

الأشباه والنظائر

الأصل في الأبضاع : التحريم .

قاعدة .

الأصل في الأبضاع التحريم .

فإذا تقابل في المرأة حل و حرمة غلبت الحرمة و لهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه و إنما جاز النكاح في صورة غير المحصورات رخصة من الله كما صرح به الخطابي لئلا ينسد باب النكاح عليه .

و من فروع هذه القاعدة :

ما ذكره الغزالي في الإحياء أنه لو و كل شخصاً في شراء جارية و وصفها فاشترى الوكيل جارية بالصفة و مات قبل أن يسلمها للموكل لم يحل للموكل وطؤها لاحتمال أنه اشتراها لنفسه و إن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهراً في الحل و لكن الأصل التحريم حتى يتيقن سبب الحل .

و منها : ما ذكره الشيخ أبو محمد في التبصرة : أن وطء السراري اللائي يجلبن اليوم من الروم و الهند و الترك حرام إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الإمام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف و لا ظلم أو تحصل قسمة من محكم أو تزوج بعد العتق بإذن القاضي و المعتق و الاحتياط اجتنابهن مملوكات و حرائر قال السبكي في الحلبيات : و لا شك أن الذي قاله الورع و أما الحكم اللازم : فالجارية إما أن يعلم حالها أو يجهل فإن جهل فالرجوع في ظاهر الشرع إلى اليد إن كانت صغيرة و إلى اليد و إقرارها إن كانت كبيرة و اليد حجة شرعية كالإقرار و إن علم فهي أنواع :

أحدها : من تحقق إسلامها في بلادها و أنه لم يجر عليها رق قبل ذلك فهذه لا تحل بوجه من الوجوه إلا بنكاح بشروطه .

الثاني : كافرة ممن لهم ذمة و عهد فكذلك .

الثالث : كافرة من أهل الحرب مملوكة لكافر حربي أو غيره فباعها فهي حلال لمشتريها .

الرابع : كافرة من أهل الحرب قهرها و قهر سيدها كافر آخر فإنه يملكها كلها و يبيعها لمن يشاء و تحل لمشتريها و هذان النوعان : الحل فيهما قطعي و ليس محل الورع كما أن النوعين الأولين الحرمة فيهما قطعية .

النوع الخامس : كافرة من أهل الحرب لم يجر عليها رق و أخذها مسلم فهذا أقسام :

أحدها : أن يأخذها جيش من جيوش المسلمين بإيجاف خيل أو ركاب فهي غنيمة أربعة أخماسها للغانمين و خمسها لأهل الخمس و هذا لا خلاف فيه .

و غلط الشيخ تاج الدين الفزاري فقال : إن حكم الفية و الغنيمة راجع إلى رأي الإمام يفعل فيه ما يراه مصلحة و صنف في ذلك كراسة سماها الرخصة العميمة في أحكام الغنيمة . و انتدب له الشيخ محي الدين النووي فرد عليه في كراسة أجاد فيها . و الصواب معه قطعاً و قد تتبع غزوات النبي صلى الله عليه و سلم و سراياه فكل ما حصل فيه غنيمة أو فية قسم و خمس و كذلك غنائم بذر و من تتبع السير وجد ذلك مفصلاً و لو قال الإمام : من أخذ شيئاً فهو له لم يصح .

القسم الثاني : أن ينجلي الكفار عنها بغير إيجاف من المسلمين أو يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة و ما أشبه ذلك فهذه فية يصرف لأهله فالجارية التي توجد من غنيمة أو فية لا تحل حتى تملك من كل من يملكها من أهل الغنيمة أو الفية أو من المتولي عليهم أو الوكيل عنهم أو ممن انتقل الملك إليه من جهتهم و لو بقي فيها قيروط لا تحل حتى يملكه ممن هو له .

القسم الثالث : أن يغزو واحد أو اثنان بإذن الإمام فما حصل لهما من الغنيمة يختصان بأربعة أخماسها و الخمس لأهله هذا مذهبنا و مذهب جمهور العلماء فلا فرق بين أن تكون السرية قليلة أو كثيرة .

الرابع : أن يغزو واحد أو اثنان أو أكثر بغير إذن الإمام فالحكم كذلك عندنا و عند جمهور العلماء .

الخامس : أن يكون الواحد أو الاثنان و نحوهما ليسوا على صورة الغزاة بل متلصحين فقد ذكر الأصحاب : أنهم إذا دخلوا يخمس ما أخذوه على الصحيح و عللوه بأنهم غرروا بأنفسهم فكان كالقتال و هذا التعليل يقتضي أنه لم ينقطع في الجملة عن معنى الغزو و الإمام : في موضع حكى هذا و ضعفه و قال : إن المشهور عدم التخميس و في موضع ادعى إجماع الأصحاب على أنه يختص به و لا يخمس و جعل مال الكفار على ثلاثة أقسام : غنيمة و فية و غيرهما كالسرقة فيتملكه من يأخذه قياساً على المباحات و وافقه الغزالي على ذلك و هو مذهب أبي حنيفة . و قال البغوي : إن الواحد إذا أخذ من حربي شيئاً على جهة السوم فجده أو هرب به اختص به و فيما قاله نظر يحتمل أن يقال : يجب رده لأنه كان ائتمنه .

فإن صح ما قاله البغوي وافق الغزالي بطريق الأولى و قال أبو إسحاق : إن المأخوذ على جهة الاختلاس فية و قال الماوردي غنيمة و ما قاله الماوردي موافق لعلام الأكثرين و ما قاله أبو إسحاق : إن أراد بالفية الغنيمة حصل الوفاق و إلا فلا و زعم أنه ينزع من المختلس و يعطي جميعه لغيره من المقاتلة و أهل الخمس فبعيد .

فهذا القسم الخامس من النوع الخامس قد اشتمل على صور و لم يفرد لها الأصحاب بل ذكروها
مدرجة مع القسم الرابع و الجارية المأخوذة على هذه الصورة فيها هذا الخلاف و اجتنابها
محل الورع انتهى