاء المالكية في المسألة ، وما يذكره من أن الخطاب يعد أول من وضع أساس قاعدة الدفع بالتقادم ٤٩ : ٥١ - مناقشة الدكتور عبد الجواد في قوله هذا ٥١ : ٥٣ .

ثالثا طبيعة التقادم في القانون ٥٤ ، ٥٥

تصريح المشرع بأن الحيازة تعد سببا من أسباب كسب الملك ٥٤ — وكذلك سقوط الحق بالتقادم المسقط ٥٤ — عدم اختلاف التقادم الجنائي في سقوط الجريمة والعقوبة بالتقادم ٥٤ — محاولة رد الدكتور عبد الرازق حسن قاعدة التقادم في الفقه الإسلامي إلى القواعد الموضوعية لا الإجرائية ٥٤ ، ٥٥ — مناقشته في ذلك ٥٥ .

الفصل الثالث

أساس التقادم

٥٦ : ٨٨

المبحث الأول

أساس تقادم الديون

٥٧ : ٨٢

رأي الحنفية ٥٧ : ٥٩

يرى الحنفية أن من يؤخر المطالبة بحقه دون عذر يكون محتالا في دعواه ٥٧ — لولي الأمر تقييد المباح لمصلحة راجحة ٥٧ — يرى الدكتور حامد عبد الرحمن أن أساس النهي عن سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة أو أكثر يرجع إلى اجتهاد الفقهاء ، وبعد خمس عشرة سنة يرجع إلى أمر ولي الأمر ٥٨ — مناقشة الدكتور حامد فيما ذكره ٥٨ — عدم بناء التقادم على إهمال المدعي ٥٩ .

رأي المالكية ٥٩ : ٦٦

تركيز المالكية على المدعى عليه في تبرير التقادم ٥٩ — قولهم بأن المدعى عليه لا يستطيع أن يحضر شهوده بعد مدة التقادم ٥٩ ، ٦٠ — قولهم بتعميم حديث الحيازة ليشمل تقادم الديون ٦٠ : ٦٣ — قولهم بأن سكوت المدعي طول مدة التقادم يعد كإقرار بأنه لا حق له على المدعى عليه ٦٣ — قولهم بأن الغالب من أحوال الناس عدم الانتظار هذه المدة الطويلة ، مما يعني سبق وفاء الدين ٦٣ — مجمل كلام المالكية في تأسيس تقادم الديون ٦٤ — رؤية أستاذنا الدكتور محمد سراج في تأسيس التقادم ٦٤ ، ٦٥ — التعليق عليها ٦٥ ، ٦٦ .

أساس تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي ٦٧ : ٧١

- التماس النصوص في ذلك ٦٧ ، ٦٨ — ارتباط التقادم بقاعدة درء الحدود ٦٨ —
ارتباطه بالتوبة ٦٨ — تأسيسه على الشبهة التي تحوم حول البيئة المتقدمة ٦٨ : ٧٠ —
قياسه بأولى على حق الحاكم في العفو ٧٠ — عدم اقتصار التقادم على الجريمة وحدها ،
وإنما يمتد ليشمل العقوبة أيضا ٧١ .

أساس التقادم الجنائي في القانون ٧٢ : ٨٠

- اندثار الأدلة ٧٢ ، ٧٣ — تفريد العقوبة ٧٣ ، ٧٤ — جزاء الإهمال ٧٤ ، ٧٥
الاستقرار القانوني ٧٦ ، ٧٧ — النسيان ٧٧ ، ٧٨ — توبة الجاني ٧٨ ، ٧٩ —
المشرع لم يفصح عن الأساس الذي اعتمد عليه ٨٠ .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ٨١ ، ٨٢

- ما يتشابه فيه النظامان ٨١ — ما يتميز فيه النظامان ٨١ ، ٨٢ .

المبحث الثاني أساس الحيابة ٨٣ : ٨٨

رأي الحنفية ٨٣

- ارتكاز الحنفية على تهمة المدعي في تأسيس الحيابة ٨٣ — زيادة تهمة المدعي في
الحيابة عنها في تقادم الديون ٨٣ — أثر هذه الزيادة ٨٣ .

رأي المالكية ٨٣ : ٨٧

- حديث الحيابة ' من حاز شيئا عشر سنين فهو له ' يأتي في صدر تأسيس الحيابة
عندهم ٨٣ — ربط الدكتور عبد الجواد حديث الحيابة بحث المالك على المحافظة على
ملكه، ووضع جزاء لإهماله، ومكافأة من يحيي الأرض بتملكها، وتمليك اللقطة لواجدها ٨٣ ،
٨٤ — مناقشته في ذلك ٨٤ — يرى الدكتور عبد الجواد أن الأساس الأول الذي اعتمد
عليه المالكية — غير حديث الحيابة — هو أن الأصل في الحكم بالحيابة جهل الحائز بأصل
مدخله فيها ، والحيابة لحماية المالك أو من يظهر بمظهر المالك ٨٤ — مناقشته في ذلك
٨٤ ، ٨٥ — ويرى أن الأساس الثاني هو أن السنين العشر أبلغ في إعدار المحوز عليه
٨٥ ، ٨٦ — مناقشته في ذلك ٨٦ ، ٨٧ — ويرى أن الأساس الثالث هو أن سكوت
المحوز عليه يعد كالإقرار بحق الحائز ، وهذا يرجع إلى الحكم بتغليب الأحوال ٨٧ .

رأي الإباضية ٨٧ ، ٨٨

استدلّاهم بحديث الحيازة ، ويرون أن الحيازة تنتهي الصراع بين المتخاصمين ،
وتعفي القاضي من عناء التقصي والبحث عن الأدلة المطمورة ٨٧ — التعليق على ما
ذكروه ، والتعليق كذلك على أسس التقادم بصفة عامة ٨٨ .

الفصل الرابع

نطاق التقادم

٨٩ : ١٠٥

المبحث الأول

نطاق الحيازة

٩٠ : ٩٥

ارتباط الحيازة بالحقوق العينية ٩٠ — يستثنى من ذلك الحق العيني المقيد بالسجل
العيني ٩٠ — موقف الفقه الإسلامي من هذا الاستثناء ٩٠ ، ٩١ — كما يستثنى منه
الحق غير القابل للتصرف فيه أو حيازته مثل الأموال العامة ٩١ ، ٩٢ — موقف الفقه
الإسلامي من حيازة الوقف ٩٢ — وأيضا يستثنى من الحقوق العينية التي لا تقبل الحيازة
حيازة الضرر ٩٢ : ٩٥ .

