



كلية الآداب والعلوم
الإنسانية - مراكش
Faculté des Lettres et des Sciences
Humaines - Marrakech

مركز دراسات الدكتوراه - Centre d'Etudes Doctorales

أطروحة جامعية

لنيل شهادة الدكتوراه في موضوع:

أحكام المعاملات بين الإمامين

ابن عبد البر (ت 463 هـ) والسمرقندي (ت 539 هـ)

"دراسة فقهية مقارنة"

الأستاذ المشرف :
الدكتور المنصف لكريسي

إنجاز الطالب الباحث:
محمد الزيتي

السنة الجامعية: 2020/2019

الإهداء

إلى من تحملا عبء تربيتي وتعليمي، إلى القلب الرحيم والصدر الحنون

... أمي وأبي العزيزين أمد الله في عمرهما ورزقني برهما؛

إلى جميع أفراد أسرتي الذين كانوا دوماً مأزري ومشجعي؛

إلى زوجتي وابنتي أفنان؛

إلى كل من أسدى إلي معروفاً من قريب أو بعيد...

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

أشكر الله عز وجل الذي وفقني للعمل على انجاز هذا البحث ولما أمدني به من لياقة لإتمامه ، فالحمد لله على ما يسر وأعان ووفق ، فله الحمد في الأول والآخر.

كما أتقدم بالشكر والإقرار إلى أستاذي الدكتور المنصف لكريمي " الذي قبل بالإشراف على هذه الأثروحة ، ولما قدمه لي من جميل المساعدة ، إذ لم يخرج هذا لرعايته هذا البحث وتقويمه ، ولم يبخل علي بإرشاداته وتوجيهاته السديدة ، فله مني جزيل الشكر وعظيم التقدير والاحترام.

كما لا أنسى تقديم شكري وامتناني إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذه الرسالة.

والحمد لله رب العالمين

مقدمة :

الحمد لله الذي اختص بالتشريع ، وبين الأحكام وأمر أنبياءه بالتبليغ فقال : { يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ }¹ ، حمدا يوافي نعمه ، ويكافئ مزيد عطائه . والصلاة والسلام على المصطفى الأمين ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا .

وبعد : فإن الإسلام اهتم بتنظيم المعاملات بين أفراد مجتمعه على أساس : "معاملة الناس بما تحب أن يعاملوك به" : حرصا منه أن يكون التعامل على أساس سليم من العدالة والرضا ، اقتصاديا ، واجتماعيا ، وأسريا... وفي كل المجالات. ليرتقي الإنسان إلى معاملة غيره، كما يحب أن يعامل هو به.

أولا: موضوع البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق مجموعة من الأمور، أهمها: العمل على إحياء ونشر تراثنا الفقهي المجيد، والنظر فيما كتبه المجتهدون الأوائل، وما أبدعته قرائهم، وأسفرت عنه تأملاتهم ومقارناتهم، واستقراءاتهم في النصوص وغاياتها، وحكمة الشريعة ومقاصدها، من أجل إخضاع كل قضايا الحياة ولوازمها ومستجداتها لدين الله عز وجل. كما يروم البحث معالجة بعض القضايا الفقهية سواء في مجال المعاملات المالية، أو القضايا الأسرية، التي يتاج إليها الناس في حياتهم العملية، والطلبة الباحثين في مسيرتهم العلمية، وإجابة لأهم الإشكالات المعاصرة، في علاقاتهم المالية والأسرية. حتى يكونوا على علم بالأمور التي قد تعينهم على فهم واقعهم، تجعلهم قادرين على تكييف الأحكام مع النوازل التي قد ترد عليهم، ولهم في ذلك سند من علمائنا وفقهائنا القدماء، الذين كان هدفهم هو تيسير دين الله ورفع الحرج عن الناس المكلفين بأحكام الله.

1 - سورة المائدة الآية 67 .

ثانيا : أهمية الموضوع :

إن علم الفقه هو أهم ما يكتسبه الإنسان في حياته من العلوم الشرعية ، لأن به تعرف الأحكام من الحلال والحرام، والمندوب والمباح والمكروه ، وتشتد إليه الحاجة في كل عصر وزمان ، إذ قد يسع الرجل جهل أشياء كثيرة من التفسير والحديث، ولكن لا يسعه الجهل بالأحكام الشرعية المتعلقة بصحة طهارته أو صومه أو صلاته ومعاملاته...، وقديما قال بعضهم :

إذا ما اعتر ذو علم بعلم == فعلم الفقه أولى باعتزاز¹

كما أن موضوع فقه المعاملات ، من المواضيع التي اهتم بها الناس منذ فجر الإسلام على مر القرون . والتراث الحديثي والفقهي شاهد على ذلك بزخارة ووفرة المادة فيه . وقد ازداد الاهتمام بهذا الموضوع في عصرنا الحاضر، حيث تشعبت أنواع المعاملات وتطورت أساليبها ، وصار لكل نوع ضروب خاصة به .

ثالثا : أسباب اختيار الموضوع :

جاء اختياري لموضوع الأطروحة نظرا للأسباب الآتية:

1 : استجابة لقوله تعالى : { ... فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ

إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ }²؛

2 : تلبية لدعوة الرسول ﷺ : { بلغوا عني ولو آية }³ والبحث في مسائل الفقه وبيان حلالها من حرامها

ضرب من التبليغ عنه ﷺ :

3: بإيعاز من شيخي الفاضلين ، الأستاذين الجليلين: المنصف لكريسي وعبد الرحمن العمراني أطال الله في

عمرهما ونفع بهما ، فجزاها الله عنا وعن الإسلام خير الجزاء؛

1 - زهر الأكمل في الأمثال والحكم للحسن بن مسعود بن محمد، أبو علي، نور الدين اليوسي (ت: 1102هـ) تحقيق: د: محمد حجي، ود: محمد الأخضر الشركة الجديدة - دار الثقافة، الدار البيضاء - المغرب الطبعة: الأولى، 1401هـ/ 1981م 151/3.

2- سورة التوبة الآية 122.

3 - أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب ما ذكر عن بني إسرائيل رقم 3461

4 : حاجة الناس في هذا الوقت بالذات أكثر من غيره لمعرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بشؤون المعاملات القديمة والمعاصرة لجهل أكثر المسلمين بأحكامها ؛

5 : الحرص على توعية الناس بأمور المعاملات ليكونوا على دراية بجميع أحكامها وبالجائز والممنوع منها ، حتى يعبد الإنسان ربه على بصيرة ، ممتثلاً لأوامره ، مجتنباً نواهيه ، إذ " لا يجوز الإقدام على أمر حتى يعلم حكم الله فيه"¹.

6 : حاجة المكتبة الإسلامية لهذا الموضوع الفقهي المخرج من نتاج جهد عالين وقطبين من أقطاب الفقه المالكي والحنفي ، الإمام ابن عبد البر حافظ المغرب وفقه المذهب المالكي ، والإمام السمرقندي فقيه المذهب الحنفي . حيث لم يسبق لأحد من الباحثين أن عالج هذا الموضوع بهذه الكيفية ، . جمعا ومقارنة . إذ أكثر ما نجده هو بعض الدراسات المنفردة لاختيارات كل إمام على حدة .

كما يبرز هذا البحث بحول الله تعالى مكانة هذين العالمين وعلو كعبهما في المذهبين ، المالكي والحنفي ، في ظل هذه الهجمة الشرسة على التراث الفقهي ، والدعوة إلى نبذه وطرحه على أساس بعده عن واقع طغت فيه الماديات ، وتأثر بالعمولة في كل مناحي الحياة ، وأبعدت الناس عن منهج الشرع القويم ، وأفرزت لنا أناسا ليسوا فقهاء ولا منتسبين إلى الفقه ، وإنما هم حجرة عثرة في يد من يريد إبعاد الناس عن الدين وتعاليمه .

ولا أدعي بعلمي هذا أنني بلغت درجة الكمال ، أو وفيت الموضوع حقه ، وإنما هي مساهمة متواضعة على قلة بضاعتي وقصر باعي في هذا الميدان ، على أن تكون حجرة أساس وخارطة طريق لكل من أراد البحث والتدقيق والتمحيص في الموضوع ، متمثلاً في هذا قول ساداتنا الفقهاء " شيء في الجملة خير من لا شيء " و " أن جهد المقل خير من عذر المخل " . سائلاً الله عز وجل السداد والقبول .

1- شرح الورقات لإمام الحرمين في أصول الفقه ، تأليف كمال الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمان ، ت أحمد فتحي حجازي ، ص 212

رابعاً : الدراسات السابقة:

لقد اهتم الباحثون بهذا الجانب من الدراسات العلمية المتعلقة باختيارات الفقهاء العلمية والفقهية قديماً وحديثاً، سواء في مجال الفقه، أو الأصول، وسأقتصر على ذكر ما يتعلق بموضوع الأطروحة، وسأذكر دراستين:

1- اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد والاستذكار وتطبيقات معاصرة. ل الدكتور أسامة محمد الصلابي.

2- الإمام أبو يوسف عمر بن عبد البر الأندلسي واختياراته الفقهية من خلال كتاب التمهيد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، للدكتورة دليلة براف. كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، موسم 2004-2005.

حدود الدراستين السابقتين، الاقتصار على علم واحد من الأعلام، واقتصارهما على الجانب المالي في المعاملات، دون الحديث عن الجانب الأسري. الذي يعد مكوناً من مكونات المعاملات.

جديد هذه الدراسة: الاشتغال على المعاملات بشقيها المالي والأسري، وكذلك الاشتغال على علمين، من أعلام الفقه الإسلامي، ينتميان لمدرستين مختلفتين، الإمام ابن عبد البر مالكي، والإمام السمرقندي حنفي، مما أعطى للبحث إضافة نوعية في مثل هذه الدراسات، علماً أن الإمام السمرقندي، لم يسبق أن تم الاشتغال عليه في مثل هذه الدراسات.

خامساً: منهج البحث :

كان منهجي في هذا البحث هو بسط الكلام في الأبواب التي توجد عند الإمامين معاً، عارضاً أقوال علماء المالكية والحنفية على الخصوص في كل باب، ثم بيان اختيارات الإمامين ابن عبد البر، والسمرقندي، من خلال كتابيهما: الاستذكار، وتحفة الفقهاء، ثم التعليق عليهما قدر الإمكان.

فكان المنهج المعتمد في هذا هو المنهج الوصفي التحليلي، والاستقرائي، المتبوع بالمقارنة والاستنباط .

خامسا : خطة البحث :

قسمت البحث إلى بابين وجعلت كل باب من فصلين، وتحت كل فصل مبحثان، وتحت كل مبحث

مطلبان، إضافة إلى تمهيد وخاتمة. وذلك على التفصيل التالي :

مقدمة : اشتملت على : بيان الموضوع وأهميته ، وأسباب اختياره ، والمنهج المتبع فيه ، وخطته وصعوبته.

فصل تمهيدي : خصصته لبيان حياة الإمامين ابن عبد البر والسمرقندي وبيان مكانتهما العلمية والتعريف بكتابيهما : الاستذكار، وتحفة الفقهاء .

أما الباب الأول: فخصصته للمعاملات المالية عند العلمين الجليلين، مركزا على ما تمكن فيه المقارنة بينهما،

فتناولت في الفصل الأول: أحكام السلم والربا. وفي الثاني: أحكام الخيار والبيع الفاسدة. وذلك من خلال كتابي: الاستذكار وتحفة الفقهاء.

وتناولت في الفصل الثاني: أحكام الخيار والبيع الفاسدة بين ابن عبد البر والسمرقندي، وكذا البيع المختلف في فسادها، وما يترتب على ذلك من أحكام فقهية، ومناقشات علمية عند علماء المالكية، وعلماء الحنفية.

أما الباب الثاني: فخصصته للمعاملات الأسرية، والعلاقة الضابطة لها، مع التركيز على ما يمكن من المقارنة عند ابن عبد البر، والسمرقندي.

فتناولت في الفصل الأول: أحكام الرضاع وما يتفرع عن ذلك من تفرعات فقهية.

وفي الفصل الثاني: بعض أحكام الطلاق، مثل طلاق الخلع ، والسكران، والإيلاء، والظهار، والإحداد، واللعن.

خاتمة : عرضت فيها لأهم النتائج التي خلصت إليها من خلال دراسة فصول هذا البحث .

الفهارس: وتشمل فهارس الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، والقواعد الفقهية والأصولية، والمصطلحات الفقهية وفهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

سادسا: طريقة العمل في هذه الدراسة :

1 . الاعتماد أساسا على كتابي الاستذكار لابن عبد البر ، وتحفة الفقهاء للإمام السمرقندي ، لأن الغرض هو بيان اختيارات كل إمام انطلاقا من هذين المصدرين.

2 . الاعتماد على المصادر والمراجع الكبرى والمعتمدة في كل مذهب ، ولا أرجع الى المصادر الحديثة إلا في مسائل قليلة محصورة .

3 . الاقتصار على المهم من مسائل الخلاف ، مع التوسع في بعض الفصول تبعا لأهميتها وكثافة المادة العلمية فيها .

4 . إيراد أقوال الفقهاء في المسألة ودليل كل قول ، مع تذييل ذلك بتعليق أو توضيح متى احتاج الأمر ذلك .

5 . اجمال ما أمكن من الأقوال المتفقة والمتعددة في القول الواحد تجنباً للتطويل وروما للاختصار .

6 . ذكر اختيار كل إمام عقب الانتهاء من كل مسألة ، مع التعليق والمقارنة ..

7 . توثيق الآيات القرآنية، وتخريج الأحاديث النبوية ، والمسائل الفقهية عند الانتهاء من كل قول .

سابعا: صعوبات البحث.

خلال إنجازي للبحث، واجهتني عدة صعوبات جمة، إن على مستوى جمع المادة، أو المنهج المتبع للتعامل مع الكتابين: الاستذكار لابن عبد البر، وتحفة الفقهاء، وهذه من الأمور التي لا يحيد عنها باحث، فلا بد من مواجهته لصعوبات عديدة ومتنوعة، فيرى الله له من يعينه، من أساتذة أجلاء، موجهين ومقومين، وأخلاء صادقين ناصحين، فتهون الصعاب وتنجلي الغمة، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- اتساع موضوع البحث، لأن المعاملات شاسعة، ومتنوعة، ومتشعبة، تشمل المالية والأسرية، وكل منها يتفرع لتفريعات عدة، لذلك اقتصر على بعض الأبواب فقط، من كلا القسمين، المالي والأسري.
- صعوبة ضبط كل المسائل الموجودة بكتابي الاستذكار وتحفة الفقهاء، لكثرتها وطولها، فكان لابد من الاختصار على بعضها.
- عدم توفر المدينة التي أقطن بها على مكتبات تمكن الباحث من الاطلاع على المصادر بيسر وسهولة، مما يزيد من صعوبة البحث، جمعا وتوثيقا وتصنيفا.
- صعوبة المقارنة بين الإمامين ابن عبد البر والسمرقندي، وذلك لخصوصية كل منهما، واختلاف مذهبهما، فالأول مالكي، والثاني حنفي، ولكل مذهب أصوله وضوابطه.
- ويمكن أن ينضاف لما سبق، الالتزامات الأسرية والعملية، والصحية، وغيرها من الواجبات التي لا غنى عنها، موازاة مع البحث العلمي، الذي يعتبر شرايين هذه الالتزامات كلها، وأولها أهمية ومكانة.

فصل تمهيدي : التعريف بالإمامين : ابن عبد البر والسمرقندي.

يعتبر التعريف بالكاتب من مهمات الأمور ، حيث اشتهر قديما بين العلماء ، مقولة تقضي بأن العمل والفتوى من الكتب التي جهل مؤلفوها ولم يعلم صحة ما فيها لا يجوز. وانسجاما مع منهج العلماء المعتمد ، كان من الضروري العمل، بداية، على التعريف بالكاتبين الذين ساشتغل على دراسة ما أنتجوه من ثراث علمي وفقهي عموما ، وفي مؤلفيهما محل هذه الدراسة على وجه الخصوص. وذلك حتى تُدرك مكانتهما العلمية ضمن المدارس الفقهية، التي ينتمي إليها كل عالم ، وقيمة مواقفهما وآرائهما العلمية .

ويتعلق الأمر بكل من أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي القرطبي المالكي ، صاحب كتاب " الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار " . وكذا بعلاء الدين بن محمد، بن أحمد، بن أبي أحمد، السمرقندي ، الحنفي صاحب كتاب " تحفة الفقهاء ". رحمهما الله جميعا.

واعتبارا لمكانة كل عالم ، وما أنتجاه من تراث علمي رصين ، وتأثيرهما في ظل الظروف الاقتصادية والمجتمعية والثقافية لعصرهما ، فإني سأخصص المحور الأول، للحديث عن حياة الإمام ابن عبد البر ومكانته العلمية. على أن يكون المحور الثاني، محلا لدراسة حياة الإمام السمرقندي ومكانته. وذلك وفق الشكل التالي:

- المحور الأول : حياة الإمام ابن عبد البر ومكانته العلمية.
- المحور الثاني : حياة الإمام السمرقندي ومكانته العلمية.

المحور الأول : حياة ابن عبد البر ومكانته العلمية :

سأحاول في هذا المحور إعطاء صورة عامة ، حول البطاقة الشخصية لابن عبد البر ، سواء من حيث حياته الشخصية ، (أولا) أو من حيث مكانته العلمية ، (ثانيا).

أولا : حياة الإمام ابن عبد البر :

1. نسبه : هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي القرطبي المالكي.¹
2. مولده : ولد في سنة ثمان و ستين و ثلاث مائة في ربيع الآخر و قيل: في جمادى الأولى.²
3. أسرته : ولد ابن عبد البر في أسرة عالة علمية ، فقد كان لها دور كبير في نشر الثقافة الإسلامية ، فكان أبوه وجده من فقهاء قرطبة وعلمائها . فجدّه محمد بن عبد البر النمري ، المتوفى سنة (380 هـ)³ ، كان من العلماء العاملين الزاهدين المنقطعين إلى الله⁴ ، كما كان أبوه أبو محمد عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي من فقهاء قرطبة وعلمائها⁵ . ولد سنة (330 هـ) بقرطبة⁶ ، وتوفي سنة : (380 هـ)⁷ .
4. نشأته وطلبه العلم :

1- سير أعلام النبلاء للذهبي . ت: شعيب الأرناؤوط ، ط دار النشر مؤسسة الرسالة ، سنة : 1404 هـ / 1982 . 153/18 .
. بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس ، للظبي ، ت إبراهيم الإبياري ، دار الكتب المصرية القاهرة . ط 2 . سنة : 1410 هـ 1989 م ص : 474 .

2 - سير أعلام النبلاء للذهبي : 154/18 . ترتيب المدارك للقاضي عياض 130/8

3- تاريخ علماء الأندلس ، عبد الله بن محمد ، المعروف بابن الفرضي ، تحقيق : إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، الطبعة الثانية 1410 : هـ 1989 م . ج 1 (ص 190 – 191) .

4- التكملة لكتاب الصلة ، لمحمد بن عبد الله بن أبي بكر ابن الأبار القضاعي . ت الدكتور عبد السلام الهراس ، ط دار الفكر ، سنة : 1415 هـ 1995 م 371/1 .

5- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، للقاضي عياض . نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب . ط 2 سنة 1403 هـ / 1983 م . 550/4 .

6- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس لابن باشكوال . ت: إبراهيم الإبياري ، ط دار الكتاب المصرية القاهرة ، ودار الكتاب اللبناني بيروت ، ط 2 ، سنة 1410 هـ / 1989 م . 974/3 . - الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب ، لابن فرحون . ت: محمد الأحمد أبو النور ، ط دار التراث بدون تاريخ (ص 359) .

7- التكملة لابن الأبار 371/1 .

نشأ الإمام ابن عبد البر في أسرة علمية كبيرة، ما جعله ينكب على طلب العلم منذ صغره، فقد لازم كثيراً من المشايخ في مختلف العلوم، فبدأ بدراسة الحديث، على شيخه الإمام: عباس بن أصبغ الوافي المتوفي سنة (386هـ)¹. قرأ الفقه على شيخه أحمد بن عبد الملك الإشبيلي المعروف بابن المكوي (ت 401 هـ)². كما تلقى دراسته كلها في قرطبة مسقط رأسه³. وقد اكتفى الحافظ ابن عبد البر بما تلقاه عن شيوخ قرطبة. فلم يكن له رحلة خارج الأندلس.⁴

5. شيوخه :

لقد كانت الأندلس في حياته تزخر بخيرة العلماء ، و بأهم الكتب ، و المصنفات ، ما أغنى ذلك الحافظ ابن عبد البر عن الارتحال إلى خارج الأندلس، فأدرك كبار العلماء، و طال عمره و علا سنده، فجمع وصنف ووثق و ضعف⁵.

و تتلمذ الحافظ على يد كثير من المشايخ الكبار في عصره آنذاك، حتى أوصلهم بعض المحققين إلى مائة وستة عشر شيخاً، ومن المحققين : الدكتور عبد المعطي أمين قلجعي في مقدمته على تحقيق كتاب الاستذكار⁶..

و نورد ذكر أسماء بعض هؤلاء المشايخ وهم كالاتي :

✓ أبو عمر أحمد بن الباجي الإشبيلي ، (ت 396هـ)⁷ ؛

1- تاريخ علماء الأندلس لابن الفارض 2 / 299

2 - جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس للحافظ أبي عبد الله محمد بن أبي نصر فتوح بن عبد الله الحميدي . المتوفى سنة 488 هـ . ت: بشار عواد معروف ، و محمد بشار عواد ، دار الغرب الإسلامي ، ط 1 . سنة 1429 هـ 2008 . (ص 11) .

3 - الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب لابن فرحون . (ص 440)

4 - سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي 18 / 159.

5- المصدر نفسه 18/ 154.

6- مقدمة الاستذكار لابن عبد البر ، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، ط دار قتيبة دمشق ، بيروت . دار الوعي حلب . القاهرة ، ط 1 سنة 1414 هـ / 1993 م . 1 / 21 - 25.

7 - ينظر ترجمته في جذوة المقتبس للحميدي، ص 114-115 ، وترتيب المدارك للقاضي عياض ، 4 / 68'

- ✓ أبو عمر أحمد ابن المكيوي الإشبيلي (ت 401هـ)¹؛
- ✓ أبو الفضل البزاز (ت 395هـ)²؛
- ✓ أبو العباس الإقليشي (ت 410هـ)³؛
- ✓ أبو عمر ابن الجسور (ت 401هـ)⁴؛
- ✓ أبو عمر الطلمنكي الممقري (ت 429هـ)⁵؛
- ✓ أبو القاسم ابن الدباغ الأزدي ، (ت 393هـ)⁶؛
- ✓ القاضي أبو مطرف بن فطيس (ت 402هـ)⁷؛
- ✓ أبو محمد الجهني الطليطلي (ت 402هـ)⁸؛
- ✓ القاضي أبو الوليد ابن الفرضي (ت 403هـ)⁹؛
- ✓ أبو القاسم الحبيب القرطبي (ت 395هـ)¹⁰؛
- ✓ القاضي أبو الوليد ابن الصفار (ت 429هـ)¹¹؛
- ✓ أحمد بن مطرف يعرف بابن الخطاب ، يكنى أبا بكر (ت 410هـ)¹²؛
- ✓ أحمد بن فتح بن عبد الله بن علي المعافري ، المعروف بابن الرسان (ت 403هـ)¹³؛
- ✓ خلق بن سعيد بن أحمد بن محمد الأزدي الإشبيلي المعروف بابن المنفوخ.(ت بعد 403هـ)¹...

-
- 1 - ينظر ترجمته في جذوة المقتبس للحميدي ص 117 ، ترتيب المدارك ، 4 / 642.635
 - 2 - المصدر نفسه. ص 125.124 ، الصلة ، 1 / 140
 - 3 - المصدر نفسه ، ص 125 ، .الصلة لابن باشكوال 1 / 64.65
 - 4 - المصدر نفسه ، ص 94-95 الصلة لابن باشكوال 1 / 55
 - 5 - المصدر نفسه ، ص 100 ، .ترتيب المدارك ، 4 / 750.749
 - 6 - المصدر نفسه ، ص 186.184 .تاريخ علماء الأندلس ، 1 / 251.250
 - 7 - ينظر ترجمته في ترتيب المدارك ، 4 / 671 .الصلة ، 2 / 466
 - 8 - ينظر ترجمته في تاريخ علماء الأندلس لابن الفارض 1 / 424 . جذوة المقتبس للحميدي ، ص 220
 - 9 - ينظر ترجمته في جذوة المقتبس ، ص 224.223 .الصلة لابن باشكوال 1 / 393.391
 - 10 - المصدر نفسه ، ص 263.262 ، .الصلة لابن باشكوال، 2 / 558
 - 11 - المصدر نفسه ، ص 347 .ترتيب المدارك للقاضي عياض، 4 / 741.739
 - 12 - ينظر ترجمته في الصلة لابن باشكوال، 1 / 71
 - 13 - جذوة المقتبس للحميدي ، ص 124

6. تلامذته :

صار ابن عبد البر علما من أعلام الأندلس، و حامل لواء الحديث والفقه فيها، وأصبح طلاب العلم يتلهفون للقائه، و السماع منه، و الرواية عنه، و أخذ إجازته، التي اشتهرت بسعة الاطلاع الذي يتميز به، و قوة الحفظ.

ومن بين أشهر تلامذته أذكر:

- ✓ أبو علي الجياني (ت 498 هـ): هو أبو الحسن بن محمد بن أحمد الغساني، المعروف بالجياني، ولد سنة (427هـ) و قد كان الإمام الجياني حافظا، متقنا، محدثا، عالما بالحديث، ورجاله، و روايته، وضبطه، حتى صار رئيس المحدثين بقرطبة، عالما باللغة والشعر والحساب²؛
- ✓ أبو القاسم ابن مدير الأزدي (ت 495هـ): هو أبو القاسم خلف بن عبد الله بن سعيد بن عباس بن مدير الأزدي ولد سنة (427 هـ) وقد كان الإمام أبو القاسم معتنيا بالجمع و التقيد ثقة ضابطا³؛
- ✓ أبو جعفر ابن رزق الأموي (ت 477هـ): هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن رزق الأموي، ولد سنة (427 هـ) ، كان فقيها مشهورا، عارف بالأحكام و النوازل ، مفتيا جليلا ، دينا ، ورعا، متواضعا⁴؛
- ✓ أبو بحر ابن العاصي الأسدي (ت 250هـ): هو أبو بحر سفيان بن العاصي بن أحمد بن العاصي بن سفيان الأسدي⁵، ولد سنة (439 هـ). وقد كان محدثا ضابطا لكتابه ، ذا تقييد جيد و خط حسن؛
- ✓ أبو الحسن المعافري (ت 484هـ): هو الإمام أبو الحسن طاهر بن مفوز ، بن أحمد، بن مفوز، بن عبد الله المعافري، ولد سنة (427هـ) حافظا، متقنا، ضابطا، محدثا، أدبيا، شاعرا، ورعا، متواضعا¹...

1 - جذوة المقتبس للحميدي، ص 128

2- ينظر تفصيل ترجمته في الصلة لابن بشكوال 1 / 233 – 235.

3- سير أعلام النبلاء 19/ 148-151.

4- ينظر تفاصيل ترجمته في كتاب الصلة لابن بشكوال . 1 / 275.

5- ينظر ترجمته في كتاب الديباج المذهب لابن فرحون. (ص 103).

ثانيا : مكانة ابن عبد البر العلمية :

لقد كان للإمام الحافظ ابن عبد البر مكانة عالية رفيعة بين أهل العلم في عصره، ومن قرأ عليه من تلامذته، حتى لقب بحافظ المغرب، وتبرز هذه المكانة جليا من خلال ثناء العلماء عليه، (أ) ومصنفاته العلمية، التي خلقها في مختلف الفنون العلمية(ب).

1- ثناء العلماء على ابن عبد البر:

كان ابن عبد البر رحمه الله بما حضى به من مكانة رفيعة، محط مدح العلماء و ثنائهم عليه. ويكفي في ذلك ما قاله فيه:

✓ الإمام الذهبي: "كان إماما، ديناً، ثقة، علامة، متبحراً، صاحب سنة و اتباع، وإنه ممن بلغ رتبة الأئمة المجتهدين. ومن نظر في مصنفاته بانتهى له منزلته، من سعة العلم، وقوة الفهم، و سيلان الذهن. كان في أصول الديانة على مذهب السلف، لم يدخل في علم الكلام، بل قفا آثار مشايخه رحمهم الله"؛²

✓ ابن حزم: "لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله، فكيف أحسن منه"؛³

✓ ابن فرحون: "الحافظ، شيخ علماء الأندلس، وكبير محدثيها في وقته، وأحفظ من كان فيها للسنّة الماثورة"؛⁴

✓ أبو القاسم بن بشكوال: "ابن عبد البر، إمام عصره، ووحيد دهره"؛⁵

✓ أبو سعيد المغربي: "إمام الأندلس، في علم الشريعة، ورواية الحديث، وحافظها، الذي حاز فحالة السبق، و استوى على غاية الأمة..."¹؛

1- سير أعلام النبلاء للذهبي 563/18- انظر ترجمته في الصلة لابن باشكوال. 360/1. - سير أعلام النبلاء للذهبي 215/19 - 216 -. ينظر ترجمته في بغية الملتبس ص 283. - تذكرة الحفاظ لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي شمس الدين أبو عبد الله، ت عبد الرحمن بن يحيى المعلي، ط دائرة المعارف العثمانية، ط 1، سنة 1374هـ. ص 14-15-16

2- سير أعلام النبلاء للذهبي. 161 - 157/18.

3- بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس، للإمام الظبي(ص 490)

4- الديباج المذهب لابن فرحون (ص 357)

5- كتاب الصلة لابن بشكوال. 12 / 677.

- ✓ أبو علي بن سكرة: "سمعت أبا الوليد الباجي يقول: لم يكن بالأندلس مثل أبي عمر بن عبد البر في الحديث، وهو أحفظ أهل المغرب"²؛
- ✓ صاحب جذوة المقتبس "أبو عمر فقيه حافظ مكثّر عالم بالقراءات و بالخلاف و بعلوم الحديث والرجال..."³.

2 - مصنفات الإمام ابن عبد البر:

قال الإمام الذهبي في كتابه سير أعلام النبلاء، وهو يترجم لابن عبد البر: "كان موفقا في التأليف معانا عليه، و نفع الله بتواليفه"⁴. ويقول القاضي عياض في ترتيب المدارك "فقيه ألف تواليف كثيرة مفيدة، أنير بها الآفاق"⁵. وسنورد بعضا من مصنفاته مقسمة حسب العلوم:

أ- مؤلفاته في الحديث: ترك رحمه الله مؤلفات علمية رصينة في الحديث النبوي الشريف، تتمثل أهمها في المصنفات التالية:

- أخبار أئمة الأمصار⁶ (مخطوط)؛
- الاستظهار في طرق حديث عمار⁷ (مخطوط)؛
- الإنباه على قبائل الرواة⁸؛
- التقصي لأحاديث الموطأ و شيوخ مالك (طبع باسم تجربة التمجيد)؛
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب؛

1- المغرب في حلى المغرب لأبي سعيد المغربي. ت شوقي ضيف، نشر دار المعارف، ط 4. بدون تاريخ 407 / 12.

2- وفيات الأعيان لابن خلكان. 66 / 12. سير أعلام النبلاء للذهبي 157 / 18.

3- جذوة المقتبس للحميدي ص 367

4- سير أعلام النبلاء للذهبي. 158 / 18.

5- ترتيب المدارك للقاضي عياض. 128 / 4.

6- التمهيد لابن عبد البر. ت: الأستاذ مصطفى بن أحمد العلوي، والأستاذ محمد بن عبد الكريم البكري، ط من طرف وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، ط. 2. نشر على عدة سنوات من 1387هـ إلى 1412هـ. 308 / 6.

7- هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين للإمام إسماعيل باشا البغدادي. ط: مؤسسة التاريخ العربي 551 / 2.

8- ابن عبد البر الأندلسي وجهوده في التاريخ، ليث سعود جاسم. ط: 2. دار الوفاء المنصورة. سنة 1408هـ / 1988م. ص: 215.

■ وصل ما في الموطأ من المرسل و المنقطع و المعضل¹؛

■ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد؛

■ منظومة السنة (مخطوط) ...

ب. مؤلفاته في الفقه والأصول : من أهمها نذكر:

■ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار، فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ؛

■ الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء؛

■ الإنصاف فيما في بسم الله الرحمن الرحيم من الخلاف؛

■ ترجمة الامام مالك (مخطوط)؛

■ الرسالة المستطرفة (ص 15) ؛

■ الكافي في الفقه على مذهب أهل المدينة²؛

■ حكم المنافقين في عهد رسول الله ﷺ، وأحكامهم ، في مناقحاتهم لبنات المسلمين العالمين المؤمنين³؛

■ كتاب الأصول ...⁴

ج. مؤلفاته في التاريخ :

■ أخبار أئمة الأمصار⁵؛

1- ترتيب المدارك للقاضي عياض. 8 / 4.

2- الديباج المذهب لابن فرحون (ص 440). - سير أعلام النبلاء للذهبي 18 / 159.

3- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار ، لابن عبد البر . ت: عبد المعطي أمين قلجي ، ط 1 سنة 1414هـ / 1993م 6 / 338.

4- المصدر نفسه. 6 / 253.

5 - بغية الملتبس للظلي، ص 428 . التمهيد لابن عبد البر . 1 / 6.

■ اختصار تاريخ أحمد بن سعيد بن حزم العدي¹..

ثالثاً: وفاته:

كانت وفاته رحمه الله ليلة الجمعة في ربيع الآخر سنة (462هـ) عن سن، يناهز خمسا وتسعين سنة من عمره²

وقد ذكر القاضي عياض رحمه الله في كتابه المدارك عند ترجمته لابن عبد البر، فقال: "وتوفي بشاطبة في ربيع الآخر سنة ثلاث وستين وأربع مائة³.

1 - ترتيب المدارك للقاضي عياض. 4 / 810.

2 - سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي 18 / 159.

3- ترتيب المدارك للقاضي عياض. 8/ 130.

المحور الثاني : حياة الإمام السمرقندي ومكانته العلمية :

سأحاول في هذا المحور إعطاء صورة عامة حول البطاقة الشخصية للإمام السمرقندي، سواء من حيث حياته الشخصية. (أولا) أو من حيث مكانته العلمية. (ثانيا)

أولا : حياة الإمام السمرقندي

1. اسمه ونسبه: هو نصر، بن محمد، بن أحمد، بن إبراهيم، السمرقندي، وقيل هو نصر، بن محمد، بن إبراهيم، السمرقندي، وكنيته (أبو الليث)، لكن اشتهر بأبي الليث، حتى طغت على اسمه، فلا يعرف إلا بأبي الليث السمرقندي.¹ لقبه : الفقيه : وهو لقب اشتهر به، وهو يدل على أنه وصل من علم الفقه مرتبة عظيمة، لا يدانيه فيها أحد من معاصريه، ويدل على ذلك. أل. المعرفة فكأنه فقيه وليس غيره. وقد أحب أبو الليث هذا اللقب، وتبرك به، لأن النبي ﷺ لقبه به في المنام، وذلك أنه لما صنف، تنبيه الغافلين، عرضه على روضة النبي ﷺ، وبات الليل فرأى النبي ﷺ، فناوله كتابه فقال : خذ كتابك يا فقيه، فانتبه، فوجد فيه مواضع ممحوة، محاها ﷺ، فكان يتبرك بهذا اللقب لذلك.² كما لقب أيضا بإمام الهدى : وقد شاركه في هذا اللقب، أبو المنصور الماتريدي.³

1- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي أبو محمد محيي الدين الحنفي. ط. دار المعارف النظامية - حيدر آباد، سنة: 1332 هـ. 544 / 3. - دائرة المعارف الإسلامية. 592 / 1.

2- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، حاجي خليفة. ت: محمد شرف الدين، نشر دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان. 1187 / 2. - الأعلام ل خير الدين الزركلي. نشر دار العلم للملايين. ط 15 سنة 2002 م. 348 / 8.

3- كتاب أعلام الأخبار (مخطوط) ورقة 126، منقول عن كتاب تفسير السمرقندي. بحر العلوم. تحقيق : الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجد، ط دار الكتب العلمية. 6 / 1. الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية. 360 / 3.

3- تفسير السمرقندي، 6 / 1. وهذا يدل على صدق الرجل مع ربه، وإخلاصه النية لله، وتشوقه لاقتفاء أثر رسول الله ﷺ سلوكا وعملا.

2. مولده ونشأته :

لم يعرف على وجه التحديد العام الذي ولد فيه أبو الليث ، لأنهم لم يكونوا يتوقعون أن يكون عالماً ذا شأن ، وإلا لسجلوا مولده . ولكنهم ذكروا . على وجه التقريب . أن مولده كان بين 301 هـ و 310 .¹ سمرقند : هي إحدى مدن خراسان ، يقال لها بالعربية سران ، مبنية على جنوب وادي الصفد ، ومرتفعة عليه ، وهي مدينة عظيمة بمناخها ، قال فيها الشاعر :

للناس من أخراهم جنة == وجنة الدنيا سمرقند²

3. شيوخه :

نظراً لاشتهار مدينته بقوة حضور العلماء فيها ، فقد درس على يد مشايخ عدة منهم :

أ. والده وهو : (محمد بن ابراهيم) التوذي³ ؛

ب. أبو جعفر الهندواني وهو محمد بن عبد الله البلخي الحنفي ، يقال له لكمالته في الفقه ، أبو حنيفة الصغير ، توف ببخارى في ذي الحجة ، سنة (362) ؛⁴

ت. المفسر محمد بن الفضل البلخي ، أحد علماء أهل السنة والجماعة ، ومن أعلام التصوف السني في القرن الرابع الهجري ، أصله من بلخ وسكن سمرقند ، وتوفي بها سنة 319 هـ ، كتاب طبقات الصوفية ، لإبي عبد الرحمن السلمي ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 2003 ، ص 175. 171 ؛

ث. الخليل بن أحمد القاضي السجزي ، شيخ الحنفية في زمانه ، وقاضي سمرقند توفي بها سنة (378)⁵ .

وغيرهم ممن هو مسطر في مصنفاته .¹

1 - تفسير السمرقندي 6/1

2 - معجم البلدان ، ياقوت بن عبد الله الحموي ، الرومي ، البغدادي ، شهاب الدين ، أبو عبد الله . ط دار صادر ، سنة : 1397 - 1993 . 5 / 121 .

3 - من قرية توذ بسمرقند انتقل إليها بعدما كان يسكن ورسنين . (لم أعثر على تاريخ وفاته) روى عنه خلق كثير ، كتب الأنساب لأبي سعيد عبد الكريم التميمي السمعاني ، ت الشيخ عبد الرحمن العالحي اليمني ، القاهرة ، ط 2 سنة 1400 هـ ، 1980 م ، 3 / 103

4 - تاج التراجم في طبقات الحنفية ، دار القلم ، دمشق ، ط 1 ، ، 1992 ، 1 / 264

5 كتاب شرح التبصرة والتذكرة ، للإمام الحافظ ، زين الدين بن الحسن العراقي ، ، ت د عبد اللطيف الهميم ، والشيخ ماهر ياسين فحل ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 2 / 260

4. تلامذته :

من تلامذة الإمام السمرقندي :

✓ لقمان بن حكيم الفرغاني ، الفقيه الزاهد ، راوي عنه الكتاب ²؛

✓ أبو مالك نعيم الخطيب ، من الرواة عنه؛

✓ محمد بن عبد الرحمان الزبيري ، من الرواة عنه ؛

✓ أبو سهل أحمد بن محمد من الرواة عنه ؛

✓ طاهر بن محمد بن أحمد بن نصر أبو عبد الله الحدادي ؛

وغيره مما وثقته كتب السير والأعلام ³.

ثانيا: مذهبه ، ومكانته ⁴:

ذكر أنه ينسب الى الحنفية ، و سلسلة شيوخه تدل على ذلك ، كان صاحب علم بمجالات متعددة، و لعل مؤلفاته المختلفة دليل على ذلك، حيث تنوعت المؤلفات التي تركها، بين غير مطبوع والمطبوع وهو قليل، نذكر بعضها منها :

■ تفسير القرآن الكريم المسمى ب (بحر العلوم) و اختلف في تسميته بهذا الاسم، وقد ذكره بهذا الاسم محققوا الكتاب، وهم: الشيخ علي معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والدكتور زكريا عبد المجيد النوتي؛

1 - الجواهر المضيئة. 2 / 192 . البداية والنهاية ، إسماعيل بن عمر بن كثير . 11 / 327 . ط مكتبة المعارف بيروت ، سنة 1410 هـ / 1990 م . حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، أحمد بن عبد الله الأصفهاني أبو نعيم . 10 / 221 . ط دار الفكر .
2- لم أعر على تاريخ وفاته ، كتاب الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، عبد القادر بن أبي الوفاء ، ط دار الكتب العلمية ، ص 270
3- عيون المسائل في فروع الحنفية للمصنف أبو الليث السمرقندي رحمه الله ، ت سيدي محمد مهني ، ط : 1 . دار الكتب العلمية بيروت . لبنان ، سنة 1419 هـ / 1998 م . ص 7 . تفسير السمرقندي . 1 / 10
4- عيون المسائل في فروع الحنفية للسمرقندي ، ص 7 .

- خزانة الفقه ؛
- عيون المسائل ؛
- مقدمة أبي الليث في الصلاة ؛
- النوازل في الفتوى ؛
- تأسيس النظائر الفقهية ؛
- المبسوط في فروع الفقه الحنفي ؛
- النوادر المفيدة ؛
- شرح الجامع الكبير وهو لمحمد بن الحسن الشيباني؛
- شرح الجامع الصغير و هو لمحمد بن الحسن الشيباني ؛
- مقدمة في بيان الكبائر والصغائر ؛
- فتاوي أبي الليث ؛
- النوازل ؛
- تأسيس النظائر الفقهية؛
- قرة العين ومفرج القلب المحزون؛
- بيان العارفين ؛
- التفسير المسمى بحر العلوم ؛
- تنبيه الغافلين ؛
- أصول الدين ؛
- بيان عقيدة الأصول؛
- اسرار الوحي ؛

- رسالة في المعرفة والإيمان ؛
- رسالة في الحكم؛
- قوت النفس في معرفة الأركان الخمس ...

5. وفاته :

اختلفت المصادر في تحديد سنة وفاته : فرجح الإمام الذهبي : أن وفاته كانت عام 375 هـ¹. وذكر الداودي في " طبقات المفسرين " أن وفاته كانت ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة ليلة خلت من جمادى الآخرة سنة 393 هـ². وفي الجواهر المضيئة أن وفاته كانت ليلة الثلاثاء سنة 373 هـ³. وذكر صاحب تاج التراجم أن وفاته كانت سنة 225 هـ⁴

1 - سير أعلم النبلاء للزركلي 16 / 322 ،
 2 - طبقات المفسرين ، محمد بن علي بن أحمد الداودي شمس الدين ، ط دار الكتب العلمية ، ط : 1. سنة : 1403 - 1983 . 2 / 346 .
 3 - الجواهر المضيئة ، عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي معي الدين أبو محمد 3 / 196 .
 4 - تاج التراجم ، قاسم أبو الفداء بن قطلوبغا السوداني . تحقيق : محمد خير رمضان يوسف ط : 1. دار القلم سنة : 1413 - 1992 ، 4 / 224 .

الباب الأول : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في مجال المعاملات المالية

يعتبر الأصل في المعاملات المالية الإباحة، حتى يثبت من أدلة الشرع خلاف هذا، إذ من القواعد

الفقهية الكلية المتفق عليها، " أن الأمور تعتبر بمقاصدها". عملاً بقوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات".

وأنواع المعاملات في الفقه الإسلامي، ليست محصورة عدا في الكتاب والسنة، فقد جاءت الرسالة

المحمدية، والناس يتبايعون ويؤاجرون ويقترضون ويرابون.. الخ، فأقر الشرع الحكيم بيوعا، وهذب

عقودا، وأبطل أنواعا من التعامل لما فيه من ظلم بين¹.

ويعتبر بيع السلم، وبيع الخيار، من أهم العقود التي هذبها الشرع الحكيم وأقرها، كما أن الربا،

والبيوع الفاسدة، من العقود التي منعها وحذر منها.

وبالنظر لأهمية هذه العقود، سأعمل في هذا الباب على دراستها وتحليلها، مبرزاً اختيارات كل من

الإمام ابن عبد البر والإمام السمرقندي فيها، وأسباب هذا الاختيار، وأيهما أنسب بالأخذ فيها في الظروف

الاقتصادية لواقع الحال. وذلك وفق التصميم التالي:

الفصل الأول: أحكام السلم والربا بين ابن عبد البر والسمرقندي

الفصل الثاني : أحكام الخيار والبيوع الفاسدة بين ابن عبد البر والسمرقندي

1 جمعة بنت حامد، عقد السلم وتطبيقاته المعاصرة، ص 23

الفصل الاول: أحكام السلم والربا بين ابن عبد البر والسمرقندي

جاءت الشريعة الإسلامية في مقاصدها، لتحقيق مصالح العباد ودرء المفسد. ومن صور المصالح بيع السلم، الذي يعد من العقود المهمة في الشريعة الإسلامية، كرخصة واستثناء من البيوع الممنوعة، لما يحققه من فوائد عظيمة، من أهمها: التيسير على الناس، وسد كثير من حاجاتهم. ويعتبر عقد السلم من المعاملات التي كان الناس في الجاهلية يتعاملون به قبل مجيء الإسلام، فلما جاء الإسلام أقرهم عليه مع تهذيب له، وقد اهتم المسلمون به قديماً اهتماماً كبيراً، فنظموا له ما يحتاج إليه من الأحكام التي تضبط التعامل به، بشيء من الاستقصاء والتفصيل، وفي العصر الحاضر، لم يقل اهتمام المفتين والاقتصاديين الإسلاميين لهذا العقد، بل أولوه عناية واهتماماً كبيرين، فتصدرت فتواهم ومؤلفاتهم مسائل متعددة تعلق بعقد السلم؛ لأنه أهم الصيغ الشرعية للتمويل والاستثمار، وبمقتضاه، يتمكن أصحاب المشروعات الزراعية، أو الصناعية، من تمويل مشروعاتهم، عن طريق بيع مثل ما ستنتجه مشروعاتهم مقدماً، فيحصل لهم تمويل مشروعاتهم، هذه بتلك الأثمان، بعيداً عن القروض الربوية، التي تعرضها البنوك.¹ لذلك خصصت (المبحث الأول) للحديث عن بيع السلم.

في المقابل، ودرئاً لمفسد عظمى، جاء الشرع الحكيم، بالنهي عن التعامل بالربا وسلوك مسالكها، متوعداً سبحانه وتعالى المتعاملين بها أشد الوعيد، لما فيها من ظلم للعباد، وتسلب القوي على الضعيف، واستغلال حاجات الناس، وأخذ أموالهم بالباطل من غير عوض، ولما في الربا من انقطاع الخير والمعروف بين الناس، بانقطاع القرض الحسن، وحلول الربا محله، خصصت له (المبحث الثاني).

1 - المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، عبد الرزاق وهبي، ص 530، دار أسامة للنشر.

المبحث الأول: أحكام السلم بين ابن عبد البر والسمرقندي

يقصد بالسلم بالتحريك في اللغة السلف، و أسلم في الشيء و أسلف بمعنى واحد، و الاسم السلم، و أسلم و سلم، إذا أسلف، وهو: أن تعطي ذهباً في سلعة معلومة، إلى أمد معلوم، و يقال: أسلم الرجل في الطعام، إذا أسلف فيه.¹

و قال ابن فارس: (السين، واللام، والميم) معظم بابه من الصحة و العافية، و يكون فيه ما يشد، و هو قليل، فالسلامة: أن يسلم الإنسان من العاهة و الأذى .

قال أهل العلم: الله جل ثناؤه هو السلام، لسلامته مما يلحق المخلوقين من العيب والنقص والفناء. يقول الله عز وجل { وَاللَّهُ يَدْعُوًا إِلَى دَارِ السَّلَامِ وَيَهْدِي مَن يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ }². فالسلام، الله جل ثناؤه، و داره الجنة. ومن الباب أيضاً، الإسلام، وهو الانقياد، لأنه يسلم من الإيذاء و الامتناع. و السلام- بكسر السين - : المسالمة، و فعل تجيء في المفاعلة كثيراً، نحو: القتال، و المقاتلة. ومن باب الإصحاب والانقياد: السلم، بفتح السين – الذي يسمى السلف، كأنه مال أسلم، و لم يمتنع من إعطائه، و ممكن أن تكون الحجارة سميت سلاماً، – بكسر السين – لأنها أبعد شيء في الأرض من الفناء و الذهاب، لشدتها وصلابتها.

3

و يقال سلم، و أسلم، و سلف، و أسلف، بمعنى واحد، و هو قول جميع أهل اللغة. كما جاء في كتاب تهذيب الأسماء و اللغات.⁴

و قال المطرزي: أسلم في البحر، أي أسلف من السلم، و أصله أسلم الثمن فيه، فحذف، و قد جاء على الأصل منه قوله: إذا أسلم صوفاً، في لبد، أو شعر، في مسح، لم يجز¹

1- لسان العرب لابن منظور. ط دار صادر بيروت. 346/6 – 347.

2- سورة يونس: الآية 25.

3- معجم مقاييس اللغة لابن فارس (باب السين و اللام و ما يماثلهما). تحقيق عبد السلام محمد هارون. ط: دار الفكر، سنة 1399هـ / 1979م. 90/3،

4- تهذيب الأسماء و اللغات للإمام النووي. ط الطباعة المنيرية. القاهرة. 153/3.

أما في الحقيقة الشرعية : فعرفه المالكية بأنه: "هو بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها، إلى أجل معلوم"². وعرفه الدسوقي في حاشيته: "هو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثلث لأجل"³. كما ذكر ابن عرفة بأن: "السلم عقد معاوضة، يوجب عمارة ذمة، بغير عين، ولا منفعة، غير متمثل العوض"⁴. وقال ابن عبد البر في الاستذكار⁵ السلم بمعنى واحد، وقد ورد به القرآن في آية الدين وهي قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} ⁶ ويعرف السلف، أو السلم، بأنه بيع شيء موصوف في الذمة.⁷

أما الحنفية: فعرفه الإمام السمرقندي في تحفة الفقهاء بأنه: "هو عقد يثبت به المملك في الثمن عاجلا، وفي المثلث أجلا".⁸

بيع السلم أو السلف جائز بالكتاب و السنة و الإجماع :

أ-: الكتاب : قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} ⁹ وقد استدلل بهذه الآية ابن عباس رضي الله عنه على جواز السلم، لعمومها في الديون فقال: "أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله و أذن فيه " ، وروي عنه قوله بأن هذه الآية نزلت في السلم الخاص¹⁰

ب : السنة :

-
- 1- المغرب في ترتيب المغرب. مادة س ل م لناصر الدين المطرزي أبو الفتح ، ت محمد فخوري. عبد الحميد مختار . ط : 1 مكتبة أسامة بن زيد. حلب ، سنة 1399هـ / 1379م 412/1.
 - 2- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي. ت : عبد الله بن عبد المحسن التركي . ط : 1. مؤسسة الرسالة . سنة : 1427هـ / 2006م . 317/1 .
 - 3- حاشية الدسوقي . لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي. ط دار الفكر . 315 / 14 .
 - 4 - شرح حدود بن عرفة للرصاص ، 2 / 395 . شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام. ت : محمد عبد السلام . نشر في 1432هـ / 2011م . 133 - 132 / 2 .
 - 5- الاستذكار لابن عبد البر . 31/ 19 .
 - 6 - سورة البقرة. الآية : 282 .
 - 7- الاستذكار، لابن عبد البر 31/ 19 .
 - 8- تحفة الفقهاء للإمام السمرقندي . 8/ 1 .
 - 9 - سورة البقرة الآية 282 .
 - 10- زاد المسير في علم التفسير عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي أبو الفرج جمال الدين ، . ط . المكتب الإسلامي . دار بن حزم . ط 1 سنة 1423هـ / 2002م . 336 / 1 . تفسير ابن كثير 496 / 1 .

دليل مشروعية عقد السلم من السنة: قوله عليه الصلاة والسلام: لما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ لما قدم المدينة، وجد الناس يسلفون بالتمر، السنتين و الثلاث فقال: { من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم }¹

ج: الإجماع:

أما دليل مشروعية عقد السلم من الإجماع ، فقد حكى ابن عبد البر ذلك عن الفقهاء فقال: " وأجمع الفقهاء من أهل العلم على أن السلم جائز ، و أن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع، و الثمار، والتجارة، يحتاجون الى النفقة على أنفسهم، أو على الزروع ونحوها، حتى تنضج، فجوز لهم السلم دفعا للحاجة"²

وقال ابن المنذر: " أجمع كل من أحفظ عنه عن أهل العلم، على أن السلم جائز، لأن الثمن في البيع أحد عوض العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن ، ولأن الناس في حاجة إليه."³

ولضبط ماهية عقد السلم، سأخصص المطلب الأول للحديث عن محل السلم، على أن يكون

المطلب الثاني محلا لدراسة شروطه على الشكل التالي :

المطلب الأول : محل بيع السلم واختيارات ابن عبد البر والسمرقندي فيه.

المطلب الثاني : شروط بيع السلم وأثرها على اختيارات الإمامين.

1- صحيح البخاري كتاب السلم باب السلم في وزن معلوم (2240.2241) و مسلم في كتاب المساقاة باب السلم -1604).

2- الاستذكار لابن عبد البر. 19/31 - 20.

3- الاجماع لابن المنذر ، ت أحمد بن محمد حنيف أبو حماد ، ط مكتبة الفرقان . ط 2 . بدون تاريخ. ص: 54 – المغني لابن قدامة . ت : عبد الله بن عبد المحسن التركي – عبد الفتاح الحلو، ط دار عالم الكتب ، ط 3 ، سنة 1417 هـ / 1997 م . 385 / 6.

المطلب الأول : محل بيع السلم واختيارات ابن عبد البر والسمرقندي فيه.

قال ابن رشد: "أما محله، فإنهم أجمعوا على جوازه، في كل ما يكال أو يوزن، لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور، قال: "قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في الثمن السنتين والثلاث، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم."¹

و اتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في ذمة. وهي الدور، والعقار، و أما سائر ذلك من العروض والحيوان، فاختلفوا فيها، فمنع ذلك طائفة من أهل الظاهر، مستندين إلى ظاهر هذا الحديث، و الجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد. و اختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة، فمن ذلك.

أولاً: السلم في : الحيوان .

فمذهب مالك، و الشافعي، و الأوزاعي، و الليث، إلى أن السلم فيهم جائز. وهو قول ابن عمر من الصحابة. وقال أبو حنيفة و الثوري وأهل العراق: لا يجوز السلم في الحيوان، و هو قول ابن مسعود.² قال صاحب الهداية: (و لا يجوز السلم في الحيوان)³ و دليل الحنفية في هذا، ما رواه الحاكم في مستدركه عن ابن عباس " أن النبي صلى الله عليه نهي عن السلف في الحيوان"⁴ إلا أن المالكية والشافعية، يرون بأن هذا الحديث ضعيف لا يصح الاستدلال به.⁵

و دليل المجيزين، ومن ذهب مذهبه، ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عمر: { أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل

1- سبق تخريجه في ص: 29 من البحث.

2- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد 2/ 192. ط المكتبة العصرية، بيروت. لبنان. - حاشية الدسوقي 4/ 322. - الهداية شرح بداية المبتدي مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، علي بن أبي بكر المرغيناني برهان الدين أبو الحسن. ت: نعيم أشرف نور محمد. ط دار إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان. ط 1 سنة: 1417هـ. 46/ 4.

3- الهداية للمرغيناني. 46/ 4.

4- المستدرک للحاکم. کتاب البيوع باب النهي عن السلف في الحيوان. 2/ 52.

5- بداية المجتهد لابن رشد 2/ 192.

الصدقة¹. وكذا حديث أبي رافع² قال: { استلف النبي ﷺ بكرا ، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكره. فقلت: إني لم أجد في الإبل إلا جملا خيارا ربعا³، فقال: أعطه إياه، فإن من خير الناس، أحسنهم قضاء⁴ ومن هنا قالوا (أي المالكية) إن كل عين صح ثبوتها في الذمة مبرا، صح ثبوتها في الذمة سلما⁵.

وبعد عرض دليل كل فريق، و النظر في دليل كل واحد، يمكن ابداء الملاحظات التالية :

1 . سبب الخلاف :

يتبين أن سبب الخلاف بين الفريقين قائم على شيئين:

أ - تعارض الآثار في هذا المعنى .

ب - تردد الحيوان بين أن ينضبط بالصفة أولا ينضبط. فمن نظر إلى كون الحيوان متباينا في الخلق والصفات ، وبخاصة صفات النفس، قال : لا تنضبط .ومن نظر الى تشابهها، قال: تنضبط.⁶ وجاء في الإشراف: " يجوز السلم في الحيوان كونه مما يضبط بالصفة، و كونه يثبت في الذمة."⁷ وقال ابن عبد البر في الاستذكار: " احتج من لم يجز السلف في الحيوان، بأنه لا يضبط ضبطا صحيحا بالصفة، لأن السن، واللون، يتباينان تباينا بعيدا ، إذ الفاره⁸ القوي، يكون متقدما في الثمن، والقيمة، والجودة، والفراهة،

1- رواه أبو داود في سننه: كتاب البيوع باب الرخصة في ذلك ، 4 / 423 حديث صحيح على شرط مسلم.

2 - أبو رافع مولى رسول الله ﷺ ، واسمه أسلم. وكان عبدا للعباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي - ﷺ - فلما بشر رسول الله - ﷺ - بإسلام العباس أعتقه رسول الله - ﷺ . توفي سنة 40 هـ. انظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد: 4/54؛ تاريخ مولد العلماء ووفياتهم، لأبي سليمان الربيعي: 653/2

3 - رباعيا: بتخفيف الياء، والأنثى رباعية، وهو ما دخل في السنة السابعة. شرح موطأ مالك للزرقاني 498/3

4- رواه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب من استلف شيئا فقضى خيرا منه .رقم 1600

5- الحاوي الكبير للماوردي. 5 / 400 . -الإشراف على نكة الخلاف، ل عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي . 2 / 669.

6- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 193

7-الاستذكار لابن عبد البر 31 / 93.

8 - الفاره من الناس المليح الحسن. ومن الدواب الجيد السير. أنظر: مختار الصحاح للرازي. 1/238

ونحو هذا في سائر الحيوان ، واحتجوا أيضا ، بأن رسول الله صلى الله عليه و سلم ، استقرض بكرا على إبل الصدقة"¹

2. اختيار الحافظ ابن عبد البر في مسألة السلم في الحيوان:

اختار الحافظ ابن عبد البر قول المجيزين لصحة السلم في الحيوان، و يكون في اختياره هذا موافق لمذهب مالك، و استدل بما استدل به أصحاب هذا القول، وهو حديث أبي رافع، وقد ذكر الحافظ ابن عبد البر فيما استنبطه من الحديث قوله: " في الحديث أيضا إثبات الحيوان دينا في الذمة، من جهة الاستقراض، و هو الاستسلاف، وإذا جاز استقراض الحيوان في الذمة من جهة الاستقراض، وهو الاستسلاف، جاز السلم فيه. لأنه عرض يثبت في الذمة بصفة معلومة.²

3. اختيار السمرقندي في مسألة السلم في الحيوان :

اختار الإمام السمرقندي ما عليه مذهبه، في عدم جواز السلم في الحيوان، حيث قال في تحفة الفقهاء: " وعندنا لا يجوز كيف ما كان "³. وبهذا حسم المسألة لديه، فلم يعتبر الصفة ولا غيرها.

4. تعليق ومقارنة :

من خلال بسطنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة ، وعرض اختيارات كل من الإمامين فيها ، يتضح أن الإمام ابن عبد البر ، والإمام السمرقندي لم يخرجوا في اختياراتهما عما عليه مذهب كل واحد منهما، من الجواز وعدمه . فابن عبد البر أقر مذهب مالك وما عليه من أدلة تفصيلية، تجيز السلم في الحيوان الموصوف وصفائثبت في الذمة.

1-الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي. ت: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة ، ط: 1. ط:

دار بن القيم. دار بن عفان . سنة : 1429 هـ / 2008 م. 144 / 2.

2-الاستذكار لابن عبد البر 48 / 21.

3 - تحفة الفقهاء ل السمرقندي. 15/2.

أما الإمام السمرقندي: فقد تبني مذهب الأحناف بعدم جاوزة مطلقاً، وهو ما عبر عنه بقوله: "عندنا" أي عند الحنفية، مما يدل على تشبث كل واحد منهما بأصول مذهبه، في بناء الأحكام الفقهية والاستدلال عليها.

ثانياً: السلم في اللحم :

و مما اختلف فيه الفقهاء في بيع السلم: "اللحم"، هل يجوز فيه أم لا؟، فقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم في اللحم¹ وهذا في اللحم الذي فيه العظم أصلاً. أما في منزوع العظم عنه روايتان: ففي ظاهر الرواية لا يجوز، وهو الصحيح، وفي رواية الكرخي²: يجوز.³ وفي كلا المسألتين يرجع منهما السلم إلى وجود الجهالة في الجنس، والنوع، والسن، والقدر.⁴

وقال الجصاص⁵: لا يجوز، لاختلاف السمن، والهزال. وأما أبو يوسف⁶ صاحب أبي حنيفة، وأحمد والشافعي، فقالوا: يجوز إذا بين جنس اللحم، بأن قال: لحم شاة أو بقر، وبين السن، بأن قال: لحم شاة ثني أو جذعة، وبين النوع، بأن قال: لحم شاة، ذكر، أو أنثى خصي، أو بأن قال معلوفة، أو سائمة، وبين صفة اللحم بأن قال: سمين، أو مهزول، أو وسط، وبين الموضع بأن قال: من الكتف أو من الجنب، وبين المقدار بأن قال: عشرة أمناء.⁷

1- التجريد موسوعة القواعد الفقهية المقارنة (التجريد للقدوري) لأحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري أبو الحسين. ط 1 سنة: 1424هـ / 2004م. 5 / 2695.

2 - عبيد الله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن: فقيه، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. مولده في الكرخ ووفاته ببغداد سنة 340هـ. له "رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية" و "شرح الجامع الصغير" و "شرح الجامع الكبير". انظر: الأعلام، للزركلي: 4/ 193.

3 - تحفة الفقهاء للسمرقندي. ط: دار الكتب العلمية، ط 1 سنة: 1405هـ / 1984م. 2 / 15. بدائع الصنائع أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين، ط المطبعة الجمالية. سنة 1324هـ. 5 / 210-211، - البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدرالدين، ط دار الكتب العلمية، ط 1 سنة 1420هـ / 2000م. 7 / 435 / 436.

4 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 15.

5- هو: أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص. فاضل من أهل الرأي، سكن بغداد ومات فيها. انتهت إليه رئاسة الحنفية، وخطب في أن يلي القضاء فمتنع. وألف كتاب: (أحكام القرآن) وكتاباً في (أصول الفقه). توفي سنة 370 هـ. انظر: الأعلام للزركلي. 1/ 171.

6 - صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، تفقه بالحديث والرواية، ثم لازم أبا حنيفة فغلب عليه الرأي، وهو أول من دعي قاضي القضاة، وأول من وضع كتباً في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة النعمان. انظر: الأعلام للزركلي. 8/ 193.

7 - بداية المجتهد لابن رشد. 2 / 200. - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المهاج، - الخطيب الشربيني. ط دار الكتب العلمية، ط 1 سنة 1415هـ / 1994م. 2 / 110.

و أما المالكية و من تبعهم فقالوا :يصح السلم في اللحم ، وذلك بشرط ضبط صفاته ، بذكر جنس اللحم ، و نوعه ، و سنه ، و موضعه ، و مقداره . و دليل المالكية في قولهم هذا : حديث النبي صلى الله عليه و سلم . " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم..."¹ و كذا قولهم ، أنه إذا جاز السلم في الحيوان فاللحم أولى.²

و بهذا يكون قول المالكية ، موافقا لما ذهب إليه أبو يوسف صاحب أبي حنيفة .

1- بيان سبب الخلاف :

بعد عرضنا لقول و حجة كل فريق ، يتبين لنا أن سبب الخلاف راجع إلى أمر واحد ، و هو الجهل بالجنس ، و النوع ، و السن ، و المقدار ، فمن يرى أن هذا الجهل يمكن أن يزول ، إذا اتحدت الأوصاف ، أجاز ذلك بشرط اتحادها ، و تجانسها ، و هم المالكية . و أما من يرى بأنه لا يمكن إزالة الجهالة ، يقولون : لحوم الحيوان لا يمكن تجانسها ، فلم يجيزوا السلم في ذلك ، و هم الحنفية .

2- اختيار ابن عبد البر في المسألة :

ذهب ابن عبد البر إلى القول بجواز السلم في اللحم ، بشرط أن يكون معلوما جنسا و نوعا و سنا و قدرا ، وبالتالي يثبت ما اختاره المالكية ، و لم يخرج عن مذهبه في مسألة السلم في اللحم ، إذا ضبطت صفته ، و علم جنسه . فيكون خالف ما عليه الإمام السمرقندي ، و أبي حنيفة ، موافقا ما عليه أبو يوسف من الحنفية .

3- اختيار السمرقندي في المسألة :

من خلال تتبع أقوال الإمام السمرقندي في مسألة السلم في اللحم ، لم أجدا له قولاً تفرد به ، وإنما ساق ما عليه أبو حنيفة في المسألة ، وبالتالي يكون هو الآخر ، لم يخرج عن مذهبه في عدم جواز السلم في اللحم . مخالفا في ذلك قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة القائل بالجواز .

1- سبق تخريجه في ص: 29 من البحث .

2- المنتقى على الموطأ ، للإمام أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي . ط دار السعادة ط1 ، سنة 1332 هـ / 4 / 292 . - حاشية الدسوقي . 207 / 3 .

ثالثاً: السلم في السمك:

و مما اختلفت فيه المذاهب، السلم في السمك. هل محله الجواز أو المنع؟.

فالذي عليه الجمهور في هذه المسألة، أنه كالسلم في اللحم.¹ وذلك بشرط علم الجنس، والنوع، والمقدار ... أو بعبارة أخرى، حين تنتفي الجهالة، فهو جائز عندهم، أما إذا كان فيه جهل، فمحله المنع كما في اللحم. و أما عند الحنفية: فاختلفت الروايات بين الجواز و المنع ، كيلا أو وزنا ، ويستوي فيه المالح والطري ، لأن الصغار منه، لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ، ولا اختلاف العظم ، بخلاف اللحم. وأما الكبار ففي ظاهر الرواية: يجوز كيف ما كان.²

و الصحيح من المذهب: أن السلم يجوز في السمك الصغار كيلا أو وزنا، ويستوي فيه المالح والطري ، لأن الصغار لا يتحقق فيه اختلاف السن والهزال ، ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم. و أما الكبار ففي ظاهر الرواية يجوز كيفما كان وزنا.³

و قد أورد تفصيل هذا الخلاف صاحب المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقال ما نصه: " قال محمد رحمه الله⁴ في الأصل: و لا بأس بالسلم في السمك المالح وزنا معلوما. يجب أن يعلم أن السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان أو مالحا ، لأنه عندي متفاوت فيه الصغير والكبير، و أما السلم فيه وزنا ، فإن كان طريا وكان السلم في غير حينه لا يجوز، هكذا ذكر في (الأصل) و طعن بعض المشايخ في قوله (غير حينه) وقالوا: الطري مما يوجد في الأحايين كلها ، لأن وجوده بالأخذ واحدة ممكن في الأوقات كلها، والجواب: أن الأخذ

1 - الفقه الإسلامي و أدلته الدكتور وهبة الزحيلي. دار الفكر دمشق ط 2 1405 هـ / 1985 م . 4 / 616 – 617.

2 - المبسوط للسرخسي. ط دار المعرفة بيروت ، ط 1 سنة 1409 هـ / 1989 م . 12 / 122 . - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع أبو بكر بن مسعود الكاساني . ت علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود. ط دار الكتب العلمية ، ط 2 سنة: 1424 هـ / 2003 م . 5 / 210 . شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، محمد بن عبد الواحد ، كمال الدين ابن الهمام - أحمد بن قودر قاضي زاده. ت عبد الرزاق غالب المهدي ، ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة: 1424 هـ / 2003 م . 5 / 332.

3- المبسوط للإمام السرخسي. 12 / 138 . - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للإمام الكاساني الحنفي . 5 / 211 - رد المحتار على الدر المختار ، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ) ت عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض. ط دار عالم الكتب . 4 / 213.

4- محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة، نشأ بالكوفة، وطلب الحديث و غلب عليه الرأي بعد ملازمة أبي حنيفة، مات بالري سنة 189 هـ

انظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي جمعة محمد ص 81.

قد يتعذر في بعض الأحيان بأن يتجمد الماء أو يكثر أو ما أشبه ذلك، فلهذا شرط الحين وإن كان السلم في الطري في حينه أو كان السلم في المالح، ذكر في "الأصل" ولم يجد خلافا.

و روى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة أن السلم في السمك لا يجوز بحال من الأحوال. وجه هذه الرواية: أن السمك لحم فلا يجوز السلم فيه، كما لا يجوز في لحم البقر و الشاة عنده، ووجه الفرق لأبي حنيفة على ظاهر الرواية، أن السلم في لحم البقر و الشاة إنما لم يجز إما لأن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، و هذا المعنى لم يكن بحقيقة هكذا، لأن العظم في السمك ساقط الاعتبار فيما بين الناس، لا يجري المماكسة¹ باعتباره، أو لأن اللحم يتفاوت من حيث السمن و الهزل، و هذا المعنى لا يمكن بحقيقته مهن أيضا، لأن السمن و الهزل ليس بظاهر فيه، و هذا كله قول أبي حنيفة.

و قال أبو يوسف و محمد: لا يجوز السلم في كبار السمك، و فرقا بينه و بين اللحم، لأن في اللحم يمكن بيان مكان اللحم، فنزول الجهالة في السمك لا يمكن، و هذا كله في كبار السمك، و أما الصغار منه، فالسلم فيها جائز و زنا معلوما، أو كيلا معلوما، طريا كان، أو مالجا، بعد أن يكون السلم في الطري في حينه، فقد فرقا بين الصغار و الكبار، و الفرق: أن في الكبار إنما لا يجوز السلم عندها؛ لأنه لا يمكن بيان مكان اللحم، و هذا المعنى لا يأتي في الصغار².

و لكن الصحيح من المذهب: أن السلم يجوز في السمك الصغار كيلا أو زنا، ويستوي فيه المالح و الطري، لأن الصغار لا يتحقق فيه اختلاف السن و الهزال، ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم. و أما الكبار ففي ظاهر الرواية يجوز كيفما كان وزنا³.

1- مكس في البيع مكسا من باب ضرب نقص الثمن ومكس مماكسة ومكاسا مثله. انظر: المصباح المنير، للفيومي: 577/2.

2- المحيط البرهاني لمسائل المبسوط، محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري برهان الدين أبو المعالي الحنفي. 80/7-81.

3- المبسوط للإمام السرخسي. 138 12. - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام الكاساني الحنفي. 5/211 - رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) ت عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض. ط دار عالم الكتب. 4/213.

1- اختيار ابن عبد البر في مسألة بيع السمك :

و الذي اختاره ابن عبد البر في المسألة الجواز. موافقا في ذلك لما عليه مذهب المالكية، مراعيًا الشروط المعتمدة من قبل الجمهور، وأن السلم في السمك شبيه بالسلم في اللحم، يلتقيان في معرفة الجنس، والنوع، والقدر.

2- اختيار السمرقندي في مسألة السلم في السمك :

بعد تتبعنا لنصوص الحنفية في هذه المسألة، يظهر أن الإمام السمرقندي اختار ما عليه الصحيح في المذهب و روجه، وهو جواز السلم في السمك الصغار كيلا أو وزنا. مستويا في ذلك المالح والطري في حينه فقال: "و الصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغار كيلا أو وزنا، ويستوي فيه المالح والطري في حينه"¹ و أما السلم في السمك الكبار، فحكى الخلاف الذي عليه الروايتين، لأبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف. ولم يرجح رواية على أخرى والله أعلم حيث قال: "و أما الكبار ففيه روايتان: عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية: يجوز كيف ما كان وزنا، و في رواية أبي يوسف و محمد: يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم. و في رواية أخرى عنهما: لا يجوز بخلاف اللحم"²,

3- تعليق ومقارنة :

من هذا العرض نخلص إلى: أن الإمام السمرقندي، اختار الصحيح من مذهبه في مسألة السلم في السمك الصغار، و روجه على غيره من الأقوال، سالكا في حكم السلم في السمك الكبار ما عيه مذهبه، حاكيا الخلاف في الروايتين دون ترجيح، إلا أن ابن عبد البر في اختياراته لم يكن ليخرج عما قرره فقهاء مذهب المالكية، وهو جواز السلم في السمك، بالشروط المقررة لدى فقهاء الجمهور، فإذا انتفتت هذه الشروط، لم يجز.

1- تحفة الفقهاء للإمام السمرقندي. 15/2

2- المصدر نفسه 15/2 – 16

وهذا يتضح أن كلا واحد منهما نظر للأمر من زاوية أصول مذهبه، وما تقرر لدى كل واحد منهما، منسجما مع مذهبه وما ترجح لديه.

رابعا: السلم في الثياب :

اختلف العلماء في السلم في الثياب على أقوال : قول أبي حنيفة: المنع قياسا، لأن الثياب ليست من ذوات الأمثال، لكن استحسانا، أجازوا ذلك بشرط بيان الطول و العرض ، و الصفة، و هذا ما قال به الإمام محمد¹ رحمه الله، و لم يشترط الوزن. ولكن اختلفوا في الحرير، هل يشترط فيه بيان الوزن أم لا؟ والصحيح الذي مشى عليه شمس الأئمة السرخسي²، اشتراطه.³

و الثياب هي من العدديات المتفاوتة، وإنما لحق بالمثلثات استحسانا، لحاجة الناس إليه، وتعاملهم معه. و أما المالكية و الشافعية و الحنابلة ، فأجازوا ذلك⁴ وقد قال ابن المنذر⁵: "وأجمعوا على أن السلم في الثياب جائز بذراع معلوم،"⁶.

بعد عرض دليل كل فريق، و النظر في دليل كل واحد، يمكن إبداء الملاحظات التالية:

-
- 1- محمد بن الحسن الشيباني، صاحب أبي حنيفة، نشأ بالكوفة، وطلب الحديث وغلب عليه الرأي بعد ملازمة أبي حنيفة، مات بالري سنة 189هـ - ينظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي جمعة محمد ص 81
 - 2- محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة: قاض، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه "المبسوط" في الفقه والتشريع، و "الأصول" في أصول الفقه، و "شرح مختصر الطحاوي". انظر: الأعلام، للزركلي: 315/5
 - 3- المحيط البرهاني في الفقه النعماني ل برهان الدين المرغناني الحنفي 7/ 80-81.
 - 4 - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ،مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ). ط المكتبة الإسلامية. ط2 سنة : 1415هـ - 1994م 2/ 209. - القوانين الفقيه لابن جزى ص 269.
 - 5 - محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ. كان شيخ الحرم بمكة. قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها. منها "المبسوط" في الفقه، و "الإشراف على مذاهب العلماء". الأعلام، للزركلي: 294/5.
 - 6- الإجماع لابن المنذر. ص135.

1- اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة :

في هذه المسألة أخذ ابن عبد البر بإجماع الأئمة الثلاث، مالك والشافعي والحنبلي، في جواز السلام في الثياب، شريطة معرفة الطول، والعرض، والصفة، من رقة، وسماكة، وغيرها من الأوصاف المبينة للثوب، والمزيلة للجهالة، والرافعة للبس.

2- اختيار الإمام السمرقندي في المسألة.

لم يتفرد الإمام السمرقندي في هذه المسألة برأي، فحكى ما عليه خلاف مذهبه، فيمنعون السلم في الثياب قياساً، على المبيعات التي ليست من ذوات الأمثال، ويجيزون السلم فيها استحساناً، لرفع الحرج والمشقة عن الناس.

3- تعليق ومقارنة.

في هذه المسألة التزم كل منهما بالرجح في مذهبه، فالأول اختار ما عليه الجمهور وضمنهم المالكية، والثاني ما تقرر عند الأحناف، فتبين أنهما لم يخرجاً عن الشروط التي سوغت بيع السلم في الثياب، عند الجمهور، أو التي أخذ بها الأحناف، والحاصل أن هذه المعاملة جائزة لحاجة الناس إليها، ولتعاملهم بها.

خامساً: السلم في الخبز:

كذلك اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال: فقال المالكية: و من تبعهم: يصح السلم في الخبز، ونحوه مما أمكن ضبطه، و مسته النار، مستندين في ذلك الى ظاهر الحديث: "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم"¹ وفي هذا الحديث إباحة للسلم في كل مكيل، و موزون، و معدود، و عمل النار فيه معلومة بالعادة، فيمكن ضبطه بالشفافة، والرطوبة، فصح السلم.²

1 - سبق تخريجه في ص: 29 من البحث.

2 - كتاب الميزان عبد الوهاب الشعراني . 2 / 74 - المغني لابن قدامة . ت عبد الرحمن عميرة ، ط دار عالم الكتب . ط 1 سنة 1409 هـ / 1989 م . 4 / 277.

وعند أبي حنيفة، لا يجوز السلم في الخبز، لا وزنا، ولا عددا، لأن الخبز عنده يختلف بالعجن والنضج، وكيفية الخبز، فمنه الخفيف، ومنه الثقيل، والمقاصد مختلفة، ولذا مع هذا التفاوت، لا يمكن تجويز السلم فيه. وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فيجوز ذلك، إذا شرط نوعا معلوما، ووزنا معلوما، وأجلا معلوما¹

✓ اختيار الإمامين ابن عبد البر والسمرقندي في المسألة.

بعد عرض دليل كل فريق، والنظر في دليل كل واحد، ومن خلال تتبعنا لاختيارات الإمامين في المسألة، نجد اختيار الحافظ بن عبد البر لما عليه المذهب من جواز السلم في الخبز. وكذلك الإمام السمرقندي، حكى الخلاف الواقع داخل المذهب، بين أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف، دون ترجيح قول أحدهما على الآخر.

وبعد تتبعنا لمحل السلم في كتب الفقهاء، وما رأيناه وعرضناه من الاختلافات الكثيرة بين الفقهاء، نخلص إلى الأمور التالية:

الأمر الأول: إجماع الفقهاء، على جواز السلم في كل ما يكال أو يوزن، بحديث النبي ﷺ المذكور في أول المسائل.

الأمر الثاني: اتفاق الفقهاء، على امتناع السلم فيما لا يثبت في الذمة، وهي الدور والعقار.

الأمر الثالث: اختلافهم في العروض والحيوان.

إلا أن مما ينبغي الإشارة إليه، هو أن ما عرضناه من المسائل الفرعية الخلافية، إنما كان لبيان الأصول التي أنبنا عليها فهم كل مذهب، ولم يكن عرضا لجميع مسائل الباب، لأنها كثيرة يصعب حصرها. ويكفي في معرفة حكمها تنزيلها على ما عرضناه في هذه المسائل من القواعد والضوابط، إذ بها ترد المسائل أو تقبل والله أعلم.

1- المحيط البرهاني في الفقه النعماني. ل. برهان الدين المرغيناني الحنفي 82/7 - بدائع الصنائع للكسائي. 211/5.

المطلب الثاني : شروط بيع السلم وأثرها على اختيارات الإمامين.

لما كان السلم قسما من أقسام البيوع ، كان من اللازم أن تكون أركانه أركان البيع وشروطه ، غير أن السلم يزيد على البيع بسبعة شروط.

وقبل الشروع في بيان شروط السلم و التفصيل فيها ، نعرض أولا ما يتفق عليه البيع والسلم من الشروط.

أولا :الشروط المشتركة بين البيع والسلم :

تأتي شروط البيع مفصلة حسب كل ركن من أركانه :

الركن الأول : العاقدان (البائع و المشتري) :تنقسم شروط العاقلين إلى قسمين : شروط صحة ، وشروط اللزوم :

1- شروط الصحة وهي :

- التمييز :فلا يصح من غير مميز ،لصغر ، أو جنون ، او إغماء ، أو سكر ، بحلال أو بحرام.¹

2- شروط اللزوم وهي :

أ- التكليف : فلا يلزم العقد صبيا مميزا و إن صح ، ما لم يكن الصبي المميز وكيفا عن المكلف ، وإلا لزم ، لأن البيع في الحقيقة وقع من الموكل وليس من الصبي.²

ب- عدم الحجر : فلا يلزم عقد المحجور لسفهه ، إلا إذا كان بإذن وليه فيلزم .

قال الإمام المزي في المعلم : "والرشد عندنا المطلوب ها هنا في تدبير الدنيا وإصلاحها ، لا في إصلاح الدين"³

ج- عدم الإكراه : فلا يلزم عقد المكره ، ودليل ذلك قوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ }⁴

ووجه الدليل من الآية ، أن الله جعل التراضي مناط انعقاد عقد التجارة الذي تنتقل به الأملاك .¹

1- الفقه المالكي وادلتة الحبيب ابن طاهر . ط دار مكتبة المعارف بيروت . لبنان . ط 1 سنة : 1435 هـ / 2014 م . 9 / 5 .

2- الذخيرة . للإمام القرافي . ت محمد حجي - سعيد أعراب - محمد بوخبرة ، ط دار الغرب الإسلامي ، ط 1 سنة : 1994 م . 372/5 .

3-كتاب المعلم بفوائد مسلم للمزي . ت محمد الشاذلي النيفر ، ط دار بيت الحكمة - تونس ، ط 2 سنة : 1987 م . 237 / 2

4سورة النساء الآية 29

وكذا قوله عليه الصلاة والسلام : عن ابن عباس {إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه}²

مذهب المالكية : وذلك أن يكون العاقد مالكا، أو وكيلاً عنه في المبيع . فإن لم يكن العاقد مالكا ، أو وكيلاً عن المالك ، صح البيع ، لكن غير لازم.³

الركن الثاني : المعقود عليه :

1- شروط صحة المعقود عليه :

أ- الطهارة : وذلك أن يكون المبيع طاهرا ، فلا يصح بيع نجس ، ولا متنجس لا يمكن تطهيره . فلا يصح مثلا : بيع زبل الحمير ، أو عذرة ابن آدم ، أو لحم الميتة ، أو الخمر لعللة النجاسة⁴ . ودليل المنع ، ما روي عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة : {إن الله ورسوله حرم بيع الخمر ، والميتة ، والخنزير ، والأصنام ، فقل يا رسول الله : رأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ، ويستصحب بها ؟ فقال : لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم ، فباعوها وأكلوا أثمانها}⁵ وقال في الخمرة {إن الذي حرم شرها ، حرم بيعها}⁶.

ب: أن يكون منتفعا به شرعا :

فلا يصح بيع ما بلغ من الحيوان السياق ، أي نزع الروح ، بحيث يدرك بذكاة . وكذا لا يصح بيع آلة غناء لعدم الانتفاع الشرعي بها.⁷

ج: أن يكون غير منهي عن بيعه :¹

1 - أحكام القرآن للقرطبي. 1/ 411. - التحرير والتنوير محمد الطاهر بن عاشور. ط الدار التونسية للنشر. 24/5 ،

2 - أخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق "باب طلاق المكره والناسي ، 3 / 444 صححه الشيخ الألباني.

3 - الفقه المالكي وأدلته ل الحبيب بن الطاهر 5 / 12.

4 - كتاب المعلم في فوائد مسلم للمزي. 2 / 294. - بداية المجتهد. لابن رشد 2 / 122.

5 - رواه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع . باب بيع الميتة و الأصنام رقم (2236) - ورواه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر رقم (1582)

6 - رواه مسلم في صحيحه . كتاب المساقاة - باب تحريم بيع الخمر (رقم 1579)

7 - الفقه المالكي وأدلته ل الحبيب بن الطاهر. 5 / 20

إذ لا يصح بيع ما نهى عنه الشارع لنجاسته، كالدم ، و الميتة ، و الخنزير، والخمر، والكلب، إلا ما كان للصيد، أو الحراسة، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام ، في حديث ابن مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ : { نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن }.²

د : أن يكون مقدورا على تسليمه :³

فلا يصح بيع الطير في الهواء ، و لا الوحش في الفلاة ، و لا حيوان شرد ، و لا السمك في الغدير، و الدليل على صحة هذا الشرط ما روي عن حكيم بن حزام قال: {يا رسول الله ، يأتيني الرجلُ فيريدُ مِنِّي البيعَ ليسَ عندي ، أفأبتاعهُ لَهُ مِنْ السُّوقِ ، فقالَ : لا تبع ما ليسَ عندَكَ }.⁴

هـ : أن يكون الثمن والمثمن معلومين للمتبايعين:

إذ لا يصح بيع مجهول الذات ولا القدر، ولا الصفة.⁵ والدليل على ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: { نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر }.⁶ ووجه الاستدلال، أن الجهل بذات المبيع وقدره من الغرر.