المبحث الثاني

نطاق تقادم الديون

٩٦ : ١٠٥

ارتباط تقادم الديون بالحقوق العينية والشخصية ٩٦ — يستثنى من ذلك الحقوق
الخاصة بالأحوال الشخصية ٩٦ — كما يستثنى منه الحق الموثق ٩٦ ، ٩٧ — كما
يستثنى منه أيضا دعوى البطلان ٩٧ ، ٩٨ — ويستثنى منه أيضا الدفوع ٩٨ ، ٩٩ —
ويستثنى منه أيضا الأحكام ٩٩ ، ١٠٠ — ويستثنى منه أيضا الإبراء ١٠٠ — نطاق
التقادم المسقط في الجرائم والعقوبات ١٠١ ، ١٠٢ — نطاق التقادم الجنائي في القانون
١٠٢ : ١٠٤ — اختلاف الفقه الإسلامي عن القانون في تحديد الجرائم التي لا تسقط
بالتقادم ١٠٥ .

الفصل الخامس

مدة التقادم

١٠٦ : ١١٨

انتهى متأخرو الحنفية إلى تحديدها بخمس عشرة سنة ، وتسمع دعوى الأراضي الأميرية بعد عشر سنين فقط ١٠٦ — تقليل الحنفية عدد السنين عما ذكر في الملك الخاص ١٠٦ — تفرقة الحنفية بين الأجنبي والقريب في تحديد مدة سماع دعوى الملك ١٠٦ : ١٠٨ — رأي الإمام مالك فيمن يحضر مجلس تقويت ملكه ١٠٨ — ما يذكره ابن عاصم صاحب التحفة في ذلك ١٠٩ — تناول قوله بالشرح والمناقشة ١٠٩ : ١١٢ — تقسيم المسألة إلى قسمين : أولهما حكم من يحضر مجلسا يرى فيه تقويت ماله ، والآخر من غاب عن هذا المجلس ١١٢ — شرح القسم الأول ١١٢ ، ١١٣ — شرح القسم الثاني ١١٣ : ١١٦ — أعمال الرخص والمسامحة ١١٦ ، ١١٧ — مناقشة المالكية في تحديدهم مدة الحيازة بعشر سنين ١١٧ ، ١١٨ — ترجيح القول بترك تحديد مدة الحيازة لولي الأمر ١١٨ .

الفصل السادس

وقف التقادم

١١٩ : ١٥٩

المبحث الأول

تعريف وقف التقادم

١٢٠

مفهوم الفقهاء لوقف التقادم ١٢٠ — لا يلزم أن يعرض سبب وقف التقادم في وسط المدة أو نهايتها ١٢٠ — تعريف الدكتور حامد عبد الرحمن لوقف التقادم ١٢٠ — التعليق على التعريف ١٢٠ .

المبحث الثاني أسباب وقف التقادم

١٢١ : ١٥٢

السبب الأول عدم العلم بموضوع الحق ١٢١ : ١٣١

تقسيم عدم علم المدعي في الحيابة إلى ثلاثة أقسام ١٢١ — القسم الأول هو عدم علمه بأن حيابة غيره تمنعه من ملكه بتقادمها برغم علمه بها ١٢١ — شرح هذا القسم ١٢١ ، ١٢٢ — القسم الثاني هو عدم علم المدعي بأن المحوز هو ملكه ، مع علمه بالحيابة ١٢٣ — شرح هذا القسم ١٢٣ : ١٢٦ — القسم الثالث هو عدم علم المدعي بحيابة ملكه مع علمه بملكيته له ١٢٦ — شرح هذا القسم ١٢٦ : ١٣١ — عدم علم المدعي في تقادم الديون ١٣١ — الجهل بالحق في القانون ١٣١ .

السبب الثاني الغيبة ١٣٢ : ١٤٠

الغيبة قد تتعلق بالمدعي أو المدعى عليه ، سواء في الحيابة أو تقادم الديون ١٣٢ — غياب المدعي المحوز عليه عما يدعيه ١٣٢ : ١٣٨ — غياب المدعى عليه الحائز ١٣٨ — غياب المدعي الدائن في تقادم الديون ١٣٨ — غياب المدعى عليه المدين ١٣٨ ، ١٣٩ — الغيبة في القانون ١٣٩ ، ١٤٠ .

السبب الثالث عوارض الأهلية ١٤٠ : ١٤٥

١ — الخوف والإكراه ١٤٠ : ١٤٣

ما يذكره الدكتور عبد الجواد في هذا الصدد ١٤٠ : ١٤٢ — معنى اختلاف نوع التهديد ١٤٢ — موقف القانون من هذا السبب ، ومناقشة الدكتور عبد الجواد فيما ذكره ١٤٢ ، ١٤٣ .

٢ — الجنون ، العته ، الصغر ١٤٣ : ١٤٥

لا خلاف عند المالكية في وقف التقادم مع هذه العوارض إذا لم يكن ولي أو وصي ١٤٣ — الحكم عند وجود ولي أو وصي ١٤٣ ، ١٤٤ — رأي الحنفية في المسألة ، ومناقشة الدكتور حامد عبد الرحمن فيما رجحه في مذهبه ١٤٤ ، ١٤٥ .

السبب الرابع العلاقات الخاصة ١٤٥ : ١٥٠

تأثير علاقة القرابة والزوجية في الحيابة ، ومناقشة الدكتور حامد في هذا الصدد ١٤٥ : ١٤٧ — تأثيرها في تقادم الديون ١٤٧ ، ١٤٨ — موقف القانون ١٤٨ : ١٥٠

السبب الخامس الإفلاس ١٥٠ ، ١٥١

إفلاس المدعي في الحيازة ١٥٠ — إفلاس المدعي عليه فيها أيضا ١٥٠ — إفلاس المدعي عليه في تقادم الديون ١٥٠ — إفلاس المدعي فيه أيضا ١٥٠ — الإفلاس في القانون ١٥١ .