الركن الثالث الصيغة :

و هي ما يدل على الرضا بين المتبايعين، عرفا من قول أو إشارة، أو كتابة، وغير ذلك.

و من خلال هذا يتلخص لنا : أن شروط البيع عند المالكية عشرة مقسمة على قسمين:

خمسة في العاقلين (البائع و المشتري). و خمسة في المعقود عليه .

1- المنتقى لأبي الوليد الباجي. ط دار مطبعة السعادة ، ط 1 1332 هـ 28/5 . - المعلم 289/2

2 - صحيح البخاري ، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب. رقم: 2122. 2237 - صحيح سنن الترمذي للشيخ الألباني. ص: 303.

3- الإشراف. على نكت مسائل الخلاف ، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي 562/2 . - المنتقى لأبي الوليد الباجي 4. 286/ . المقدمات الممهدة: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد 26/2 محمد حجي، ط 1 السنة : 1408 - 1998.

4- أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الإجارة ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، 3 / 495 - صحيح سنن أبي داود للشيخ الألباني. ص: 534.

5- الإشراف للقاضي عبد الوهاب. 2 / 522 . - المعونة على مذهب عالم المدينة ، القاضي عبد الوهاب البغدادي ، ت حميش عبد الحق ط دار المكتبة التجارية. 2 / 978 . - المنتقى للباجي. 41 / 5.

6- أخرجه مالك في كتاب البيوع ، باب بيع الغرر ، 2 / 194 . صححه الشيخ الألباني.

أما الحنفية فتتقسم شروط البيع عندهم الى أربعة أقسام¹:

1 - شروط الانعقاد: فلا ينعقد البيع رأسا إلا بتحققها وهي ثلاثة:

أ - العقل: فلا ينعقد بيع المجنون ولا شراؤه.

ب - التميز: فلا ينعقد بيع الصبي الذي لا يميز.

ج - تعدد العاقد: أي أن يكون العاقد متعددا، فلا ينعقد البيع بشخص واحد بل يلزم أن يكون الإيجاب من شخص و القبول من شخص آخر.

2 - شروط النفاذ: فلا ينعقد البيع إلا إذا وجدت وهي شرط واحد، هو:

الإيجاب و القبول: وذلك بأن يكون الإيجاب موافقا للقبول.

3 - شروط الصحة: إذا لا يصح البيع إلا بها، وهي خمسة شروط:

أ: وجود المبيع: فلا ينعقد بيع على معدوم، أو ما هو في حكم المعدوم كبيع الحمل.

ب: أن يكون مما يتعلق به الملك: فلا يصح بيع ما هو مباح للعامة كعشب ولو نبت في أرض مملوكة.

ج: أنا يكون مملوكا للبائع: فلا يصح بيع ما ليس بمملوك، ولو ملكه بعد البيع إلا في بيع السلم.

د: أن يكون المبيع مالا متقوما شرعا، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه من كل ما لا يباح الانتفاع به شرعا.

هـ: أن يكون البائع قادرا على تسليمه في الحال أو قريبا من الحال إذ لا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه.

4 - شروط اللزوم: فلا يلزم البيع إلا بها وهي:

1- الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزري 2/ 322 - 334 ط دار الفجر ، ط 2 1431 هـ / 2010 م . رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين . 7 / 14 .

أن يستمع كل واحد من العاقلين لكلام صاحبه، فإن كان في المجلس وسمع الناس كلام أحدهما ثم أنكر الآخر، فإنه لا يصدق قضاء.

ثانيا : ما استقل به بيع السلم من الشروط عن البيع:

اختلف الفقهاء في شروط صحة السلم الزائدة على البيع على أقوال :

فذهب المالكية¹ الى أن شروط صحة السلم الزائدة على البيع سبعة نوردتها بالتفصيل على الشكل التالي:

1- تعجيل رأس المال:

فلا يصح الدخول فيه عند العقد على تأجيل رأس المال فوق ثلاثة أيام، و دليل هذا الشرط أن رأس المال إذا كان مؤجلا فهو متعلق بالذمة ، و تأخر المدة الطويلة، وكان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد يفوق ثلاثة أيام، فصار من باب بيع الدين بالدين و هو منهي عنه.²

و هذا إن وقع سيؤدي إلى نزاع، فيتنافى مع علة التحريم التي هي صلاح ذات البين وحسم مادة الخلاف والنزاع، وكذلك أن المعاملات إذا اشتملت على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، و كان ذلك سببا لكثرة الخصومات و العداوات، فمنع الشرع ما يقضي إلى ذلك من بيع الدين بالدين³.

و يجوز تأخير رأس المال بعد العقد ثلاثة أيام، و لو كان التأخير بشرط عند العقد، سواء كان رأس المال عينا، أو عرضا، أو مثليا. و دليل الجواز أن ذلك لا يدخل في حكم الكالئ بالكالئ، لأن هذه المدة ليست من

1- الفقه على المذاهب الأربعة: ل عبد الحمن الجزري 2/ 362.

2- المقدمات المهمات لابن رشد الجد 2/ 28 .. المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم ، لأبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي ، ت معي الدين ديب مستو – أحمد محمد السيد – يوسف علي بديوي – محمود إبراهيم بزال، ط دار ابن كثير دمشق . بيروت ، دار الكلم الطيب دمشق . بيروت . 2893/ 5 – المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/ 988.

3- الذخيرة للقرافي 5/ 225 .

باب التأجيل ، و كذلك أن مدة ثلاثة أيام هي قريبة من يوم العقد، والقاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء تقول: " ما قارب الشيء يعطى حكمه " و على هذا فلا يعد تأخير رأس المال ثلاثة أيام ديناً.¹

وقد اعترض على المذهب في مدة هذا التأخير ، وذلك بأنها تجعل العقد كالصرف المتأخر الممنوع، إلا أن الإمام أبي العباس القرطبي في كتابه المفهم، رد على هذا الاعتراض بقوله: "و هذا قياس غير مسلم ، لأن الباين مختلفان بأخص أوصافهما، فإن الصرف بابيه ضيق، كثرت فيه التقييدات و الشروط ، بخلاف السلم فإن شوائب المعاملات عليه أكثر، و أيضا فإنه على نقيضه، ألا ترى أن مقصود الشرع في الصرف المناجزة، والمقصود في السلم التوسيع بالتأخير فكيف، تحمل فروع أحدهما على الآخر، مع وجود هذا الفرق² .

و قال الباجي في المنتقى: و يفسد بيع السلم بتأخير رأس المال على ثلاثة أيام بشرط عند العقد، إذا كان عرضاً، أو مثلياً، فإن كان رأس المال عيناً، فإن بيع السلم يفسد، ولو تأخر بلا شرط على ما في المدونة من قول الإمام مالك ، و دليل هذا القول: أن ذلك ذريعة إلى التعاقد على بيع الدين بالدين، لأن عمله آل إليه³ .

و كذلك حكى الباجي، أن الذي رجع إليه ابن القاسم، أنه يفسد و لو تأخر لأجل المسلم فيه ، حيث تأخر بلا شرط، وهو قول أشهب، و ابن حبيب، و دليل هذا القول، أن عقدهما سلم من الدين بالدين، و هذا مما لا يفسده التفرق قبل القبض⁴ .

1- الذخيرة للقرافي 5/ 226 . - الاشراف على نكت مسائل الخلاف ، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي. 568/2 - المعونة. للفاضي

عبد الوهاب 2/ 988 – المنتقى للباجي. 4/ 300

2- المفهم للإمام القرطبي 5/ 2896.

3- المنتقى للباجي 4/ 300

4- المصدر نفسه. 4/ 300

فإن كان رأس المال غير عين، فلا يفسخ إن كان التأخير بلا شرط في العقد و لو لأجل المسلم فيه. لكن قد يجوز التأخير، و قد يكره بلا شرط، و ذلك على النحو التالي:

يجوز تأخير رأس المال بغير شرط إن كان لا يغاب عليه، بأن كان يعرف بعينه، كحيوان و ثوب يعرف بصفته و لونه. وهو هنا جائز لتعيينه.

و أما تأخيره مع شرط التأخير، فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام، و يفسد كالعين، لأنه بيع معين يتعين قبضه، و بيع معين بتأخر قبضه لا يمنع إلا مع الشرط، و يكره التأخير لرأس مال السلم الذي يغاب عليه، بأن كان مما لا يعرف بعينه مثليا كصوف .. أو عرض، أو ثياب لا تعرف بعينها.

ومحل الكراهة فيما ذكر أنه لم يحضر العرض مجلس العقد، وإلا فلا كراهة في تأثيره و لو لأجل السلم.¹

2- ألا يكون رأس المال والمسلم فيه طعامين، ولا نقدين، ولا شيئا أكثر منه أو أجود أو أقل.

ومفهوم الشرط، هو اشتراط اختلاف الجنس، أي: جنس الثمن والمثمن حتى يتجنب الربا الذي يقع بإسلاف الثمن إلى أجل، ثم قبض مثله في معاملة بيع لا قرض، لأن السلف لا يتحقق في المختلفين، فتزول بذلك التهمة، وهذا يقع الافتراق بين بيع السلم عن القرض وإن تشابها في الصورة، وهذا بناء على الذي قرره فقهاؤنا في البيوع، بأن القرض مستثنى من حرمة ربا النساء، فلا يضر فيه التأخير مع أنه متحد الجنس، ولا فرق بين الطعام الربوي وغيره بشروطه لأن أساس تشريع الله سبحانه القرض للمعروف والإحسان، ولذا استثنى من الربا المحرم. ولهذا المقصد نرى أن القرض إذا وقع لمنفعة، حرم لأن مصلحة الإحسان بطلت. وبطلانه راجع لأمرين:

أ- للمكايسة: حتى يبقى الربا سالما عن المعارض فيما يحرم فيه الربا.

ب- لأن المتدائنين خالفا مقصود الشارع المبتغى من القرض.

1- شرح مختصر خليل للدردير باب السلم. 2/ ص 110 ط المكتبة العصرية، سنة 2014 م / 1435 هـ

و لهذه الأسباب اشترط الفقهاء في بيع السلم اختلاف الجنسين، أي جنس الثمن و المثلثن. (المسلم والمسلم فيه).¹

وعلى هذا الشرط فلا يجوز السلم بأن يكونا طعامين ربويين كأن تسلم للآخر أردب² قمح ، في أردب قمح ، وذلك لأدائه لربا النساء، عند تماثل رأس المال و المسلم فيه، أو لأدائه لربا الفضل إن حصلت الزيادة، وكان الطعام ربويا كسمن في بر³.

وكذا لا يجوز أن يكونا نقدين، كذهب في فضة أو عكسه، أو ذهب في ذهب، أو فضة في فضة، كالعين فلا يجوز سلم بعضها في بعض.

و قال العلامة الدسوقي : واعلم أن الفلوس الجدد هنا – وهي المسكوكات من معادن غير الذهب و الفضة كالعين فلا يجوز سلم بعضها في بعض ، فإن اتحدا القدر والصنف و كان بلفظ القرض فهو جائز⁴.

وكذا لا يجوز أن يكون شيئا . من العروض و الحيوان . في أكثر منه كثوب في ثوبين من جنس، أو شيئا في أجود منه كثوب رديء في جيد، و قنطار كتان رديء في أجود ؛ ودليل: المنع سد الذريعة ، و قد منع هنا في السلم وإن كان جائزا، لأن التهمة تقوى في التطرق بذلك إلى الأمر الممنوع وهو السلف بزيادة، الذي هو ربا الفضل، وذلك كأن يقول أحد الرجلين لآخر أقرضني ثوبا من صفته كذا، وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر كذا ؛ فيقول له : إن هذا قرضا جر منفعة ، وهو ممنوع ، و لكن أبيعك ثوبا بثوبين فيحصل بذلك استعمال القرض بلفظ البيع فمتى أميز ذلك حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه⁵.

1 - الذخيرة للقرافي 231/5.

2 - إردب [مفرد]: ج إردبات وأردب وأردب: مكيال لتقدير الحبوب يسع أربعة وعشرين صاعاً، ويزن مائة وخمسين كيلو جراماً "اشترى خمسة أردب/ أردب قمحاً". معجم اللغة المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد: 83/1.

3- المقدمات المهمدات لابن رشد الجد 2/ 32.

4 - حاشية الدسوقي 323/4.

5- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/ 977. – المقدمات المهمدات لابن رشد الجد 2/ 33.

و كذا لا يجوز أن يكون شيئاً في أقل منه أو أدنى من جنسه لما في ذلك من تهمة ضمان بجعل و إن لم ينص عليه سدا للذريعة¹

و يستثنى من منع الأكثر و الأجود و العكس، المنفعة إذا اختلفت في أفراد الجنس الواحد فيصير كالجنسين. من ذلك : الخيل السابقة ، فيجوز سلمها في المتعدد من الحواشي منها، و عكسه الشاة من المعز الكثيرة أو القلية اللبن، فيسلم أحدهما في الآخر، لأن المقصود من الشياه اللبن ، لا الضأن فكثرة اللبن فيها لا يلتفت له ، على الأصح ، لأن المقصود منها الصوف لا اللبن، واللبن فيها كالتابع لمنفعة الصوف ؛ ولأن لبنها غالباً أقل من لبن المعز مع قلة منفعة شعر المعز ، فالمقصود من المعز اللبن ، كما أن المقصود من الضأن الصوف .

وكذلك الصغيران في كل جنس يجوز تسلمها في كبير من جنسه ، إلا صغير الطير و الغنم الذي يراد للأكل.²

قاعدة هذا الاستثناء : (إذا اختلفت المنفعة فكالجنسين، يجوز سلم أحدهما في الآخر، و لو تقاربت المنفعة بينهما) لأن اختلاف المنفعة يصير الجنس كالجنسين. و علة جواز هذا في غير العين و الطعام ، أي في العروض. ولو كان الصنف واحداً. هو اختلاف المنافع ومقاصد الناس وأغراضهم فيها ، ويجوز نفاق كل واحد من الصنفين وكساده دون الآخر.³

1- منح الجليل ، محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ). ط دار الفكر – بيروت ، سنة : 1409هـ/ 1989م. 5/ 344.

2- المصدر نفسه.. 5/ 345.

3- بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 2/ 153 . – المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/ 995 . - المنتقى للباجي 4/ 159

و الدليل على هذا الاستثناء¹ حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن رسول الله ﷺ : {أمره أن يجهز جيشا فنفذت الإبل ، فأمره أن يأخذ في قلائص² الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة.}³

ووجه الاستدلال أن البعير الذي أخذه عبد الله بن عمرو ناجزا من جنس البعيرين المأخوذين إلى أجل ، وهو محمول على اختلاف المنافع باختلاف الصفات.⁴

وكذلك ما أخرجه مالك في الموطأ عن علي ابن أبي طالب أنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين⁵ ووجه الاستدلال ، أن الإبل لما كان القصد و الغرض منها القوة على حمل الأثقال ، باع علي جملة بعشرين بعيرا تختلف عن جملة في الغرض المقصود منها.⁶

و أما حديث سمرة بن جندب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : {نهى عن بيع الحيوان نسيئة}⁷ فهو محمول على اتفاق الأغراض لا على اختلافها.⁸

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في هذه المسألة :

والذي اختاره ابن عبد البر في المسألة : جواز الاستثناء إذا اختلفت المنافع ، تابعا في ذلك ما عليه مذهبه . وأورد في كتابه الاستذكار : (قال أبو عمر في هذا الباب أن العروض كلها بالثياب أو غير الثياب لا بأس بالعرض من جنسه و من غير جنسه ، إذا اختلفا وبأن اختلفا فهما ، اثنان بواحد فكيف شئت ، ولا يضره اتفاق أجناسهما إذا اختلفت الأغراض فهما ، واختلفت منافعهما ، فإن اتفقت الأغراض والمنافع

1- المعونة للقاضي عبد الوهاب 196/2

2- جمع قلووس وهو الفتي من الإبل. انظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، الملا القاري: 1923/5.

3- أخرجه أبو داود في مسنده ، كتاب البيوع والإجازات . باب في الرخصة في ذلك . 423 / 3 . صحيح على شرط مسلم

4- إكمال الإكمال. ل الأبي السنوسي 529/5 . - الموطأ باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض و السلف فيه

5- الموطأ كتاب البيوع باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه . 180/2

6- المنتقى للباي 19/5

7- أخرجه الترمذي في أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ ، باب كراهية بيع الحيوان نسيئة ، 4 / 518 حديث صحيح.

8- بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 2 / 154.

ففيهما، واختلفت منافعهما لم يجز، فلا يجوز ثوب شطوي¹ بثوبين من الشطو إلى أجل ، ولا بأس بالثوب الشطوي نقدا بثوبين من المروي² إلى أجل، وإن كان ذلك كله من الكتان، وتفسير ذلك أنه يجوز تسليم غليظ الكتان في رقيقه، ورقيقه في غليظه، ولا ينظر إلى اتفاق أسمائها ولا إلى أصلها إذا اختلفت منافعهما وأغراض الناس فيها ، وكذلك العبد الصانع العامل، أو الكاتب، أو الفصيح، يسلم في الأعبد الذين ليسوا مثله، وإن كان أصلهم كلهم العجم ؛ لأن الغرض مختلف³.

3. أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم :

فمن شرط السلم أن يؤجل المسلم فيه بأجل معلوم ، إذ لا يجوز السلم الحال ولا المؤجل بأجل معلوم ، ودليل هذا الشرط⁴:

قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ} ⁵ ووجه الاستدلال أن الآية سبقت بيان أحكام التداين، وأفادت وجوب التأجيل ، وتعيين الأجل و تسميته بدلالة الإشارة ، إذ أمرت بكتابة الدين إذا جعل التداين إلى أجل مسمى ، أي أجل معين بنهايته ، و الدين لا يكون إلا إلى أجل ، ولو كان الدين يجوز إلى غير أجل ، وإلى أجل مجهول لبينه الله تعالى، ولما كان في وصف الأجل فائدة.

ومن الأدلة أيضا حديث ابن عباس رضي الله عنه : { أن النبي ﷺ لما قدم المدينة وجد الناس يسلفون بالثمر السنين والثلاثة، فقال : "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم".⁶

1- الشطوي: نسبة إى شطا ، قرية بأرض مصر.

2- المروي: نسبة إلى مرو. مدينة بفارس.

3- الاستذكار لابن عبد البر . 436 /6

4- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 228. — الاشراف على نكت مسائل الخلاف ، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي 2 / 567 -الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 381. - الذخيرة للقرافي 5 / 252 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 988.

5 سورة البقرة ، الآية 282 .

6- سبق تخريجه. في ص: 29 من البحث

ووجه الاستدلال منه ، قوله عليه الصلاة والسلام (فليسلف إلى أجل معلوم) يدل على اشتراط النبي صلى الله عليه وسلم أن يكون السلم إلى أجل معلوم ، و الأمر في جواب الشرط للوجوب، فلا يجوز أن يكون حالا أو مؤجلا إلى أجل مجهول .

ومن أدلتهم كذلك : أن السلم إنما جوز اتفاقا للمتعاقدين ، لأن المسلم يقدم الثمن للاسترخاص، والمسلم إليه يرغب في إرخاص الثمن للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به ، وإذا زاد الرفق أصبح كالقرض ، فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابه، ممنوع .

كما حصل الإجماع على أن الأجل يجب أن يكون معلوما . و أن الأجل له جزء من الثمن ، فهو مبيع فيجب أن يكون معلوما ، وأن عدم العلم بالأجل غرر.

أ. الفرق بين حلول الثمن في البيع وعدم حلول المسلم فيه في السلم :

الفرق بينهما أن البيع موضوعه المكايسة والتعجيل يناسبه ، والسلم موضوعه الرفق، والتعجيل ينافيه . و أن مدلول الاسم يبطل في السلم بالتعجيل ، ولا يبطل مدلول البيع بالتأجيل ، ولذلك صححت مخالفة قاعدة البيع في المكايسة بالتأجيل ، ولم يصح مخالفة السلم بالتعجيل .¹

ب. مدة التأجيل :

مدة التأجيل في المسلم فيه خمسة عشر يوما فأكثر لا أقل ، ودليلهم في ذلك حديث ابن مسعود المتقدم ، ووجه الاستدلال أنه علم في القريب و البعيد .²

وحد الأجل القريب خمسة عشر يوما ، لأن الأمر الوارد في الحديث بالتأجيل معلل، و العلة هي مظنة اختلاف الأسواق غالبا ، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه، فكأنه عنده .¹

1- الذخيرة للقرافي 252/5

2- المعونة للقاضي عبد الوهاب 988 / 2

و الدليل على عدم جواز تأجيل المسلم فيه أقل من خمسة عشر يوما ، أنه من باب بيع الإنسان ما ليس عنده المنهي عنه ، فيكون أسلم إليه في سلعة غير معينة حالة عليه ، يتعذر عليه شراؤها في أغلب الحالات.²

قال صاحب المقدمات : "إن ضرب الأجل و تعيينه بما يظن فيه اختلاف الأسواق هو السلم الذي جوزه القرآن و السنة . و استثناء من النهي من بيع ما ليس عند الإنسان "³ وقال القاضي عبد الوهاب: من قدر ذلك بخمسة عشر يوما أو أكثر، فإنما قدر على عرف بلده.⁴

ج. حكم السلم في شيء واحد إلى أجلين، وفي شيئين إلى أجل واحد :

يجوز أن يسلم الرجل في شيء واحد إلى أجلين ، وفي شيئين إلى أجل واحد، ودليل ذلك حديث ابن عباس المتقدم ، ووجه الدلالة فيه :قوله ﷺ (إلى أجل معلوم) وذلك أنه لم يفرق بين أن يكون السلم في شيء واحد إلى أجل، أو أجلين، أو في شيئين إلى أجل واحد.⁵

وكذلك من أدلتهم القياس على الأثمان؛ لأن كل ما جاز أن يكون في الذمة إلى أجل، جاز أن يكون في أجلين كالأثمان.

د. حكم المشتري يقبل المسلم فيه قبل الأجل :

جاز للمشتري (المسلم) أن يقبل المسلم فيه قبل حلول الأجل بصفته التي وقع عليها العقد، وذلك إن دفعه إليه المسلم إليه، وهذا على الجواز لا على اللزوم، فله أن يقبله وله أن لا يقبله ، كما لا يجب على المسلم إليه دفع المسلم فيه قبل الأجل، إلا اذا تراضيا على أخذه قبل الأجل، جاز.¹

1- اكمال الاكمال للأبي السنونسي 532 / 5

2- المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 29 / 2

3- المصدر نفسه 29 / 2

4- المنتقى للباجي 298 / 4

5- الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي 567 / 2

هـ. قبول المشتري المسلم فيه بعد الأجل :

إذا أسلم في أكباش ليأخذها في أيام الأضحية فأتاه بعد الأضحى. قال مالك: يلزمه قبولها ، وكذلك في قطائف الشتاء، فأتى بها في الصيف.

قال ابن وهب : لا تلزمه لفوات المنفعة التي أسلم لأجلها ، ووافقه اللخمي في كراء الدواب، إذا أتاه بعد إبان الحج، لا يلزمه عندها لفوات الفائدة².

و. حكم قبول المشتري المسلم فيه قبل المحل المشتروط :

جاز للمشتري قبول المسلم فيه قبل المحل الذي يشترط القبض فيه ، فيجوز قبوله في غير ذلك المكان بشرطين :

الأول: أن يحل الأجل وهو مذهب ابن القاسم ، و قال سحنون : يجوز مطلقا حل الأجل أم لا . وتفصيل الشيخ خليل بين العروض و الطعام لم يوافق واحدا منهما ، إلا أن الشيخ الصاوي ذكر أن في العروض والطعام قولين : أحدهما لابن القاسم و أصبح بشرط الحلول فيهما، والثاني لسحنون ، الجواز قبل محله، و إن لم يحصل الحلول فيهما، قال ابن عرفة : "وهذا أحسن، و الأول أقيس"³.

الثاني : أن يكون البائع قد دفع للمشتري كراء لحمله لمحل القبض، لما في دفعه من الزيادة .

ولا يلزم المسلم إليه دفع المسلم فيه للمسلم ، ولا يلزم المسلم قبوله لو دفعه له المسلم إليه بغير المحل الذي اشترط التسليم فيه، أو محل العقد إذا لم يشترط محلا، إلا أن يرضيا بذلك فيجوز .

1- الذخيرة للقرافي 283/5 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 992/2

2- المصدر نفسه. 283/5

3- بلغة السالك ، أحمد بن محمد الخلوئي الصاوي المالكي ، ت محمد عبد السلام شاهين. ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة : 1415 هـ 1995 م .

2/ 102 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ل الدردير 220/3

و الأفضل أن يذكر المتبايعان موضع التسليم ليزول التخاصم بينهما، و لا يضر ذكر موضع التسليم ،
بدليل حديث ابن عباس رضي الله عنه ، فإنه ليس فيه ذكر المكان الذي يقبض فيه السلم، ولو كان من شروطه لبينه
النبي ﷺ ، كما بين الكيل والوزن و الأجل ، فأحيل الأمر على العرف في ذلك، فيصير العرف كالمشترط¹.

4. أن يكون المسلم فيه في الذمة لا في معين :

و قد عرف الإمام ابن عبد السلام الهواري² الذمة بقوله: "هي أمر تقديري يفرضه الذهن ليس بذات و لا
صفة لها"³.

و عرفها الإمام ابن عرفة بقوله: " هي ملك متمول كلي حاصل أو مقدر"⁴.

انطلاقاً من هذا الشرط ، فلا يجوز السلم في شيء معين غائب أو حاضر لفساد بيع معين يتأخر قبضه،
والدليل على أن السلم لا يصح أن يكون في معين ، هو: كون السلم في شيء معين غرر لا يحتاج إليه، لأنه
إن أراد ضمانها في الذمة إلى الأجل المضروب حتى إذا تلفت، لزمتم المسلم إليه بدلها أو قيمتها ، وكذلك غير
جائز لأن المعين ينفسخ العقد بتلفه، و لا يلزم رد مثله⁵.

و قد كان أهل المدينة حين قدم عليهم النبي ﷺ ، يستلفون في ثمار نخيل بأعيانها فنهاهم النبي ﷺ عن
ذلك، لما فيه من الغرر، إذ قد لا تثمر تلك الأشجار شيئاً⁶.

1- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 990 .- المنتقى للباي 4 / 299 – الذخيرة للقرافي 5 / 263

2- محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري ، قاضي الجماعة بتونس، بلغ رتبة مجتهد الفتوى، وكانت له قوة الترجيح بين الأقوال،
واعتمد ترجيحه معاصره خليل بن إسحاق وغيره، توفي بالطاعون الجارف سنة 749 هـ ينظر: تراجم المؤلفين التونسيين: 3/ 325؛ الديباج
المذهب: 2/ 329؛ الأعلام للزركلي: 6/ 205.

3- شرح حدود ابن عرفة، للرصاص: 1/ 295.

4- شرح حدود بن عرفة ،الأنصاري الرصاص أبو عبد الله. ت محمد أبو الأجفان – الطاهر المعموري، ط دار الغرب الإسلامي . ط 1 سنة : 1993م
399/2.

5- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 984 .- المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 27

6- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 378 – المفهم للقرطبي 5 / 2893

ولهذا لا يشترط أن يكون المسلم فيه موجودا حين العقد، ولا مملوكا للمسلم إليه، خلافا لأبي حنيفة،
بدليل حديث ابن عباس المتقدم، وفيه قوله: قدم النبي المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين.
ووجه الاستدلال في هذا، أن الثمار حين العقد عليها السنة والسنتين تكون معدومة غير موجودة، وقد
أقر النبي ﷺ المسلمين على ذلك ولم ينههم عنه، ولو كان الوجود شرطا لبينه لهم؛ لأن تأخير البيان وقت
الحاجة ممتنع¹.

ولا يصح السلم في أرض و دار و حانوت و خان² و حمام، لأن خصوص المواضع فيها مقصودة للعقلاء،
وببيان محلها ووصفها صارت معينة لا في الذمة، و صار السلم فيها كمن ابتاع من رجل دار فلان، على أن
يتخلصها منه، وربما لم يقدر على أن يتخلصها منه، ومتى لم يقدر على ذلك رد إليه رأس ماله فصار مرة
بيعا سلفا، و ذلك سلف جر نفعا، فإن لم يتعين كان سلما في مجهول، وعلى هذا قال القرافي³: أن علة
المنع من سلم الدور والأرضين، أنها لا تنقل⁴.

5. أن يضبط المسلم فيه من كيل أو وزن أو عدد:

ووجه اشتراط هذا الشرط، لينتفي الغرر بالجهل، و يحصل العلم لكل من المتعاقدين، للبائع بما
اشتغلت به ذمته، و للمسلم بما يطالب به و ما عاوض عليه⁵.

و دليل هذا الشرط، عموم الحديث المتقدم، وإجماع الأئمة، و الشرط أن يضبط المسلم فيه بعادته التي
جرى فيها العرف في البلد، فيكون الكيل فيما يكال، والوزن فيما يوزن، والعدد فيما يعد⁶. ولا يصح

1- بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد الحفيد 2 / 229 . - الذخيرة للقرافي 5 / 258

2- الخان بالضم الفندق والمتجر.

3 - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري الشهير بالقرافي، أحد الأعلام المشهورين في المذهب المالكي،
كان حافظا مفوها منطبقا بارعا في العلوم الشرعية والعقلية، انتهت إليه رئاسة المالكية، له تصانيف قيمة منها: "الذخيرة في الفقه" و"الفروق"
في القواعد الفقهية، و"شرح المحصول" للرازي و"تنقيح الفصول" وشرحه في أصول الفقه، توفي سنة 684هـ. ينظر ترجمته في: الديباج
المذهب لابن فرحون (ص63)؛ شجرة النور 1/188؛ الأعلام للزركلي: 1/90.

4- الذخيرة للقرافي 5 / 242 . - المقدمات للمهدات لابن رشد الجدد 2/25

5- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 226

6- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 989

الضبط بفدان غير المعين ، أو قراط لما فيهما من الجهل بالمقدار¹. وخالف أشهب² فأجاز السلف في الفدادين غير المعينة ، بناء على غالب تلك الأرض³.

و دليل اشتراط الضبط و العلم بالمقدار في السلم⁴ حديث ابن عباس المتقدم و فيه قوله عليه الصلاة والسلام " ففي كيل معلوم و وزن معلوم " وهو نص في ذلك ، و حديث أبي هريرة قال: " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر"⁵.

6. أن يتبين الأوصاف التي تختلف بها الأغرار عادة:

فلا يجوز السلم فيما يتعذر حصره بالصفة ، و دليل ذلك ، أنه غرر يؤدي إلى التنازع و ضياع أموال العباد ، و قد نهى النبي ﷺ : عن بيع الغرر بالجهالة ، كما في حديث أبي هريرة المتقدم.

و كذلك أنه يؤدي إلى بيع و سلف جر منفعة ، وذلك أن السلعة لو وجدت على ما اشترطت تم البيع ، وإن لم توجد رجع إلى المشتري رأس ماله ، و ذلك أيضا سلف جر منفعة.

و يشترط أن تبين الأوصاف التي تتحقق بها الأغراض في المسلم فيه عادة في بلد السلم تبيننا شافيا ، و دليل اشتراط تبين الأوصاف⁶ حديث عبد الله بن عمر أنه قال : { لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف بسعر معلوم إلى أجل مسمى ، ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه ، أو ثمر لم يبد صلاحه }⁷. ووجه اشتراط بيان الأوصاف ، كونها هي التي تؤثر في ثمن المسلم فيه ، و تبينها يجعل المسلم فيه معلوما ،

1- الذخيرة للقرافي 249/ 5

2- أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي ، قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. مات بمصر سنة 204 هـ (الأعلام، للزركلي: 1/133).

3- الذخيرة للقرافي. 249/ 5

4- اكمال الإكمال للأبي 533/ 5. - الذخيرة للقرافي 242/ 5

5- أخرجه مالك في الموطأ كتاب البيوع باب بيع الغرر. 2 / 194 و مسلم في كتاب البيوع باب بطلان الحصة و البيع الذي فيه غرر . رقم 1513.

6- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي 5 / 2893 - المقدمات لابن ارشد 2 / 28 - الذخيرة للقرافي 5 / 240 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 984

7- أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب البيوع ، باب السلفة في الطعام . 2 / 171

ويخرجه عن حيز الجهل ،لأن الجهل يؤدي إلى الغرر ، ويدخل فيما يوصف الحيوان أنه يجوز فيه السلم ، خلافا لأبي حنيفة الذي منعه، و قد عرضنا النقاش في هذه المسألة في المطلب الأول ، في بيان حكم السلم في الحيوان.

7. أن يوجد المسلم فيه عند حلول الأجل غالبا :

من شروط السلم أن يوجد المسلم فيه عند حلول الأجل غالبا ، و علة وجود هذا الشرط: أن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بإزاء العوض المبذول في مقابله، فإذا لم يوجد عند حلول الأجل كان غررا وعائدا بالجهل، لأنه إما أن يفسخ العقد، و إما أن يصير إلى وقت وجوده، وذلك سيؤدي إلى انتقال من أجل إلى أجل ،كما انعقد على عين الغير ،والبائع لا يقدر على تسليمها ،وكل ذلك غير جائز¹.

ولئلا يكون الثمن تارة بيعا لوجود المسلم فيه عند الأجل ، و تارة سلفا لو لم يوجد ، و قد قال الإمام القرافي : " السلف مصلحة رخص فيه صاحب الشرع لمصلحة المعروف بين العباد فاستثناه لذلك من قاعدة الربا في النقدين وغيرهما لعدم التناجز فيه، فإن فعل لغير المعروف امتنع².

وعليه فلا يصح السلم فيما هو نادر الوجود لعدم وجوده في الغالب عند الأجل فيلزم عليه بيع ما ليس عندك وما لا قدرة لك على تسليمه.

✓ اختيار ابن عبد البر في هذا الشرط:

الذي اختاره ابن عبد البر في هذه المسألة هو قول القائلين بهذا الشرط لكونه موافقا لما وردت به السنة، فقال في الاستذكار: " إنما كره السلم بما ينقطع و لا يوجد بأيدي الناس العام كله والله أعلم من

1-المعونة للقاضي عبد الوهاب 2/ 990

2- الذخيرة للقرافي 5/ 254

كرهه ، لأنهم يقولون من مات حل دينه ، فإذا لم يوجد كان عذرا ، و السنة أولى من كل من يرد النصوص بقياس على غيرها"1.

وبذلك يكون بين رأيه في المسألة، معتبرا أن السلم في غير المتوفر السنة كلها مكروها، لما في ذلك من تضييع الحقوق، وحصول الغرر والنزاع بين الناس، فنبه إلى أن سنة رسول الله ﷺ أولى بالاتباع، وأنه إذا وجد نص من السنة في المسألة، يغنينا عن قياس النصوص على غيرها. وبالتالي حسم القول في المسألة، معتبرا ضرورة وجود المسلم فيها عند حلول الأجل غالبا، فإن كان نادرا أو لا يوجد غالبا فلا.

ثالثا: شروط السلم عند الحنفية

و أما مذهب الحنفية، فاختلفت كتبهم في تحديد شروط السلم اختلافا كبيرا، إلا أن اختلافهم هذا كله راجع إلى عد بعض الشروط شرطا واحدا أو تفصيلها، والذي عليه الإمام السمرقندي في تحفة الفقهاء،² أن شروط السلم سبعة عشر، مقسمة إلى قسمين: ستة في رأس المال ، و أحد عشر في المسلم فيه.

1 - الستة التي في رأس المال هي:

أ - بيان الجنس: أي أنه دراهيم أو دنانير ، أو من الكيل حنطة ، أو شعيرا ، أو من الموزون قطنا ، أو حديدا، و نحو ذلك.

ب - بيان النوع: أنه دراهم غطرفية أو عدلية ، و نحو ذلك ، وهذا إذا كان في البلد نقود مختلفة، فأما إذا كان نوع واحد فذكر الجنس كاف.

ج - بيان الصفة، أي أنه جيد أو رديء أو أوسط.

1- الاستذكار لابن عبد البر 6 / 386

2- تحفة الفقهاء للسمرقندي. 2 / 8.

د - إغلاق قدر رأس المال: وهو شرط جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر كالمكيل، والموزون، والعددي المتقارب ، وهذا قول أبي حنيفة ، وأما تلميذه أبو يوسف فعنده ليس بشرط.

أما إذا أسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر، كالذرعيات، والعدديات المتفاوتة، فمثل هذه الأشياء يكتفي فيها بالإشارة، والتعيين، عند جميعهم. (أي عند علماء الحنفية)¹.

و أجمعوا في بيع العين على أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط إذا كان مشارا إليه ، وقال أبو يوسف و محمد : لا يشترط معرفة قدر رأس المال، لأن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره ،لأنه عوض مشاهد كالثمن والمبيع المعين².

هـ - كون الدراهم والدنانير منتقدة: فهو شرط الجواز عند أبي حنيفة أيضا مع إعلام القدر، لأن كل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد ،وقال الصحابان (أبو يوسف و محمد) ليس هذا بشرط.

و - تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق العاقلين بأنفسهما:

سواء أكان رأس المال عينا أم دينا، فإن افترق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد و انفسخ، لأنه يختل حينئذ الغرض المقصود من السلم، وهو الاستعانة على الإنتاج و التحصيل، فلو كان الثمن عينا وافترق المتعاقدان دون قبض، اختل معنى السلم، لأن الرسول صلى الله عليه و سلم يقول: "من أسلف في شيء ففي كيف معلوم"³.

1- بدائع الصنائع للكساني 202 / 5 -فتح القدير لابن الهمام 338 / 5

2- مغني المحتاج محمد بن محمد الخطيب الشربيني 2 / 104 . -المهذب في فقه الإمام الشافعي . ل :إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي أبو إسحاق 1 / 300 . -المغني لابن قدامة المقدسي. 4 / 298

3- تقدم تخريجه في ص : 29 من البحث

وإن كان الثمن ديناً في الذمة، أي (من النقود مثلاً) فلا بد من تسليمه أيضاً، حتى لا يكون السلم بيعاً للدين بالدين، لأن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد لكان التأخير في معنى مبادلة الدين بالدين، وقد "نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ"¹. أي الدين بالدين، ولأن في السلم غرراً، أي تعريضاً للهلاك، أو على خطر الوجود، فلا يضم إليه غرر تأخير تسليم رأس المال. وهذا الشرط محل اتفاق الثلاثة غير مالك². فعنده يجوز تأخير رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل ولو بشرط في العقد، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً، فإن أخر رأس المال على ثلاثة أيام ينظر: إن كان التأخير بشرط زائد، فسد السلم اتفاقاً، وإن كان التأخير بلا شرط، فقولان في المدونة، والمعتمد الفساد بالزيادة على الثلاثة أيام، ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط³.

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختاره الإمام السمرقندي في بيع العين: أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط، وقد تابع في هذا جمهور المجمعين في المسألة، خلافاً لأبي يوسف. وقد حكى اختياره هذا في تحفة الفقهاء فقال "و أجمعوا في بيع العين أن إعلام قدر الثمن ليس بشرط إذا كان مشاراً إليه"⁴.

أما ما يتعلق بشرط قبض رأس المال، فاختر قول الجمهور من المجمعين على أنه يشترط قبض رأس المال قبل افتراق العاقلين، وقد ذكر هذا في التحفة فقال "و أجمعوا أن في الصرف يشترط قبض

1- المستدرک علی الصحیحین ، کتاب البیوع ، باب النهی عن الكالئ بالكالئ ، 6 / 363

2- بدائع الصنائع للکاسانی 5 / 202 - رد المحتار لابن عابدين 4 / 218 - مغني المحتاج للخطيب الشربيني 2 / 102

3- المذهب لأبي اسحاق الشرازي 1 / 300 - المغني لابن قدامة 4 / 295

4- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 10

البدلين قبل الافتراق بأبدانهم، سواء كان عينا كالتبر والصوغ، أو ديناً كالدرهم والدنانير، لأنه أدنى الآجل و أقص العاجل¹.

2 - شروط المسلم فيه :

اشتراط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً :

أ - بيان جنس المسلم فيه: حنطة أو شعيراً أو نحوها.

ب - أن يكون معلوم الجنس: كأن يقول حنطة سقية أو سهلية و جبلية.

ج - أن يكون معلوم الصفة: كأن يقول حنطة جيدة أو رديئة أو متوسطة.

د - إعلام قدر المسلم فيه. كقفيز²، بكيل معروف عند الناس، لأن ترك بيان هذه الأشياء يوجب جهالة مفضية إلى المنازعة، و هي مفسدة بالإجماع.

و سبب اشتراط الحنفية هذه الشروط الأربعة، هو إزالة الجهالة، لأن الجهالة في هذه الأربعة مفضية إلى النزاع، ومفسدة للعقد.

و كذا لقوله صلى الله عليه و سلم في حديث ابن عباس: {من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم}³.

هـ - ألا يكون في البدلين إحدى علتي ربا الفضل. و هي: إما القدر المتفق أو الجنس المتحد، لأن العقد حينئذ يتضمن الربا، و العقد الذي فيه الربا فاسد.

1- حاشية الدسوقي للرددير 3 / 195 -المنتقى للباي 4 / 300.

2- مكيال كان يُكال به قديماً، وهو من حديد.

3- صحيح مسلم. كتاب المساقاة. باب السلم. رقم: 1604. - المبسوط للسرخسي 12 / 124. فتح القدير للشوكاني 5 / 337. - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 207. - رد المحتار لابن عابدين . 4 / 215

فإن اختلف المسلم فيه و رأس مال المسلم كبيع حنطة بنقود ، أو زعفران بدراهم أو دنانير ، فيصح السلم لانعدام علة ربا الفضل ، و هي القدر المتفق أو الجنس. أما المجانسة فانتفاءها بين ، و أما القدر المتفق ، فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثلن ، فالنقود توزن بالمثلقال ، و الزعفران يوزن بالرطل ، و الحنطة مكيلة والنقود موزونه¹.

وأما المالكية : فقد عبروا عن هذا الشرط بقولهم : " أن يكون رأس مال السلم و المسلم فيه مختلفين جنسا فيجوز الفضل فيما بينهما " إذ لا يجوز إسلاف الذهب و الفضة أحدهما بالآخر لكون ذلك ربا ، وكذا الطعام بعضه ببعض ، و يجوز في هذه الأشياء التفاضل إذا اختلفت².

و. أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين:

فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز السلم فيه ، لأن السلم فيه مبيع ، والمبيع مما يتعين بالتعيين. وبالتالي هل يجوز السلم في التبر والفلوس أم لا ؟
على قياس كتاب الصرف لا يجوز ، لأنه ألحقه بالمضروب ، و على قياس كتاب الشركة جاز ، لأنه ألحقه بالعروض ، و هذه رواية عن أبي يوسف.

و السلم في الفلوس عددا: يجوز عند أبي حنيفة و أبي يوسف ، لأن الفلوس عندهما ليست بثمن مطلقا ، بل مما تتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العددية ، و أما عند محمد فلا يجوز السلم فيها ، لأنها عنده أثمان³.

ز. أن يكون المسلم فيه مؤجلا:

و هذا الشرط محل اتفاق بين الحنفية و المالكية و الحنابلة ، إذ اشترطوا لصحة السلم : أن يكون مؤجلا ، ولا يصح السلم الحال ، لقوله عليه الصلاة و السلام في حديث ابن عباس { من أسلف في تمر

1- بدائع الصنائع للكسائي . 214 / 5 . - رد المحتار لابن عابدين . 217 / 4

2- القوانين الفقهية لابن جزي ص 269

3- المبسوط للسرخسي 12 / 136 . - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 208

فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم¹، وفيه الأمر بالأجل، و الأمر يقتضي الوجوب، لكون السلم مبني على الرفق بالناس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فحينها لا يصح². ولذلك اختلاف العلماء في مدة أجل السلم.

قال الحنفية: إن أجل السلم مقدر بشهر أو ما قاربه، لأنه أدنى الأجل و أقص العاجل.

وقال المالكية: أقل الأجل نصف شهر، لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً، و اختلافهما مظنة لحصول المسلم فيه، هذا إذا اشترط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد، و كانت المسافة يومين من بلد العقد، لأنها مظنة اختلاف الأسواق في البلدين، و إن لم تختلف بالفعل، و اشترط في العقد أيضاً³ الخروج فوراً إلى البلد، كما اشترط أن يخرج⁴ رب السلم و المسلم إليه أو كليهما بالفعل، وأن يعجل قبض رأس المال في المجلس أو قربه، و أن يكون السفر في يومين.⁵ فإذا وجدت هذه الشروط الخمسة لاشترط التأجيل جاز التأجيل بنصف شهر عند المالكية.

و اتفق العلماء⁶ على أن الأجل لابد أن يكون معلوما لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}⁷، و قول النبي صلى الله عليه و سلم { إلى أجل معلوم } و لكنهم اختلفوا في كيفية العلم بالأجل.

فقال الحنفية لابد من تحديد زمن بعينه لا يختلف، فلا يصح التأجيل للحصاد والدراس، و دليلهم أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " إلى أجل معلوم " والتحديد بهذه الأوقات مثار النزاع؛ لأنه غير

1- سبق تخريجه. في ص 62 من البحث

2- المبسوط للسرخسي 12/ 125 . - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 212 . - المنتقى للباي 4 / 297 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 201 - حاشية الدسوقي للدردير 3 / 205

3- فتح القدير لابن الهمام 5 / 222

4- نصب الراية للزيلعي 4 / 21

5- المنتقى للباي 4 / 298

6- المعونة ، للقاضي عبد الوهاب 2/ 989

7 - سورة البقرة الآية 282

معلوم ، إذ أنه يتقدم ويتأخر، ويبعد ويقرب. حيث جاء في مختصر القدوري: "ولا يصح السلم إلا مؤجلاً، ولا يصح إلا بأجل معلوم".¹

و قال المالكية: يجوز السلم إلى هذه الأوقات، و يعتبر ميقاتها هو الذي يحصل فيه غالب ما ذكر، و دليلهم أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة.

قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: "يجوز السلم إلى الحصاد، والجداد، وقدم الحاج، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي²، لأنه وقت يعرف في العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز، أو المهرجان".³

وجاء في الدر المختار: "وأجل، وأقله شهر وبه يفتى".⁴

ح - أن يكون جنس السلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل. و لا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس: كالحبوب، فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل، أو انقطع من أيدي الناس، كالثمار والفواكه و اللبن ونحوها، لا يجوز السلم، لأن القدرة على السلم ثابتة في الحال، و في وجودها عند حلول الأجل شك لاحتمال الهلاك.

و على هذا إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضعه معلوماً، فإن كان مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها، فلا يجوز السلم لعدم تحقق القدرة على التسليم، وهو غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

1 - مختصر القدوري للإمام أبي الحسن أحمد بن محمد البغدادي المعروف بالقدوري . دراسة وتحقيق د أحمد مزي . مؤسسة الريان للطباعة والنشر . (2005) ص 188 .

2-الكافي لابن عبد البر ص 338 - مختصر الطحاوي ، ص 86

3 - المعونة للقاضي عبد الوهاب . 989/2

4- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي ، ت عبد المنعم خليل إبراهيم ، ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة : 1423 - 2002

وإن كان مما لا يحتمل الانقطاع، كأن يسلم في حنطة إقليم كالعراق أو خرسان، أو في حنطة بلد كبيرة، كسمرقند و بخارى، ومحافظة حوران، فيجوز السلم، إذ لا يتوهم الانقطاع، وقال بعض مشايخ الحنفية، لا يجوز السلم إذا كان السلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة، لكن الصحيح هو القول الأول¹.
وقال المالكية: يشترط أن يكون المسلم فيه عام الوجود، مأمون الانقطاع وقت حلول الأجل فقط، سواء وجد عند العقد أم لم يوجد، لأن المهم هو القدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التسليم فقط.
و دليلهم الحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون الثمار السنة والسنتين، فقال: {من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم}²، ووجه الاستدلال، أنه لم يشترط وجود السلم فيه حال عقد السلم، ولو كان شرطاً لذكره، ونهاهم عن السلم سنتين، لأنه يلزم منه انقطاع السلم في أواسط السنة³.

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختاره ورجحه السمرقندي في مسألة الحنطة القول الأول، وهو: جوازها إذ كانت منسوبة إلى البلد الكبير، فقال "و الصحيح أن في حنطة البلدة الكبيرة يجوز لأنها لا تحتمل الانقطاع غالباً"⁴.
وهذا يكون الإمام السمرقندي، قد وافق الحافظ ابن عبد البر في المسألة من وجه، وتتجلى في اشتراطهما في المسلم فيه عدم الانقطاع، وأن يمكن تسلمه غالباً، وألا ينقطع بأيدي الناس العام كله.

ط . أن يكون العقد باتاً:

و معنى كون العقد باتاً: أي ليس فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، فلو أسلم شخص ديناراً في مد حنطة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، و قبض المسلم إليه الثمن، و تفرقا، يفسد عقد السلم، لأن جواز البيع

1- المبسوط للسرخسي 12 / 134 - فتح القدير لابن الهمام. 5 / 331 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 211

2- سبق تخريجه في ص 62 من البحث

3- حاشية الدسوقي للرددير 3 / 211 -المنتقى للباي 4 / 300

4- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 12

بشرط الخيار، ثبت على خلاف القياس لحاجة الناس إليه، فلا يقاس عليه غيره، إذ لا حاجة في السلم إلى الخيار، فلو اتفق المسلم إليه و رب السلم على إبطال الخيار قبل التفرقة من المجلس، و كان رأس المال قائما في يد المسلم إليه، صار العقد جائزا عند جمهور الحنفية، خلافا لزفر¹.

أما لو كان رأس المال هالكا فلا ينقلب العقد جائزا، لأن رأس المال حينئذ يصير ديننا على المسلم إليه، والسلم لا ينعقد برأس مال دين، و يمكن تفريغ هذا الشرط على اشتراط قبض رأس المال في مجلس عقد السلم، لأن اشتراط الخيار يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد².

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختار السمرقندي في مسألة هذا الشرط: قول جمهور الحنفية خلافا لزفر، فقال في التحفة: "و لو أبطل الخيار قبل التفرق و رأس المال قائم في يد المسلم إليه ينقلب جائزا عندنا، خلافا لزفر، ولو كان رأس المال هالكا لا ينقلب إلى الجواز بالإجماع³.

ي. بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤونة:

و ذلك كالحنطة و الشعير و غيرهما، فإنه شرط لجواز السلم، حتى لو ترك لم يجز السلم في قول أبي حنيفة الآخر. و أما عند الصاحبين فلا يشترط ذلك.

و منشأ الخلاف، هو: هل يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء فيما يحتاج لحمل و مؤونة أم لا ؟؛ مع اتفاقهم على أن الإيفاء إذا كان مجهولا يجوز السلم، لأنها جهالة مفضية إلى المنازعة⁴.

1- زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، من تميم، أبو الهذيل: فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة. أصله من أصبهان. أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي بها سنة 158 هـ وهو أحد العشرة الذين دونوا (الكتب) جمع بين العلم والعبادة. وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه (الرأي) وهو قياس الحنفية، وكان يقول: نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر، وإذا جاء الأثر تركنا الرأي. أنظر ترجمته في: ((الأعلام للزركلي 3/ شذرات الذهب: 1/ 243؛ الانتقاء: 173)).

2- فتح القدير لابن الهمام 5/ 343

3- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2/ 13

4- المبسوط للسرخسي 12/ 128. - فتح القدير لابن الهمام 5/ 341. - بدائع الصنائع للكساني 5/ 213

فقال أبو حنيفة: لا يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء. وقال أبو يوسف و محمد : يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء، فلا يكون هناك جهالة، فيصح السلم ، لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد، و العقد وجد في هذا المكان، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه كما في بيع العين.

و يجري الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الإجازة إذا احتاج الأمر إلى نفقة نقل، فعند أبي حنيفة ، لا يصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة.

و عند الصحابين تصح الإجازة و يتعين مكان إيفاء الأجرة بتعيين مكان إيفاء المعقود عليه، فإن كان المجاور دارا أو أرضا ، فتسلم الأجرة عند الدار و الأرض، و قس على هذا.

و أما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كلفة و مؤونة ، كالجواهر ،واللآلئ ، و نحوها من المنقولات الخفيفة الحمل، فروايتان عن الحنفية:

رواية يتعين فيها مكان العقد. و هي قول أبي يوسف و محمد. و رواية فيها يسلم الشيء حيثما بقي أحد العاقلين صاحبه ولا يتعين مكان العقد، لأن الأماكن كلها سواء، و هي الرواية الأصح في المذهب¹ و ذلك فيما لا حمل له و لا مؤونة.

و لو عينا مكانا آخر للإيفاء غير مكان العقد ، فإن كان فيما له حمل و مؤونة يتعين، و إن كان فيما ليس له حمل و مؤونة ففيه روايتان:

رواية لا يتعين، و له التسليم في أي مكان شاء. و رواية يتعين فيها المكان وهو الأصح ، لأنه يقيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق²، و الأحسن عند المالكية اشتراط مكان الدفع³.

1-فتح القدير لابن الهمام 242/ 5 - بدائع الصنائع للكساني 213/ 5

2- المصدر نفسه 242/ 5 - ردا لمختار لابن عابدين. 216/ 4

3- القوانين الفقهية لابن جزي ص 217

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختاره السمرقندي في الشيء الذي ليس له كلفة هل يتعين له محل لقبضه أم لا ؟ الرواية الثانية، والتي تقول بعدم شرط المحل، تقبض حيثما كان، وقال: هي الأصح، خلافا لأبي يوسف و محمد، وحكى هذا الترجيح في التحفة فقال: "و إن كان فيما ليس له حمل و مؤونة ففيه روايتان: في رواية لا يتعين وله أن يوفيه في أي مكان شاء، و في رواية يتعين، وهو الأصح"¹.

ك: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات:

وهو أن يكون من الأجناس الأربعة: المكيل، و الموزون، و الذرعي، والعددي المتقارب. فأما إذا كان مما لا ينضبط بالوصف، كالعدديات المتفاوتة، والذرعيات المتفاوتة، مثل: الدور، والعقار، و الجواهر، واللائئ، والجلود، و الخشب، و الرمان، و الأكارع، والسفرجل، و البطاطيخ و نحوها، لا يجوز، لأن السلم فيه مما يثبت دينا في الذمة، و سوى هذه الأجناس الأربعة لا يثبت دينا في الذمة.

وعلى هذا مذهب الحنفية، إذ أجازوا السلم في العدديات مطلقا، كيلا ووزنا و عددا، أما العدديات المتفاوتات، فلم يجزوا السلم فيها لا وزنا و لا عددا².

و مذهب المالكية: يصح السلم فيما ينضبط و فيما لا ينضبط بالوصف، إذا اشترط رب السلم منها شيئا معلوما جنسه و صفته و مقداره، لأن شرط صحة السلم أن ينضبط المسلم فيه، وأن يكون ضبطه مما جرت به العادة ضبطه به، بالوزن أو الكيل أو العدد أو الذرع. أما بالنسبة للعدديات المتقاربة فيجوز السلم فيها عددا لأنها لا تتباين كثيرا³.

1- تحفة الفقهاء للسمرقندي 14 / 2

2- المبسوط للسرخسي 131 / 12 - بدائع الصنائع للكسائي 308 / 5 - فتح القدير لابن الهمام 334 / 5

3- بداية المجتهد لابن رشد 200 / 2 - حاشية الدسوقي للرددير 207 / 2 - المنتقى للباجي 292 / 4.

❖ تعليق ومقارنة :

من خلال عد شورت السلم في المذهبين، المالكي والحنفي ، وعرض اختيارات الإمامين :ابن عبد البر، والسمرقندي، في بعضها ، يمكن القول: إن الإمامين فيما اختاراه، لم يخرجوا عن مذهبيهما ، ولا انفردا به ، وإنما قد يكون اختيار رأي على رأي آخر في المسألة ، ناتج عن خلاف داخل المذهب .

فكلاهما التزما بقواعد مذهبيهما، واستعملا ذلك عند ترجيح قول على آخر داخل المذهب، وهذا ما اتضح جليا خلال مناقشة شروط السلم.

فرجح الحافظ ابن عبد البر قول مالك رحمه الله فيما يتعلق بشروط وجد المسلم فيه غالبا وقت القبض، وغيرها من الشروط المتقدمة الذكر.

ورجح الإمام السمرقندي، رأي أبي حنيفة في نفس المسألة، شرط: أن يكون المسلم فيه ببلدة كبيرة يغلب الظن في وجوده وقت حلول الأجل.

ومن خلال هذا النموذج يتبين أن المالكية والحنفية متقاربان في مسائل كثيرة، وإن اختلفا في تفاصيل بعض المسائل، ففي جوهرها يلتقيان، مما يدل على تكامل المدرستين، ومساهمتها في إغناء التراث الفقهي، المبني على منهج علمي رصين، قوامه مقارعة الحجة بالحجة، والدليل بالدليل.

المبحث الثاني: اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في أحكام الربا

يقصد بالربا لغة: هي الزيادة والإضافة، يقال: ربا الشيء يربو إذا زاد و عظم، وأربى فلان على فلان إذا زاد عليه، و لابد في الزيادة من مزيد عليه تظهر الزيادة به¹ و من ذلك قوله تعالى: {فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ} ² وقوله سبحانه: {أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبِي مِنْ أُمَّةٍ} ³. قال ابن منظور: " ربا الشيء يربو ربوا و رباء، زاد و نما، و أربيته نميته، والأصل في الزيادة من ربا المال إذا زاد و ارتفع ، والاسم الربا مقصور، وهو في الشرع: " الزيادة على أصل المال من غير عقد تباع . و ربا السوق و نحوه ربوا صب عليه الماء فانتفخ، و سب فلان فلانا فأربى عليه في السباب إذا زاد عليه⁴. يقال ربا الشيء يربو إذا زاد ، يقال: ربا الجرح و الأرض و المال ، إذا زاد⁵. و الربو علو النفس، يقال ربا من باب عدا إذا أخذه الربو و الرابية و الربوة ' بفتح الراء وكسرهما ' والرباوة المكان المرتفع. و يقال فلان في ربا قومه ، يراد أنه في رفعة و شرف⁶.

أما شرعا فقد اختلف العلماء في تعريف الربا لاختلافهم في تحديد طبيعته، و في البيوع التي تجري فيها الربا.

وهكذا لم يضع فقهاء المالكية للربا تعريفا صريحا ، بل حددوا مجاله و ما يجري فيه الربا. فقال ابن رشد في البداية " و اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، و فيما تقرر في الذمة من بيع،

1- أحكام القرآن، أبو بكر بن العربي المالكي، ت: محمد عبد القادر عطا. ط دار الكتب العلمية، ط 3 سنة: 1424هـ - 2003م. 1 / 241 .
المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 8 . - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ). ط دار الفكر بيروت ، سنة: 1404هـ/1984م. 2 / 29 ،

2- سورة الحاقة الآية 10

3- سورة النحل الآية 92 .

4- لسان العرب لابن منظور . 5 / 126 - 127

5- معجم العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي ، ت عبد الحميد هنداي . ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة: 1424 - 2003 . 2 / 94 ،

6- جامع البيان عن تأويل آية القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط دار هجر 3 / 101

أو سلف، أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه، و الثاني ضع و تعجل وهو مختلف فيه¹.

أما الحنفية فقال الحصكفي² في تعريف الربا: " هو فضل ولو حكمي، خال عن عوض بمعيار شرعي، مشروط لأحد المتعاقدين³. إلا أن هذا التعريف نقده ابن عابدين بقوله، بأن الربا يحصل من دون شرط. فقال في تعريفها: " الربا هو: فضل ولو حكما ، قال :عن عوض بمعيار شرعي مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة"⁴.

والربا حرام بالكتاب و السنة.⁵

أ - دليل حرمتها من الكتاب:

قوله تعالى { الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِينَ يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ }⁶.

وقوله عز وجل: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ }⁷.

و قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ }¹

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 124 - وهذا مقرره الدسوقي في حاشيته على الدردير 3 / 74

2 - محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي: مفتي الحنفية في دمشق. مولده ووفاته فيها (1025-1088). كان فاضلا عالي الهمة، عاكفا على التدريس والإفادة. من كتبه (الدر المختار في شرح تنوير الأبصار) و (إفاضة الأنوار على أصول المنار) و (الدر المنتقى) شرح ملتقى الأبحر، وكلها في الفقه، و (شرح قطر الندى) في النحو . انظر: الأعلام، للزركلي: 294/6-295؛ فهرس الفهارس، لعبد الحي الكتاني: 347/1.

3-الدر المختار في شرح تنوير الأبصار . ص 430

4- حاشية ابن عابدين 7 / 301 - 303

5-المعلم بفوائد مسلم للمازري. 2 / 298 . - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 364 . - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 8 .

6- سورة البقرة الآية 275. 276.

7- سورة البقرة. الآية 279.

و قوله سبحانه: {... وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبُطْلِ وَأَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا }².

ب : دليل التحريم من السنة:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال { لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز }³.

وعن جابر بن البيع رضي الله عنه قال: { لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال: هم سواء }⁴.
و عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال { لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين }⁵.

و عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: { سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى }⁶.

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء }⁷.

أما في أنواع الربا فقال الإمام ابن رشد في بداية المجتهد: " و اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين، في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك. فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو

1- سورة آل عمران الآية 130

2 - سورة النساء الآية 161

3- أخرجه مسلم في كتاب المساقاة باب الربا رقم (1598)

4- صحيح مسلم ، كتاب المساقاة باب الربا رقم (1598).

5- صحيح مسلم ، كتاب المساقاة باب الربا رقم (1985)

6- صحيح البخاري ، كتاب البيوع باب بيع الشعير بالشعير رقم (2174) و مسلم في كتاب البيوع باب الصرف و بيع الذهب رقم (1587)

7 - صحيح البخاري كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم 2134

صنفان: صنف متفق عليه، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه النبي ﷺ ، و ذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة و ينظرون، فكانوا يقولون أنظرني أزدك، و هذا هو الذي عناه عليه الصلاة و السلام بقوله في حجة الوداع (ألا وإن ربا الجاهلية موضوع و أول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب)¹ و الثاني ضع و تعجل وهو مختلف فيه.

و أما الربا في البيع، فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان، نسيئة و تفاضل، إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل، لما رواه عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " لا ربا إلا في النسيئة"². و إنما صار جمهور الفقهاء، إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه و سلم "³".

يتضح من كلام ابن رشد أن جمهور الفقهاء اتفقوا على تقسيم الربا قسمين: ربا الفضل و ربا النسيئة ، و من هنا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول : ربا الفضل

المطلب الثاني : ربا النسيئة.

1 - سنن الترمذي أبواب تفسير القرآن عن رسول الله ، باب ومن سورة التوبة ، 4 / 167 .

2 - صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع الدينار بالدينار نساء ، رقم 2178. 2179

3 - بداية المجتهد 2 / 224

المطلب الأول: ربا الفضل

سأحاول الإحاطة ماهية وأحكام ربا الفضل، من خلال النقاط التالية:

أولا. مفهوم ربا الفضل:

للفقهاء في تعريف ربا الفضل أقوال مختلفة:

فعرّفها المالكية بقولهم: هي " الزيادة مع العدد أو الوزن محققة أو متوهمة التأخير"¹.

وعرّفها الحنفية بأنها: "زيادة عين مال شرطت في عقد البيع على المعيار الشرعي أو الوزن أو الجنس"².

ثانيا . حكم ربا الفضل:

اختلف الفقهاء في ربا الفضل على قولين:

القول الأول: وهو مذهب الجمهور، يرى تحريم الربا في الأصناف الستة المنصوص عليها في الحديث، و هي الذهب، و الفضة، و البر، و الشعير، و التمر، والملح، فهذه الأصناف الستة المنصوص عليها لا يجوز بيع جنس منها متفاضلا حالا أو مؤجلا.

قال ابن رشد في بداية المجتهد معلقا على حديث عبادة بن الصامت المتقدم: " فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان"³.

وقال الإمام الكسائي⁴ في بدائع الصنائع: " و الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأصنافها و بلدتها جنس واحد، وكذا الشعير، و كذا دقيقها، و كذا سويقها، و كذا التمر، و كذا الملح، و كذا العنب، وكذلك

1- الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد الخرشي أبو عبد الله. المطبعة الأميرية الكبرى. ط 2 سنة: 1317 هـ. 56 / 5

2 - بدائع الصنائع للكسائي 400 / 4

3 - بداية المجتهد لابن رشد 125 / 2

4- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) و (السلطان المبين في أصول الدين). توفي في حلب سنة 587 هـ ينظر: الأعلام، للزركلي: 2: 70.

الزبيب، وكذلك الذهب و الفضة، فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلا في الكيل، وإن تساويا في النوع والصفة بلا خلاف¹.

قال صاحب المغني: "و كل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء، فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنسا واحدا"².

وقال المطيعي³ في تكملة المجموع: "الحكم الأول تحريم التفاضل في الجنس الواحد من الأموال إذا بيع بعض ببعض، كبيع درهم بدرهمين نقدا، أو صاع قمح بصاعين، أو دينار بدينارين، ويسمى ربا الفضل: لفضل أحد العوضين على الآخر"⁴. واستدل أصحاب هذا القول وهم الجمهور بأدلة كثيرة منها:

أ- قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}⁵

ووجه الاستدلال من هذه الآية، أنها عامة تشمل جميع أنواع الربا، فيدخل في ذلك ربا الفضل و ربا النسيئة. قال ابن العربي معلقا على هذه الآية: "فلأجل ذلك اختلفوا، هل هي عامة في تحريم كل ربا، أو مجملة لا بيان لها إلا من غيرها، والصحيح أنها عامة، لأنهم كانوا يتبايعون ويربون"⁶.

وقال الجصاص في أحكام القرآن "الربا في الآية من الأسماء المجملة المفتقرة إلى بيان، وهي الأسماء المنقولة من اللغة إلى الشرع لمعان، لم يكن الاسم موضوعا لها في اللغة. نحو "الصلاة، و الصوم، و الزكاة، فهو مفتقر إلى البيان، و لا يصح الاستدلال بعمومه في تحريم شيء من العقود، إلا فيما قامت دلالته بأنه

1- بدائع الصنائع للكساني 408 / 4

2- المغني لابن قدامة 5 / 423

3- هو المحدث الشيخ محمد نجيب المطيعي (1334هـ-1406هـ)، تتلمذ له أبو إسحاق الحويني، واشتهر بتحقيقه للمجموع للنووي وتكملته له في سبع مجلدات.

4- تكملة المجموع، لأبي زكرياء معي الدين بن شرف النووي. ط. دار الفكر. 10 / 27

5- سورة البقرة الآية 257

6- أحكام القرآن لابن العربي 1 / 241

مسمى في الشرع بذلك. و قد بين النبي صلى الله عليه و سلم كثيرا من مراد الله بالآية نصا وتوقيفا، و فيما بينه دليلا. فلم يحل مراد الله تعالى من أن يكون معلوما عند أهل العلم بالتوقيف والاستدلال¹.

ب- السنة: استدلووا بحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: {الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد}².

ووجه الاستدلال من الحديث: أنه نص على وجوب التماثل و التساوي في الجنس الواحد، من هذه الأصناف "مثلا بمثل، سواء بسواء، و قد شرط التقابض في المجلس و ليس هناك خيار"³.

و كذا من أدلتهم حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: {الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء}⁴.

ووجه الدلالة من الحديث كونه شمل ربا الفضل و ذلك في قوله (فمن زاد أو استزاد) فهي دليل على ذلك، لأن الحديث ينص على وجوب التساوي والتقابض عن بيع كل صنف من هذه الأصناف.

ج- الإجماع: إجماع الأمة على حرمة ربا الفضل، ومن ذلك قول النووي في شرح مسلم: (وأجمع العلماء على جواز بيع الربوي بالربوي لاشتراكه في العلة متفاضلا و مؤجلا، و ذلك كبيع الذهب بالحنطة، و بيع الفضة بالشعير، و غيره من المكيال، و اجمعوا على أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه، وأحدهما مؤجل، وعلى أن لا يجوز التفاضل إذا بيع بجنسه حالا، كالذهب بالذهب، و على أنه لا يجوز التفرقة قبل التقابض إذا باعه بجنسه)⁵.

1- أحكام القرآن، للجصاص 1/ 464

2 - سبق تخريجه في ص: 73 من البحث

3- شرح مسلم للنووي 8/ 12

4- صحيح مسلم، كتاب المساقات باب الصرف و بيع الذهب و الورق نقدا رقم 1584.

5- شرح مسلم للنووي 11/ 12

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة:

و الذي رجحه ابن عبد البر في المسألة هو كراهية ربا الفضل في النقيدين ابتداء، و إذا وقع و نزل لا يفسخ ذلك، إذا كانت الحلية تبعا لكونها عنده كالعروض، أما إذا لم تكن تبعا فيفسخ.
و نصه كما جاء في الاستذكار: " و لا أعلم خلافا بين أئمة الأمصار بالحجاز، والعراق، وسائر الآفاق، في أن الدينار لا يجوز بيعه بالدينارين ولا بأكثر منه وزنا، ولا الدرهم بالدرهمين ولا بشيء من الزيادة عليه، إلا ما كان عليه أهل مكة قديما و حديثا، من إجازتهم التفاضل في ذلك إذا كان يدا بيد، أخذوا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه فإنه كان يقول: لا بأس بالدرهم بالدرهمين، و إنما الربا في النسيئة لما رواه عن أسامة ابن زيد عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: { لا ربا إلا في النسيئة } ثم قال: (و أنا أكره ذلك بدء، فإن نزل لم أفسخه، لأن الحلية إذا كانت تبعا فإنما هي كالعرض، فأنا أفسخ ذلك إذا كانت ليست بتبع)¹.
وليس للإمام السمرقندي قول في المسألة ولا اختيار.

القول الثاني: لا يرى أصحاب هذا القول تحريم ربا الفضل، و يقولون لا ربا إلا في النسيئة، و اشتهر هذا القول عن ابن عباس و بعض الصحابة².

قال ابن رشد في البداية: (أجمع العلماء على أن التفاضل و النساء لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد إلا ما روي عن ابن عباس³ .

أدلة أصحاب هذا القول:

قوله تعالى: { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }⁴.

1- الاستذكار لابن عبد البر 6/ 351-352

2 - المغني لابن قدامة 5/ 429

3- بداية المجتهد لابن رشد 2/ 125

4- سورة البقرة الآية 275

ووجه الاستدلال في هذه الآية عندهم، أن لفظ الربا هنا خاص، و أن الألف و اللام للعهد، وهو ما تعارف عليه أهل الجاهلية أنه ربا النسيئة فقط. ورد على تخريجهم هذا: بأن الألف و اللام للجنس لا للعهد، إذا لم يتقدم مذكور يرجع إليه¹.

و حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " لا ربا إلا في النسيئة"².

و أجيب عنهم بالأدلة التالية:

أنه حديث منسوخ بحديث أبي سعيد الخدري المتقدم " أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب..." قال الإمام النووي: و أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهر حديث أسامة، وهذا يدل على النسخ³

أن حديث أسامة حديث رواه صحابي واحد، و أما رواية ربا الفضل فهي مروية عن جماعة من الصحابة العدول، وهي رواية ثابتة في الصحيح، و من القواعد المقررة عند علماء الحديث، أن رواية الجماعة (الكثرة) هي أقوى من رواية الواحد. و قد قال صاحب نثر الورود:

و كثرة الدليل و الرواية == مرجح لدى ذوي الدراية⁴.

أن أحاديث الجمهور دلت على منع ربا الفضل في الجنس الواحد من المذكورات، وحديث أسامة دل على الإباحة. و من الأصول المقررة عند الفقهاء أن المنع مقدم على المباح، لأن ترك مباح أهون من ارتكاب حرام⁵.

1- أحكام القرآن للقرطبي 339 / 3

2- سبق تخريجه في ص: 74 من البحث.

3- الإمام النووي شرح صحيح مسلم 39 / 11

4- نثر الورود على مراقبي السعود، الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، تحقيق وإكمال تلميذه محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي. ط دار المنارة، ط 2 / 598.

5- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ط دار الفوائد. 1 / 153

أن التحريم في حديث أسامة وارد بمفهوم مخالفة قول النبي ﷺ، وحديث أبي سعيد الخدري، دال على المنع بالمنطوق. و المقرر عند الفقهاء في قواعد الترجيح، أن من شرط العمل بالمفهوم ألا يخالف منطوقا آخر، وقد خالف. وهذا يكون المنع أرجح وأقوى من الإباحة¹.

أن ابن عباس ؓ قد رجع عن قوله هذا ولم يقبض إلا وهو قد تاب عنه. فقد قال ابن عبد البر في التمهيد "إن أبا سعيد لقي ابن عباس فشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "الفضة بالفضة والذهب بالذهب مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فقد أربى"² فقال ابن عباس أتوب إلى الله فيما كنت أفتي به، أي رجع عنه³.

وقال صاحب المبسوط: "حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضي الله عنهم الخبر، أنه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام".

وقال جابر بن زيد ؓ: "ما خرج ابن عباس ؓ من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة، فعلم أن حرمة التفاضل مجمع عليها في الصدر الأول، وأن قضاء القاضي بخلافه باطل⁴.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في هذه المسألة (ربا الفضل)

و الذي ذهب إليه ابن عبد البر واختاره، ما عليه الجمهور في تحريم ربا الفضل، لما ثبت عنده من نصوص الحديث التي تثبت ذلك، وترد على قول ابن عباس، ومن ذهب مذهبه في جواز ربا الفضل. وبعد طول مناقشة الحافظ لدليل ابن عباس، وما روي عن رجوعه عن قوله ختم نقاشه بقوله: "رجع ابن

1- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين، ت عبد القادر شيبه الحمد، ط 1 سنة:

1421 – 2001 م. 4 / 392

2- سبق تخريجه في ص 77 من البحث

3- التمهيد لابن عبد البر. 1 / 427

4- المبسوط للسرخسي 14 / 6

عباس أو لم يرجع، فالسنة كافية¹ عن قول كل أحد، و من خالفها جهلا بها رد إليها. قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ردوا الجهالات إلى السنة².

✓ اختيار السمرقندي في المسألة:

قد ذهب السمرقندي مذهب الجمهور في هذه المسألة وهو مفهوم قوله في التحفة "الربا نوعان: ربا الفضل و ربا النساء"³. فيكون قد أخذ بالتقسيم المتفق عليه من قبل الجمهور، وهو أن يتفرع إلى: ربا الفضل و ربا النساء. مبينا أن الفضل يكون في العين ويكون في الأجل، وأن العلة في ربا الفضل، هي القدر المتفق مع الجنس.

✓ تعليق ومقارنة :

يتضح أن الإمامين ابن عبد البر والسمرقندي اتفقا في الاختيار على ما عليه الجمهور في تحريم ربا الفضل ، وهو القول الذي اتفق على القول به الحنفية والمالكية وغيرهم .
إلا أن الحافظ ابن عبد البر ناقش الأدلة ورجح ما ذهب إليه الجمهور، ولم يأخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه، معتبرا أن ما ورد من أحاديث في ذلك كافية في بيان حرمة ربا الفضل، وأن ما وصله من تراجع ابن عباس رضي الله عنه ، لا يضر ، سواء كان صحيحا أو غير ذلك.

وكذلك الإمام السمرقندي وافق ما عليه الجمهور من المالكية والشافعية في أن ربا قسمان، ربا الفضل، و ربا النساء، مبينا تفريعاته، والعلة فيه، وأنه يكون في العين وفي الأجل، مبينا الفرق بينهما، فخلص على حرمة ربا الفضل.

وبذلك يتفقان في ربا الفضل، أنها محرمة، مرجحان قول الجمهور،ء اخذين بأدلتهم في ذلك.

1 - في الأصل: بالسنة كفاية. أنظر الاستذكار لابن عبد البر. 212/19.

2- الاستذكار لابن عبد البر 212 / 19

3- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 25 .

ثالثا - حكمة تحريم ربا الفضل:

الحكمة من تحريم ربا الفضل هي: دفع الغبن عن الناس، و عدم الإضرار بهم، مما قد يظن أن في أحد الجنسين معنى زائدا على الآخر، و الأصل في تحريمه سد الذرائع، لأنهم إذا باعوا درهما بدرهمين، و لا يحصل هذا إلا لل تفاوت الذي بين النوعين: إما في الجودة و إما في نوع السكة، و إما في الثقل والخفة وغيرها، تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤجل، وهو عين ربا النسيئة، أي أن تحريم ربا الفضل عند اختلاف الجنسين كبيع القمح بالشعير، وهو من قبيل سد الذرائع، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً إلى أجل، ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد، و بذلك وضع الشرع الحكيم مقياساً في يد أكثر الناس لتقويم الأصناف المختلفة، دون حاجة إلى البحث عن الفروق النوعية في الصنف الواحد.

و قد لا يكون سبب التحريم سد الذريعة، بل غرر يقع، كمن أخذ كثير رديء في قليل جيد، فزيادة الرديء تقابل بجودة الجيد، و هذا حرام، لأن فيه غرراً لا يعلم معه أيهما غبن¹.

رابعا- اختلاف الفقهاء في علة ربا الفضل:

1. في الذهب والفضة:

مذهب المالكية: الذي استقر عليه كبار وحذاق المالكية: أن السبب في منع التفاضل هو الصنف الواحد، مع كونها رؤوساً للأثمان، و قيماً للمتلفات. و هي التي تسمى عندهم "بالقاصرة" لكونها ليست موجودة عندهم في غير الذهب و الفضة، كما صرح بذلك ابن رشد في البداية².

1- الموافقات و تعليقاته، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، ت مشهور بن حسن آل سلمان. ط دار بن عفان 4 / 42.

2- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126

مذهب الحنفية: و علة الربا عند الحنفية في النقدين (الذهب و الفضة) هي الوزن مع الجنس، و منهم من قال القدر مع الجنس.

قال السمرقندي في التحفة: " و علة ربا الفضل هي القدر المتفق مع الجنس، أعني الكيل في المكيلات، والوزن في الأثمان و المثمنات¹. وهذه العلة عندهم جارية في الأصناف الستة كلها، إذ يقول ابن رشد في البداية " وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة، وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف الواحد"².

دليل المالكية: و دليلهم في هذه المسألة، هو: أنه لما كان حكم التحريم معقول المعنى في الربا، وهو ألا يغبن بعض الناس بعضا، وأن تحفظ أموالهم، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش، وهي: الأقوات، كالحنطة، و الشعير، والأرز، والذرة، والكرسة، و التمر، و الزبيب، و البيض، و الزيت، و البقول السبعة: و هي العدس، و اللوبيا، و الحمص، و الترمس، و الفول، و الجلبان، و البسلة.³

دليل الحنفية: استدلل الحنفية على أن علة الربا، هي: الكيل أو الوزن، بأن التساوي أو المماثلة في العوضين شرط في صحة البيع، وحرمة الربا لوجود فضل مال خال عن العوض، و هذا يوجد في غير المنصوص عليه في الحديث مثل الجص و الحديد و نحوهما. و التساوي أو المماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة، و المعنى، والقدر المتفق، وهو الكيل أو الوزن يحقق المماثلة صورة، و الجنس يحقق المماثلة معنى، لأن المجانسة في الأموال عبارة عن تقارب المالية، فالقفيز يماثل القفيز، و الدينار يماثل الدينار، فيكون القفيز الزائد فضل ما خلى عن العوض، يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة فكان ربا، وهذا المعنى لا يخص المطعومات والأثمان، بل يوجد في كل مكيل يباع بجنسه و موزون يبادل بمثله⁴.

1- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 25 - المبسوط للسرخسي. 113 / 12

2- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126

3- المنتقى للباجي 4 / 158. - حاشية الدسوقي للرددير 4 / 346

4- المبسوط للسرخسي 12 / 116 - فتح القدير لابن الهمام 5 / 277. - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 184

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة:

الذي اختاره الحافظ و ذهب إليه : أن العلة في الذهب و الفضة كونهما قيم المتلفات و أثمان المبيعات ولا شيء غيرهما ، فارتفع القياس عنهما لارتفاع العلة، حيث قال: " و أما أصحابنا من أصحاب مالك و أصحاب أصحابه، فالذي حصل عندي تعليلهم لهذه المذكورات بعد اختلافهم في شيء من العبارات أن الذهب والورق ، القول فيهما عندهم كالقول عند الشافعي لا يرد إليهما شيء من الموزونات، لأنهما قيم المتلفات و أثمان المبيعات و لا شيء غيرهما كذلك، فارتفع القياس عنهما لارتفاع العلة، إذ القياس عند جماعة القياسيين لا يكون إلا على العلل لا على الأسماء"¹.

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختاره الإمام السمرقندي في المسألة اتباع ما عليه المذهب ، حيث قال في التحفة " و علة ربا الفضل هي القدر المتفق مع الجنس أعني الكيل في المكيلات و الوزن في الأثمان و المثلثات"².

✓ تعليق ومقارنة :

يظهر من خلال آرائهما، أن كلا من الإمام ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، سلك مسلك مذهبيهما في هذه المسألة المتعلقة بربا الفضل في العين ، مع مراعاة أن العلة عند الحنفية واحدة في الأصناف الستة دون تفريق بين العين وغيره.

وهذا ما أكدته الإمام السمرقندي في تحفته، بأنه لا بد من اتفاق الجنس والقدر، سواء في المكيلات أو الموزونات.

وبهذا يكون هناك تباين بينهما، في هذه المسألة، لأن الحافظ يعتبر أصول المعاييش التي تقتات وتدخر، تبعا لما عليه مذهبه. وبالتالي يلتزم كل منهما قواعد مذهبه وتطبيقاتها في المسألة.

1- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر القرطبي ت: عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية بيروت لبنان بدون تاريخ. 3 / 118

2- تحفة الفقهاء للسمرقندي 25 / 2

2. - علة الربا في الأصناف الأربعة:

أ - مذهب المالكية: تعتبر العلة عند المالكية في الأصناف الأربعة هي: الاقتنيات والادخار، قال الدسوقي¹ في حاشيته: "علة طعام الربا اقتنيات و ادخار، و هل يشترط مع ذلك كونه متخذاً للغلبة العيش، بأن يكون غالب استعماله اقتنيات الأدمي بالفعل، كقمح و ذرة، أولاً يشترط، وهو قول الأكثر المعول عليه"².

و قال ابن رشد: "أما في الأربعة، فالصنف الواحد من المدخر المقتات، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتاً، و من شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر. قال بعض أصحابه: الربا في الصنف المدخر و إن كان نادر الادخار"³.

ب . مذهب الحنفية: العلة عند الحنفية في هذه الأشياء الأربعة هي: الكيل مع اتحاد الجنس. جاء في فتح القدير: "أن العلة عندنا الكيل مع الجنس، و الوزن مع الجنس"⁴ و دليل المذهبين في إثبات هذه العلة في هذه الأصناف الأربعة ما تقدم ذكره عند ذكر دليلهم في علة الربا في النقيدين".

✓ اختيار ابن عبد البر في المسألة:

قال الحافظ ابن عبد البر "و عللوا البر والتمر والشعير والملح بأنها مأكولات مدخرات أقوات، فكل ما كان قوتاً مدخراً، حرم التفاضل، و النساء، في الجنس الواحد منه"⁵.

فمن خلال قوله هذا يتضح أنه نعى منعى أئمة مذهبه في ما قرروه في المسألة.

1 - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230 هـ): من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها (الحدود الفقهية) في فقه الإمام مالك، و (حاشية على مغني اللبيب) و (حاشية على السعد التفتازاني) و (حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل) و (حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين). انظر: الأعلام، للزركلي: 17/6.

2- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ط دار الرشد الحديث ، سنة : 2013 م / 1434 هـ. 186/ 2

3- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126

4- حاشية الدسوقي للرددير 4 / 74

5- التمهيد لابن عبد البر 3 / 123 - الاستذكار لابن عبد البر 19 / 181

✓ اختيار السمرقندي:

ذهب السمرقندي في العلة الموجبة وقوع ربا الفضل في الأصناف الأربعة عدا الذهب والفضة، مذهب جمهور الفقهاء. وبهذا يكون قد خالف ما عليه ابن عبد البر، وذلك تبعا لاختيار كل واحد أصل مذهبه.

✓ تعليق ومقارنة:

من خلال اختياراتهما يتضح الفرق بينهما، فالحافظ ابن عبد البر، يقول بعلّة الاقتيات والادخار، وهو المقرر عند المالكية، بينما الإمام السمرقندي، العلة عنده، الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس، وهذا هو المعتمد عند الحنفية، وبالتالي لا تقارب بين المذهبين في المسألة، وإن كان المنطلق واحد، وهو أحاديث رسول الله ﷺ، وهذا يغني الفقه الإسلامي، ويعطينا نظرة على العقلية الفقهية المتميزة، الفاحصة المتبصرة.

المطلب الثاني: ربا النساء

سأحاول الإحاطة بماهية وأحكام ربا النسيئة من خلال النقاط التالية:

أولا - مفهوم ربا النساء:

1. تعريف المالكية: عرف المالكية النساء بقولهم: " وبيع الطعام المدخر بمثله اتفق الصنف أولا مع

تأخير أحد العرضين وبيع أحد النقيدين بجنسه أو بآخر كذلك¹.

2. تعريف الحنفية: قال ابن عابدين: " هو البيع لأجل أو تأخير أحد العوضين في الآخر².

و قال الإمام الكاساني في تعريفه: " هو فضل الحلول إلى الأجل و فضل العين على الدين في المكيلين أو

الموزونين عند اختلاف الجنس أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس³.

ثانيا - حكم ربا النساء:

اتفق الجمهور على حرمة ربا النساء، ولم يخالف في ذلك أحد لكثرة النصوص القطعية الواردة

فيها.

و من ذلك قوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ } فَإِنْ لَّمْ

تَفْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۖ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ }⁴.

ومحل اختلاف العلماء هو: هل تجري الربا في غير الأصناف الستة المنصوص عليها في الحديث أم لا؟

الذي نص عليه الشارع في الربا هو تحريمها في الأصناف الستة المنصوص عليها في حديث عبادة بن

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 95 – البهجة في شرح التحفة 2 / 25

2- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 7 / 399

3- بدائع الصنائع للكسائي 3 / 400

4- سورة البقرة الآية 278

الصامت،¹ و أبي سعيد الخدري² المتقدم. و قد اتفق العلماء على تحريم الربا فيها عند اتحاد الجنس، فلا يحل بيع ذهب بذهب مع زيادة، و لا ذهباً بفضة مع تأخير في البديلين أو أحدهما، و لا برا ببر، أو تمرًا بتمر مع الزيادة.

و إنما الذي وقع فيه الخلاف بين العلماء، هل يلحق غير هذه الأصناف المنصوص عليها بهذه الستة أم لا. وفي المسألة خلاف على مذهبين:

المذهب الأول: وهو مذهب الظاهرية والأمير الصنعاني³، حيث قصر أصحاب هذا المذهب الربا على هذه الأصناف الستة المنصوص عليها ولا يتعداها إلى غيرها. و يبقى أن الأصل الإباحة لقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} ⁴.

المذهب الثاني: وهو مذهب جمهور الفقهاء حيث قالوا: إن حكم الربا ليس مقصوراً على الأشياء الستة المنصوص عليها في الحديث، و إنما يلحق بها ما اتفق معها في العلة⁵.

علة أصحاب المذهب الأول: أنهم جعلوا النهي المتعلقة بأعيان هذه الستة من باب الخاص ومن مذهبه الخاص⁶.

و علة المذهب الثاني: أي الجمهور. اتفقوا على أنها من باب الخاص أريد به العام¹.

1- عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي، أبو الوليد: صحابي، من الموصوفين بالورع. شهد العقبة، وبدرًا وسائر المشاهد. ثم حضر فتح مصر. وهو أول من ولي القضاء بفلسطين. ومات بالرملة أو ببيت المقدس سنة 34هـ. روى 181 حديثًا اتفق البخاري ومسلم على ستة منها. انظر: الأعلام، للزركلي: 258/3.

2- سعيد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري الخزرجي، أبو سعيد: صحابي، كان من ملازمي النبي ﷺ وروى عنه أحاديث كثيرة. غزا اثنتي عشرة غزوة، وله 1170 حديثًا. توفي في المدينة سنة 74هـ انظر: الأعلام، للزركلي: 87/3.

3- أبو إبراهيم، عز الدين محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني، المعروف كأسلافه بالأمير: مجتهد، ولد بمدينة كحلان، ونشأ وتوفي بصنعاء سنة 1182هـ. له نحو مئة مؤلف منها (توضيح الأفكار، شرح تنقيح الأنظار) في مصطلح الحديث، و (سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني). انظر: الأعلام، للزركلي (38/6).

4- سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني. ت الشيخ الألباني. ط. دار مكتبة المعارف . ط. 1. سنة: 1427 - 2006. 81 / 3

5- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126. — بدائع الصنائع للكسائي 4 / 40.

6- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126

✓ أما اختيار الحافظ بن عبد البر في المسألة:

ذهب الحافظ في المسألة مذهب الجمهور ورد على أصحاب القول الأول وهم الظاهرية ، فقال: " و شذ داوود، فلم يجز النسيئة و التفاضل في ما عدا البر و الشعير و التمر و الملح من الطعام و الإدام ، لنص رسول الله ﷺ ، و لعموم قوله تعالى " و أحل الله البيع و حرم الربا ". فلم تظم إلى النسيئة المنصوص عليها في حديث عبادة وغيره، شيئا غيرها ، وهي الذهب و الفضة و البر و الشعير و التمر و الملح ".
ثم قال " ما أصاب وجه القياس ، ولا اتبع الجمهور ، ولا اعتبر الآثار ، ولا أعلم لداوود سلفا فيما ذهب إليه من ذلك ² .

✓ وأما اختيار السمرقندي في المسألة :

الذي ذهب إليه السمرقندي في اختياراته : ما ذهب الجمهور إليه ، وهو : أن الربا تلحق غير الأشياء الستة المنصوص عليها، و هذا ظاهر عنده في تحفة الفقهاء إذ أورد أصنافا غير هذه الستة كالحديد و الزعفران و النقرة، والثوب ، والسكر، ³ وبذلك يكون وافق الجمهور .

✓ تعليق ومقارنة :

في هذا المسألة المتعلقة بكون الربا لا تنحصر في الأصناف الستة الواردة في الحديث، يكون الإمام السمرقندي وافق ما عليه ابن عبد البر ، في لحوق الربا غير هذه الأصناف الستة المنصوص عليها في الحديث ، وهما بذلك على قول مذهبهما ، الموافق لمذهب الجمهور .

وهذه الموافقة العلمية المبنية على الأدلة، سواء مناقشة الحافظ ابن عبد البر للمذهب الظاهري في ذلك، وكذا تطبيقات الإمام السمرقندي الدالة على أن الربا تتعدا الأصناف الستة. وبالتالي يكون الاتفاق مبني

1- بداية المجتهد لابن رشد 126/2

2- الاستذكار لابن عبد البر 20 / 41 - 42

3 - تحفة الفقهاء للسمرقندي. 25/2 وما بعدها.

على النصوص الشرعية، وعلى التطبيقات الفقهية العملية المثبتة لدخول الربا في أصناف أخرى متى وجدت علة دخولها فيها.

ثالثا - اختلاف الفقهاء في علة ربا النساء:

1. علة ربا النساء عند المالكية: إن علة ربا النسيئة: هي أحد وصفي علة ربا الفضل: إما الكيل أو الوزن المتفق ، أو الجنس المتحد¹.

قال ابن رشد " وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف، ولذلك إذا اختلفت أصنافهم جاز عندهم التفاضل دون النسيئة² .

2. علة ربا النساء عند الحنفية: نص الحنفية في كتبهم على أن العلة في ربا النساء ، هي : أحد وصفي علة ربا الفضل إما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس المتحد³ .

وقال السمرقندي " و علة الربا النساء ، هي : " وجود أحد وصفي علة ربا الفضل، و هي الكيل في المكيلات أو الوزن المتفق – أعني أن يكون ثمين أو مثنين – لأن وزن الثمن يخالف وزن المثن⁴ .

رابعا: حكمة تحريم ربا النساء:

إن حكمة تحريم ربا النسيئة: بينها ابن القيم بقوله: هي ما فيه من إرهاب المضطرين، و القضاء على عوامل الرفق والرحمة بالإنسان ، و نزع فضيلة التعاون بالناس، فإذا صارت النقود محلا للتعامل بزيادة ربوية، كالسلع العادية حالا أو نسيئة، اختلف معيار تقويم الأموال الذي ينبغي أن يكون مضبوطا لا

1- الاستذكار لابن عبد البر 20 / 275. في تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلجي.

2- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 126

3- فتح القدير لابن الهمام 5 / 379 – مختصر الطحاوي ، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي أبو جعفر ، ت أبو الوفا الأفعاني ص 75 ، ط : لجنة إحياء المعارف النعمانية – الهند – بدائع الصنائع للكسائي 5 / 183

4- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 28 . - المبسوط للسرخسي 12 / 113 . - رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) محمد أمين بن عمر عابدين ت عادل أحمد عبد الموجود. ت . علي محمد معوض . ط دار عالم الكتب ، سنة : 1423 – 2003 . 4 / 177

يرتفع و لا ينخفض، وإذا جاز ربا النسيئة في المطعومات وبيع ببعض لأجل اندفع الناس إلى هذا البيع، طمعا في الربح فيصبح وجود الطعام حالا عزيز المنال، فيقع الضرر في أقوات العالم¹

خامسا : معيار التمييز بين الجنس المتحد والمختلف :

1. الجنس المتحد و المختلف عند الحنفية:

الذي قرره علماء الحنفية كما بينا : أن بيع الجنس بجنسه متفاضلين يحرم، ويجوز التفاضل بين مختلف الجنس عندهم، إلا في لحم الطير فيجوز عندهم فيه بيع الجنس الواحد منه كالسمان، والعصافير متفاضلا، لأنه ليس مالا ربويا لخلوه من علة الطعام الربوي ، وهي خلوه من الوزن و الكيل، فلا يباع لا وزنا و لا كيلا.

و يستثنى من هذا عندهم : لحم الدجاج، و الإوز، لأن فيه علة الطعام الربوي فيوزن عادة ،ومن هنا كان حكمه تحريم بيعه متفاضلا².

وضابط الحنفية في تحديد الأجناس المتحدة من المختلفة ثلاثة أشياء:

- اختلاف الأصل: كخل التمر مع خل العنب ، و لحم البقر مع لحم الضأن.
- اختلاف المقصود: كشعر المعز وصوف الغنم، فإنه يختلف القصد من استعمال كل منهما في الصناعات.
- تغير الصفة: كالخبز مع الحنطة، إذ الخبز صار عدديا أو موزونا، والحنطة مكيلة ، و على هذه الضوابط الثلاثة: فتعتبر لحوم الإبل والبقر والغنم وألبانها أجناسا مختلفة، فيجوز التفاضل فيما بينها، و الحنطة، والشعير، و الذرة ، و نحوها أجناس مختلفة، و الخبز مع الدقيق أو الحنطة جنسان

1- القياس لابن القيم ص 114 – أعلام الموقعين عن رب العالمين ، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله ، ت مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة ، ط دار بن حزم . 2/ 122 - رد المحتار لابن عابدين 4/ 189 - فتح القدير لابن الهمام 5/ 286

2- فتح القدير لابن الهمام 5/ 297. - رد المحتار لابن عابدين 4/ 193

والشحم مع اللحم جنسان ، والزيت مع الزيتون، و المطبوخ بغير المطبوخ جنسان، لاختلاف المقصود
و الغرض منهما. و هكذا العمل لكل الأصناف حسب الضوابط المذكورة.

و دليل الحنفية في هذا و خاصة في القمح و الشعير إذ عندهم صنفان: السماع والقياس.

أما السماع فقوله عليه الصلاة و السلام: { البر بالبر و الشعير بالشعير إلا مثلاً بمثل... }¹ و وجه الاستدلال
من الحديث جعلهما صنفين.

و أما القياس : فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما و منافعهما، فوجب أن يكونا صنفين، أصله الفضة
والذهب و سائر الأشياء المختلفة في الاسم و المنفعة².

2. اتفاق الجنس واختلافه عند مالك :

يعتبر مالك القمح و الشعير و السلت (وهو نوع من الشعير ليس له قشر) صنفًا واحدًا، و أن الذرة
والدخن و الأرز صنفًا واحدًا ، و أن القطاني أو البقول ، كالفول و العدس و الحمص و شبه ذلك كله
صنف واحد، و على هذا فلا يجوز التفاضل بين القمح و الشعير، و يجوز بين القمح و الذرة، و أما اللحوم
عند مالك فهي ثلاثة أصناف: فلحم ذوات الأربع صنف، و لحم الطيور صنف، و لحم الحيتان صنف³.
و دليلهم على هذا: السماع والقياس كذلك.

أما السماع فعمل سلفهم بالمدينة، إذ عنده من أصوله اعتبار عمل أهل المدينة.

1- سبق تخريجه في ص 73 من البحث

2- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 131

3- القوانين الفقهية لابن جزي ص 253

و أما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرا من اتفاقهما في المنافع، و المتفق المنافع، لا يجوز التفاضل فيه باتفاق.¹

سادسا : حكم النساء فيما لا يدخله ربا الفضل كالحيوان بالحيوان:

الأموال التي لا يدخلها ربا الفضل كالحيوان و الثياب لا تخلوا من أحد أمرين:

إما أن تباع حالا. وإما أن تباع نسيئة:

فإذا بيعت حالا: فيجوز فيها التفاضل سواء بيعت بجنسها أو بغير جنسها. أما إذا بيعت نسيئة ففيها تفصيل:

أن تباع متساوية بغير زيادة فجائزة. وأما إذا بيعت متفاضله نسيئة فهذا محل خلاف بين العلماء: و سأورد تفصيل محل هذا الخلاف.

1. - بيع الحيوان بالحيوان :

الذي عليه الجمهور، جواز بيع حيوان بحيوانين حاضرا، سواء كان الجنس واحدا أو مختلفا باتفاق. و قد قال الإمام البغوي²: "و العمل على هذا عند أهل العلم كلهم أنه يجوز بيع حيوان بحيوانين حاضرا، سواء كان الجنس واحدا أو مختلفا"³.

و اختلف العلماء في بيع الحيوان بالحيوان و نحوه نسيئة متفاضلا، كالبعير بالبعيرين نسيئة. و ذلك على أقوال:

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 131

2- الحسين بن مسعود بن محمد، أبو محمد، ويلقب بمحيي السنة، البغوي: فقيه، محدث، مفسر. نسبته إلى (بغا) من قرى خراسان، بين هراة ومرو. من كتبه: (التهذيب) في فقه الشافعية، و (شرح السنة) في الحديث، و (لباب التأويل في معالم التنزيل) في التفسير، و (مصاييح السنة) و (الجمع بين الصحيحين). 10هـ. انظر: الأعلام، للزركلي: 259/2.

3- شرح السنة، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي أبو محمد، ت شعيب الأرناؤوط - زهير الشاويش ط: المكتب الإسلامي. ط2 سنة 1403: 73 / 8 - مواهب الجليل للحطاب 4 / 300. - نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، محمد علي الشوكاني، ت محمد صبيح بن حسن حلاق. ط دار ابن الجوزي، ط1 سنة: 1427. 230/5

القول الأول: الجواز مطلقا ، كان من جنسه أو من غير جنسه، وهو مذهب المالكية، قال صاحب مواهب الجليل: (مراده أن يبين أن ربا الفضل و النساء يدخلان في النقد و الطعام من حيث الجملة، و لا يدخلان في غيرهما من حيوان أو عروض.¹

القول الثاني: المنع مطلقا، إذا كان من جنسه نسيئة ولو متساويا، و الجواز إذا كان من غير جنسه ، وهذا مذهب الحنفية، و في رواية عن إمام أحمد، و حكي عن بعض الصحابة و التابعين².

أدلة القول الأول:

سلك أصحاب المذهب الأول في الاستدلال على قولهم أدلة كثيرة منها:

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص { أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز له جيشا فنفذت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة }³.

ووجه الاستدلال من الحديث، أنه صريح في الجواز، وإذا جاز في الواحد جاز في الإثنين⁴.

و قد نوقش هذا الحديث من حيث الاستدلال، فضعف سنده ابن القطان⁵، و الخطابي⁶، لضعف بعض رجاله و اضطرابه.

و أجاب أصحاب القول بالحديث، بأنه حديث صحيح، صححه جمع من العلماء، ومنهم من حسنه.

و قال المعارضون أيضا: أن حاجة المسلمين إلى تجهيز الجيش حالة ضرورة، ومعلوم أن مصلحة تجهيزه تربو على المفاسد في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.¹

1- مواهب الجليل للخطاب 4 / 300

2- كتاب المبسوط للسرخسي 12 / 181 – فتح القدير لابن الهمام 7 / 10 – المغني لابن قدامة 6 / 64 – 65.

3- سبق تخريجه في ص: 30 من البحث

4- المبدع في شرح المقنع ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق ،برهان الدين (المتوفى: 884هـ) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان . ط 1 سنة: 1418 هـ- 1997 م 4 / 149

5- علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان: من حفاظ الحديث ونقدته. قرطبي الأصل. من فاس. له تصانيف منها: " بيان الوهم والإيهام الواقعيين في كتاب الأحكام " ، توفي سنة 628 هـ انظر: الأعلام، للزركلي: 4/331.

6- حمد بن محمد بن إبراهيم ابن الخطاب البستي، أبو سليمان الخطابي: فقيه محدث، من أهل بست (من بلاد كابل) من نسل زيد بن الخطاب (أخي عمر بن الخطاب) له: (معالم السنن) في شرح سنن أبي داود، و (بيان إعجاز القرآن) و (إصلاح غلط المحدثين) و (غريب الحديث) توفي سنة 388 هـ انظر: الأعلام، للزركلي: 2/237.

حديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنه أنه باع بعيرا له بأربعة أبعرة مضمونة عليه بالريضة².

و حديث علي رضي الله عنه أنه باع جملا له يسمى "عصيفيرا" بعشرين بعيرا إلى أجل³.

و قد نوقش هذا الحديث في الانقطاع في سنده⁴.

حديث رافع بن خديج أنه اشترى بعيرا ببعيرين، فأعطاه أحدهما وقال: "أتيتك بالآخر غدا رهنا إن شاء الله"⁵.

و نوقشت هذه الأحاديث فقالوا: يحتمل أن تكون هذه الوقائع قبل تحريم الربا، فتكون منسوخة بأحاديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، أو أن الصحابة هؤلاء لم يبلغهم حديث النهي⁶ و أجاب أصحاب هذا القول عن هذه المناقشة:

أن دعوى النسخ لا تثبت إلا بدليل و لا دليل هنا. و أن أحاديث النهي عن بيع الحيوان نسيئة، المراد بها على فرض صحتها، أن تكون من الطرفين فتكون بيع الكالئ بالكالئ⁷.

أدلة القول الثاني:

من أدلتهم التي اعتمدوا عليها في بناء قولهم:

حديث سمرة مرفوعا أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة⁸.

و ناقشه بعضهم كالشافعي¹ حيث ضعفه، و قال البيهقي² "و أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة في غير حديث العقيقة"³.

1- تهذيب السنن، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، ت إسماعيل بن غازي مرحبا، ط دار مكتبة المعارف، ط 1 سنة: 1428 - 2007م 31/5 - زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، ت شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، ط مؤسسة الرسالة، ط 3 سنة: 1418 - 1998م. 488/3

2- أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة. معلقا

3- الموطأ كتاب البيوع باب ما يجوز في بيع الحيوان بعضه ببعض و السلف فيه، 180/2

4- نيل الأوطار للشوكاني 230/5

5- صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة، تعليقا.

6- شرح الزركشي على مختصر الخرقي 431/3

7- المبسوط للسرخسي 123/12

8- سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجارة، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة 462/3، حديث صحيح

و أجاب القائلون به، بأن هناك من أثبت سماع الحسن عن سمرة في غير حديث العقيقة ، والمثبت مقدم على النفي، فقد أثبت سماعه عن ابن المديني وهو أمير المؤمنين في علل الحديث ،و قد أثبت البخاري سماعه، لحديث العقيقة⁴.

حديث ابن عمر أن رجلا قال: { يا رسول الله: أرايت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والبختية بالإبل ؟ قال: لا بأس إذا كان يدا بيد }⁵.

و نوقش: بأن في سند هذا الحديث رجلا ضعيفا، و الضعيف لا يحتج به، و لذلك صنفه البخاري⁶. ثم لو صح فالمراد منه بيع النسيئة من الطرفين، كما قيل في حديث سمرة.

حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: { لا يصح الحيوان بالحيوان اثنان بواحد نسيئة، ولا بأس به يدا بيد }⁷. و نوقش: بأن في سنده رجلين مدلسين⁸

حديث أسامة مرفوعا: { لا ربا إلا في النسيئة }⁹. ووجه الاستدلال من الحديث، أنه نص عام لم يفرق بين بيع وغيره فيدخل فيه الحيوان.

و نوقش هذا الحديث ، بأن المقصود منه: أشد الربا ربا النسيئة، و لذا لم تمنع دلالة الحصر فيه الربا في ربا الفضل الحال.

1- محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبد الله: أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. له تصانيف كثيرة، أشهرها كتاب (الأم) في الفقه، و (المسند) في الحديث، و (أحكام القرآن) و (السنن) و (الرسالة) في أصول الفقه. توفي سنة 204هـ. انظر: الأعلام، للزركلي: 26/6.

2- أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر: من أئمة الحديث. ولد في خسروجرد (من قرى بهق، بنيسابور) قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي فضل عليه غير البهقي، فان له المنة والفضل على الشافعي، لكثرة تصانيفه في نصرته مذهبه، وبسط موجزه وتأيد آرائه. وقال الذهبي: لو شاء البهقي أن يعمل لنفسه مذهبا يجتهد فيه لكان قادرا على ذلك لسعة علومه ومعرفته بالاختلاف. من تصانيفه: (السنن الكبرى)، و (السنن الصغرى) و (المعارف) و (الأسماء والصفات) و (دلائل النبوة). توفي سنة 458. انظر: الأعلام، للزركلي: 116/1

3- حديث العقيقة أخرجه أحمد و أصحاب السنن الأربعة في مسنده 17 / 5 - طرح التقريب في شرح التقريب 204 / 5

4- تهذيب التهذيب لابن حجر 269 / 2

5- المسند للإمام أحمد ، مسند عبد الله بن عمر ، 124 / 10

6- نصب الراية للزيلعي 48 / 4

7- رواه ابن ماجه في سننه. كتاب التجارات 2 / 763 رقم (2271) قال الترمذي حسن صحيح

8- نيل الأوطار للشوكاني 5 / 231 .

9- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ الألباني. 188/5 .

وقال الحنفية في الاستدلال بهذا: " ولنا أنه مال الربا نظرا إلى القدر أو الجنس ، و عرف أن النقدية أوجبت فضلا في المالية، حتى تصور في البيع بالحال بأنقص منه في التوجل، فتحقق بوجوده شبهة علة الربا، فتثبت شبهة الربا ، و شبهة الربا مانعة كحقيقة الربا بالإجماع، على منع بيع الأموال الربوية مجازفة وإن ظن التساوي، و تماثلت الصورتان في الرؤية، و ليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل، بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك متساويين لم يجز عندنا أيضا خلافا لزفر، وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا"¹.

القول الثالث: وهو قول الإمام مالك في الموطأ، يجوز التفاضل في الحيوان، و العبد، و نحوه حالا، ونسيئة، بشرط أن تختلف في صفاتها، و نفعها، كالنجابة، و الفصاحة، ونحوها، فإن اتفقت في الصفات حرم التفاضل و إن اختلف الجنس².

و دليل مالك في المسألة قوله " إذا اتفقت الصفات و الأغراض و المقاصد في المبيع لم يبق مبرر للزيادة، إذ الزيادة مع اتفاق الصفات ظلم، جاءت النصوص بتحريمه ،ومن حكم تحريم الربا تحريم الظلم الذي يتضمنه، و هذا منه.

2. مسألة بيع الحيوان المذبوح بالصحيح:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

الأول: المنع مطلقا: وهو: قول الشافعي، و الليث³.

الثاني: الجواز في الأجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل، و لا يجوز في المتفقة، لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل، و ذلك في التي المقصود منها الأكل. وهذا قول مالك، إذ عنده لا يجوز شاة مذبوحة

1 -شرح فتح القدير لابن الهمام 12 / 7 . -بدائع الصنائع للكساني . 187 / 5

2 - شرح الزرقاني على الموطأ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى ، ت عبد الرؤوف سعد ، ط مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة ، ط 1 سنة : 1424 هـ - 2003 م. 325 / 3 – المنتقى للباجي 158 / 2

3- الليث بن سعد عبد الرحمن الفهري: بالولاء، أبو الحارث: إمام أهل مصر في عصره، حديثا وفقها. قال الإمام الشافعي: الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به. أخباره كثيرة، وله تصانيف. ولابن حجر العسقلاني، كتاب " الرحمة الغيثية في الترجمة الليثية " في سيرته. توفي سنة 175 هـ. انظر: الأعلام، للزركلي: 248/5.

بشاة تراد للأكل، و ذلك عنده في الحيوان المأكول، حتى إنه لا يجيز الحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما. فامتناع ذلك عنده من جهة الربا و المزابنة.

الثالث : الجواز مطلقا : وهو قول الحنفية .¹

✓ سبب الخلاف:

سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، هو مخالفة الأصول في هذا الباب لموسى بن سعيد بن المسيب²، وذلك أن مالكاً روى عن زيد بن أسلم³ عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ " نهى عن بيع الحيوان باللحم"⁴.

فمن لم ير معارضة هذا الحديث الأصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به، و من رأى أن الأصول معارضة له، وجب عليه أحد أمرين:

إما أن يغلب الحديث، فيجعله أصلاً زائداً بنفسه، أو يردده لمكان معارضة الأصول له، فالشافعي غلب الحديث، وأبو حنيفة غلب الأصل، و مالك رده إلى أصوله في البيوع، فجعل البيع فيه من باب الربا⁵.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة:

الذي اختاره الحافظ في المسألة قول مالك فيها حيث قال : " لا أعلم حديث النبي عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي صلى الله عليه و سلم من وجه ثابت، و أحسن أسانيده مسند سعيد بن المسيب على ما ذكره مالك في موطنه"¹.

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 132 (بتصرف)

2- سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد (13هـ - 94 هـ) : سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، وكان يعيش من التجارة بالزيت، لا يأخذ عطاء. وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته، حتى سعي راوية عمر. توفي بالمدينة. انظر ترجمته في: الأعلام، للزركلي: 102/3؛ طبقات ابن سعد: 88/5 والوفيات 1: 206.

3- زيد بن أسلم العدوي العمري، مولاهم : فقيه مفسر، من أهل المدينة. كان مع عمر بن عبد العزيز أيام خلافته. واستقدمه الوليد بن يزيد، في جماعة من فقهاء المدينة، إلى دمشق، مستفتياً في أمر. وكان ثقة، كثير الحديث، له حلقة في المسجد النبوي. وله كتاب في (التفسير) رواه عنه ولده عبد الرحمن. توفي سنة 136هـ. انظر: الأعلام، للزركلي: 56/3-57.

4- رواه مالك في الموطأ كتاب البيوع باب بيع الحيوان باللحم ، 2 / 183 . حسنه الشيخ الألباني .

5- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 132 – 133 (بتصرف)

وهذا يكون الحافظ ابن عبد البر حسم المسألة، باختياره لما ذهب إليه مالك في عدم جواز بيع الحيوان باللحم، وأن الأحاديث الواردة في الباب لا تتصل بالنبي صلى الله عليهم وسلم ، وأجودها طرقاً، مسندة.

✓ اختيار الإمام السمرقندي في المسألة:

لم يتطرق لهذه المسألة عند حديثه عن ربا الفضل وربا النساء. وساق أمثلة تبين الفرق بين علة ربا النساء وربا الفضل، عند الحنفية مقارنة بالشافعية.

✓ تعليق ومقارنة:

من خلال مناقشة هذه المسألة يتضح التباين الحاصل بين المذهبين، المالكية والحنفية، تبعاً لذلك تباينت مواقف الإمامين، الحافظ ابن عبد البر والسمرقندي، فكل منهما اختار ما ترجح في مذهبه، وإن كان الإمام السمرقندي لم يتطرق للمسألة، لكن سكوته يدل على الأخذ بقول الحنفية، الذي يجيز بيع الحيوان باللحم، بينما الحافظ ابن عبد البر، لم يكتفي بالموافقة لما عليه مذهبه، بل ناقش الأدلة الواردة في الباب، وحكم عليها بالقطع، وأن أجودها طرقاً مسندة فقط، وبالتالي قول مالك أقوى لديه من غيره في مسألة بيع الحيوان باللحم، ولذلك اختاره وأقره.

الفصل الثاني : أحكام الخيار والبيع الفاسدة بين ابن عبد البر والسمرقندي .

يعتبر الخيار في البيع من محاسن الشريعة الإسلامية ، إذ قد يقع البيع بغتة من غير تفكير ولا تأمل ، ولا نظر في القيمة والسلعة ، فيندم أحد المتبايعين أو كلاهما. من أجل ذلك أعطى الإسلام فرصة للتروي تسمى الخيار ، يتمكن من خلالها المتبايعان من اختيار ما يصلح وما يناسب من إمضاء البيع أو فسخه وهذا ما سأتناوله في المبحث الأول.

كما نص الشارع على تحريم نوع من البيوع والنهي عنها، حفاظا على سير المنظومة المعاملاتية بين الناس، كما أراد الشرع الحكيم . قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله كل بيع فالأصل فيه الجواز، إلا ما تعلّق به ضرب من ضروب المنع. وفساد البيع يكون بوجوه:

- ✓ منها ما يرجع إلى المبيع،
- ✓ ومنها ما يرجع إلى الثمن،
- ✓ ومنها ما يرجع إلى المتعاقدين،
- ✓ ومنها ما يرجع إلى صفة العقد،
- ✓ ومنها ما يرجع إلى الحال التي وقع فيها البيع

وربما انفرد بعض هذه الأقسام بنفسه وربما تداخلت. وهذا موضوع المبحث الثاني.

المبحث الأول : موقف ابن عبد البر والسمرقندي من بيع الخيار

يعتبر الخيار مستثنى من بيع الغرر الممنوع ، بناء على أن بيع الخيار رخصة كما قال ابن عرفة ، وقال المازري¹ في كونه رخصة لاستثنائه من الغرر و حجر المبيع خلاف.

والخيار لغة : جاء في القاموس المحيط: الخيار اسم مصدر من كلمة الاختيار² وجاء في تاج العروس : " اختار الشيء: انتقاه و اصطفاه، وانحياز الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع أو فسخه³، وفي الحديث : " البيعان بالخيار ما لم يفترقا"⁴. وفي لسان العرب: " و الاختيار الاصطفاء، وكذلك التخيير، وفي البستان: تخير الشيء اصطفاه و انتقاه، اختاره من القوم، اصطفاه من بينهم، و الخيار بالكسر، الاسم من الاختيار و منه خيار البيع غيره عند الفقهاء"⁵. وفي أقرب الموارد: " تخير الشيء : انتقاه و اصطفاه بمعنى استبقاه و ذخره. اختاره من الرجال اختياراً: انتقاه و اصطفاه من بينهم، و الخيار بالكسر الاسم من الاختيار"⁶.

أما اصطلاحاً ، فالخيار أنواع كثيرة، أهمها خيار الشرط وخيار المجلس وهو موضوع (المطلب الأول) إضافة إلى خيار الرؤية وخيار العيب وهذا ما سأحدث عنه في (المطلب الثاني).

1- محمد بن علي بن عمر التميمي المازري بفتح الزاي عند الأكثر، وجوز كسرهما جماعة ، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية. نسبته إلى (مازر) (Mazzara) بجزيرة صقلية، ووفاته بالمهدية، سنة 536هـ، له (المعلم بفوائد مسلم) و (التلقين) في الفروع، و(الكشف والإنباء) في الرد على الإحياء للغزالي، و (إيضاح المحصول في الأصول)، ينظر: لحظ الألفاظ، للأصفهاني: 52/1: وفيات الأعيان، لابن خلكان: 485/4: أزهار الرياض: 16/3.

2- القاموس المحيط للفيروز آبادي ص 350

3- تاج العروس للزبيدي 3 / 194 . 195

4 صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ، رقم 2079

5- لسان العرب لابن منظور 4 / 2670

6- أقارب الموارد في فصح العربية والشوارد ، سعيد بن عبد الله الشرتوني 1 / 311

المطلب الأول : خيار الشرط وخيار المجلس .

سأعرض في هذا المطلب إلى خيار الشرط (أولا) وخيار المجلس (ثانيا).

أولا : خيار الشرط

للإحاطة ما أمكن بأحكام خيار الشرط سأتناوله من خلال النقاط التالية:

1- مفهوم خيار الشرط:

تعريف المالكية: يطلقون عليه خيار الشرط، و يقال له خيار التروي عند المالكية، فهو الذي ينصرف له الذهن عند الإطلاق.

و حقيقته: " أن يشترط أحد المتبايعين شيئا على أن له الخيار مدة معلومة، و إن طالت إن شاء أنفذ البيع في هذه المدة و إن شاء ألغاه ، و يجوز هذا الشرط للمتعاقدين معا، و لأحدهما إذا اشترطه"¹.

تعريف الحنفية: قال ابن عابدين² في تعريف خيار الشرط: " خيار الشرط مركب إضافي، صار علما في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيارات، بين الإمضاء و الفسخ"³.

2- حكم خيار الشرط:

اتفق الجمهور على جواز الخيار⁴. قال صاحب مختصر القدوري: " خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري"⁵.

1- بداية المجتهد لابن رشد 911 / 1

2- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده ووفاته في دمشق. له (رد المحتار على الدر المختار) في الفقه، يعرف بحاشية ابن عابدين. و (رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار) و (نسبات الأسحار على شرح المنار) في الأصول. توفي سنة 1252هـ. انظر: الأعلام، للزركلي: 42/6.

3- رد المحتار لابن عابدين 109 / 07

4- بداية المجتهد لابن رشد 200 / 2

5- مختصر القدوري في الفقه الحنفي ، ص 80

دليل الجمهور: و عمدتهم في قولهم هذا¹ حديث حيان بن منقذ ، وفيه { و لك الخيار ثلاثا }² ، و كذا ما روي في حديث ابن عمر: { البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار }³ ، وقال ابن رشد الجد في المقدمات: " إن العلة في إجازة البيع على الخيار، حاجة الناس إلى المشورة فيه ، و إلى الاختيار، و كل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر، فجاز اشتراط كل واحد منهما له.

و يقترب البيع في ذلك من النكاح، و إن كان الرجل والمرأة قد يحتاجان إلى أن يختبر كل واحد منهما الآخر، وأن ينظرا إن كانا يصلحان لبعضهما أو لا، وأن يستشيرا في أمر بعضهما أكثر ما يحتاجان إليه في السلعة التي يتبايعان فيها، فالفرق أن البيع طريقه المكايسة والمتاجرة، و النكاح طريقه المكارمة والوصلة، فافترق لذلك موضعهما"⁴.

و قال الونشريسي في عدة البروق (أن البيع مبني على المكايسة : فشرع الخيار فيه ليلا يدخل الغبن فيه على أحد من المتبايعين ، والنكاح مبني على الوصلة، فلا يحتاج فيه إلى الخيار).⁵

3- مدة الخيار:

اتفق على جواز اشتراط الخيار في البيع ثلاثة أيام⁶

قال في الهداية: " خيار الشرط جائز في البيع للبائع و المشتري ، و لهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها"⁷

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 200

2- أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع رقم 2117 - و مسلم في كتاب البيوع . باب من يخدع في البيع رقم 1533

3- أخرجه البخاري. كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا رقم 2111 و مسلم كتاب البيوع . باب ثبوت خيار المجلس المتبايعان 31 15

4- المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 86

5- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ، ت حمزة أبو فارس ، ط دار الغرب الإسلامي ، ط 1410 هـ . 1990 م . ص 227

6- الهداية في شرح بداية المبتدي ، علي بن أبي بكر برهان الدين المرغناني، ت طلال يوسف ، ط دار إحياء التراث العربي . 3 / 949 . - فتح القدير لابن الهمام 6 / 276 . - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1099

7- الهداية للمرغناني 3 / 949

و جاء في كنز الدقائق : "صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام أو أقل ، ولو أكثر لا ، فإن أجاز في الثلاث صح ، ولو باع على أنه إن لم ينفذ الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح ، وإلى أربعة لا . فإن نفذ في الثلاث صح"¹.

و جاء في مختصر القدوري : " و لهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها ، ولا يجوز أكثر من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله ، يجوز إذا كان لأحدهما مدة معلومة "².

و قال ابن رشد في بداية المجتهد: (قال الشافعي و أبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام ، لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد و أبو يوسف و محمد ابن الحسن : يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، و به قال داود ³ .

و أما المالكية ، فرأوا في مدة الخيار : أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه ، و أنه إنما يتقدر بقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، و ذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات ، فقال مالك : مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة أيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار . و بالجملة ، فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع ⁴ جاء في الذخيرة : "تحرير المذهب أن الخيار يشترط بحسب الحاجة في كل مبيع على حسبه "⁵.

وقال في كفاية الاختيار : "أما خيار الشرط فإنه يصح بالسنة والإجماع ، بشرط أن لا يزيد على ثلاثة أيام ، فإن زاد بطل البيع ، ويجوز دون الثلاثة "⁶ . و قال في المغني " و الخيار يجوز أكثر من ثلاثة ، و يجوز الخيار ما يتفقان عليه في المدة المعلومة ، قلت مدته أو أكثر "⁷.

1- كنز الدقائق أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمد حافظ الدين النسفي ، ت سائد بكداش ، ط دار البشائر الإسلامية دار السراج ، ط 1 سنة 1432 هـ . م 5/6

2- مختصر القدوري ص 80

3- بداية المجتهد لابن رشد 200 / 2

4- المصدر نفسه 200 / 2 - حاشية الدسوقي للرددير 91 / 3 - 92

5- الذخيرة للقرافي 24 / 5

6- كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني ، تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829 هـ) المحقق علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان الناشر : دار الخير - دمشق الطبعة : الأولى ، 1994 ، ص 294

7- المغني 382 / 5

وحجة الجمهور ما رواه أنس رضي الله عنه: { أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع، وكان في عقدته ضعف، فأتى أهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله أحجر على فلان، فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه ونهاه، فقال: يا نبي الله، إني لا أصبر على البيع: فقال: إن كنت غير تارك البيع، فقل لها وها ولا خلاصة¹.

و في رواية ابن عمر قال: { قال له النبي صلى الله عليه وسلم: بايع وقل لا خلاصة² ثم أنت بالخيار ثلاثا }
3.

واستدل المالكية على قولهم بعدم اشتراط مدة للخيار محددة بأدلة منها:

قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر "إلا بيع الخيار" ووجه الاستدلال: أن الحديث مطلق لم يقيد الخيار بمدة محددة.

حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المسلمون على شروطهم"⁴
القياس على الرد بالعيب، لأنه خيار يستحق به الرد، فلم يقف على ثلاثة أيام في خيار الرد بالعيب.

الحاجة تدعو إلى هذه المدة، بقيام اختيار المبيع ثلاثة أيام.

وكذا قولهم، إن الخيار وضع لتأمل المبيع واختياره، واستدراك المصلحة في ذلك، فيجب أن تختلف مدته باختلاف أحوال المبيعات واختيارها، وألا تقف على مدة محصورة، بل تعلق بما يمكن هدفه، تحصيلاً لمقصود الشرع، وحصره في مدة محددة لإبطال لفائده. لأنه لا يجوز أن يكون موضوعاً لمعناه، مستثناً من الغرر لأجله، ثم يكون محصوراً بمدة، لاستفاد بها ما أردت لأجله.

1- أخرجه أبو داود في سننه كتاب الإجارة، باب في الرجل يقول في البيع لا خلاصة، 3/ 494، صحيح

2- الخلاصة مصدر خلبت الرجل إذا خدعته. (معالم السنن، للخطابي: 138/3).

3- سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله 4/ 34. حسنه الشيخ الألباني.

4- أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية باب في الصلح، 4/ 16. صححه الشيخ الألباني. في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. 157/5

و المراعى في تحديد أمد مدة الخيار : اختلافه بين مبيع وآخر ، وهو ما تحتاج إليه في الاختيار باختلاف أحواله مع مراعاة إسراع التغير إليه و إبطائه عنه¹.

ناقش المالكية دليل الجمهور فقالوا : إن التحديد بثلاثة أيام الوارد في الحديث في الذي يخدع في البيوع ، إنما ورد للتنبيه على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به الخاص².

4- مدة الخيار عند المالكية حسب أنواع المبيعات :

العقار: وهو الأرض و ما يتصل بها من بناء أو شجر ، و تكون أقصى مدة الخيار فيه ستة وثلاثين يوما لا أكثر ، وعلّة هذا التحديد ، أنها يؤمن عليها التغير ، فلا يسرع إليها ، و لا تحتاج إلى الاختبار³.
الدواب : ومنتهى مدة الخيار فيها خمسة أيام ، وعلّة هذا التضييق والتحديد ، إسراع التغير إليها ، و أن اختبارها والعلم بما هي عليه من أحوالها يحصل في هذه المدة ، إذ هي ليست من ذوي الميز الذي يخشى منها أن تستر ما فيها من الأخلاق الذميمة ، و العيوب التي تزهد فيها ، وتستعمل ما يرغب فيها من أجله⁴.
العروض : و ذلك كالثياب ، فمنتهى مدة الخيار فيه خمسة أيام ، و هي مدة موسعة لا تضييق فيها ، وعلّة هذا التحديد أنها لا يسرع إليها التغير في هذه المدة⁵.

5- حكم الخيار أكثر من ثلاثة أيام :

مما سبق يتبين أن طائفة العلماء مقسمون إلى ثلاث فرق : الحنفية والشافعية : القائلين بعدم جواز الخيار أكثر من ثلاثة أيام.

1- المقدمات الممهّدات لابن رشد الجد 88-87/2 - المنتقى للباي 56/5 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1044

2 بداية المجتهد لابن رشد الحفيد 201/2.

3- المقدمات الممهّدات لابن رشد الجد 88/2

4- المنتقى للباي 56/5 - المقدمات الممهّدات لابن رشد الجد 87/2

5- المصدر نفسه 56/5 - المصدر نفسه 88/2

و الملكية : وقد ذهبوا إلى جواز اشتراط الخيار على قدر الحاجة، و كل مبيع بحسبه ،فاختلاف أجناس المبيعات هي التي تحدد مدة الخيار.