السبب السادس الارتداد عن الإسلام ١٥١

يرى الإباضية أن الارتداد عن الإسلام يعد سببا لوقف التقادم ١٥١ — التعليق على هذا الرأي ١٥١ .

السبب السابع الظروف القهرية العامة ١٥٢

لا يختلف الفقه الإسلامي عن مع القانون في وقف التقادم أثناء هذه الظروف ١٥٢ — التمثيل من الفقه الإسلامي لهذا السبب ١٥٢ .

المبحث الثالث

أثر وقف التقادم

١٥٣ : ١٥٩

الأثر الأول لوقف التقادم هو وقف سريان التقادم طول فترة العذر ، وأن الدعوى تسمع بعد زواله حتى لو انقضت مدة التقادم ١٥٣ — موقف الإباضية من وقف التقادم ١٥٣ : ١٥٥ — تفسير الدكتور عبد الجواد رأي الإباضية في أثر وقف التقادم ١٥٥ ، ١٥٦ — مناقشته في هذا التفسير ١٥٦ : ١٥٩ — الأثر الثاني لوقف التقادم هو ما يخص نطاقه ١٥٩ .

الفصل السابع

انقطاع التقادم

١٦٠ : ١٧٦

المبحث الأول

معنى انقطاع التقادم

١٦١ ، ١٦٢

ما ذكره الدكتور حامد في التفرقة بين انقطاع التقادم ووقفه ١٦١ — الاستدلال لما ذكره ١٦١ — التعليق على ما ذكره ١٦١ ، ١٦٢ — المقارنة بين أسباب الوقف والانقطاع ١٦٢ .

المبحث الثاني

أسباب انقطاع التقادم

١٦٣ : ١٧٤

السبب الأول تخلي الحائز عن حيازته ١٦٣ : ١٦٥

تصور وجود هذا السبب في الحيازة دون تقادم الديون ١٦٣ — النص الوارد عن الإباضية في وقف التقادم يصلح للاستشهاد به في الانقطاع ١٦٣ — تخلي الحائز عن حيازته في القانون ١٦٣ : ١٦٥ — موافقة القانون لأحد أقوال الإباضية في المسألة ١٦٥

السبب الثاني المطالبة بالحق وما في معناها ١٦٥ : ١٦٨

اشتراط الحنفية لقبول المطالبة وسماعها أن تتم في مجلس القضاء ١٦٥ — اختلاف المالكية في المسألة ١٦٥ — ما ينبغي ترجيحه في الزمن الحاضر ١٦٦ — المطالبة بالحق في القانون ١٦٦ : ١٦٨ — مبادئ الفقه الإسلامي لا تتعارض وتفصيلات القانون في هذا الأمر ١٦٨ .

السبب الثالث الإقرار بالحق ١٦٩ : ١٧٣

إقرار المدعى عليه بحق المدعي يعد مانعا للتقادم وليس قاطعا له فحسب ١٦٩ — ما ذكره الدكتور حامد في اشتراط أن يكون إقرار المدعى عليه أمام القضاء ١٦٩ ، ١٧٠ — مناقشة الدكتور حامد فيما ذكره ١٧١ : ١٧٣ .

السبب الرابع اختلاف الديانة ١٧٤

يرى الإباضية أن مدة التقادم تستأنف من جديد لهذا السبب ١٧٤ — عدم تصويب رأيهم في هذا الأمر ١٧٤ .

المبحث الثالث

أثر انقطاع التقادم

١٧٥ ، ١٧٦

أبرز أثر لانقطاع التقادم هو استئناف مدة التقادم ١٧٥ — الانقطاع الطبيعي والانتقاط المدني ١٧٥ — استثناء حالة التضامن من الانتقاط المدني ١٧٥ — استثناء حالة عدم القابلية للانقسام منه أيضا ١٧٦ — استثناء حالة الكفالة منه أيضا ١٧٦ .

الفصل الثامن

أثر التقادم

١٧٧ : ١٨٦

- عدم اقتصار أثر التقادم على المدعي ، وإنما يمتد ليشمل أيضا المدعى عليه ١٧٧ —
- أثر التقادم على المدعى عليه في الحيازة عند ابن رشد ١٧٧ — عدم تسليم التسولي لما يراه ابن رشد ١٧٧ : ١٧٩ — مناقشة ومقارنة بين رأي ابن رشد ورأي التسولي ١٧٩ :
- ١٨٢ — لم يبتعد الإباضية كثيرا عن المالكية في المسألة ١٨٣ — رأي الحنفية ١٨٣ —
- ما يتطلبه التقادم من المدين في الديون الموثقة عند المالكية ١٨٣ : ١٨٥ — ما يراه المالكية من وجوب ادعاء المدين الوفاء ١٨٦ — رأي الحنفية ١٨٦ .

الباب الثاني

من مسائل التقادم في الفقه الإسلامي

١٨٧ : ٤٧٥

الفصل الأول

تقادم العبادات

١٩٠ : ٣٢٣

الماء الآجن ١٩١

- يرى الفقهاء أن الماء إذا تغير بطول مكثه فإن ذلك لا يسلبه طهوريته ، ويجوز
الوضوء به ١٩١ — كراهة ابن سيرين الوضوء به ١٩١ — تضعيف رأيه ١٩١ .

تقادم الميتة في بئر قليل الماء ١٩٢ : ١٩٤

- رأي الحنفية في المسألة ١٩٢ ، ١٩٣ — موافقة الشافعية والحنابلة لرأي صاحبين
١٩٣ — مخالفة المالكية والظاهرية والإباضية للإمام أبا حنيفة في أصل المسألة ١٩٣ —
موافقة الزيدية للإمام أبي حنيفة في وجه ومخالفته في وجه آخر ١٩٣ ، ١٩٤ — عدم
ترجيح رأي الإمام أبي حنيفة ١٩٤ .

طهارة النجاسة بالاستحالة ١٩٥ ، ١٩٦

ذهب الحنفية والمالكية وغير ظاهر مذهب الحنابلة والظاهرية والإباضية والزيدية والإمامية إلى طهارة النجاسة المستحيلة إلى طهارة ١٩٥ — اقتصار الشافعية على طهارة شيئين : جلد الميتة المدبوغ ، والخمر التي استحالت بنفسها خلا ١٩٥ — اقتصار ظاهر مذهب الحنابلة على الثاني فحسب ١٩٥ — تصويب ابن تيمية رأي الجمهور ١٩٥ ، ١٩٦

قضاء المغمى عليه والمجنون الفوائت ١٩٧ : ٢٠٧

رأي الحنفية وأدلتهم ١٩٧ : ١٩٩ — رأي المالكية وأدلتهم ٢٠٠ : ٢٠٢ — مناقشة الإمام محمد بن الحسن أهل المدينة في المسألة ٢٠٢ — موافقة الشافعية والظاهرية والزيدية وراجح الإباضية والأظهر عند الإمامية المالكية ٢٠٣ — رأي الحنابلة ٢٠٤ ، ٢٠٥ — ما يبدو راجحا في المسألة ٢٠٥ .

هل يقضي الصلاة من تكاسل عنها ؟ وهل يعين زمن الفوائت ؟ ٢٠٦ : ٢٦٧

ارتباط مسألة تعيين زمن الفوائت بمسألة قضاء الصلاة ممن تكاسل عنها ٢٠٦ — الجمهور على وجوب القضاء ٢٠٦ ، ٢٠٧ — وذهب الظاهرية وابن تيمية وابن القيم ومن وافقهم إلى أن القضاء غير مشروع ، وما يجب هو الإكثار من صلاة التطوع والندم والاستغفار ، ولا سبيل إلى استدراك ما فاتته ٢٠٧ .

الدليل الأول للجمهور هو القياس بأولى على قضاء من نسي الصلاة أو نام عنها
٢٠٧ ، ٢٠٨ — انتقاد الإمام ابن حزم هذا الدليل ٢٠٨ — تعليق على انتقاده ٢٠٨ :
٢١٠ — الحافظ ابن حجر ينقل عن يقول بعدم القضاء اعتراضا آخر على هذا القياس
٢١٠ — الحافظ نفسه يجيب على هذا الاعتراض ٢١٠ — انتقاد الإمام ابن القيم هذا القياس ٢١٠ : ٢١٢ — تعقيب على هذا الانتقاد ٢١٢ : ٢١٧ — الأدلة الأخرى التي استدلت بها الجمهور والمتعلقة بما بني عليه هذا القياس لم تسلم من الانتقادات ٢١٧ : ٢١٩ .

الدليل الثاني والثالث هو أن الصلاة دين لله سبحانه كسائر ديونه من صوم وحج وغير ذلك فوجب قضاؤها ، ثم القياس على الصوم ، وهو عبادة مؤقتة مثل الصلاة ، وقد ورد النص فيه بقضائه على العامد والمعذور ٢٢٠ — قول ابن عبد البر في هذا الصدد ٢٢٠ ، ٢٢١ — انتقادات ابن القيم قول ابن عبد البر ومناقشة هذه الانتقادات ٢٢١ : ٢٣٢ .

الدليل الرابع هو أن النبي صلى الله عليه وسلم سمي من ترك الصلاة عمدا مفرطا ، وبرغم هذا لم يمنعه من قضائها ٢٣٢ — قول ابن عبد البر في هذا الدليل ٢٣٢ ، ٢٣٣ — رد ابن القيم على هذا الاستدلال ٢٣٣ — تعليق على رد ابن القيم ٢٣٣ .

الدليل الخامس هو أن قضاء العباداة المؤقتة لا يحتاج لأمر جديد ، وإنما يكتفى في أدائه بالأمر الأول ٢٣٣ — كلام الشوكاني في هذا الدليل والتعليق عليه ٢٣٣ : ٢٣٩ .

الدليل السادس هو قياس الأولى على النذر المؤقت ٢٣٩ — دلالة النصوص على وجوب قضاء النذر المؤقت حتى لو انقضى أجله ٢٣٩ .

(١) والدليل الأول لابن حزم ومن تبعه هو الاستدلال ببعض آيات الكتاب كقوله تعالى ﴿ فَخَلَفَ مِنْ بَعدِهِمْ خَلْفٌ أَضَاعُوا الصَّلَاةَ وَاتَّبَعُوا الشَّهَوَاتِ فَسُوفَ يَلْقَوْنَ غِيًّا ﴾ فلو كان العامد لترك الصلاة مدركا لها بعد خروج وقتها لما كان له الويل ٢٤٠ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) الدليل الثاني هو أنه لا فرق بين من صلى قبل الوقت وبعده ، فكلاهما قد تعدى حدود الله سبحانه ٢٤١ ، ٢٤٢ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٢ : ٢٤٥ .

(٣) الدليل الثالث هو أن القضاء إيجاب شرع ، والشرع لا يجوز لغير الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ٢٤٥ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٤) الدليل الرابع هو أن تعمد ترك الصلاة إلى بعد وقتها ، إما أن يكون طاعة أو معصية ، فإن قال المخالف إنه طاعة فقد خالف بذلك الكتاب والسنة والإجماع ، وإن قال معصية فقد صدق ، ومن الباطل أن تتوب المعصية عن الطاعة ٢٤٦ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٥) الدليل الخامس هو أن الشرع قد حدد أوقات الصلاة ، ولو جاز أدائها بعد الوقت لما كان لتحديده صلى الله عليه وسلم معنى ، ولصار لغوا من الكلام ، وحاش لله من هذا ٢٤٧ ، ٢٤٨ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٨ .

(٦) الدليل السادس هو أنه لو كان القضاء واجبا على العامد لترك الصلاة حتى يخرج وقتها لما أغفل الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولا نسياء ، ولا تعمدا إعانتا

بترك بيانه ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ ، وكل شريعة لم يأت بها القرآن ولا السنة فهي باطل
٢٤٨ ، ٢٤٩ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٤٩ : ٢٥١ .

(٧) الدليل السابع هو الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم (من فاتته صلاة العصر فكأنما وتر أهله وماله) فصح أن ما فات فلا سبيل إلى إدراكه ، ولو أدرك أو أمكن أن يدرك لما فات ، كما لا تفوت المنسية أبداً ، وهذا لا إشكال فيه ٢٥١ ، ٢٥٢ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

(٨) الدليل الثامن هو الاستدلال بأن صلاة التطوع تجبر نقص الفريضة ، فلا قضاء إذن ٢٥٣ ، ٢٥٤ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٤ ، ٢٥٥ .