و الحنابلة : قالوا بجواز خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام، ما دام أن المدة معلومة عند المتعاقدين ،لأن شرعية الخيار شرعت للحاجة، و الحاجة قد تدعوا إلى أكثر، و لا ينافي الخيار مقتضى البيع، لأن مقتضى البيع نقل الملك، و الخيار لا ينفيه.¹

6- بيان من يثبت له الخيار:

يجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ، و يجوز لأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشترط لأحدهما مدة، و للآخر دونها ، لأن ذلك حقهما، و إنما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا فيه جاز ، و لو اشترى بشيئين ،و شرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح ، لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار، و مبيع لا خيار فيه، و ذلك جائز في القياس على شراء ما فيه شفعة بمالا شفعة فيه، فإنه يصح و يجعل كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن، فإن فسخ البيع مما فيه الخيار رجع لقسطه من الثمن، كما لو وجد أحدهما معيبا فرده.²

7- حكم ملكية المبيع في فترة الخيار:

اختلف الفقهاء في ذلك: فقال مالك و أصحابه مصيبته من البائع و المشتري أمين، و سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، و قد قيل في المذهب أنه إن كان ملك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان ملك بيد المشتري، فالحكم كالحكم في الرهن والعارية، وإن كان مما يغاب عليه فضمانه منه، و إن كان مما لا يغاب عليه، فضمانه من البائع.

1- شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي 6/ 776 - الذخيرة للقرافي 4 / 255

2- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1042 . - الهداية للمرغيباني 3 / 955

و قيل :إن ملكية المبيع بالخيار تكون في زمن الخيار للبائع ، سواء كان الخيار لأحد المتابعين أو لغيرهما ، وهذا هو المعتمد ، بدليل الاستصحاب في ملك البائع ، لأن الملك إنما ينتقل لحصول التبايع المحقق ، وذلك يكون بالإيجاب المحقق والقبول المحقق ، فالعقد بالخيار ليس بناقل للملكية ، حتى يتصل به الإمضاء ، وعليه ، فالإمضاء نقل للمبيع من ملك البائع لملك المشتري ، وهذا لا يتحقق في الخيار ، لأنه مشروط بشرط يقع في المستقبل وهو الرضا به أو فسخه ، فعلى ذلك فإنه عقد غير لازم¹ .

و قال أبو حنيفة ، إن كان شرط الخيار لكليهما ، أو للبائع وحده ، فضمنانه من البائع ، و المبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشتري وحده ، فقد خرج المبيع عن ملك البائع ، و لم يدخل في ملك المشتري ، و يبقى معلقا حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن ، و هذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري² .

جاء في مختصر القدوري³ : " و خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه ، فإن قبضه المشتري فملك في يده ضمنه بالقيمة ، و خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع ، إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، و قال رحمهما الله يملكه ، فإن ملك في يده هلك بالثمن ، و كذلك إن دخله عيب"⁴ .

و جاء في كنز الدقائق : (و خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، و يقبض المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ، يملكه بالقيمة ، و خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك المشتري ، و لا يملكه المشتري بقبضه ، أي المبيع الذي فيه خيار المشتري يملك بالثمن ، كتعيبه في يد المشتري)⁵ .

1 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 201

2 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1044 - الذخيرة 5 للقرافي / 31 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 201 .

3 - أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري : فقيه حنفي . ولد ومات في بغداد . انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق . وصنف المختصر المعروف باسمه (مختصر القدوري) في فقه الحنفية . ومن كتبه (التجريد) يشتمل على الخلاف بين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه ، توفي سنة 428 هـ . انظر : الأعلام ، للزركلي : 1 / 212 .

4 - مختصر القدوري ص 8 .

5 - كنز الدقائق لإمام النسفي ص : 411

✓ اختيار ابن عبد البر في المسألة¹:

و الذي اختاره و رجحه الحافظ ابن عبد البر في مسائل مدة الخيار، مذهب القائلين بأن مدة الخيار ثلاثة أيام، فقال: " حد الخيار ثلاث، مذكور في حديث المصرة"². و الحديث رواه عبيد الله بن عمر³ و غيره، عن أبي الزناد⁴، عن الأعرج⁵، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم، و رواه هشام⁶ عن ابن سيرين⁷، عن أبي هريرة رضي الله عنه: { أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: من اشترى شاة مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام }⁸.

و من حديث نافع عن ابن عمر: { أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: لرجل و كان يخدع في البيوع، إذا بعث فقل لا خلافة، و أنت بالخيار ثلاثة أيام }⁹. و بقول ابن عبد البر و أدلته يكون قد خالف ما عليه مالك في أن الشرط في الخيار مقدر حسب المبيع كل بمدته، بحسب سرعة فساده و عدمه.

✓ اختيار السمرقندي:

الذي اختاره و رجحه السمرقندي في مسائل خيار الشرط، أن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم، بل هو موقوف إلى وقت سقوط الخيار، خلافا للشافعي في أحد أقواله.

1 - الاستذكار لابن عبد البر 211 / 20.

2 - المصدر نفسه 251 / 20.

3 - عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم ابن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب العدوي المدني، أبو عثمان: أحد الفقهاء السبعة والعلماء الأثبات بالمدينة. كان من ساداتها ومن أشرف قريش فضلا وعلما وشرفا وحفظا. توفي بالمدينة سنة 37 هـ (الأعلام: 4/195).

4 - عبد الله بن ذكوان القرشي المدني: محدث، من كبارهم. قال الليث: رأيت أبا الزناد وخلفه ثلاث منة تابع، من طالب فقه وعلم وشعر وصرف. وكان سفيان يسميه أمير المؤمنين في الحديث. وكان يغضب إذا قيل له " أبو الزناد " ويكتني ب أبي عبد الرحمن. الأعرج. توفي سنة 131 هـ (الأعلام: 4/85).

5 - عبد الرحمن بن هرمز، أبو داود، من موالى بني هشام، عرف بالأعرج: حافظ، قارئ، من أهل المدينة. أدرك أبا هريرة وأخذ عنه. وهو أول من برز في القرآن والسنن. وكان خيرا بأنساب العرب، وافر العلم، ثقة. مات بالاسكندرية سنة 117 هـ (الأعلام: 3/340).

6 - هشام بن حسان الأزدي، أبو عبد الله، القردوسي: محدث. من أهل البصرة. كان يكتب حديثه. وهو من المكثرين عن الحسن البصري، توفي سنة 147 هـ (الأعلام، للزركلي: 8/85).

7 - محمد بن سيرين البصري، إمام وقته في علوم الدين بالبصرة، تابعي، من أشرف الكتاب. مولده ووفاته في البصرة. نشأ بزازا، في أذنه صمم. وتفقه وروى الحديث، واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا. توفي سنة 110 هـ (الأعلام، للزركلي: 6/154).

8 - صحيح مسلم. كتاب البيوع. باب حكم بيع المصرة. رقم 1524.

9 - سبق تخريجه في ص 105 من البحث

قال في التحفة: "و الصحيح قولنا ،لأن خيار الشرط شرع لدفع الغبن، بحديث حبان بن منقذ¹ ، وذلك لا يحصل إلا بما ذكرنا ،فإن المبيع إذا كان قريبه يعتق عليه لو ثبت الملك فلا يحصل الغرض"².

وكذا إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين، فهل العقد ينعقد في حكم حق من له الخيار، خلاف في المسألة، قال أبو حنيفة ينعقد، ولأبي يوسف ومحمد لا ينعقد، ورجح السمرقندي قول أبي حنيفة، فقال: "والصحيح قول أبي حنيفة، لأن خيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملكه، ويمنع من استحقاق الثمن عليه، ولو قلنا إنه يملك المبيع، كان فيه جمع بين البذل والمبدل في ملك رجل واحد، في عقد المبادلة، وهذا لا يجوز"³.

✓ تعليق ومقارنة :

ذهب السمرقندي في اختياراته إلى القول بأن البيع على شرط الخيار لا ينعقد موافقا في ذلك ما عليه مذهبه ، كما رجح قول أبي حنيفة في الخيار إذا كان لأحد المتعاقدين على قول أبي يوسف . وأما الإمام ابن عبد البر، فقد رجح في المسألة أن الخيار يكون بثلاثة أيام، مخالفا بذلك ما عليه مالك في أن الشرط في الخيار مقدر حسب المبيع كل بمدته . مما يدل على أن الحافظ رحمه الله، يناقش الأدلة ويرجح بعضها على بعض، ويقرر ما ترجح لديه، سواء وافق المذهب أو خالفه، ففوة الدليل معتبرة لديه، ولها عبرة عند الترجيح والتقرير والاختيار.

1- حبان بفتح الحاء والباء الموحدة المشددة وآخره نون. وهو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء الأنصاري الخزرجي المازني له صحبة، وشهد أحدا وما بعدها، وهو الذي قال له النبي ﷺ: إذا بعث فقل: لا خلافة، وكان في لسانه ثقل، فإذا اشترى يقول: لا خيابة، لأنه كان يخدع في البيع، لضعف في عقله، وتوفي في خلافة عثمان. انظر: أسد الغابة: 1/666.

2- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 76

3- المصدر نفسه 2 / 77

ثانيا : خيار المجلس:

1- مفهومه: وهو بكسر اللام موضع الجلوس، و المراد به مكان التبايع¹. وتؤطره الأحكام التالية:

2- حكم ثبوت خيار المجلس:

اختلف العلماء في ثبوت خيار المجلس على قولين:

الأول: أن خيار المجلس لا يثبت، وإنما يلزم عقد البيع بالإيجاب والقبول، وهذا مذهب المالكية والحنفية². جاء في المعونة: "خيار المجلس غير ثابت، والعقد بالقول لازم"³. وجاء في شرح فتح القدير: "وإذا حصل الإيجاب والقبول تم البيع ولزم، وليس لواحد من المتعاقدين الخيار إلا من عيب أو عدم رؤيته"⁴.

دليلهم: احتج أصحاب هذا القول بالأدلة التالية:

أ - قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }⁵ ووجه الاستدلال أن الأمر للوجوب المنافي للخيار، فهذه الآية قررت أصلا من أصول الشريعة، وهو أن مقصد الشارع من العقود تمامها، وبذلك صار ما قرره عند مالك على خبر الآحاد، فلذلك لم يأخذ مالك بحديث ابن عمر⁶.

ب : قوله تعالى: {وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ }⁷.

1 - المبدع في شرح المفتاح ص 64

2 - بدائع الصنائع للكساني 4 / 19 3 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1047 .

3 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 1043

4 - شرح القدير 6 / 238

5 - سورة المائدة الآية 1

6 - التحرير و التنوير للطاهر بن عاشور 5 / 11 - الفروق للقرافي 3 / 1061

7 - سورة البقرة الآية 282

ووجه الاستدلال من الآية أنها أمرت بالتوثق في الشهادة حتى لا يقع التجاحد بالبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب و القبول، فلو ثبت الخيار و عدم اللزوم قبله كان إبطالاً لهذه النصوص¹.

ج - حديث ابن عمر: ﷺ "البيعان بالخيار ما لم يفترقا"²

فقد تأوله الأحناف في مرحلة ما قبل العقد، و معناه المساومات قبل العقد، إن شاء أتم العقد، و إن شاء لم يعقده³.

و كذا قولهم (ما لم يفترقا)، أن أصل الافتراق يكون في الأجسام، و يستعمل مجازاً في الأقوال، نحو قوله تعالى: {وإن يفترقا يغن الله كلا من سعته }⁴.

و قوله صلى الله عليه و سلم: {إن بني إسرائيل افترت على إحدى وسبعين وإن أمتي ستفترق...}⁵ أي بالأقوال والاعتقادات، وإن حملنا المتبايعين على من تقدم منه البيع، كان مجازاً، كتسمية الخبز برا، فيكون الحديث مجملاً، فيسقط الاستدلال، و يترجح المجاز لكونه مقصوداً بالقياس والقواعد⁶.

و أما الحديث الذي يقول فيه الرسول صلى الله عليه و سلم: { المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار }⁷.

فقد أخرجه مالك في موطنه، و لكنه لم يأخذ به، و اختلف في الدليل الذي أخذ به ، فقال ابن رشد الجد ومن سار على دربه : إنما أخذ بدليل عمل أهل المدينة المستمر إلى عهده بلزوم البيع، بوجود الإيجاب

1 - شرح فتح القدير لابن الهمام 239 / 6

2 - سبق تخريجه في ص 103 من البحث

3 - شرح فتح القدير لابن الهمام 39 / 6 - الفروق للقرافي 3 / 1059

4 - سورة النساء الآية 130

5 - أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب الفتن باب افتراق الأمم ، 5 / 472 حديث صحيح

6 - الفروق للقرافي 3 / 1060

7 - أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا رقم 2111.

والقبول، أي: ولا تأثير للمجلس والتفرق عنه في الخيار. قال الإمام مالك بعد ذكر الحديث (وليس هذا عندنا معروف ولا أمر معمول به¹).

و مثله نقله سحنون² عن ابن القاسم³ عن الإمام مالك في المدونة، و قال في آخره: (به فيه).⁴ أي: إن خيار المجلس لم يكن معمولاً به في المدينة المنورة على عهد، و ثبت عنده أن عدم العمل به مستمر في المدينة المنورة، و متصل إلى عهد النبي صلى الله عليه و سلم، و نقل سحنون عن أشهب قوله: " الذي اجتمع عليه أهل العلم من أهل الحجاز أن البائعين إذا أوجبا البيع بينهما قد لزم، و لا خيار لواحد منهما، إلا أن يكون اشترط الخيار أحدهما، فيكون ذلك المشتراط على الخيار على صاحبه، و ليس العمل على الحديث الذي جاء، البيعان بالخيار ما لم يفترقا"⁵.

و قال القاضي عياض: عمل معظم السلف و أهل المدينة بخلافه أقوى متمسك في المسألة⁶.

ووجه تقديم عمل أهل المدينة على الحديث، أنه تعارض لديه العمل و الحديث، ولما كان عمل أهل المدينة طريقه النقل المتواتر وهو قطعي الثبوت، و الحديث طريقه نقل الآحاد وهو ظني الثبوت، فقد قدم الإمام مالك العمل على الحديث لأنه أقوى، لأن ما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل بعهد النبي صلى الله عليه و سلم مقدم عنده على أخبار الآحاد العدول، لأن المدينة المنورة دار النبي صلى الله عليه و سلم، و بها

1 - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 194

2- سحنون عبد السلام بن سعيد التنوخي الحمصي الأصل، أبو سعيد المغربي القيرواني المالكي، من مقدمي فقهاء المالكية الأعلام، ولي القضاء بالقيروان، ورحل إلى مصر في حياة مالك، ولم يتصل به لفقره. قال: "لحى الله الفقر لولاه لأدركت مالكا، من مصنفاته: "المدونة الكبرى"، توفي سنة 240هـ. انظر: ترتيب المدارك: 45؛ الديباج: 160؛ شجرة النور الزكية: 69.

3- عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، أبو عبد الله، ويعرف بابن القاسم: فقيه، جمع بين الزهد والعلم. وتفقه بالإمام مالك ونظرائه. مولده ووفاته بمصر. له (المدونة - ط) ستة عشر جزءا، وهي من أجل كتب المالكية، رواها عن الإمام مالك. توفي سنة 191هـ. ((الأعلام، للزركلي: 32/3)).

4 - المدونة الكبرى لسحنون 3 / 234

5 - المصدر نفسه 3 / 234

6 - مكمل إكمال الإكمال يوسف السنوسي الحسني 5 / 350

توفي، وأصحابه متوافرون، فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على خلاف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا وقد علموا أحد أمرين فيه:

إما أنه منسوخ، وهذا قول أشهب، واستدل على هذا بما روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {المسلمون على شروطهم}¹ أي قبل التفرق وبعده. أو أنهم صرفوه عن ظاهره وتأولوه².

الثاني: وهو قولهم إذا تم العقد بالإيجاب والقبول، فلكل واحد من المتعاقدين الخيار في فسخه، ما دام مجتمعين في مجلس العقد، ما لم يتفرقا بأبدانهما أو يخيرا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة³.

جاء في تحفة المحتاج: "يثبت خيار المجلس في كل معاوضة محضة، وهي التي لا تفسد بفساد عوضه، نحو أنواع البيوع"⁴.

وقال في كشف القناع: "ولكل من المتبايعين الخيار، أي خيار المجلس، ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفا ولو أقاما فيه، أي المجلس، شهرا أو أكثر"⁵.

أدلتهم: واحتج هؤلاء على قولهم هذا بالأدلة التالية:

أ- حديث ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار}⁶.

ب- حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه⁷.

1 - سبق تخريجه في ص: 105 من البحث

2 - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 95 - إكمال الإكمال للأبي 5 / 349

3 - مغنى المحتاج للخطيب الشربيني 2 / 58 - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصري ، ت عبد القادر الأرناؤوط . طالب عواد ، ط دار البشائر ، ط 9 ، 1422 هـ 2001 م ص 293 ،

4 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي 2 / 127

5 - كشف القناع على متن الإقناع للبهوتي 3 / 285

6 - سبق تخريجه في ص: 112 من البحث

7 - أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب كم يحوز الخيار رقم (2107)

قال الإمام الشافعي في الأم: "و بهذا نأخذ، وهو قول الأكثر من أهل الحجاز، والأكثر من أهل الآثار بالبلدان"¹. ثم قال: "و كل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين أو عين أو صرف، أو غيره تبايعا و تراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما، أو مجلسهما الذي تبايعا فيه، فلكل واحد منهما فسخ البيع، و إنما يجب على كل واحد منهما البيع حتى لا يكون له رده إلا بالخيار، أو ما وصف، إذا تبايعا فيه و تراضيا و تفرقا بعد البيع عن مقامهما الذي تبايعا فيه، أو كان بيعهما عن خيار، فإن البيع يجب بالتفرق و الخيار"².

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة:

ذهب الحافظ بن عبد البر في هذه المسألة إلى اختيار رأي أصحاب القول الثاني، وهو القول بثبوت خيار المجلس، و ذلك للأدلة الظاهرة التي استدلل بها أصحاب هذا القول، حيث قال: "و أجمع العلماء من أهل الفقه بالحديث أن قوله: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" من أثبت ما روي عن النبي ﷺ من أخبار الآحاد العدول لا يختلفون في ذلك، و إنما اختلفوا في القول به، و ادعاء النسخ وتخريج معانيه"³. و رد على أبي حنيفة بقوله: "و كان أبو حنيفة يرد هذا الحديث بالاعتبار، كفعله في سائر أخبار الآحاد، يعرضها على الأصول المجتمع عليها، ولا يقبلها إذا خالفها، و يقول: رأيت إذا كان في سفينة أو قيد متى يفترقان، وهذا أكثر عيوبه وأعظم ذنوبه عند أهل الحديث، و احتجاجهم في رفع ظاهر الحديث طويل، أكثره تشغيب لا معنى له، لأن الأصول لا يرد بعضها ببعض"⁴.

1 - الأم للشافعي 5 / 3

2 - المصدر نفسه 5 / 3

3 - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 224

4 - المصدر نفسه 20 / 229

و أجاب على من قال من المالكية أن الحديث مخالف لإجماع أهل المدينة، و أن إجماعهم حجة عند مالك وأقوى من خبر الواحد، بقوله: " لا يصح دعوى إجماع أهل المدينة في هذه المسألة، إذا كان المخالف فيها منهم عبد الله بن عمر، و سعيد بن المسيب...و غيرهم"¹.

و أما حجتهم بعموم قوله تعالى: { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } قالوا: " و هذان قد تعاقدوا، و في هذا الحديث إبطال الوفاء بالعقد، فهذا ليس بشيء، لأن المأمور به من الوفاء من العقود ما لم يبطله الكتاب و السنة، كما لو عقدا بيعهما على ربا أو سائر ما لم يحل لهما"².

و أجاب ابن عبد البر عن قول المخالفين، بأن المراد بالتفرق أن يكون بالكلام، كعقد النكاح، أو كوقوع الطلاق، بقوله: " أخبرونا عن الكلام الذي وجب به الإجماع في البيع، وتمت به الصفقة، أهو من الكلام الذي أريد به الافتراق في الحديث المذكور أو غيره، فإن قالوا: هو غيره، فقد أحالوا و جاءوا بما لا يعقل، لأن ليس ثم كلام غيره، و إن قالوا هو ذلك الكلام بعينه، قيل لهم: كيف يجوز أن يكون الكلام الذي به اجتمعا عليه، و به تم بيعهما له افترقا، هذا مما لم يفهمه ذو عقل وإنصاف"³. و رد أيضا على من قال بأن المقصود بالمتبايعين في الحديث هما المتساومان بقوله: " و أما من قال: المتبايعان هما المتساومان فلا وجه له، لأنه لا يكون حينئذ في الكلام فائدة، لأنه معقول أن كل واحد في ماله و سلعته بالخيار قبل السوم، وما دام قبل الشراء و في حين المساومة أيضا، هذا معلوم بالعقل و الفطرة و الشريعة، و إذا كان هذا كذلك بطلت فائدة الخبر، و قد جل رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يخبر بما لا فائدة فيه"⁴.

و قال الحافظ ابن عبد البر: " كل من أوجب الخيار يقول: إذا خيره في المجلس فاختر، فقد وجب البيع، لأن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر"، و فعل ابن عمر تفسير ذلك،

1 - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 232

2 - المصدر نفسه 20 / 234

3 - المصدر نفسه 20 / 239

4 - المصدر نفسه 20 / 231

و تقدم ذكره، وهو راوي الحديث و العالم بمخرجه و معناه ¹. وبهذا يكون الحافظ ابن عبد البر بين رأيه ،
ونهجه في تبنيه وإقراره، مخالفا في ذلك الإمام مالك.

✓ اختيار السمرقندي:

لم يذكر الإمام السمرقندي خيار المجلس، لكون أبي حنيفة لا يقول به، و لذلك سكت عن ذكره،
و هذا فيه إشارة ودليل على اختيار ما عليه مذهبه و الله أعلم.

✓ تعليق ومقارنة:

من خلال تتبع قولي الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، في مسألة خيار المجلس، يتضح جليا
اخلافهما وتباين منهجهما، فالإمام السمرقندي لم يعرج عليه، تماشيا مع مذهبه الذي لا يقول بخيار
المجلس، فيكون قد خالف ابن عبد البر في المسألة.

أما الحافظ ابن عبد البر فكان منهجه واضحا، حيث ناقش أدلة الحنفية، وبين منهجهم المبني على رد
أخبار الآحاد وعدم اعتبارها، مبينا أن هذا الحديث أقوى من عمل أهل المدينة في هذه المسألة، مخالفا
بذلك قول الإمام مالك وما عليه مذهبه، وبين رجاحت ما ذهب إليه ومن معه من الأئمة القائلين بخير
المجلس، وأن أهل الفقه والحديث أجمعوا على أن هذا الحديث أثبت ما في الباب، وأن العقل والمنطق
يرجحان ذلك، لأن المقصود المتساومان وليس غيرهما، وأن رجحان الحديث لديه جعله يقول بخيار
المجلس، فيكون قد خالف الإمام مالك في المسألة. فأثبت رأيه بالحجة والدليل والبرهان، المثبت لخيار
المجلس، لأنه عليه الصلاة والسلام، لا يمكن أن يخبر بما لا فائدة فيه.

المطلب الثاني: خيار الرؤية وخيار العيب :

سأتناول في هذا المطلب أحكام خيار الرؤية (أولاً) وأحكام خيار البيع (ثانياً).

أولاً : خيار الرؤية:

يمكن إعطاء صورة عامة حول خيار الرؤية من خلال الأحكام التالية:

1 - مفهومه : تعريف الحنفية : لم تتعرض الكتب المعتمدة لدى الأحناف لتعريف خيار الرؤية تعريفاً دقيقاً، وإنما اكتفت بالإشارة فقط ، و خلاصة هذه الإشارات، هو: أن يكون للمشتري الحق في إلغاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لم يتغير فيه عادة. فبسبب هذا الخيار عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله، فإذا كان قد رآه سقط خياره. وقد ثبت هذا الخيار عند القائلين به بحكم الشرع من غير حاجة لاشتراطه في العقد ، بخلاف خيار الشرط والتعين، فإنهما مشروطان في العقد¹.

تعريف المالكية: هو حق يثبت بمقتضاه للعاقد، أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه² و جاء في المعجم الاقتصادي الإسلامي: "و خيار الرؤية هو أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره"³.

2 - مشروعيته :

اختلف فقهاء المذاهب في مشروعية خيار الرؤية:

مذهب الحنفية: أجاز الحنفية خيار الرؤية ما لم يره المشتري ، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن و إن شاء رده ، و كذلك إذا قال رضيت ثم رآه، له أن يرده، لأن الخيار معلق بالرؤية، و لأن الرضا بالشيء قبل العلم لا يتحقق، فلا يعتبر قوله (رضيت) قبل الرؤية بخلاف قوله رددت.

1 - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 7 / 149 - مختصر القدوري ص 174

2 - المبسوط للسرخسي 13 / 69 و ما بعدها ، - فتح القدير لابن الهمام 5 / 137

3 - المعجم الاقتصادي الإسلامي ، أحمد الشرباصي ، ص 144 ط دار الجيل ، سنة : 1401 هـ 1981 م

و جاء في المحيط البرهاني " و يجب أن يعلم أن شراء ما لم يره المشتري جائز عندنا¹ و قد استدلوا² بجواز الرؤية بقوله عليه الصلاة و السلام في حديث أبي هريرة ، وابن عباس رضي الله عنهما {من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه}³.

و استدلوا كذلك بما روي أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ابتاع أرضاً له من طلحة ابن عبد الله رضي الله عنه و لم يكونا رأياها، فقليل لسيدنا عثمان (بعت) فقال: (لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أراه)، فحكما جبير⁴ ابن مطعم، ففضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه⁵ و كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم و لم ينكر عليه أحد منهم ، فكان اجماعاً منهم على شرعية الخيار .

واستدلوا أيضاً بالمعقول: وهو أن جمالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خلافاً فيه، و اختلال الرضا في البيع يوجب الخيار.

و جاء في المحيط البرهاني " و الأصل في جواز هذا العقد قوله عليه الصلاة والسلام : {و من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه}⁶.

لأن المبيع و إن كان مجهول الوصف لا يضيفي إلى المنازعة ،ولا منازعة هنا، لأن المشتري بالخيار ، فإن وافقه أخذه وإلا رده ،وهذا الخيار غير مؤقت بخلاف خيار الشرط، لأن ثبوت هذا الخيار عرف بالحديث الذي روينا⁷.

1 - المحيط البرهاني في الفقه النعماني ل برهان الدين ابن مازة 65 / 10

2 - اللباب في الجمع بين السنة و الكتاب ل علي بن زكرياء المنبجي 474 / 2

3 - خرجه البيهقي في سننه الكبرى . باب من قال بجواز بيع العين الغائبة ، 268 / 2 . حديث مرفوع مرسل

4 - جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي، أبو عدي: صحابي، كان من علماء قریش وسادتهم. توفي بالمدينة سنة 59 هـ وعده الجاحظ من كبار النسايبين. وفي الإصابة: كان أنسب قرشي لقریش والعرب قاطبة. له 60 حديثاً. ((الأعلام، للزركلي: 112/2)).

5 - معاني الآثار للطحاوي باب خيار الرؤية 10 / 4 — نصب الراية 9 / 4

6 - سبق تخريجه في ص: 119 فوق

7 المحيط البرهاني في الفقه النعماني ل برهان الدين بن مازة 65 / 10

و لم يجز الحنفية خيار الرؤية للبائع إذا باع ما لم يره، كما إذا ورث عينا من الأعيان في بلاد غير الذي هو فيه، فباعها قبل الرؤية، صح البيع ولا خيار له عندهم، وقد رجع أبو حنيفة عما كان يقول أولا بأن له الخيار كما للمشتري، وكما هو الأمر في خيار الشرط و خيار العيب¹.

وعلق على هذا صاحب المحيط البرهاني "ولو باع شيئا لم يره بأن ورث شيئا ولم يره حتى باعه جاز البيع: ولا خيار له في قول أبي حنيفة الآخر وكان يقول أولا له الخيار.

فعلى القول الأول قاس جانب البائع على جانب المشتري، وعلى قوله الأخير فرق بينهما، وكأنه اعتمد على ما روي عن عثمان مع أبي طلحة².

3 - وقت ثبوت الخيار:

يثبت خيار المشتري عند رؤية المبيع لا قبله، فلو أجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المبيع، لأن النبي صلى الله عليه و سلم أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية، فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرؤية وأجاز، لم يثبت له الخيار بعد الرؤية، وهذا خلاف نص الحديث، وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف مشايخ الحنفية فيه:

قال بعضهم: لا يملك المشتري الفسخ، لأنه خيار قبل الرؤية، ولهذا فمن لم يملك الإجازة قبل الرؤية، فلا يملك الفسخ.

وقال بعضهم: يملك الفسخ، وهو الصحيح، لا لسبب الخيار لأنه غير ثابت، ولكن لأن شراء ما لم يره المشتري عقده غير لازم، فكان محل الفسخ، كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإعارة³ والإيداع⁴.

1- المبسوط للسرخسي 69/ 13 - فتح القدير لابن الهمام 137/ 5 - بدائع الصنائع للكسائي 292/ 5.

2 - المحيط البرهاني في الفقه النعماني لبرهان الدين بن مازة 66-65/ 10.

3- الإعارة: هي تملك المنافع بغير عوض مالي. التعريفات للجرجاني: 30/1: التوقيف على مهمات التعريف، للجرجاني: 55/1.

4- الإيداع: تسليط الغير على حفظ ماله. التعريفات للجرجاني: 67/1.

4- كيفية ثبوت الخيار:

اختلف مشايخ الحنفية في كيفية ثبوت الخيار: فقال بعضهم: إن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر، إلا إذا وجد ما يسقطه، وهو اختيار الكرخي، والأصح عند الحنفية، لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبهه الرد بالعيب.

ولأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه، وقال بعضهم: إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ بعد الرؤية، ولم يفسخ، يسقط خيار الرؤية، وإن لم توجد الأسباب المسقطه للخيار².

5- شروط ثبوت الخيار:

يشترط لثبوت الخيار شروط، وإلا كان العقد لازماً، وهي³:

أ- عدم رؤية محل العقد عند إنشاء العقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه، بأن كان قد رآه قبل العقد، فلا يثبت له الخيار.

ب - أن يكون محل العقد عيناً معينة، أو مشخصة من الأعيان، كالأرض، والدار، والدابة، والسيارة، إذا وصفت بما ينفي عنها الجهالة المفضية إلى النزاع، لأن للناس أغراضاً خاصة في الأعيان، فيثبت الخيار، لينظر الممتلك هل له أم لا ؟ و يظل له الخيار ولو وافق الوصف عند الحنفية.

أما المعين بالوصف لا بالذات، بأن كان ديناً موصوفاً في الذمة كالمسلم فيه، " المبيع المؤجل لموسم الحصاد " فلا يثبت فيه خيار الرؤية، لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه المتفق عليها لزم العقد، وإن تخلف وصف منها لم يتحقق لعدم وجود محله.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 295 / 5

2 - فتح القدير لابن الهمام 191 / 5 . - بدائع الصنائع للكسائي 295 / 5

3 - بدائع الصنائع للكسائي 295 / 5

ج - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ كما بينا ، كالبيع ، والإجارة ، والقسمة ، والصلح عن دعوى المال ونحوها ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية . أما ما لا يقبل الفسخ ، كالزواج والخلع ، والصلح عن دم العمد ونحوها ، فلا يثبت فيها خيار الرؤية ، بسبب عدم رؤية المهر ، أو بدل الخلع ، أو عوض الصلح ، إذا كان شيئاً معيناً كدار أو أرض معينة .

6- كيفية الرؤية:

الرؤية قد تكون لجميع العقود عليه ، أو لبعضه (البيع على البرنامج) و الضابط فيه : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ويفيد المعرفة به ،¹ وذلك بأي حاسة من الحواس حسب طبيعة محل العقد ، فإن كان من المطعومات يكون العلم به بالذوق ، وإن كان من المشمومات كالروائح كانت معرفته بالشم ، وإن كان من الملموسات كالأقمشة كان العلم به باللمس ، وإن كان من المرئيات فيكتفي منه بوصف الشيء وصفا كافيا ، و يجوز عند الحنفية للبصير والأعمى ، التوكيل بالنظر والرؤية² .

و بناء عليه ، لا يكفي رؤية بعض حجارة الدار ، بل لابد من رؤية بيوتها كلها ، ورؤية كل الأرض ، والبستان ونحوهما ، و لا يكفي رؤية شاة من قطيع ، بل لابد من رؤية القطيع كله . و إذا كان الشيء يباع عدديا ، كالجوز والفجل والثياب فلا تكفي رؤية البعض بل لابد من رؤية الكل .

و إذا كان الشيء من المثليات ، التي تباع كيلا أو وزنا ، كالحبوب والأقطان ، أو كان مغيبا في الأرض ، كالثوم والبصل ، فيكفي رؤية بعض الأجزاء أو الوحدات ، وهو ما يسمى بالبيع بالنموذج .

7- أثر خيار الرؤية :

يكون العقد الوارد على العين الغائبة أو غير المرئية ، غير لازم لمن ثبت له الخيار ، فيخير بين الفسخ والإجازة عند رؤية المعقود عليه ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفة ، ولأن جهالة وصف المعقود عليه تؤثر

1 - بدائع الصنائع للكسائي 5/ 292 ، - الدر المختار للأبي 4/ 68

2 - المصدر نفسه 5/ 295 - فتح القدير لابن الهمام 5/ 145

في رضا الممتلك فيثبت له الخيار، سواء أكان المعقود عليه موافقا للوصف المتفق عليه أم مخالفا له، وهذا مذهب الحنفية¹.

وقال الحنابلة و المالكية: العقد لازم للملك إذا وجد المعقود عليه مطابقا للوصف المتفق عليه، فإن كان مخالفا لما وصف، ثبت له الخيار.

و أما حكم العقد أو أثر الخيار: فلا يمنع نقل الملكية في البدلين ، أي لا أثر لخيار الرؤية على العقد، فتنتقل ملكية المعقود عليه للممتلك، و ملكية العوض للمالك فور تمام العقد بالإيجاب والقبول، و بهذا يختلف خيار الرؤية عن خيار الشرط عند الحنفية والمالكية .

و سبب التفرقة بينهما : أن العقد في خيار الرؤية صدر مطلقا غير مقيد بشروط ، وكان المفهوم أن يكون لازما، لكنه ثبت من جهة الشرع.

أما خيار الشرط، فقد ثبت باشتراط العاقدین، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال.²

8 - كيفية فسخ العقد:

لا يتوقف الفسخ بخيار الرؤية على التراضي أو قضاء القاضي، و يكون بالقول و بالفعل صراحة أو دلالة، مثل فسخ العقد أو رددته، أو أن يتصرف بالمعقود عليه بالبيع أو الهبة، أو أن يهلك المعقود عليه قبل القبض³.

قال صاحب المحيط البرهاني " و الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض و بعده، حتى حين لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي و لا إلى رضا البائع، لكن لا يصح هذا الرد إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله "¹.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 292 / 5 - فتح القدير لابن الهمام 137 / 5

2 - المعني لابن قدامة 3 / 582 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 256

3 - بدائع الصنائع للكسائي 298 / 5

ويشترط للفسخ شروطا هي:²

أ- أن يكون الخيار موجودا، فإن سقط لزم العقد.

ب - أن لا يترتب على الفسخ تفريق الصفة على المالك، برد بعض المعقود عليه، وإجازة العقد في البعض الآخر، لأن في التفريق ضررا به.

ج - أن يعلم المالك بالفسخ ليكون على بينة من أمره، أو أمر سلعته، ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند أبي حنيفة و محمد، و أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك كما بينا في خيار الشرط.

9 - مدة خيار الرؤية :

الأصح عند أبي حنيفة: أن خيار الرؤية يثبت مطلقا في جميع العمر إلى أن يوجد ما يسقطه لأنه حق من الحقوق، والحقوق لا تسقط لا بإسقاطها ولا بانتهاء الأمد المحدد لها ، لأن سببه اختلال الرضا ، والحكم يبقى ما يبقى سببه³.

و قال الحنابلة: يكون خيار الرؤية على الفور⁴.

10 - ما يسقط به خيار الرؤية:

يسقط خيار الرؤية في الأصل بما يسقط به خيار الشرط ، وخيار العيب هو ما يأتي⁵.

1 - المحيط البرهاني لابن مازة 68 / 10

2 - بدائع الصنائع للكساني 298 / 5

3 - فتح القدير للشوكاني 141 / 5 . - بدائع الصنائع للكساني 295 / 5 - الدر المختار و رد المحتار للأبي 67 / 4

4 - المغني لابن قدامة 581 / 3

5 - بدائع الصنائع للكساني 297 - 295 / 5 . - فتح القدير لابن الهمام 149 - 141 / 5

أ- ما يدل على الرضا بالعقد صراحة أو دلالة. فالصريح أن يقول: أجزت العقد، أو أمضيته، أو رضيت به، ونحو ذلك، و الدلالة على الرضا: أن يتصرف في المعقود عليه بعد الرؤية لا قبلها تصرفاً يدل على الإجازة والرضا بالعقد ، كقبض الشيء والانتفاع به، و بيعه، أو إجارته، أو رهنه، أو هبته.

و استثناء من هذا المبدأ قالوا: بسقوط الخيار ولو قبل الرؤية في البيع والإجارة، والوقف والرهن مع التسليم، و نحوها من التصرفات الباتة التي يترتب عليها حق للغير.

ب - هلاك محل العقد أو تعيبه بعيب يمنع الرد، سواء أكان بفعل العاقد أم بفعل شخص أجنبي عن العقد، أم بأفة سماوية.

ج - زيادة المعقود عليه بعد القبض تمنع الرد، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل كالبناء وصبغ الشيء، و الزيادة المنفصلة المتولدة منه، كالولد واللبن و الصوف.

أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كالسمن و الكبر، و الزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة، فإنها لا تمنع الرد.

د - موت صاحب الخيار، سواء قبل الرؤية أم بعدها، فلا يورث خيار الرؤية عند الحنفية والحنابلة¹، كخيار الشرط ، لأن الخيار مجرد رغبة ومشينة أو حق شخصي ، و قال ملك² : يورث خيار الرؤية كما يورث خيار التعيين والعيب، لأن الإرث يثبت في الحقوق والأموال المملوكة على السواء.

و هذا أقرب إلى المنطق، لأن الوارث يخلف المورث في كل ما ترك من المال و الحقوق و منها حق الخيار³.

11. خيار الرؤية عند الملكية:

يصح الملكية بيع الغائب في إحدى صورتين:

1 - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي 30 / 4

2 - الشرح الصغير ل الدردير 145 / 3

3 - الأموال و نظرة العقد في الفقه الإسلامي محمد يوسف موسى ص 477 - 487

أ - إذا وصف ما بين جنسه و نوعه.

ب - إذا لم يوصف لكنه اشترط الخيار عند رؤيته، فإذا لم يوجد وصف، ولا اشتراط، ولا يصح بيع الغائب، و على هذا فهم لا يعترفون بخيار الرؤية¹.

ويرى المالكية أن العين إذا كانت حاضرة في مجلس العقد، ولم يكن في رؤيتها مشقة، يجب أن يراها المشتري ليصح العقد، فإذا اشتراها بعد رؤيتها، انعقد البيع صحيحا نافذا لازما، ولا خيار فيه للرؤية. و إذا اشتراها دون أن يراها لم يصح العقد، و هذا الحكم أيضا إذا كانت العين قريبة جدا من مجلس العقد، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة.

أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد، أو كانت حاضرة، ولكن في رؤيتها مشقة، كثوب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه، جاز بيعها على الصفة، إذا لم تكن العين بعيدة جدا، فتوصف وصفا يميزها عن غيرها ويفردها عن ذاتياتها، فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذا، وليس للمشتري خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف، إذا كانت العين على غير ما وصفت.

و يدخل في البيع على الوصف ما يعرف عند المالكية بالبيع على البرنامج، و ذلك بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب.

فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت لزم البيع، و إلا كان للمشتري خيار الوصف.

و يغني عن الوصف رؤية متقدمة، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع، و بأن تكون العين لم تتغير عما كانت عليه وقت الرؤية²

1 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير 42 / 3

2 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 652

فإذا لم يسبق للمشتري رؤية العين، و لم توصف على النحو المتقدم، أو وصفت ولكنها بعيدة جدا، لم يجز البيع، إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع، أما إذا انعقد البيع على الإلزام، فإن اشترط على المشتري ألا يكون له الخيار، أو سكت العاقدان عن شرط الخيار، فالبيع باطل¹.

و على هذا فخيار الرؤية غير معروف في المذهب المالكي، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف، أو في الحالة البعيدة جدا لو وصفت، ما دامت العين في هاتين الحالتين لم يسبق رؤيتها، و لا يثبت الخيار إلا بشرط².

قال ابن عبد البر في الاستذكار: "و مالك لا يجيزه على ذلك حتى يتواصفاه ، فإن وجد البيع على الصفة لزم المشتري، و لا خيار له إذا رأى"³.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في مسألة خيار الرؤية:

لما كان خيار الرؤية عند المالكية غير معروف سوى في العين الغائبة التي لم توصف، أو البعيدة، و كان هذا ما يدخل تحت بيع البرنامج، حكى الإمام ابن عبد البر ما في المسألة من خلاف الفقهاء، و لم يدل بترجيح قول على آخر، فقال: "بيع البرنامج هو من باب بيع الغائب على الصفة، و قد اختلف في ذلك السلف والخلف، فمنهم من أبطله، و أجاز فيه خيار الرؤية إذا وجد على الصفة، وهو قول مالك وأكثر أهل المدينة..."⁴.

وهذا يكون ابن عبد البر أخذ بقول مالك في المسألة، وما عليه فقهاء المدينة في هذه المسألة، معتبرا بيع الغائب على الصفة، هو ما يصطلح عليه بالبيع على البرنامج، أو البيع على الأنموذج.

1 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 652

2 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 170 - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 210

3 - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 214

4 - المصدر نفسه 20 / 212

✓ اختيار الإمام السمرقندي في المسألة:

رجح الإمام السمرقندي في بعض مسائل الخيار أقوالاً منها:

ترجيحه قول القائلين بسقوط خيار من رأى المبيع في المرأة، لكونه رأى عين المبيع، بخلاف من قال لا يسقط الخيار، لأنه لم ير عين المبيع فقال: "ولو نظر إلى المرأة فرأى المبيع، قالوا لا يسقط خياره، لأنه رأى عين المبيع، وإنما رأى مثاله، قال: هكذا قال بعضهم، والأصح أنه يرى عين المبيع"¹.

و رجح كذلك قول القائل بعدم سقوط خيار من اشترى سمكا في الماء فرآه في الماء، على قول من قال بسقوط خيار المشتري، لأنه رأى عين المبيع، قال في التحفة: "ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه، من غير اصطيد، فرآه في الماء، قال بعضهم: يسقط خياره، لأنه رأى عين المبيع، وقال بعضهم: لا يسقط وهو الصحيح، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف حالة حقيقته"².