(٩) الدليل التاسع هو أن الصلاة في الوقت واجبة على كل حال ، حتى إنه يترك جميع الواجبات والشروط لأجل الوقت ٢٥٥ ، ٢٥٦ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(١٠) الدليل العاشر هو الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم (من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر) ٢٥٧ ، ٢٥٨ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٨ .

(١١) الدليل الحادي عشر هو أنه في إيجاب القضاء عليه تنفير عظيم عن التوبة ٢٥٨ ، ٢٥٩ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٥٩ : ٢٦١ .

(١٢) الدليل الثاني عشر هو الاستدلال ببعض الآثار عن بعض الصحابة والتابعين ، ينتهي جميعها إلى عدم صحة أداء الصلاة في غير وقتها ، وأنه لا سبيل لاستدراكها إذا فات الوقت ٢٦١ — التعليق على هذا الاستدلال ٢٦١ .

التعقيب بقول ابن رشد الحفيد في التعليق على بعض أدلة الفريقين ٢٦١ ، ٢٦٢ — ترجيح رأي الجمهور في القول بوجوب القضاء ٢٦٢ — العودة إلى المسألة الأولى الخاصة بتعيين زمن قضاء الفوائت ٢٦٣ — رأي الحنفية ٢٦٣ ، ٢٦٤ — رأي الحنابلة ٢٦٤ ، ٢٦٥ — رأي المالكية ٢٦٥ — رأي الشافعية ٢٦٥ — رأي الظاهرية في الصلوات المنسية ٢٦٥ ، ٢٦٦ — رأي الزيدية ٢٦٦ — رأي الإمامية ٢٦٧ — رأي الإباضية ٢٦٧ — ترجيح قول من قال بعدم وجوب تعيين زمن الفوائت ٢٦٧ .

تقادم الزكاة ٢٦٨ : ٢٧٥

رأي الحنفية ٢٦٨ ، ٢٦٩ — رأي المالكية ٢٦٩ ، ٢٧٠ — رأي الشافعية ٢٧١
رأي الحنابلة ٢٧٢ : ٢٧٤ — رأي الظاهرية ٢٧٤ — الراجح في المسألة ٢٧٤ ، ٢٧٥

تقادم الصوم ٢٧٦ : ٢٨٠

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن بعض أصحاب الأعدار كالمسافر ، إذا لم يصم ما عليه حتى دخل عليه رمضان آخر ، ولم يكن معذورا في هذا التأخير ، فإنه يصوم رمضان الحاضر ، ثم يقضي ما عليه من رمضان الأول ، ويفدي — بجانب القضاء — عن كل يوم أفطره ٢٧٦ ، ٢٧٧ — وذهب الحنفية والظاهرية والزيدية إلى الاقتصار على القضاء فحسب ٢٧٧ ، ٢٧٨ — ترجيح عدم وجوب الفدية ٢٧٨ : ٢٨٠ .

تقادم الحج ٢٨١ : ٣٢٣

ذهب محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة ، والقول الآخر للمالكية ، والشافعية ، والأصح عند الإباضية إلى أن الحج يجب على مستطيعه متراخيا ٢٨١ .

(١) والدليل الأول لهذا الفريق هو أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحج إلا في سنة عشر ، وكان الحج قد فرض قبل ذلك ، فدل تأخيرهم صلى الله عليه وسلم أداء الحج على وجوبه متراخيا ٢٨١ : ٢٩٧ — وقد تعددت الأقوال في سنة فرض الحج كما يأتي :

- ١ — القول بأنه كان مفروضا في مكة ٢٨١ ، ٢٨٢ — مناقشة هذا القول ٢٨٢ : ٢٨٤ .
- ٢ — وقيل إنه فرض سنة ثلاث ٢٨٥ — مناقشة هذا القول ٢٨٥ .
- ٣ — وقيل إنه فرض سنة خمس ٢٨٥ ، ٢٨٦ — مناقشة هذا القول ٢٨٦ ، ٢٨٧ .
- ٤ — وقال الجمهور إنه فرض سنة ست ٢٨٧ ، ٢٨٨ — مناقشة هذا القول ٢٨٨ ، ٢٨٩ .
- ٥ — وقيل إنه فرض سنة سبع ٢٩٠ — مناقشة هذا القول ٢٩٠ .
- ٦ — وقيل إنه فرض سنة ثمان ٢٩٠ — مناقشة هذا القول ٢٩٠ .
- ٧ — ترجيح القول بأن الحج فرض سنة تسع ٢٩١ : ٢٩٣ .

أقوال الفقهاء في بيان تأخير النبي صلى الله عليه وسلم الحج إلى العام العاشر ٢٩٣ : ٢٩٧ .

(٢) والدليل الثاني لمن يقول بالتراخي ، هو أن المولى سبحانه قد فرض الحج دون تقييده بالفور ٢٩٨ — مناقشة هذا الدليل ٢٩٨ .

(٣) الدليل الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” لو أني استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة “ ٢٩٨ — مناقشة هذا الدليل ٢٩٨ .

(٤) الدليل الرابع هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” من أحب أن يرجع بعمره قبل الحج فليفعل “ ٢٩٨ — مناقشة هذا الدليل ٢٩٩ .

(٥) الدليل الخامس هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم ، ولا يدخل عليها رجل إلا ومعها محرم . فقال رجل : يا رسول الله ، إني أريد أن أخرج في جيش كذا وكذا ، وامرأتي تريد الحج ؟. فقال : اخرج معها . “ ٢٩٩ — مناقشة هذا الدليل ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٦) الدليل السادس هو قوله صلى الله عليه وسلم لامرأة من الأنصار : ما منعك أن تحجي معنا ؟. قالت : كان لنا ناضح ، فركبه أبو فلان وابنه — لزوجها وابنها — وترك ناضحا ننضح عليه . قال : فإذا كان رمضان اعتمري فيه ؛ فإن عمرة في رمضان حجة . ٣٠٠ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٧) الدليل السابع هو أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عمرة القضاء وآخر الحج ، ولو كان الحج واجبا على الفور لقدمه صلى الله عليه وسلم على العمرة ٣٠١ — مناقشة هذا الدليل ٣٠١ .

(٨) الدليل الثامن هو أن الحج وقته العمر ، فصار هذا العمر كوقت الصلاة التي يجوز تأديتها في أي جزء من أجزائه ٣٠١ : ٣٠٣ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٣ : ٣٠٥ .