✓ تعليق ومقارنة:

في هذه المسألة المتعلقة بخيار الرؤية، والتي نوقشت من قبل المالكية والأحناف، وخاصة الإمامين الجليلين، الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، نلاحظ اختلاف منهجهما في تقرير أحكام خيار الرؤية، تبعاً لما عليه مذهبهما، نجد الحافظ ابن عبد البر أخذ بقول الإمام مالك، القاضي برؤية المبيع إن كان في مجلس العقد، أو كان قريباً ليس في رؤيته مشقة، لا يصح العقد دون رؤية عين المبيع، أما إن كان بعيداً فيكتفى بالصفة، وهذه من الأمور التي تحتاج إليها التعاملات المالية في عصرنا الحاضر، وهي ما تعرف بالبيع على البرنامج، أو الأنموذج، أو البيع على الصفة.

1 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 88 / 2

2 - المصدر نفسه 88 / 2

بينما الإمام السمرقندي ناقش ورجح، في بعض المسائل المتعلقة بخيار الرؤية عندهم، فرجح ثبوت الخيار لمن اشترى السمك في الماء ورآه. وسقوط الخيار لمن رأى المبيع بالمرآة، لأنه رأى عين المبيع. وبذلك يكون قد اختار ما ترجح لديه وإن خالف إمامه، ولم يتفق مع ابن عبد البر في مسائل الخيار المتعلقة برؤية المبيع.

ثانيا : خيار العيب ويسمى بخيار النقيصة: عند المالكية:

ينقسم خيار العيب إلى قسمين: ما وجب لفقد شرط (أ)، والثاني ما وجب لظهور عيب في المبيع.(ب)

1. الخيار الواجب لفقد شرط:

يجب الخيار لفقد شرط بعد إبرام البيع، لأجل فقد شيء مشروط في العقد فيه غرض للمشتري، كان فيه مالية بأن كان الثمن يزيد عند وجوده و يقل عند عدمه، أو لا مالية فيه، فيثبت للمشتري الخيار فله الرد.

و يمثل للمشروط الذي فيه الغرض، قوة الحيوان على الحمل و الحرث، ومن لكل وصف فيه حق مالي، و الدليل على وجوب الخيار للمشتري لفقد شيء من شروطه في عقد البيع¹، ما روي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : {المسلمون على شروطهم}².

فإن انتفى الغرض، فإن الشرط يلغى ولا يرد البيع، لكونه لا غرض فيه و لا نفع للمشتري.

2. الخيار الواجب لظهور عيب في المبيع:

يجب الخيار لوجود نقص في المبيع، عقارا كان أو عرضا، أو عينا فيشمل الثمن، و الدليل على وجوب الخيار والرد بالعيب¹.

1- الذخيرة للقرافي 53 / 5

2 - سبق تخريجه في ص: 105 من البحث

قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا }²

ووجه الاستدلال أن إمضاء البيع على المشتري المبيع المعيب، أكل لماله بالباطل، وقد نهت الآية عنه. عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: { لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَخْتَلِيَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ }³.
و النقص الذي سببه يوجب الخيار، هو ما كانت العادة السلامة منه في ذلك المبيع، فللمشتري رد المبيع إن أخل بالذات، أو بالثمن، أو بالتصرف العادي، أو كان يخاف عاقبته، فإن لم يخل بشيء من ذلك فلا. وسياتي بيان ذلك كله في النقاط التالية:

أ- عيوب الحيوان:

و من أمثلة النقص في الحيوان: العور، و العمى، و الغشاوة بالعينين لعدم تمام البصر، و العشى لعدم البصر ليلا، و العرج و الخصاء في غير البقر، فإن الخصاء فيها ليس عيبا، لأن العادة أنه لا يستعمل منها إلا الخصي، وقطع الذنب، و الرهص، وهو: داء بحافر الدابة، و العتر للدابة، و الحرن، وهو عدم الانقياد، وعدم حمل المعتاد لمثلها، فإن وجدها لا تطيق حمل ثقالها، فتزد بذلك، ويقاس على هذه العيوب ما شابهها من كل عيب، أدى لنقص في الثمن أو المثل، أو خيف عاقبته.

و لا يقع الرد بما يلي:

في الحيوان إذا لم ينقص ثمنه ولا ذاتا. و بما يطلع عليه بتغير المبيع بكسر أو نشر أو ذبح، كسوس الخشب، و فساد جوز و لوز و بندق، و ققاء مر، و بطيخ مر، و فاسد باطن شاة و نحوها بعد ذبحها.

1 - بداية المجتهد لابن رشد 196/2

2 - سورة النساء، الآية 29

3 - أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يصير الإبل. رقم: 2148.

ووجه عدم الرد بالعيوب الباطنة، أن المشتري يعلم أن البائع لم يكن يعلم بالعيوب، فكان بمنزلة بيع البراءة¹.

ب- عيوب العقار:

لا يقع الرد بالعيوب القليل إذا كان المبيع عقارا كالدار، وفرن، و حمام، ود خان، ككسر عتبة الدار، وسلمها، و سقوط شرفته، مما جرت العادة بعدم الالتفات إليه ويزول بالإصلاح، ولا قيمة على البائع في اليسير جدا كما مثلنا.

وهذا خاص بالعقار، و الفرق بينه وبين غيره، أن العقار يسهل إصلاح عيبه اليسير، ولأنه لا يخلو عن عيب، فلو رد باليسير، لضرر البائع فتسهل فيه.

ولأنه لا يراد للتجارة غالبا، لأن الغالب شراؤها للقنية² دون التنمية، ولذلك لا تفيتها حوالة سواق في البيع الفاسد³.

و أما إذا كان العيب في المبيع يسيرا، لكن غير بالغ اليسير، بأن يكون ما دون الثلث، و الثلث كثير فإن المشتري لا رد له، و لكن يرجع البائع بقيمة العيب القليل.

3 - ما يقع به رد المبيع من العيوب في العقار وغيرها:

أ- يرد العقار إذا انعدمت منفعة من منافعه، كملح البئر إذا كان بمحل الحلاوة، أو بمحل الآبار التي ماؤها حلو، و كتغوير البئر وغور مائها، أو لعدم وجود مرحاض به، أو كونه ببابه، أو مواجهها له، أو كان في دهليز الدار، أن كان بقرب الحائط بحيث يحصل منه ترز أو رائحة بمكان النوم والجلوس.

1- إشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 558 / 2

2- قنية قنية بالكسر والضم إنذا اتخذتها لنفسك لا للتجارة. تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي: 113/1؛ وفي القنية أربع لغات: قنية وقنوة، بكسر القاف وضمها فهما. المطلاع على ألفاظ المقنع، لأبي عبد الله البعلي: 173/1.

3- الذخيرة للقرافي 56 / 5

ب- كل عيب نقص الثلث فأكثر من قيمة العقار، فللمشتري الرد به كسوء الجار و كثرة البق والنمل، وإيذاء جن العقار ساكنه، و كشؤمه بأن جرب بأن كل من يسكن فيه يصاب بمصيبة.

ج- صبغ الثوب القديم ليوهم أنه جديد.

د - صقل السيف ليوهم أنه جيد فيوجد بخلافه.

هـ - التغير الفعلي من البائع: وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا ، فلا يوجد كذلك¹ وهو كالشرط المصرح به، فيرد به المبيع، لأنه غرر بخلاف الشرط القولي كقوله: أشتري مني هذا الشيء فإنه جيد، فيوجد بخلافه، فيجري على ما تقدم، بأن وجد به عيبا منقصا فله الرد وإلا فلا، ومن أمثلة التغير الفعلي الذي يقع به الرد:

تصرية² الحيوان: أي ترك حلبه ليعظم ضرعه، فيظن به كثرة اللبن.

قال الإمام المازني: "ولو كانت التصرية في غير الأنعام، كالحمير فللمبتاع مقال، فإن زيادة لبنها يزيد في ثمنها لتغذية ولدها.

والتصرية عيب: و الدليل على ذلك: حديث النهي عن تصرية الإبل والغنم³. فعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: { لا تصروا⁴ الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر⁵.

إلا أن التصرية لا توجب فسخ المبيع، و إنما يثبت بها الخيار: فهي مستثناة من قاعدة: النهي يدل على الفساد: و الدليل على صحة البيع الحديث المتقدم، ووجه الاستدلال، أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى

1- الذخيرة للقرافي 5 / 63

2- أصل التصرية حبس الماء وجمعه يقال منه صريت الماء، ويقال إنما سميت المصرة لأنها مياه اجتمعت. معالم السنن، للخطابي: 212/3.

3- الاشراف على نكت مسائل الخلاف للقااضي عبد الوهاب 2 / 548 - المعونة للقااضي عبد الوهاب 2 / 1073 - المنتقى للباي 5 / 104

4- قال ابن دقيق العيد: الصحيح في ضبط هذه اللفظة: ضم التاء وفتح الصاد وتشديد الراء المهملة المضمومة على وزن " تزكوا " مأخوذ من صرى يصري. ومعنى اللفظة: يرجع إلى الجمع. تقول: صريت الماء في الحوض، وصريته - بالتخفيف والتشديد إذا جمعته. إحكام الأحكام شرح عمدة الحكام، لابن دقيق العيد: 115/2.

5- سبق تخريجه في ص 130 من البحث

عن التصرية: ثم خير المشتري بين أن يتمسك بالبيع أو أن يرده ، والبيع الفاسد لا يصح التمسك به فدل على أن العقد صحيح.

و يرد الحيوان إن حلبه المشتري مع صاع من غالب قوت أهل البلاد ، والظاهر اتحاد الصاع ولو تكرر حلبه ، حيث كان تكرر الحلاب لا يدل على الرضا ، ودليل رد الحيوان من أجل التصرية مع صاع تمر الحديث المتقدم ، ورد الصاع خاص بالأنعام ، و غير الأنعام ترد بلا صاع.

و يحرم رد اللبن الذي حلبه من الحيوان بدلا من الصاع ، و لو تراضى المشتري والبائع على ذلك ، كما يحرم رد غير اللبن من طعام أو عين أو غيرهما بدلا عن الصاع ، وذلك لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه.

و يفيد أيضا أنه لو رد الحيوان بعيب التصرية قبل أخذ لبنه فلا صاع عليه.

و أنه لو رد اللبن مع الصاع فلا حرمة ، لأن الصاع بدل اللبن ، و الممنوع عدم رد البديل ، و هذا رد اللبن و إن كان قد رد المبدل أيضا.

و نقل الشيخ الدسوقي عن الشيخ البناني¹ ، أن رد المشتري للصاع أمر تعبدى ، أمرنا به الشارع و لم نعقل له معنى ، و ذلك لما يلي².

- للقاعدة: أن الجارح بالضمان ، لقوله صلى الله عليه و سلم { الخراج بالضمان }³؛

- للقاعدة : أن اللبن مما يضمن بالمثل ، فإذا تعذر المثل رجع إلى القيمة ، والمثل هنا تعذر لتعذر معرفة قدره ، فكان يضمن بالقيمة ، و القيمة إنما هي بالعين والتمر ليس بمثل اللبن ، و لا قيمة له؛

1- محمد بن الحسن بن مسعود البناني ، أبو عبد الله: فقيه مالكي. من أهل فاس. كان خطيب الضريح الإدريسي وإمامه. توفي سنة 1194 هـ . له كتب ، منها (الفتح الرباني) حاشية استدرك بها على الزرقاني ما ذهل عنه في شرحه على (مختصر خليل) و (حاشية على شرح السنوسي لمختصره في المنطق) ويقال إنه عرف عند أهل المغرب ب (بناني) من دون التعريف بأل ، للتفريق بينه وبين (البناني) نزيل مصر. ((الأعلام ، للزركلي: 91/6).

2- المعلم 2 / 248 . -المفهم 5 / 2681 - إكمال الإكمال 5 / 331 -الشرح الكبير 3 / 116

3 - أخرجه الترمذي في سننه أبواب البيوع عن رسول ، باب يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ، 2 / 561. حسنه الشيخ الألباني .

- أن الصاع المقابل للبن محدود، واللبن ليس بمحدود، فإنه يختلف بالكثرة والقلّة فكيف يصلح أن يلزم متلف القليل، مثل ما يلزم متلف الكثير.

ولهذا قال بعض أهل المذهب كأشهب: إنه لا يؤخذ بحديث المصرة لنسخه بحديث: {الخراج بالضمنان} أو أنه مرجوح به لمعارضته، أي حديث المصرة لهذه القواعد القطعية. وهذا ما يتعلق بخيار العيب عند المالكية.

أما خيار العيب عند الحنفية والحنابلة، فحكمه كالآتي:

خيار العيب¹: هو أن يكون لأحد العاقلين الحق في فسخ العقد، أو إمضائه إذا وجد عيباً في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالماً به وقت العقد.

فسبب هذا الخيار: هو ظهور عيب في المعقود عليه أو في بدله بنقص قيمته، أو يخل بالغرض المقصود منه، و لم يكن صاحبه مطلعاً على العيب عند التعاقد فسي خيار العيب.

و ثبوت هذا الخيار مشروط دلالة أو ضمناً، لأن سلامة المعقود عليه أو بدله مطلوبة للعاقد وإن لم يشترطها صراحة، فإن لم تتوافر السلامة، اختل رضا العاقد بالعقد، والرضا أساس العقود، فشرع له الخيار لتدارك الخلل الحادث.

و إذا لم تتوافر السلامة لم يتحقق أيضاً مبدأ التعادل في التبادل الذي تقوم عليه عقود المعاوضات، فشرع هذا الخيار حفاظاً على مبدأ المساواة هذا.

و قد أثبت الشرع هذا الخيار لمن فوجئ بالعيب بأحاديث نبوية متعددة منها:

{المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له}¹ و مر النبي صلى الله عليه وسلم برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول، فقال: {من غشنا فليس منا}².

1 - خيار العيب في المواد ص 236 - 355 من مجلة الأحكام العدلية

و يثبت خيار العيب و الرؤية في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ كعقد البيع، والإيجار، وقسمة الأعيان والصلح على عوض عيني.

4- العيب الموجب للخيار:

وهو عند الحنفية و الحنابلة³ كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، و يوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصا فاحشا أو يسيرا كالعوى و العور، و هذا التعريف ذو معيار مادي ، وعند الشافعية ذو معيار شخصي ، وهو كل ما ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح، كجماح الدابة، أو قطع شيء من أذن الشاة المشتراة للأضحية، أو ضيق الحذاء المشتري⁴.

شروط ثبوت خيار العيب: يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروطا⁵.

أ - وجود العيب قبل العقد أو بعده قبل التسليم أي أن يكون قديما، فلو حدث العيب بعد التسليم أو عند المشتري لا يثبت الخيار.

ب - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد و القبض، فإن كان عالما به عند العقد أو القبض فلا خيار له، لأنه يكون راضيا به دلالة.

ج - عدم اشتراط المالك البراءة من العيوب في محل العقد، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.

1 - أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب التجارات ، باب من باع عيبا فليبينه ، 3 / 578 . صححه الشيخ الألباني ص: 385
2 - أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان باب من غشنا فليس منا (حديث الباب) - إرواء الغليل في تخریج أحاديث السبيل. للشيخ الألباني، 161/5
3- فتح القدير لابن الهمام 151 / 5 - بدائع الصنائع للكساني 674 / 5 - الدر المختار للأبي 74 / 4 - المغني لابن قدامة 152 / 4.
4 - مغنى المحتاج للشربيني 51 / 2
5 - بدائع الصنائع للكساني 675 / 5 و ما بعدها ، - فتح القدير لابن الهمام 153 / 5

د - ألا يزول العيب قبل الفسخ. هذا و يلاحظ أن الحنفية صححوا البيع بشرط البراءة من كل عيب، وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها، سواء أكان المشتري جاهلاً بوجود العيب في المبيع، أم عالماً بعيب المبيع، وسواء أكان العيب موجوداً قبل المبيع أم حادثاً بعده قبل القبض، وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد ومالك والشافعي: العيب الموجود عند العقد فقط، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض، لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود، وكذلك لا تصح البراءة عند الملكية والشافعية، وفي رواية للحنابلة: إلا عن عيب لا يعلم به البائع، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه.¹

5- وقت خيار العيب:

يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمان طويل، أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب، فورا أو على التراخي، ففيه رأيان للفقهاء.

قال الحنفية والحنابلة: خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور، فمتى علم بالعيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر، فلا يبطل بالتأخير، ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها، أو بانتهاء الوقت المحدد لها، وليس لهذا الحق وقت محدد.²

وقال المالكية والشافعية: يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب، والمراد بالفور ما لا يعد تراخياً في العادة، فلو اشتغل بصلاة، أو أكل، أو نحوه، لا يعد تراخياً، والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق التعاقد الآخر ضرر من التأخير، فإذا تأخر في رد المعقود عليه بدون عذر، سقط حقه ولزم العقد.³

1- الشرح الكبير للدسوقي 3/ 163 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 625 - مغني المحتاج للشربيني 2/ 53 - المغني لابن قدامة 4/ 178.
- غاية المنتهي في جمع الإقناع والمنتهي، مرعي بن يوسف بن الكرمي، ت ياسر إبراهيم المزروعى. رائد يوسف الرومي ط دار غراس، ط1
1428هـ 2007م. 27/ 2

2- بدائع الصنائع للكسائي 5/ 273

3- مغني المحتاج للشربيني 2/ 56. - الشرح الكبير للدسوقي 3/ 120

6 - حكم العقد أو أثره حال وجود شيء معيب:

هو ثبوت الملك للممتهك في محل العقد للحال، لأنه إذا لم تتوافر سلامة المعقود عليه تأثر العقد في لزومه، لا في أصل الحكم، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم، أو الأثر في مدة الخيار¹.

و أثر خيار العيب، هو : جعل العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت له الخيار، فله إما الرضا بالمعقود عليه كما هو، وحينئذ يسقط الخيار ويلزم العقد، وإما رده إلى مالكه الأول، و حينئذ يبطل العقد².

و هل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب؟

قرر الحنفية: أنه ليس للممتهك الرجوع بنقصان العيب، أو الحط من ثمن المبيع، ما دام الرد ممكناً، لأن المالك لا يلزم بدفع قيمة النقصان إلا برضاه، دفعاً للضرر عنه.

فإن تعذر الرد كان لصاحب الخيار، الرجوع بالنقصان ، بشرط أن يكون امتناع الرد بسبب ليس لصاحب الخيار دخل فيه، كهلاك محل العقد، أو تعييبه بعيب جديد، أو تغيير صورته بحيث أصبح له اسم جديد، أو زيادته زيادة منفصلة، متولدة منه كالولد و الثمرة، وذلك دفعاً للضرر بقدر الإمكان. و يجوز الحط من قيمة المبيع لقاء العيب بتراضي الطرفين.

و طريقة معرفة النقصان: أن يقوم المعقود عليه سليماً من العيب، ثم يقوم على أنه معيب، و يكون الفرق بين القيمتين هو النقصان، فيرجع به ، فإذا كانت قيمته سليماً ألفين، و قيمته معيباً ألفاً، رجع بنصف الثمن الذي تم به الشراء.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 274

2 - فتح القدير لابن الهمام 5 / 159 و ما بعدها. - الدر المختار للأبي 4 / 94. - بدائع الصنائع للكسائي. 3 / 289

أما إذا كان امتناع الرد بسبب من جهة المشتري ،كأن باع الشيء أو وهبه ، أو وقفه ، لم يكن له الرجوع بالنقصان ، و كذلك إن رضي بالعيب صراحة ، أو دلالة ، ليس له الرجوع بالنقصان ، لأن الرضا بالعيب كما يمنع الفسخ ، يمنع الرجوع بنقصان العيب ، إذ به يتبين أن السلامة من العيب لم تكن مطلوبة.¹

7- كيفية فسخ العقد ورد المعقود عليه:

إذا كان المعقود عليه ما يزال في يد صاحبه ، أي قبل قبضه من الآخر ، فينفسخ العقد بقول العاقد الآخر " رددت " ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ، ولا إلى التراضي ، باتفاق الحنفية والحنابلة والشافعية ، غير المالكية. و أما إن قبضه الممتلك لا ينفسخ إلا بالتراضي ، أو قضاء القاضي ، عند الحنفية.²

و قال الشافعية و الحنابلة ينفسخ العقد بقول الممتلك " رددت " ، بغير حاجة إلى التراضي ، أو قضاء القاضي ، كالفسخ بخيار الشرط ، أو خيار الرؤية ، لأن خيار العيب يجعل العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار ، و غير لازم يجوز فسخه بغير حاجة إلى رضا العاقد الآخر ، ولا إلى قضاء القاضي.³

8- موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار:

يمنع الرد بالعيب و يسقط الخيار بعد ثبوته و يلزم بأسباب ، أوردها كالاتي:

أ - الرضا بالعيب بعد العلم به ، إما صراحة كقوله: رضيت بالعيب ، أو أجزت العقد ، أو دلالة ، كالتصرف في المعقود عليه تصرفا يدل على الرضا بالعيب ، كبيعه ، أو هبته ، أو رهنه ، أو إجارته ، أو استعماله بأي وجه ، كلبس ، وركوب ، أو مداواته ، أو صباغته ، وتفصيله شيئاً آخر ، أو البناء على الأرض ، أو طحن الحنطة ، أو شي اللحم ، أو وصول عوض العيب إليه ونحو ذلك ، لأن الرضا بالعيب بعد العلم به دليل على أن سلامة المعقود عليه ليست مقصودة له ، فلا يكون هناك معنى لإثبات الخيار له.

1 - فتح القدير لابن الهمام 5 / 159 و ما بعدها

2 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 281

3 - مغني المحتاج للأبي 2 / 57 - المذهب للشيرازي 1 / 284 .

ب - إسقاط الخيار: صراحة كقوله: أسقطت خيارى، أو دلالة، كأن أبرأه من العيب الذي ظهر في المعقود، عليه، لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه.

ج - هلاك المعقود عليه: أو تعيينه بعيب جديد في يد صاحب الخيار، أو تغييره تغيراً تاماً، كطحن الحنطة، وخبز الدقيق ونحوه.

د - زيادة المعقود عليه في يد صاحب الخيار، زيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كالبناء أو الغرس على الأرض، وصبغ الثوب، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمره¹.

✓ اختيار ابن عبد البر:

لم أجد للحافظ اختياراً في ما يتعلق بمسألة خيار العيب، و سكوته عنها دليل على اتفاقه مع ما عليه مذهبه في هذه المسألة والله أعلم.

✓ اختيار السمرقندي:

ومما رجح فيه الإمام السمرقندي قول مذهبه على غيره من مسائل خيار العيب، مسألة ما يبطل حق الرد، حيث يرى الحنفية أن حدوث العيب في يد المشتري يبطل حق الرد، خلافاً للإمام مالك والشافعي في أحد قوليه.

قال في التحفة: "والصحيح قولنا، لأن المبيع خرج على ملكه معيباً بعبء واحد، فلورد يرد بعيبين، وشرط الرد، أن يرد على الوجه الذي أخذ ولم يوجد"².

✓ تعليق ومقارنة:

الملاحظ في مسألة الرد بالعيب، سكوت الحافظ ابن عبد البر، مما يرجح أخذه بمذهبه، وما عليه المالكية في المسألة، وهذا ليس من عادته، ألا يناقش وألا يرجح، وأحسبه لوضوح المسألة لديه داخل المذهب.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 282 - 291 - الدر المختار للأبي 4 / 82 إلى 103

2 تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 100

بينما الإمام السمرقندي ناقش ورجح، وإن كان ترجيحه لم يخرج عن ما يقول به الحنفية، في مسائل الرد بالعيب، أو الموانع التي لا تبيح رد المبيع، لأن رد المبيع بالعيب لا يقتضي أن ينضاف إليه عيب آخر، يرد على النحو الذي سلمه البائع، وإلا فلا رد للمبيع إن أصابه عيب بيد المشتري.

هذه المناقشات العلمية، والتفريعات الفقهية، تدل على غنى الفقه الإسلامي وواقعيته، ومسايرته للواقع، ووضع الحلول للتعاملات التي يحتاج إليها الناس، وضبطها، حفاظاً على حقوق الناس وقطع طريق النزاعات والخصومات فيما بينهم.

المبحث الثاني: أنواع البيوع المتفق على فسادها عند الإمامين:

قبل الخوض في تفصيل القول فيما اتفق عليه أئمة مذهب مالك ومذهب الحنفية من البيوع

الفاسدة، وما اختلفا فيه ،لابد من تعريف مصطلح " الفاسد والباطل " و الفرق بينهما:

ففي اللغة: جاء في معجم مقاييس اللغة لابن فارس: أن أصل كلمة الفاسد هو (الفاء والسين

والدال)، يقال فسد الشيء يفسد فسادا، وهو خلاف الصلاح¹.و يقال تفاسد القوم إذا تدابروا و قطعوا

الأرحام، و المفسدة خلاف المصلحة، و الاستفساد خلاف الاستصلاح².

أما الباطل في اللغة: فقال فيه ابن فارس: " (الباء و الطاء و اللام) أصل واحد وهو ذهاب الشيء و قلة

مكثه و لبثه³، و منه سمي الشيطان بالباطل، لأنه لا حقيقة لأفعاله ، و يقال ذهب دمه باطلا أي هدرأ،

والباطل ضد الحق ، و يجمع على أباطل⁴.

أما في الاصطلاح: فالباطل و الفاسد على رأي الجمهور القائل بترادف الكلمتين تعاريف مختلفة حسب

كل باب ، و الذي يهمنا هنا، معناه في باب المعاملات: "هو: كل عقد لم يترتب أثره المقصود منه شرعا عليه"

5

اتفق الأصوليون على أن الفاسد مرادف للباطل في باب العبادات ،وفي عقد النكاح من المعاملات،

و على هذا، فكل عبادة فاسدة فهي باطلة.و الذي وقع فيه النزاع عندهم هو الباطل و الفاسد في

المعاملات، هل هما بمعنى واحد أم مختلفين¹.

1 -معجم مقاييس اللغة لابن فارس 4 / 503

2 -لسان العرب لابن منظور 4 / 1095 .

3 -معجم ما قيس اللغة لابن فارس 1 / 258

4 - لسان العرب لابن منظور 1 / 122.

5 -شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول لأحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين أبو العباس . ت مكتب البحوث والدراسات في

دار الفكر ،ص 76، ط دار الفكر ، سنة 1424هـ 2004م . - البحر المحيط في أصول الفقه ل الزركشي ، ت عبد القادر عبد الله العاني 1 /

320. ط 2 سنة 1413هـ 1992م

و كذا مما لا خلاف فيه بين العلماء، التفرقة بين الفاسد و الباطل في الحج، و الكتابة، و الخلع، و العارية، و سبب تفرقتهم في هذه الأبواب، راجع إلى قيام الدليل لديهم على ذلك². فدليلهم في الحج، أنه يبطل، ويفسد بالجماع فيه، و فاسد الحج يقضى، و الباطل فيه لا يقضى³. و أما دليلهم في الخلع، و الكتابة: فكون أن ما يبطلهما، ما كان على غير عوض، مقصود شرعا كالميتة، أو رجع الخلل إلى العقد، ككونه صغيرا أو سفيها، و الفاسد بخلاف هذا، و من هنا يكون الفرق بينهما: أن الفاسد يترتب عليه المال، و الطلاق، و سرح الزوج بالمهر، و السيد بالقيمة، بخلاف الباطل، فإنه لا يترتب عليه مال⁴. أما العارية: فقد نقل الزركشي صورتها في ((الوسيط)): فإنه حكى في إعارة الدراهم و الدنانير خلاف، فقد ذهب أهل العراق إلى أنها مضمونة، و ذلك لأنها إعارة فاسدة، أما عند المراوزة⁵ فهي باطلة، ولا ضمان فيها⁶.

و ذهب علماء الحنفية إلى التفرقة بين الفاسد و الباطل في باب المعاملات، فقد قال البخاري عن الفاسد: و عندنا، هو قسم ثالث مغاير للصحيح و الباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله، غير مشروع بوصفه⁷. قال ابن نجيم في الفرق بينهما: " و أما في البيع فمتباينين، فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، و فاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه⁸.

-
- 1- الأشباه والنظائر عل مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ط دار الكتب العلمية، ط 1 سنة 1419هـ 1999م، ص 291.
 - 2 - تشنيف المسامع، للزركشي 1 / 186. شرح البدخشي مناهج العقول محمد بن الحسن البدخشي، ومعه شرح الأسنوي نهاية السؤل، للإمام جلال الدين عبد الرحيم الأسنوي / ص 79 ط مطبعة محمد علي صبيحي وأولاده بالأزهر. - الأشباه و النظائر للسيوطي ص 419.
 - 3 - التمهيد لابن عبد ر ص 60، - البحر المحيط للزركشي / 321 - الأشباه والنظائر للسيوطي ص 479
 - 4 - المصادر نفسها
 - 5- يقصد بهم علماء خراسان و نيسابور و مرو. ينظر بيان المحتاج إلى كتاب المنهاج لبرهان الدين الفزاري ت مصطفى القيلوبي ص: 87. وكذلك أسنى المطالب لشرح روضة الطالب لأبي يحيى زكرياء الأنصاري 25/1.
 - 6 - البحر المحيط، للزركشي، 1 / 323
 - 7 - كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي ط دار الكتاب الإسلامي. 1 / 381
 - 8- الأشباه و النظائر لابن نجيم ص 337

وقد ثبت في كتب الحنفية، نسبة القول بالترقية بين الباطل و الصحيح في المعاملات، للإمام أبي حنيفة،
وممن نسب إليه هذا القول في كتبه، الإمام الزركشي¹ في التشنيف²، والغزالي³ في المستصفى⁴، وابن
السبكي⁵،⁶ وابن الناجر⁷ في شرح الكوكب المنير⁸، وغيرهم كثير.

أ- تعريف الفاسد عند الحنفية: الفاسد عندهم، وهو ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه
ملازمة ما ليس مشروعاً إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة⁹.

ب- تعريف الباطل عندهم: هو ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة¹⁰.

و من خلال هذين التعريفين نقول:

د- إن الفاسد من العقود، هو: ما كان صحيحاً في أصله، فاسداً في وصفه.

1- محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، الشافعي (بدر الدين، أبو الحسن) فقيه، أصولي، محدث، مشارك في بعض العلوم. توفي سنة 794هـ،
ودفن بالقرافة الصغرى، من تصانيفه الكثيرة: الديباج في توضيح المنهاج للنووي، شرح جمع الجوامع للسبكي، و البحر المحيط في أصول
الفقه. انظر: إنباء الغمر 1: 446؛ الدرر الكامنة: 4/ 17؛ شذرات الذهب: 6/ 335.

2- البحر المحيط للزركشي 1/ 186

3- محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الإسلام؛ فيلسوف، متصوف، له نحو مئتي مصنف. ولد سنة 450هـ وتوفي سنة 505هـ،
نسبته إلى صناعة الغزل (عند من يقوله بتشديد الزاي) أو إلى غزالة (من قرى طوس) لمن قال بالتخفيف. من كتبه: (إحياء علوم الدين) و)
تهافت الفلاسفة و (الاقتصاد في الاعتقاد) و (محك النظر) و (مقاصد الفلاسفة) و (المنقذ من الضلال). ينظر: وفيات الأعيان 4: 216؛
طبقات الشافعية 6: 192؛ شذرات الذهب 6: 18.

4- المستصفى للغزالي 1/ 95

5- الأبهج في شرح المنهاج. تقي الدين السبكي ط دار الكتب العلمية، سنة 1416هـ 1995م 1/ 69

6- علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي الأنصاري الخزرجي، أبو الحسن، تقي الدين: شيخ الإسلام في عصره، وأحد الحفاظ المفسرين
المناظرين. وهو والد التاج السبكي صاحب الطبقات. ولد في سبك (من أعمال المنوفية بمصر) ولي قضاء الشام سنة 739 هـ، واعتل فعدا إلى
القاهرة، فتوفي فيها سنة 756 هـ. من كتبه: "المسائل الحلبية وأجوبتها" في فقه الشافعية، و "السيف المسلول على من سب الرسول، و"
شفاء السقام في زيارة خير الأنام". ((الأعلام، للزركلي: 4/ 301-302)).

7- محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح، تقي الدين أبو البقاء، الشهير بابن النجار: فقيه حنبلي مصري. من القضاة. قال الشعراني: صحبتته
أربعين سنة فما رأيت عليه شيئاً يشينه، وما رأيت أحداً أحلى منطقاً منه ولا أكثر أدباً مع جلسائه. له (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح
وزيادات) مع شرحه للمهوتي، في فقه الحنابلة. توفي سنة 727هـ. ((الأعلام، للزركلي: 6/ 6)).

8- شرح الكوكب المنير محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، ت محمد الزحيلي. نزيه حماد ط وزارة الأوقاف
السعودية، ط 1 سنة 1413هـ 1993م 1/ 373

9- ميزان الأصول في نتائج العقول، محمد بن أحمد السمرقندي علاء الدين شمس النظر. ت محمد زكي عبد البر، ط مطابع الدوحة، سنة
1404هـ 1984م ص 37،

10- كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري 1/ 381. - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 337.

ذ- أما الباطل، فهو ما كان فاسدا بأصله ووصفه.

والذي ذهب إليه جمهور العلماء في هذه المسألة : عدم التفرقة بين الفاسد و الباطل في العبادات والمعاملات، إلا ما تقدم استثناءؤه، و قالوا بأنهما لفظان مترادفان يرادان لمعنى واحد، فلا فرق بين قولنا، هذا العقد فاسد و هذا باطل¹. قال ابن قدامة في الروضة: " و الفاسد مرادف للباطل، فهما اسمان لمسمى واحد"².

و قال الإمام الغزالي في المستصفى: " و الفاسد مرادف للباطل في اصطلاح الشافعي رحمه الله، فالعقد إما صحيح و إما باطل، و كل باطل فاسد"³. وقال الشنقيطي في المذكرة: " الفاسد و الباطل لفظان مترادفان عند الجمهور"⁴.

وقد استدلل الحنفية على تفريقهم بين الباطل والفاسد بأمور، منها:

- أنه قد جرى في عرف الناس و خطاباتهم التفرقة بينهما، فتراهم يقولون هذه لؤلؤة فاسدة إذا بقي أصلها و ذهب بياضها و لمعانها⁵.

- أن المقصود الشرعي من العبادات، هو التعبد لله عز وجل، فمتى ما طرأ على هذه العبادة خلل، سواء أكان ذلك الخلل في الأصول أم في الوصف بطلت العبادة، لفوات المقصود الشرعي منها، لذا لم يفرقوا بين فوات الأصل و فوات الوصف فيها.

أما في باب المعاملات، فيتم فيها تغليب جانب المصلحة على التعبد، لأن المقصود منها مصالح العباد الدنيوية، فمتى ما أمكن تحقيق هذه المصلحة حكمنا بصحة العقد، و على هذا القبيل فلو طرأ

1 - الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الأمدى، ت عبد الرزاق عفيفي ط دار الصميعي، ط 1 سنة النشر 1424هـ 2003م. 1 / 113 - المستصفى للغزالي 1 / 95 - البحر المحيط للزركشي 1 / 320.

2 - الروضة لابن قدامة 1 / 252

3 - المستصفى للغزالي 1 / 95

4 - المذكرة في أصول الفقه للشيخ الشنقيطي ص 55

5 - تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، محمد أمير بادشاه 2 / 237

الخلل على وصف العقد، فإنهم يحكمون بصحة الأصل و فساد الوصف، ولا يبطلون العقد بالكيل، بل متى زال الوصف الفاسد أمكن تصحيح العقد¹.

ورد الجمهور أدلة الحنفية دليلا دليلا وناقشواهم فيها، فقالوا في الرد على الأول، لو صح للحنفية هذا المعنى في تفريقهم بين الفاسد و الباطل لم ينازعوا في العبارة، ولكنه لا يصح، لأن كل ما كان ممنوعا بوصفه فهو ممنوع بأصله، و ذلك لانعدام الثمرة المقصودة منه، فالمفسدة الموجودة في الوصف دليل على تمكن المفسدة في الأصل، لذا قلنا بأن كل ما كان فاسدا بوصفه فهو فاسد بأصله و لا فرق².

وردهم على الدليل الثاني، قولهم: أن مذهب الحنفية فاسد، و قد دل على فساده النقل، لأنهم جعلوا الفاسد هو الموجود مع نوع خلل فيه، و الباطل ما لا حقيقة له، و هذا التفسير فاسد، و ذلك لأن الله تعالى قد ذكر في كتابه دليلا على وحدانيته وهو قوله تعالى: {لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا}³ فسعى الأرض و السماء على تقدير وجود الشريك، و معنى هذا، هو: استحالة ذلك لدليل التمانع، لأنها موجودة على نوع خلل فيها، فدل ذلك على بطلان أصل الحنفية في التفريق بين الفاسد و الباطل⁴.

وبغض النظر عن هذا النقاش حول مفهوم الفاسد والباطل، فإن هناك أنواعا من العقود اتفقوا على فساده. (المطلب الأول) كما أن هناك أنواعا أخرى اختلف في فساده. (المطلب الثاني).

1 - تيسير التحرير لمحمد أمير بادشاه، 2 / 237. الموافقات للشاطبي 2 / 502.

2 - المستقصى للغزالي 1 / 95 - روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت شعبان محمد إسماعيل، ط مؤسسة الريان، ط 1 سنة النشر 1419هـ 1998م 1 / 253 - السراج الوهاج شرح متن المنهاج، محمد الزهري الغماري دار المعارف بيروت لبنان، سنة 1337م 1 / 118.

3 - سورة الأنبياء الآية 22

4 - البحر المحيط للزركشي 1 / 320 - نفائس الأصول في شرح المحصول، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. عادل أحمد عبد الموجود. علي محمد معوض. ط مكتبة نزار مصطفى الباز، ط 1 1416هـ 1995م. 1 / 312.

المطلب الأول: البيوع المتفق على فسادها :

ما نهى الشرع عنه سواء كان من العبادات أو المعاملات فإن حكمه الفساد، لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، إلا ما خرج بدليل منفصل، والدليل على ذلك، أن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم، لم يزالوا يحتجون على فساد بياعات وأنكحة كثيرة، بصدور النهي عنها، ولم ينكر بعضهم على بعض ذلك الاستدلال، بل كان يعارض بعضهم بعضاً بأدلة أخرى¹.

ولما كانت المعاملات مقسمة على قسمين: ما يجوز التعامل به وما لا يجوز، خصص الفقهاء الحديث في ما لا يجوز من المعاملات تارة باتفاق وتارة باختلاف. وهنا سأعرض بعض ما اتفق عليه فقهاؤنا من الحنفية والمالكية، في مسائل البيوع الفاسدة. مع الإشارة إلى بعض المذاهب الأخرى، وذلك كالتالي:

أولاً: بيع الصبي غير المميز:

اتفق الفقهاء على بطلان بيع الصبي غير المميز، وذلك لاتفاقهم على أن شرط التعاقد أن يكون مميزاً، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل².

وقال الحنفية والمالكية³: الصبي إما مميز أو غير مميز، - خلافاً للشافعية والحنابلة فلا يلزم التفريق بينهما - فالمميز هو الذي أكمل سن السابعة لقوله صلى الله عليه وسلم {مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين}⁴. وغير المميز: هو الذي لم يتم سن السابعة من العمر.

أما التصرفات عندهم فإما قولية أو فعلية:

1- مفتاح الوصول لبناء الفروع على الأصول، محمد بن أحمد الحسني التلمساني، ت علي فركوس أبو عبد المعز، ط المكتبة المكية. مؤسسة الريان، ط 1 سنة 1419هـ 1998م ص 40

2- المعلم بفوائد مسلم للمازري 2/ 239

3- الدر المختار للحصكفي 5/ 101 - بدائع الصنائع للكساني 7/ 171 - بداية المجتهد لابن رشد 2/ 278

4- سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة 1/ 239 حسن صحيح

أما الفعلية و هي الغصب و الإتلاف، فلا أثر لحجر الصبي و المجنون عليها ، فيجب على كل منهما ضمان ما أتلّف من مال أو نفس، إذ لا حجر على الأفعال، و إنما الحجر على الأقوال ، لأنها لا مرد لها لوجودها حسا و مشاهدة ، بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها موجودة بالشرع لا بالواقع ، و القصد شرط لاعتبارها¹.

أما التصرفات القولية : فإن صدرت من غير مميز، فجميع تصرفاته باطلة، لفقده أهلية الأداء، أو التصرف، إذ لا عقل له و لا تمييز، فلا يعتبر رضاه و لا قصده، سواء كان التصرف نافعا له، أو ضارا به، أو مترددا بين الضرر و النفع، فلا يصح عقده، و لا إقراره و لا طلاقه ، كالمجنون لعدم اعتبار أقوالهما².

هل تسلم للصغير أمواله أم لا؟

اتفق العلماء على أنه لا تسلم للصغير أمواله حتى يبلغ راشدا، لأن الله تعالى علق دفع المال إليه على شرطين: البلوغ و الرشد في قوله تعالى: "{وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ}"³، و الحكم معلق على شرطين لا يثبت بدونهما⁴.

ثانيا: بيع المجنون :

من البيوع المتفق على بطلانها بيع المجنون ، و ذلك لانعدام الأهلية ، وهو في ذلك كالصبي غير المميز. ويمكن إعطاء نظرة عامة حول بيع المجنون في النقاط التالية:

1 - شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام 311 / 1

2- مغني المحتاج للشربيني 2 / 166 - 170 — كشف القناع ل الهوتي 3 / 431

3 -سورة النساء الآية 4

4- بدائع الصنائع للكساني 1 / 170 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 277

1- المجنون في اصطلاح الفقهاء:

عرفه التفتراني بأنه: " اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة و القبيحة للعواقب، بأن لا تظهر أثرها، وأن تتعطل أفعالها¹.

و عرفه صاحب المغني " زوال الشعور من القلب، مع بقاء الحركة و القوة في الأعضاء².

2- أقسام الجنون : والجنون ينقسم إلى قسمين:

أ- الجنون المطبق: وهو الذي يكون فيه عقل الإنسان مختلا اختلالا كلياً ، بحيث يكون فاقدا للتمييز الكلي و الجزئي.

ب - الجنون المنقطع: وهو الجنون الجزئي، الذي يفقد منه صاحبه أحيانا ، و هو الذي يذهب عقله في وقت، ويفيق في وقت آخر، بحيث يكون جنونه متقطعا³.

و اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات المجنون جنونا مطبقا على التفصيل الذي ذكرناه في الصبي، من حيث القول و الفعل، فأوجبوا حجره بدليل السنة، و ذلك في حديث عائشة ؓ عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: { رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق⁴ }.