(٩) الدليل التاسع هو القياس على الصوم ، فكما أن قضاء الصوم لا يجب على الفور فكذلك الحج ٣٠٥ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٦ .

(١٠) الدليل العاشر هو أن من يؤخر الحج من سنة إلى أخرى ، ثم يحج بعد ذلك ، فإن حجه لا يوصف بالقضاء ، وإنما هو أداء ، ولو كان الحج واجبا على الفور لصار قضاء ٣٠٦ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٦ : ٣٠٨ .

(١١) الدليل الحادي عشر هو أن صيغة الأمر بذاتها لا تمنع من إتيان الأمر متراهيا ٣٠٨ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٨ .

(١٢) الدليل الثاني عشر هو أننا حتى إذا قلنا إن صيغة الأمر بذاتها تمنع من إتيان الأمر متراخيا ، فإن السياق والقرائن هي التي تحدد الفور من التراخي ، والأمر بالحج يمكن حمله على التراخي بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الذي أخر الحج إلى سنة عشر ، وكذا بالمشقة المتعلقة بفعله ٣٠٨ ، ٣٠٩ — مناقشة هذا الدليل ٣٠٩ .

(١٣) الدليل الثالث عشر هو أن مؤخر الحج لا يكون فاسقا ، ولا ترد شهادته ٣٠٩ مناقشة هذا الدليل ٣٠٩ ، ٣١٠ .

(١٤) الدليل الرابع عشر هو أن موت من يؤخر الحج مظنون ، فيقدم ظاهر الحال عليه وهو حياته ٣١٠ — مناقشة هذا الدليل ٣١٠ ، ٣١١ .

هذه هي أدلة من يرى وجوب الحج متراخيا ، ويراعى أنهم قد قيدوا هذا التراخي ببعض القيود ، وهي العزم على الفعل في المستقبل ، وأن لا يتضييق بنذر أو قضاء أو خوف عصب، وزاد بعض المالكية أن لا يتجاوز عمر من يؤخر الحج عن ستين سنة ٣١١ ، ٣١٢

والقول الآخر في المسألة هو القول بوجوب الحج على الفور على المستطيع ، وهو ما عليه مذهب الحنفية — الراجح عن أبي حنيفة وما يقول به أبو يوسف — والقول الآخر المعتمد عند المالكية ومذهب الحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والقول المرجوح عند الإباضية ٣١٢ . وأدلتهم هي :

الدليل الأول هو أن الأمر الأصل فيه أن يكون للفور ، ولا يصرف عن الفور إلا بقرينة ٣١٢ — مناقشة هذا الدليل ٣١٣ .

الدليل الثاني هو أن من لم يتم حجه لعارض أن عليه قضاءه لقبال ، وإذا كان هذا حال القضاء من التأخير ففور الفرض أولى ٣١٣ ، ٣١٤ — مناقشة هذا الدليل ٣١٤

الدليل الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” حجوا قبل أن لا تحجوا “ ٣١٤ — مناقشة هذا الدليل ٣١٥ .

الدليل الرابع هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” من أراد أن يحج فليتعجل ؛ فإنه قد تضل الضالة ويمرض المريض وتعرض الحاجة “ ٣١٥ — مناقشة هذا الدليل ٣١٥ : ٣١٨ .

الدليل الخامس هو قوله صلى الله عليه وسلم : ” من لم يمنعه عن الحج حاجة ظاهرة ، أو سلطان جائر ، أو مرض حابس ، فمات ولم يحج ، فليمت إن شاء يهوديا وإن شاء نصرانيا “ ٣١٨ — مناقشة هذا الدليل ٣١٨ : ٣٢٣ .

الدليل السادس هو الاحتياط ، فإن الموت من سنة لأخرى غير نادر ، وآيات الكتاب التي تأمر بالمسارعة إلى الخيرات والتحذير من إتيان الأجل كثيرة فيه ، فهذا كله يمكن أن يكون قرينة على الفور حتى تبرأ ذمة المرء قبل موته ٣٢٣ .

وبعد أن وقفنا على أدلة الفريقين يمكن ترجيح أدلة الفور؛ لأنها سلمت في بعضها من الطعن فيها ، ولأنها في أغلبها نصوص قولية نص في الموضوع ، بخلاف أدلة التراخي التي عمدتها دليل فعلي حمل معناه على دلالات أخرى غير التراخي ، ولأنها ليست نصا في الموضوع كأدلة الفور ، كما أن جميعها لم يسلم من توجيه الطعون إليها ٣٢٣ .

الفصل الثاني

تقادم المعاملات

٣٢٤ : ٣٦٥

تقادم خيار العيب في البيع ٣٢٥ : ٣٣١

ذهب الحنفية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية إلى أن خيار العيب في البيوع على التراخي ، فالمشتري إذا اطلع على عيب في المبيع فأخر رده فإن ذلك لا يبطل خياره ٣٢٥ ، ٣٢٦ — وأما المالكية فقد ذهبوا إلى وجوب رد المبيع المعيب على الفور ، وللمشتري رد هذا المبيع إذا مكث عنده اليوم ونحوه إذا حلف بأن تأخير هذه المدة لم يكن رضا به ٣٢٧ — وأما الشافعية فقد أوجبوا الرد على الفور أيضا ، وأن أي تأخير دون عذر فيه يسقطه ٣٢٧ : ٣٢٩ — ترجيح رأي الشافعية في المسألة مع بعض التفصيل ٣٢٩ : ٣٣١ .

تقادم الشفعة ٣٣٢ : ٣٤٢

قسم الحنفية مطالبة الشفيع بشفعته إلى طلب الموائبة ثم طلب التقرير والإشهاد ثم طلب الخصومة والتملك ٣٣٢ : ٣٣٤ — ورد عن الإمام مالك روايتان في الوقت الذي ينقطع فيه حق الشفعة عن الشفيع الحاضر العالم بببيع شريكه ، الأولى أنه لا حد لذلك ، والأخرى

أن له حدا ٣٣٤ ، ٣٣٥ — الأظهر عند الشافعية أن الشفعة على الفور ٣٣٥ ، ٣٣٦ — الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى أنها على التراخي ٣٣٦ ، ٣٣٧ — وأما الظاهرية فقد ذهب ابن حزم إلى أن حق الشفعة لا يسقط إلا بترك الشفيع له ٣٣٧ ، ٣٣٨ — وذهب الزيدية إلى أن الشفعة على الفور ٣٣٩ ترجيح القول بأن الشفعة ليست على الفور ٣٣٩ : ٣٤١ — تقدم الشفعة في القانون ٣٤١ ، ٣٤٢ .

تقديم اللقطة ٣٤٣ : ٣٤٨

اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي ينقطع بعدها التعريف باللقطة ، فذهب الحنفية إلى أن تحديد المدة إنما يرجع إلى قدر المال الملتقط ٣٤٣ ، ٣٤٤ — للمالكية رأي قريب من الحنفية ٣٤٤ ، ٣٤٥ — وقال الشافعية بالتعريف سنة للمال الكثير ، والقليل المتمول فيه قولان في المذهب ٣٤٥ — وقال الحنابلة بوجوب التعريف سنة في قليل المال وكثيره ، وأما ما لا تتبعه همة أوساط الناس وما لا يهتمون في طلبه فلم يوجبوا له تعريفا ٣٤٥ — وذهب الظاهرية والإمامية إلى وجوب التعريف سنة في لقطة المال باختلاف مقاديرها ٣٤٥ وقال الزيدية بوجوب السنة أيضا في كثير المال ، أما القليل ففيه خلاف ٣٤٥ ، ٣٤٦ — تفصيل وبيان ما يبدو صوابا في المسألة ٣٤٦ : ٣٤٨ .

تقديم نفقة الزوجة والأقارب ٣٤٩ : ٣٥٢

أولا تقديم نفقة الزوجة ٣٤٩ : ٣٥١

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية وأظهر الروايتين عند الحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية إلى أن نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم ، حيث تظل ديناً على زوجها مثل سائر الديون ٣٤٩ — وذهب الحنفية والرواية الأخرى عند الحنابلة إلى أن نفقة الزوجة تسقط عن الزوج بالتقادم ، ما لم يفرضها الحاكم ولا اصطلاح الزوجان على مقدارها ، فلا تسقط بالتقادم إذا تحقق أحد الأمرين ٣٥٠ — ترجيح رأي الجمهور ٣٥١ .

ثانيا تقديم نفقة الأقارب ٣٥١ ، ٣٥٢

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن نفقة الأقارب تسقط بالتقادم ما لم يستند من تجب له ٣٥١ — وقد استثنى المالكية من سقوط نفقة الأقارب بالتقادم فرض القاضي وكذلك أخذها من غير متبرع بعد فرضها ٣٥٢ — وللإباضية رأي مشابه للمالكية ٣٥٢ — ترجيح رأي الجمهور ٣٥٢ .

تقادم الغياب ٣٥٣ : ٣٦٥

يرى الحنفية أنه لا يفرق بين المفقود وامرأته ٣٥٣ : ٣٥٧ — المفقود عند المالكية خمسة أقسام : مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء ، أو فيه ، ومفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام ، ومفقود في أرض الشرك ، ومفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار . وحكم كل قسم ٣٥٧ ، ٣٥٨ — وقال الشافعية بلزوم الزوجية بين المفقود وامرأته ما لم يأت نبأ وفاته ٣٥٨ ، ٣٥٩ — المفقود عند الحنابلة قسمان : الأول أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته . والثاني أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، فظاهر المذهب أن زوجته تتربص أربع سنين ٣٥٩ : ٣٦٢ — ويرى الظاهرية أنه ليس لأحد أن يطلق عن أحد امرأته ٣٦٢ ، ٣٦٣ — وأما الزيدية فقد ذهبوا إلى أن امرأة المفقود لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد وقوع أحد أمور أربعة هي : ردة المفقود أو طلاقه أو موته أو مضي عمره الطبيعي وعدتها للوفاة ، والمراد بالعمر الطبيعي هو أن العادة جارية أن الله سبحانه وتعالى لا يعمر أحدا أكثر من مائة وعشرين سنة ٣٦٣ — رأي الإمامية والإباضية ٣٦٤ — تعيين الراجح في المسألة ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

الفصل الثالث

تقادم الجرائم والعقوبات

٣٦٦ : ٤٧٥

المبحث الأول

أحكام تقادم الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي

٣٦٧ : ٤٢٢

المطلب الأول

تقادم الحدود

٣٦٨ : ٤١٨

الفرع الأول تقادم الجريمة الحديثة ٣٦٩ : ٤٠٩

أولا رأي الجمهور ٣٦٩ : ٣٧٤

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والرواية المعتمدة عن الحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية إلى أن جرائم الحدود لا تتقادم وأدلتهم على هذا ٣٦٩ : ٣٧٤

ثانيا رأي الحنفية ٣٧٥ : ٤٠٦

ذهب الحنفية إلى تقادم بعض الحدود، وعدم تقادم بعض آخر ٣٧٥ — تقادم الإقرار بالزنى ٣٧٥ — تقادم الشهادة بالزنى ٣٧٥ : ٣٨٢ — تقادم الإقرار بالقذف ٣٨٢ — تقادم الشهادة بالقذف ٣٨٢ ، ٣٨٣ — تقادم الإقرار بالشرب وتقدمه بالسكر ٣٨٤ : ٣٨٦ — تقادم الشهادة بالشرب وتقدمها بالسكر ٣٨٦ : ٣٩٥ — تقادم الإقرار بالسرقة الصغرى والكبرى ٣٩٥ ، ٣٩٦ — تقادم الشهادة بالسرقة الصغرى والكبرى ٣٩٦ : ٤٠٢ .
جواب الحنفية على أدلة الجمهور ٤٠٢ : ٤٠٦ .

ثالثا رأي ابن أبي ليلى وزفر ٤٠٧ : ٤٠٩

ذهب ابن أبي ليلى وزفر إلى تقادم الإقرار في جميع جرائم الحدود ٤٠٧ — عرض أدلتهم ٤٠٧ — مناقشة هذه الأدلة ٤٠٨ ، ٤٠٩ .

الفرع الثاني تقادم العقوبة الحدية ٤١٠ : ٤١٨

اقتصر تقادم العقوبة الحدية على الشهادة دون الإقرار ٤١٠ — ذهب الحنفية إلى تقادم العقوبة الحدية المبنية على الشهادة ٤١٠ : ٤١٣ — استثنى الحنفية من ذلك حد القذف ٤١٣ — أما الجمهور فقد ذهب إلى عدم تقادم العقوبة الحدية ، وترجيح رأيه ٤١٣ : ٤١٨ .

المطلب الثاني

تقادم التعزير

٤١٩ : ٤٢٢

الحنفية لا يسقطون التعزير بالتقادم ٤١٩ — مناقشة الشهيد عبد القادر عودة في هذه الجزئية ٤٢٠ — لماذا لم يأخذ الحنفية بتقادم التعزير الخاص بحق الله سبحانه ؟ ٤٢٠ — مقارنة بين ما قاله الدكتور عبد العزيز عامر والشهيد عودة في هذا الخصوص ٤٢٠ : ٤٢٢ .

المبحث الثاني
مناقشة وتعقيب
٤٢٣ : ٤٧٢

المطلب الأول
مناقشة تقادم الإقرار بالجريمة
٤٢٤ : ٤٤٠

تحديد نطاق المناقشة ٤٢٤ — تحرير الخلاف بين الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين الجمهور والإمام محمد بن الحسن في تقادم الإقرار بالجريمة في الحدود ٤٢٤ ، ٤٢٥ عرض أدلة الشيخين ٤٢٥ : ٤٢٧ — عرض أدلة الجمهور والإمام محمد ، ومناقشة أدلة الشيخين ، وترجيح رأي الجمهور والإمام محمد ٤٢٧ : ٤٤٠ .

المطلب الثاني
مناقشة تقادم الشهادة بالجريمة
٤٤١ : ٤٧٢

تحرير الخلاف بين الحنفية والجمهور في تقادم الشهادة على الجريمة في الحدود ٤٤١ .

الفرع الأول تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى ٤٤١ : ٤٦٤
عرض أدلة الحنفية في تقادم الشهادة التي لا يتوقف قبولها على الدعوى ، ومناقشة أدلتهم ٤٤١ : ٤٥٠ — الأدلة النقلية ٤٤١ : ٤٤٤ — الأدلة العقلية ٤٤٥ : ٤٥٠ — مناقشة ردود الحنفية على أدلة الجمهور ٤٥٠ : ٤٦١ — تعقيب على رأي الحنفية ٤٦١ ، ٤٦٢ ضوابط الأخذ بالشهادة المتقدمة ٤٦٢ : ٤٦٤ .

الفرع الثاني تقادم الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى ٤٦٤ : ٤٧٢
موقف الفقهاء من تقادم الشهادة التي يتوقف قبولها على الدعوى ٤٦٤ : ٤٧٠ — القصاص ٤٦٤ : ٤٦٧ — السرقة ٤٦٧ : ٤٦٩ — القذف ٤٦٩ ، ٤٧٠ — موقف الفقهاء من تقادم الدعوى نفسها ٤٧٠ : ٤٧٢ — تعقيب على تقادم البيينة ٤٧٢ .

المبحث الثالث

أحكام التقادم الجنائي في القانون

٤٧٣ : ٤٧٥

العلة من جعل قانون الإجراءات الجنائية مدة انقضاء الدعوى الجنائية أقصر من المدة المحددة لسقوط العقوبة ٤٧٣ — التقادم في قانون الأحكام العسكرية ٤٧٣ ، ٤٧٤ — مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في أحكام تقادم الجرائم والعقوبات ٤٧٤ ، ٤٧٥ .

خاتمة الدراسة

٤٧٦ ، ٤٧٧

مصادر الدراسة

٤٧٨ : ٤٩١

الفهارس التفصيلية

٤٩٢ : ٥٤٠

فهرس الآيات القرآنية ٤٩٣ : ٤٩٦ — فهرس الأحاديث والآثار ٤٩٧ : ٥٠١ — فهرس الأعلام ٥٠٢ : ٥١٧ — فهرس البلدان والأماكن والقبائل ٥١٨ — فهرس الموضوعات ٥١٩ : ٥٤٠ .

ملخص الرسالة بالإنجليزية

٥٤١ ، ٥٤٣

“Part Two” discussed “Cases of Prescription in Islamic Jurisprudence” and is composed of three chapters:

Chapter One: Prescription of Worshipping

Chapter Two: Prescription of Dealings

Chapter Three: Prescription of Crimes and Punishments

Section I: Rules of Prescription of Crimes and Punishments

Section II: Discussion and Commentary

Section III: Prescription between Jurisprudence and Law

Finally, in the “Conclusion” the researcher demonstrates the result of the study, which he prays to God to be sound and beneficial.

Contact the author

asktoright@yahoo.com

or

tellme012012@gmail.com

The dissertation is composed of an introduction, two parts and a conclusion. In the “Introduction”, the researcher surveyed previous research work that dealt with prescription showing how this treatise differs from those works.

“Part One” detailed the “General Rules of Prescription” and is composed of eight chapters:

Chapter One: Definition of Prescription

Chapter Two: Nature of Prescription

Chapter Three: Basis of Prescription

Section I: Basis of prescription of debts

Section II: Basis of acquisition

Chapter Four: Scope of Prescription of Debts

Section I: Scope of acquisition

Section II: Scope of prescription of debts

Chapter Five: Period of Prescription

Chapter Six: Termination of Prescription

Section I: Definition of termination of prescription

Section II: Causes of termination of prescription

Section III: Effect of termination of prescription

Chapter Seven: Discontinuation of Prescription

Section I: Definition of discontinuation of prescription

Section II: Causes of discontinuation of prescription

Section III: Effect of discontinuation of prescription

Chapter Eight: Effect of Prescription

Cairo University
Faculty of Dar Al 'Ulum
Department of Islamic Shari'a

RULES OF PRESCRIPTION IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

A COMPARATIVE STUDY

Doctorate Dissertation

**Prepared by
Mohammad Ahmad Hasan Ibrahim
Department of Islamic Shari'a**

**Supervised by
Professor Dr. Mohammad Beltagi Hasan
Professor & Head of the Department of Islamic Shari'a and former Dean**

And

**Professor Dr. Ibrahim Mohammad Abdel-Raheem
Faculty of Dar Al 'Ulum**

2004/1425