و الإجماع: قال بن المنذر " الإجماع بالحجر على المجنون، و كل مضيع لماله صغيرا أو كبيرا⁵.

و القياس: أي قاسوا المجنون على الصغير، بجامع أن كلا منهما فاقد لعقله و لأهليته في التصرف، فكما أن الصبي يحجر عليه فكذلك المجنون¹.

1- سعد الدين مسعود بن عمر التفتراني ، في شرح التلويح على التوضيح. ط مكتبة صبيح بمصر . 2 / 348

2- مغني المحتاج للشربيني 2 / 358

3- حاشية البجري للإمام إبراهيم بن محمد بن أحمد الشافعي البجري. ط دار النور المبين 2 / 282

4- أخرجه النسائي في سننه ، كتاب الطلاق ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج 6 / 156 صححه الشيخ الألباني .

5- الإجماع لابن المنذر ص 99 – مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لابن حزم ص 58 ط دار الكتب العلمية بيروت.

3- حكم تصرف المجنون جنونا منقطعا :

اختلف الفقهاء في تصرفات المجنون جنونا منقطعا على قولين:

الأول: و به قال الحنابلة، وهو: أنه يحجر على تصرفات المجنون جنونا منقطعا، في حال جنونه وإفاقته، ورأيهم هذا مبني على عدم تفريقهم بين الجنون المطبق و المنقطع، وقوله عليه الصلاة والسلام: {رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل}².

ووجه الاستدلال من الحديث، أن النبي ﷺ لم يفرق بين الجنون المطبق و بين المنقطع ، وإنما علق تكليفه ببرئه من هذه العلة³.

الثاني: و به قال الجمهور من الحنفية و المالكية و الشافعية، أنه يمنع من التصرف في حالة جنونه، و لا يمنع منه في حالة إفاقته⁴.

و استدلووا على قولهم بالقياس، حيث قاسوا المجنون جنونا منقطعا، على العاقل المميز البالغ، بجامع أن كلا من العاقل و المجنون في حالة الإفاقة، يتمتع بصفات العقل تؤهله لأن يسير أمور حياته⁵.

✓ اختيار الإمام السمرقندي في المسألة:

ذهب السمرقندي في حكم بيع الصبي غير المميز مذهب الجمهور، وهو بطلانه حيث قال: " لا ينعقد البيع من الطفل و المجنون"⁶.

1 - المبسوط للسرخسي 24 / 158، حاشية ابن عابدين 6 / 144

2 - سبق تخريجه في ص 148 من البحث

3 - سبل السلام للصنعاني 8 / 181، - نيل الأوطار للشوكاني 5 / 372

4 - بدائع الصنائع للكسائي 7 / 171 - الفواكه الدواني للنفراوي 1 / 385.

5 - حاشية الرملي عل أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، شهاب أحمد الرملي ، ت محمد الزهري الغماري ، ط المطبعة اليمنية ، سنة 1313 هـ 2 / 206

6- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 44. أنظر كذلك: 36/2 - 37.

أما المميز ، وقد عبر عنه السمرقندي بالصبي العاقل ، فإن تصرفاته تتوقف على إجازة وليه في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أم التصرفات الضارة ، فلا تنعقد سواء وافق وليه أم لم يوافق ، فإنها لا تصح .
أما الحافظ ابن عبد البر ، فلم أقف على مسألة بيع الصبي في الاستذكار ، وأحسبه لم يناقشها والله أعلم .
ثالثا: بيع الأعيان النجسة : يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1- تعريف النجاسة:

أ - لغة: تطلق على كل قذارة مستقدرة ، بخلاف الطاهرة . . جاء في لسان العرب " النجس القذر من الناس ومن كل شيء قدرته ¹ .

ب - اصطلاحا: عرفت في مفهوم الفقهاء بعدة تعاريف منها: تعريف المالكية : "هي صفة حكيمة توجب لموصوفها منع استحالة الصلاة به أو فيه" ² أما الحنفية: فقال صاحب البحر الرائق: و النجاسة شرعا: "عين مستقدرة شرعا" ³ .

2- رأي الفقهاء في الأعيان النجاسة :

اتفق جمهور العلماء على اشتراط الطهارة في المبيع ، وقد ذكر هذا الشرط تصريحاً ، المالكية والحنابلة ، و الشافعية ، في المبيع . حيث جاء في الشرح الصغير: " شرط صحة المعقود عليه طهارة " فلا يصح بيع نجس ، ولا متنجس ، لا يمكن تطهيره ، كدهن تنجس ⁴ .

غير أن الحنفية لم يذكروا شرط طهارة المبيع صراحة ، ضمن الشروط المعتبرة لصحة البيع ، وإن كانوا قد أدرجوا ذلك عند بيان شرط المالية ، و لم يعتبروا مثال المنع نجاسة المبيع ، بل جعلوا مناط ذلك عدم

1 - لسان العرب لابن منظور 53 / 14 .

2 - أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك للدردير 32 / 1

3 - البحر الرائق لابن نجيم 382 / 1

4 - أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك للدردير 22 / 3

شرعية الانتفاع بالشيء المباع، وعلى هذا، فإن الحنفية لم يعتبروا نجاسة المبيع مانعا من صحة بيعه، وإنما قالوا: إنه يشترط أن يكون البيع مالا متقوما، أي منتفعا به شرعا، ولهذا صححوا بيع السرجين¹، مع كونه نجسا، لأنه مال منتفع به عندهم، ولم يمنع الشرع الانتفاع به.

فقد جاء في شرح القدير: "فالباع بالميتة والدم باطل، وكذا بالحر، لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد، والباطل لا يفيد ملك التصرف"².

هذا وقد جوز الشارع اقتناء بعض الأنجاس التي يصعب الاستغناء عنها، للاستفادة منها، لما لها من فائدة لا يستهان بها، وذلك مثل كلاب الحراسة، والصيد، ونحو ذلك، حيث ورد النص على جواز اقتنائها في قول النبي صلى الله عليه وسلم: {من اقتنى كلابا إلا كلبا ضاريا لصيد أو كلب ماشية، فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان}³ كما أن الله سبحانه وتعالى نص على تحريم الميتة، والدم، ولحم الخنزير، كما جاء في قوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنَازِيرِ}⁴.

ورغم هذا، فقد حثنا الشارع على عدم إهدار الجزء الذي يمكن الانتفاع به من الميتة، وهو إهابها، إذ يصح معالجته بالدباغة، حيث قال عليه الصلاة والسلام (وهلا استمتعتم بإهابها، قالوا إنها ميتة، قال : إنما حرم أكلها)⁵.

والخلاصة: هذا الذي حرمه الشارع ومنع بيعه بنجاسة، إنما هو النجاسة التي لا ينتفع بها بصورة مشروعة، لأن اقتنائها يعتبر ذريعة إلى محاولة الانتفاع بها، وحيث حرم كل وجه من وجوه الانتفاع بها فقد حرم الاقتناء بها وبالتالي حرم بيعها.

1- السرجين بكسر السين هو الروث.

2 - فتح القدير لابن الهمام 403 / 6

3 صحيح البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب من اقتنى كلبا ليس بكلب صيد أو ماشية، رقم 5481

4 - سورة المائدة الآية 3

5 - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب جلود الميتة قبل أن تدبغ، رقم 2221

رابعاً: بيع الميتة : يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1- تعريفها:

أ - الميتة لغة: ما لم تدركه تذكية ، حيث جاء في لسان العرب : "الموت و الموات ضده الحياة ، والموات بالضم الموت مات يموت موتاً ، و الميتة ما لم تدركه تذكية ، و الموت السكون و كل ما سكن فقد مات¹ :

ب - وشرعاً: اختلفت عبارة الفقهاء عند تعريفهم للميتة شرعاً ، و لكن مع ذلك كانت المعاني مقصودة واحدة ، حيث إن جميعهم حققوا معنى واحداً ، وهو ما فارق الحياة بدون تذكية ، أو كانت تذكيته على وجه غير مشروع.

تعريف المالكية: لم تنص كتب المالكية في أغلبها على تعريف الميتة صراحة ، و إنما عرفتها مكتفية ببيان أن ما حصل ذكاته يكون طاهراً ، جاء في مواهب الجليل : (و ما ذكي ، يعني أن ما ذكي من نوع من أنواع الذكاة ، من ذبح ، أو نحر ، أو عقر ، في ما يذكي بالعقر فهو طاهر ، إلا ما حرم الأكل)².

تعريف الحنفية: الميتة عند الحنفية هي: ما أصابها الموت ، و هم يقصدون بهذا ، كل دابة تذبح بقصد ذكاتها إذا ماتت بدون ذكاة ، أو كانت ذكاتها على هيئة غير مشروعة ، جاء في البدائع (الميتة اسم لما زالت حياته ، لا بصنع أحد من العباد ، أو بصنع غير مشروع)³.

2. حكم بيع الميتة:

اتفق العلماء و استقر رأيهم على القول بتحريم الميتة ، و ذلك لنجاستها و حرمة أكلها ، حيث ترتب على ذلك القول بحرمة بيعها ، و هذا ما عليه جمهور الفقهاء من المذاهب كلها.

1 - لسان العرب لابن منظور 218 / 217 / 13

2 - مواهب الجليل للحطاب 88 / 1

3 - بدائع الصنائع للكساني 63 / 1

و على هذا : كل ما حرمه الله سبحانه على العباد فبيعه حرام ، و ذلك لنجاسته ، و لتحريم ثمنه ، أو لعدم ماليتة عند رأي الحنفية ، حيث لم يشترطوا طهارة المبيع ، و إنما اكتفوا بمالية المبيع ، و إن كان الانتفاع به شرعا.

و من ذلك قوله صلى الله عليه و سلم : { لعن الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم وأكلوا أثمانها ، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه }¹.

3- أقوال العلماء في الميتة:

مذهب المالكية: يقولون بعدم جواز بيع الميتة لنجاستها ، و لأن النجس لا تحصل به منفعة ، فضلا عن النهي عنها لتحريمها و تحريم ثمنها ، فقد عدو التعامل بشأنها من أكل أموال الناس بالباطل ، وهو منهي عنه. ، فقد جاء في مواهب الجليل : "و لا يجوز بيع ميتة"²

مذهب الحنفية: يرى الحنفية كذلك فساد بيع الميتة لأنها محرمة ، و يفسد البيع عندهم إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما. فلم يجز بيع الميتة و الدم لانعدام المالية التي هي ركن البيع ، فإنهما لا يعدان مالا عند أحد ، و عليه فالبيع يكون باطلا ، وهذا ما قرره علماء الحنفية في كتبهم ، فقد جاء في اللباب شرح الكتاب: (إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما ، فالبيع فاسد ، كالبيع بالميتة ، أو بالدم ، أو بالخمير ، أو بالخنزير)³.

و قال صاحب الهداية (إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما ، فالبيع فاسد ، أي كبيع الميتة ، و الدم ، والخمر ، و الخنزير. و كذا إذا كان غير مملوك كالحر)⁴.

1 - أخرجه الإمام أحمد في مسنده ، من مسند بني هاشم ، مسند عبد الله بن العباس ، 4 / 416 ، صحيح سنن الترمذي للشيخ الألباني ص: 307.

2 - مواهب الجليل للحطاب 4 / 25

3 - عبد الغني الغنيبي الدمشقي الميداني الحنفي ، 1 / 194

4 - الهداية للمرغيناني 8 / 139

و قال صاحب البحر الرائق: (لم يجز بيع الميتة و الدم، لانعدام المالية التي هي ركن البيع، لأنهما لا يعدان مالا عند أحد، وهو في قسم الباطل، و المؤلف رحمه الله لما استعمل الفاسد في الباب ، عبر بعدم الجواز الشامل للباطل و الفاسد)¹.

4- أدلة الفريقين:

و قد استدل الفقهاء على تحريم بيع الميتة² على نحو ما ذهب إليه الجمهور: بحديث جابر بن عبد الله قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم وهو بمكة يقول: {إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخزير والأصنام}³. و أن كل ما حرمة الله سبحانه على العباد فإن بيعه يحرم تبعا لهذا.

خامسا: بيع الدم: يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1- تعريف الدم المسفوح:

أ. الدم لغة: جاء في مختار الصحاح " الدم أصله دمو بالتحريك، و تثنيته دميان، و بعض العرب يقولون دموان ، و قال سيبويه: أصله دمي بالتحريك وتصغير الدم دمي و جمعه دماء"⁴.

ب. المسفوح لغة: هو المصبوب، أي المراق المنصب . قال صاحب المصباح " سفح الرجل الدم و الدمع سفحا، من باب نفع صبه، و ربما استعمل لازما، فقل سفح الماء إذا انصب، فهو مسفوح و سافح، وسافح الرجل المرأة مسافحة و سفاحا، من باب قاتل وهو المزناة، لأن الماء يصب ضائعا، و في النكاح كناية عن السفاح، وسفح الجبل مثل وجهه ، وزنا ومعنى⁵.

1 - البحر الرائق لابن نجيم 6 / 112

2 - مواهب الجليل للخطاب 4 / 259 . بلغة السالك للصاوي 2 / 342 . - روضة الطالبين للنووي 3 / 348 . مغني المحتاج للشريني 2 / 11

3 صحيح مسلم كتاب المساقاة ، بباب تحريم بيع الخمر والميتة والخزير والأصنام ، رقم 1581

4 - مختار الصحاح للرازي ص 112

5 - المصباح المنير للفيومي ص 278

ج -الدم المسفوح في الشرع: هو الدم الجاري المسال، وهو المهراق أو المصبوب، و المنصب وهو الدم الذي جرى بعد موجب خروجه وهو الذكاة. جاء في حاشية الدسوقي " و الحاصل أن الدم إذا جرى بعد موجب خروجه وهو الذكاة كان مسفوحاً¹.

و جاء في مواهب الجليل: " قال في التوضيح المسفوح الجاري"².

2 - حكم بيع الدم المسفوح عند الفقهاء:

اتفق العلماء جميعهم، أن ما حرمه الله علينا لا يجوز الانتفاع به من أي وجه من الوجوه، فيكون بيعه حراماً تبعاً لهذا، و من هنا اتفق العلماء على تحريم بيع الدم المسفوح لنجاسته.

مذهب المالكية : قال فقهاء المالكية ببطلان بيع الدم ، لأنهم يشترطون طهارة كل من الثمن و المثلن، والدم نجس.

وجاء في شرح الكبير وهو يعد النجاسات " و دم مسفوح ، أي جار بسبب قصد، أو ذكاة أو نحو ذلك، إذا كان من غير سمك و ذباب، بل ولو كان مسفوحاً من سمك، و ذباب، و قراد، و حلم، خلافاً لمن قال بطهارته منها³.

جاء في حاشية الدسوقي: " و الحاصل أن الدم إذا جرى بعد موجب خروجه، و هي الذكاة كان مسفوحاً وهو نجس⁴.

1 - حاشية الدسوقي 52 / 1

2 - مواهب الجليل للخطاب 96 / 1

3- الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي 57 / 1

4 - حاشية الدسوقي 52 / 1

مذهب الحنفية: ذهب فقهاء الحنفية إلى بطلان بيع الدم المسفوح اتفاقا، لكونه محرما شرعا، وللنهي عن بيعه عندهم لعدم ماليته المعتبرة أساسا لعقد البيع عندهم. جاء في الهداية "و إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما، فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة و الدم و الخمر و الخنزير¹.

و جاء في البدائع " و دم الأوزاغ نجس، لأنه سائل، و كذا الدماء السائلة من سائر الحيوانات"².

خلاصة: من خلال ما سبق ، تبين أن الفقهاء اتفقوا على حرمة بيع الدم المسفوح الخارج من الحيوانات المذكاة، دون ما بقي في العروق داخل اللحم ففيه خلاف بينهم.

سادسا: بيع الخمر: يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1- تعريف الخمر:

أ - لغة: جاء في لسان العرب " ما أسكر من عصير العنب ، و سميت بهذا لأنها تخامر العقل، و حقيقة الخمر إنما هي ما كان من العنب دون سائر الأشياء³.

ب - شرعا: تعريف المالكية: " الخمر تطلق على كل ما يسكر ، سواء كان ذلك من العنب أو غيره من جميع الأشربة الأخرى المسكرة ، و كذا يستوي فيه القليل و الكثير"، فقد جاء في الكافي لابن عبد البر " الخمر شراب العنب المسكر، و كل شراب أسكر كثيره أو قليله فهو خمر"⁴.

ب . الحنفية: " أطلقوا الخمر على المعتصر من العنب الذي غلا و اشتد و قذف بالزبد، جاء في الاختيار لتعليل المختار " الخمر وهي التي من ماء العنب إذا غلا و اشتد و قذف بالزبد"¹.

1 - الهداية في شرح البداية لبرهان الدين المرغنياني ت نعيم أشرف نور محمد ط إدارة القرآن والعلوم الإسلامية. باكستان ، ط 1 سنة 1417هـ.

402 / 6

2- بدائع الصنائع للكسائي 1 / 60 - 62

3 - لسان العرب لابن منظور 4 / 211

4 - الكافي لابن عبد البر 1 / 442

2 - حكمة تحريم الخمر:

اتفق الفقهاء على أن الحكمة من تحريم الخمر كونها أم الخبائث، بسبب إفسادها العقول، ولصدها عن ذكر الله و عن الصلاة، فهي رجس و عمل من عمل الشيطان، ولهذا كانت محلا للنهي والأمر باجتنابها، حيث قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلُمُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ².

و في هذا يقول ابن القيم في كتابه إغاثة اللهفان " حرم الله شرب القطرة من الخمر، و إن لم تحصل مفسدة الكثير، لكون قليلها ذريعة إلى شرب كثيرها³.

و قال في إعلام الموقعين: " إن الله تعالى حرم الخمر لما فيها من المفسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل،...والتحريم لكافة المحرمات على هذه الأمة، هو تحريم حفظ و صيانة، لا تحريم عقوبة، و تحريم الخمر صيانة للعقول و الحفظ لها⁴.

3 - حكم الخمر من حيث نجاستها وطهارتها:

اختلف الفقهاء في حكم الخمر من حيث نجاستها أو اعتبارها طاهرة. فمذهب المالكية: يقولون بنجاسة الخمر، بناء على أنها محرمة العين لما تقرر عندهم في القواعد: " أن كل محرم العين، نجس الذات"، إلا ما أثير عن ربعة أنه قال: إنها طاهرة رغم أنها محرمة، قياسا على الحرير، فهو عند الإمام مالك محرم مع أنه طاهر.

1 - الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، ت محمود أبو دقيق، ط مطبعة الحلبي. القاهرة، سنة: 1356 هـ 1937 م 99 / 4.

2 - سورة المائدة الآية 90 - 94

3 - إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، ابن قيم الجوزية، ت محمد عزيز شمس. مصطفى بن سعيد إيتيم ط مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ط 1 سنة: 1432 هـ. 361 / 1

4 - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم 151 / 3

فقد جاء في الخرشي على شرح المختصر: (قوله إلا المسكر، لما كان بعض الجمادات مفسداً، و مرقداً، ومسكراً، و كان الحكم من الأولين الطهارة دون الأخيرين، مؤلف بما ذكر سواء، كان المسكر مائعاً كالخمر، أو جامداً كالخشيش، و سواء كان من العنب أو غيره من المشهور)¹.

و قال ابن رشد في المقدمات (فكل مسكر مطرب من أي نوع كان من الأنبذة و الأشربة، محرم العين نجس الذات ، لأن الله تعالى سمي الخمر رجساً، كما سمي النجاسات من الميتة و الدم المسفوح و لحم الخنزير رجساً².

ويرى الحنفية القول بنجاسة الخمر نجاسة مغلظة. قال صاحب بدائع الصنائع: (أما الخمر فيعلق بها أحكام منها، أنها نجسة غليظة)³.

و قال صاحب حاشية بن عابدين: (و هي أي الخمر نجسة بنجاسة مغلظة كالبول، و يكفر مستحلبها)⁴.
و استدلل لربيعه الرأي في قوله بأنها غير نجسة. ما ذكره القرطبي في قوله: (و قد استدلل سعيد بن الحداد القراوي على طهارتها بسكها بطرق المدينة، قال: ولو كانت نجسة، لما فعل ذلك الصحابة رضوان الله عليهم، و لنهى الرسول صلى الله عليه و سلم عنه، كما نهى عن التخلي في الطرق⁵.

4- حكم بيع الخمر:

حكمها عند المالكية: قال المالكية بعدم جواز بيع الخمر، و ما في حكمها من النجاسات، و ذلك لأن الله سبحانه لما جعلها نجسة فقد أهانها، و بيعها يشعر بتقويتها و غرتها، وهذا مناف لما تقرر من نجاستها. فقد جاء في مواهب الجليل (ولا يجوز بيع لحوم الخنزير، و القرد، و الخمر، و الدم)¹.

1 - شرح مختصر خليل للخرشي 155 / 1

2 - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 442 / 1

3 - بدائع الصنائع للكاساني 112 / 5 (بتصرف)

4 - حاشية بن عابدين 33 / 10

5 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 186 / 6

و قال ابن رشد في المقدمات (فأما ما لا يصح ملكه، فلا يجوز بيعه إجماعاً، كالخمر والخنزير...) ².

ومذهب الحنفية: قالوا بعدم جواز بيع الخمر، لأنه يحرم على المسلم تملكها و الانتفاع بها، فإذا كانت الخمر ثمناً فالبيع فاسد، وإذا كانت الخمر مبيعاً، فإن كان الثمن ديناً، أو نقوداً فالبيع باطل، أما إذا كان الثمن عيناً، فالبيع فاسد، وهذا ما قرروه في كتبهم:

جاء في بدائع الصنائع: "و منها: أنه يحرم على المسلم تملكها وتملكها بسائر أسباب الملك، من البيع والشراء وغير ذلك، لأن كل ذلك انتفاع بالخمر، و أنها محرمة الانتفاع على المسلم... إلا أنها تورث، لأن الملك في الموروث ثبت شرعاً، من غير صنع العبد، فلا يكون ذلك من باب التملك و التملك، و الخمر إن لم تكن متقومة، فهي مال عندنا، فكانت قابلة في الجملة... أن البيع مبادلة بشيء مرغوب فيه، قال تبارك و تعالى: { أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجْرَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ } ³. وقد وجد هنا أن الأشرية مرغوب فيها، والمال اسم لشيء مرغوب فيه، إلا أن الخمر مع كونها مرغوباً فيها، فلا يجوز بيعها بالنص الذي رويناها، والنص ورد باسم الخمر، فيقتصر على مورد النص، و على هذا الخلاف إذا أتلّفها إنسان يضمن عنده، أي عند أبي حنيفة، و عندهما، أي عند الشيخين لا يضمن... ⁴.

و قال ابن عابدين في حاشيته (و لا يجوز بيعها، لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها، و التقوم يشعر بعزتها) ⁵.

¹ - مواهب الجليل للحطاب 4 / 256

² - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 2 / 62

³ - سورة البقرة الآية 16

⁴ - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 113 - 115

⁵ - رد المحتار لابن عابدين 10 / 33

✓ اختيار ابن عبد البر:

لم يذكر ابن عبد البر شيئا في هذه البيوع، غير أنه نبه عليها في مسألة بيع الكلب، وحكى في ذلك ما عليه المالكية فقال: قال المالكية: لا ينعقد بيع الخمر و الخنزير والميتة.¹ وبهذا يكون قد انسجم مع قواعد مذهبه، وما عليه عموم المالكية، أن كل محرم العين نجس الذات، ولذلك قرر عدم انعقاد البيع في الخمر والخنزير والميتة.

✓ اختيار السمرقندي:

الذي ذهب إليه السمرقندي في حكم هذه البيوع الثلاثة، الميتة، و الدم، و الخمر، التحريم على مذهب الجمهور، فقال: "و منها: - أي البيوع الفاسدة - أن يكون المبيع محرما، أو ثمنه، بأن باع الخمر، أو الخنزير، - أو باع بهما - فإنه لا يجوز، وكذا المحرم، إذا باع صيدا مملوكا، أو اشترى بصيد مملوك، لأن الحرام لا يصلح مبيعا و ثمنا ، غير أنه إذا كان مبيعا: يكون البيع باطلا، و إذا كان ثمنا ينعقد البيع بالقيمة عندنا بيعا فاسدا. وأما إذا ذكر الميتة و الدم ثمنا، فقد اختلف المشايخ فيه.² وبهذا يكون قد أخذ بمذهب الجمهورا موافقا لما عليه المالكية.

✓ تعليق ومقارنة :

يظهر من خلال اختيار السمرقندي في مسألة هذه الأنواع الثلاثة من البيوع الفاسدة، المنع على مذهب الجمهور، موافقا في ذلك مذهب الأحناف ، كما أن تنبيه ابن عبد البر على حكم هذه الأنواع الثلاثة، أنها لا تنعقد، دليل على ذهابه مذهب الجمهور موافقا بذلك الإمام السمرقندي ، فنستنتج أنهما اتفقا في هذه المسألة، تبعا للجمهور، وإن كان الحافظ ابن عبد البر وافقهم بما ترجح لديه من أدلة، وإمام السمرقندي لما ترجح له قول أبي حنيفة، على قول أصحابه. فكلاهما حرم بيع الخمر والدم والميتة.

¹ - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 115 .

² - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 47 .

ومن هنا يتضح أن الحافظ ابن عبد البر والإمام السمرقندي، اتفقا في هذه المسألة، وهو اتفاق يؤكد تناسق المذاهب الفقهية وتكاملها، ومن بينها، مذهب المالكية، الذي يمثل الحافظ ابن عبد البر، والمذهب الحنفي الذي يمثل السمرقندي.

سابعاً: بيع المعدوم: يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1. مفهومه:

أ- لغة: من فعل عدم، و (العين و الدال والميم) أصل واحد يدل على فقدان الشيء و ذهابه، و من ذلك العدم، و عدمت فلانا أعدمه - بفتح الدال - فقدته أفقده فقدا أو فقداناً، و المعدوم المفقود غير الموجود¹.

ب - شرعاً: ما يقابل الموجود، و المعدوم المطلق: ما ليس له ثبوت بوجه من الوجوه، لا ذهنياً و لا خارجاً.²
أو هو بيع ما كان غير موجود في الواقع، أو كان غائباً عن مجلس العقد، وموصوفاً في الذمة.³

2 - أقوال الفقهاء في حكم بيع المعدوم:

اتفق جمهور العلماء من الحنفية، و المالكية، و الشافعية، والحنابلة، ببطان بيع المعدوم.
حيث يقول ابن رشد في البداية " و الغرر ينتفي عن الشيء، بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة، معلوم القدر، مقدوراً على تسليمه، و ذلك في الطرفين، الثمن والمثمن، معلوم الأجل أيضاً، إن كان بيعاً مؤجلاً"⁴.

1 - معجم مقاييس اللغة لابن فارس 4 / 248 - لسان العرب لابن منظور 12 / 322

2 - جامع العلوم الملقب بدستور العلماء، القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، ت حسن هاني فحص، ط دار الكتب العلمية. لبنان بيروت، ط 1 سنة: 1421 هـ 2000 م 3 / 251

3 - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 138.

4 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 129

و من هنا، فالمالكية يصرحون باشتراط المبيع في محل العقد، إذ إن انعدامه يقود إلى الوقوع في الغرر، واشتراط المالكية هذا، إنما هو فقط في عقد المعاوضات، كالبيع و نحو ذلك ، أما التبرعات، كالهبة والصدقة و نحوها فيصح أن يكون محل العقد فيها معدوما، إذا كان متوقع الوجود مستقبلا. حيث يقول ابن رشد في هذا " ولا خلاف في المذهب، في جواز هبة المجهول، و المعدوم المتوقع الوجود، و بالجملة، كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر"¹.

و يقول الكساني² من الحنفية " لا ينعقد بيع المعدوم، و ما له خطر العدم، كبيع نتاج التاج، بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة"³.

و أشار ابن نجيم⁴ إلى هذا فقال: " فلم ينعقد بيع المعدوم، و ما له خطر العدم، كنتاج التاج، والحمل، واللبن في الضرع"⁵.

أدلة الجمهور: مما استدل به العلماء في هذه المسألة أحاديث نبوية منها:

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: { نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر }⁶.
وجه الاستدلال من الحديث، أنه يدل على النهي عن بيع الحصاة⁷، و بيع الغرر¹، والمعدوم نوع من أنواع الغرر. يقول النووي رحمه الله: " و أما النهي عن بيع الغرر، فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع،

1 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 247

2- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) و (السلطان المبين في أصول الدين). توفي في حلب سنة 587هـ ينظر: الأعلام، للزركلي: 2: 70.

3- بدائع الصنائع للكساني 5 / 138

4- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم: فقيه حنفي، من العلماء. مصري. له تصانيف، منها (الأشباه والنظائر) في أصول الفقه و (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق) فقه و (الرسائل الزينية) 41 رسالة، في مسائل فقهية، و (الفتاوى الزينية) توفي سنة 970هـ. انظر ترجمته في: الأعلام: 3/ 64؛ شذرات الذهب: 8/ 358؛ الفوائد الهية: 134.

5 - البحر الرائق لابن نجيم 5 / 279

6- أخرجه مسلم كتاب البيوع. باب بطلان بيع الحصاة الذي فيه غرر. حديث رقم 1513

7- بيع الحصاة أن يقول إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع وقيل أن يقول بعتك ما تقع عليه حصاتك إذا رميت بها و بعتك من الأرض ما تنتهي إليها حصاتك. فتح الباري، لابن حجر، 1/ 106.

ولهذا قدمه مسلم، و يدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة، كبيع الإبل، و المعدوم، و المجهول، و ما لا يقدر على تسليمه، و ما لم يتم ملك البائع عليه، و بيع السمك في الماء الكثير، و اللبن في الضرع، و بيع الحمل في البطن، و بيع بعض الصبرة² مهما، و بيع ثوب من أثواب، و شاة من شياه، و نظائر ذلك، و كل هذا بيعه باطل، لأنه غرر من غير حاجة³.

- عن حكيم ابن حزام رضي الله عنه قال: {يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عني، فأبتاعه له من السوق، فقال: لا تبع ما ليس عندك}⁴.

- حديث ابن عمر رضي الله عنهما: {أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلية}⁵، وكان بيع يتبايعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج الذي في بطنها وجه الدلالة من الحديث: ما نقله ابن حجر عن كثير من أهل اللغة، و به جزم الترمذي، أنه بيع ولد نتاج الدابة، و المنع في هذا، من جهة أنه بيع معدوم و مجهول، و غير مقدور على تسليمه، فيدخل في بيع الغرر⁶.

قال ابن رشد في البداية "و أما بيع حبل الحبلية ففيه تأويلان: أحدهما، أنها كانت بيوعا يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم ينتج ما في بطنها، و الغرر من جهة الأجل في هذا بين. و قيل، إنما هو بيع جنين الناقة، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين و الملاقيح⁷.

- و عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال: {قال رسول الله ﷺ ليس على رجل بيع فيما لا يملك}⁸.

1- بيع الحصاة أن يقول إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع وقيل أن يقول بعثك ما تقع عليه حصاتك إذا رميت بها وبعثك من الأرض ما تنتهي إليها حصاتك. فتح الباري، لابن حجر، 106/1.

2- الصبرة: الجزاف بلا كيل ولا وزن. كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي: 81/3.

3- شرح مسلم للإمام النووي 156 / 10

4- سبق تخريجه في ص: 43 من البحث.

5- أخرجه البخاري في الصحيح كتاب البيوع باب بيع الغرر و حبل الحبلية رقم 2143.

6- فتح الباري لابن حجر العسقلاني 358 / 4

7- بدابة المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد 143 / 2

8- أخرجه النسائي، كتاب البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع 288 / 7، حسن صحيح

و- حديث ابن عباس رضي الله عنه : { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبس الحبل }¹.

قال ابن رشد:² و المضامين : هي ما في بطون الحوامل.

و الملاقيح : ما في ظهور الفحول.

و كل ما ورد في هذه الأحاديث منهي عن بيعه للنصوص الواردة في ذلك، يقول ابن عبد البر في هذا المقام " بيع هذا كله باطل، لأنه بيع ما لم يخلق، و يدخله الجهل و الغرر، و أكل المال بالباطل³. و يقول صاحب بداية المجتهد عقب حديثه عن حكم هذه المبيعات: " فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها، و هي محرمة تلك الأوجه التي ذكرناها"⁴.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة :

الذي اختاره ابن عبد البر في بيع المعدوم، هو ما ذهب إليه الجمهور، من اتفاقهم على حرمة لما فيه من الغرر. قال في الاستذكار: " هذا ما لا خلاف فيه، وقد اتفق العلماء على أن بيع ما في بطون الإناث لا يجوز، لأنه غرر و خطر ومجهول، و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم في نهيه عن بيع الغرر، و عن بيع الملامسة⁵، و عن بيع الحصى، و عن بيع حبل حبل⁶، و هذا كله بيع ما لا يتأمل، وبيع ما لا يرى ويجهل"⁷.

1 - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان، 2 / 183

2 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 143

3 التمهيد لابن عبد البر 13 / 315

4 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 143

5- أن يقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع. ((النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير: 4/269)).

6- حبل الحبل: ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقة. قال ابن علية: هو نتاج النتاج. ((غريب الحديث، للقاسم بن سلام(1/208)).

7 - الاستذكار لابن عبد البر 2 / 187

✓ اختيار السمرقندي:

ذهب السمرقندي إلى تحريم بيع المعدوم تبعاً لما عليه الجمهور، فقال: "ومنها - أي البيوع الفاسدة - بيع المعدوم الذي انعقد سبب وجوده، و أما ما هو على خطر الوجود، كبيع المضامين و الملاقيح، و نتاج الفرس، لما روي عن النبي عليه السلام، أنه نهى عن بيع المضامين، و الملاقيح، و بيع حبل الحبله"¹.

✓ تعليق ومقارنة:

لم يخرج الإمامين في اختياراتهما عن مذهب الجمهور في المسألة، من تحريم بيع المعدوم. وكانت موافقتهما تامة في الأمور الثلاثة، المنضوية تحت بيع المعدوم، المتمثلة في: بيع المضامين، وبيع الملاقيح، وبيع نتاج الدابة، فكلها بيوع فاسدة، لما فيها من الغرر والمخاطرة، والجهالة، وهذا كله لا يجوز، لأنه معدوم.

ثامناً: بيع الثمار قبل بدو صلاحها:

من البيوع المتفق على فسادها و التي فيها تفصيل عند الفقهاء بيع الثمار قبل بدو صلاحها، لكونها من بيع المعدوم الذي فيه غرر. يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1 - المقصود بدو الصلاح:

بدو الصلاح هي صفة تظهر في الثمرة تكون علامة أو أمانة على صلاحها و نضجها، و هي تختلف حسب كل نوع أي باختلاف جنس الثمرة"².

2 - حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحها:

اتفق جمهور العلماء من الحنفية³ و المشهور في مذهب المالكية¹ و مذهب الشافعية² و الحنابلة³ على أنه لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً. قال في حاشية ابن عابدين: (إذا كان بحال لا ينتفع به في الأكل و لا في علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ، قيل: لا يجوز..)⁴.

1- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2/ 49

2- الاستذكار لابن عبد البر 19 / 92 .

3- رد المحتار لابن عابدين 2 / 65 - فتح القدير لابن الهمام 6 / 263

و قال في بلغة السالك (و لا يصح بيع ما ذكر - الثمر - قبل بدو صلاحه على التبقية أو على الإطلاق ، أي فلا يصح مطلقاً⁵ .

و هذا الذي عليه الجمهور من الفقهاء ، حيث قال ابن رشد في البداية : " أما القسم الأول - أي قبل أن تخلق - وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء متفقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق و من باب بيع السنين ، و المقاومة ، و قد روي عنه صلى الله عليه و سلم أنه نهى عن بيع السنين ، وعلى بيع المقاومة ، و هي بيع الشجر أعواماً⁶ .

دليل الجمهور: قال ابن رشد في البداية: " أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه و سلم : {نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها}⁷ نهى البائع و المشتري " فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية"⁸ .

✓ اختيار الحافظ بن عبد البر في المسألة:

ذهب ابن عبد البر إلى القول بحرمة بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، قال في الاستذكار " في نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، دليل واضح على أنه إذا بدا صلاحها جاز بيعها في رؤوس الأشجار ، وإن لم تنضج ، و على ذلك جمهور العلماء ، و جماعة أئمة الفتوى بالأمصار"⁹ .

1 - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 3 / 146 - المنتقى للباي 2 / 144

2 - مغني المحتاج للشربيني 2 / 112

3 - المغني لابن قدامة 5 / 543

4 - رد المحتار لابن عابدين 7 / 65 - فتح القدير لابن الهمام 6 / 264

5 - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 3 / 146

6 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 144

7 صحيح البخاري كتاب الزكاة ، باب من باع ثماره وقد وجب فيه العشر ، رقم 1487

8 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 144

9 - الاستذكار لابن عبد البر 19 / 91

✓ اختيار السمرقندي:

اختار السمرقندي في هذه المسألة جواز بيع الثمار قبل بدو صلاحها مطلقا، سواء كانت بشرط القطع أو لا. فقال: فإن كان - الثمار أو الزرع - قبل الإدراك ، فإن كان بشرط القطع جاز، وإن اشترى مطلقا جاز... وقال الشافعي إن اشترى بشرط القطع جاز. وإن اشترى مطلقا لا يجوز، لأنه صار شارطا للترك دلالة. ولكن الصحيح قولنا، لأنه اشترى ما هو مال، وإن كان لا يتكامل الانتفاع به، بمنزلة شراء الجحش ، و الكلام المطلق لا يحمل على المقيد، خصوصا إذا كان في ذلك فساد العقد¹.

✓ تعليق ومقارنة :

وعلى هذا فإن الإمام ابن عبد البر يكون في اختياره في هذه المسألة قد سلك مسلك الجمهور في القول بحرمة بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، في حين نجد الإمام السمرقندي قد ذهب مذهب الجواز مطلقا مخالفا بذلك جمهور مذهبه من الحنفية ، القائلين بحرمة ذلك . معتبرا الثمار التي لم تصل لمرحلة بدو الصلاح مالا ناقص الانتفاع، وبالتالي أجاز بيعه. بينما الإمام ابن عبد البر اعتبر بدو الصلاح شرطا، حتى لا يدخل ضمن بيع الجهالة والغرر، وامتنالا لنهيهِ ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

تاسعا: بيع العربون: يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1 - تعريفه:

أ- لغة: جاء في لسان العرب لابن منظور: " العربون و العريان: الذي تسميه العامة العربون، تقول منه عربنته إذا أعطيته ذلك، و يقال: رمى فلان بالعربون إذا انسـلـخ²."

1 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 55

2 - لسان العرب لابن منظور 9 / 119

و في القاموس المحيط: " و العربان و العربون بضمها، و العربون محركة، و تبدل عينهن همزة: ما عقد به المبايعة من الثمن"¹.

ب - شرعا: تعريف الملكية: قال الإمام مالك في الموطأ: " أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه، أعطيك دينارا، أو درهما، أو أكثر في ذلك أو أقل، على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، و إن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة، فما أعطيتك باطل بغير شيء"².

- تعريف الحنفية: قالوا: بيع العربان، و يقال الأربان، وهو أن يشتري الرجل السلعة، فيدفع إلى البائع دراهم، على أنه إذا أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن، وإن لم يأخذها، فيسترد الثمن"³.

2 - حكم صور بيع العربان:

لبيع العربون صورتان:

الأولى: يحسب فيها العربون لصالح المشتري أو المستأجر من الثمن الأصلي، و هذه صورة متفق عليها بين الفقهاء، و لا إشكال عليها و لا حظر فيها⁴.

قال ابن عبد البر في التمهيد: " قال مالك في الرجل يبتاع ثوبا من رجل، فيعطيه عربانا على أن يشتريه، فإن رضيه أخذه، و إن سخطه رده و أخذ عربانه، إنه لا بأس به".

قال أبو عمر: " لا أعلم في هذا خلافا"⁵.

الثانية: و هي عدم رد العربون إذا نكس المشتري، و هذه الصورة اختلف العلماء فيها:

1 - القاموس المحيط للفيروز ابادي ص 1568

2 - الموطأ كتاب البيوع باب ما جاء في بيع العربان 2 / 129 – الاستذكار لابن عبد البر 8 / 19

3 - النتف في فتاوى أبو الحسن علي بن الحسن بن محمد السعدي . حنفي ، ت المحامي صلاح الدين الناهي ، ط دار الفرقان . مؤسسة الرسالة ، ط 2 سنة : 1404 هـ 1984 م 1 / 472 - 473 ،

4 - مجموع النووي 9 / 317 – الاستذكار لابن عبد البر 11 / 19

5 - الاستذكار لابن عبد البر 11 / 19

فالذي عليه جمهور العلماء من المالكية، و الحنفية، و الشافعية، تحريم بيع العربون فيها. قال ابن عبد البر في كتاب التمهيد " قال مالك: و ذلك فيما نرى و الله أعلم، أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكاري الدابة ثم يقول الذي اشتراه منه: أعطيك ديناراً، أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، و إن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء".¹

قال أبو عمر: على قول مالك هذا جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين منهم الشافعي والثوري² وأبو حنيفة والأوزاعي³ والليث، لأنه من بيع القمار والغرر والمخاطرة و أكل المال بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل، و بيع العربان مفسوخ عندهم إذا وقع قبل القبض و بعده. و ترد السلعة إذا كانت قائمة، فإن فاتت رد قيمتها بقبضها، و على كل حال يرد ما أخذ عربانا و البيع".⁴

3- أدلة الجمهور:

احتج أصحاب هذا القول بأدلة منها:

قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ }⁵.

وجه الاستدلال من الآية، أن فيها نهي من الله سبحانه عن أكل أموال الناس بالباطل أي بغير حق، والعربون من أكل أموال الناس بالباطل، لأنه من باب بيع القمار، والغرر، والمخاطرة، و أكل أموال الناس بالباطل، بغير عوض ولا هبة، و ذلك باطل بالإجماع⁶.

1 - التمهيد لابن عبد البر 24 / 128

2- سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من بني ثور بن عبد مناة، من مضر، أبو عبد الله: أمير المؤمنين في الحديث. كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى. ولد ونشأ في الكوفة، توفي بالبصرة سنة 161 هـ. من كتبه (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) كلاهما في الحديث، وكتاب في (الفرائض) وكان آية في الحفظ. الأعلام، للزركلي: 3/105.

3 - عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو: إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، وأحد الكتاب المترسلين، وكانت الفتيا تدور بالأندلس على رأيه، إلى زمن الحكم ابن هشام، له كتاب (السنن) في الفقه، و (المسائل) ويقدر ما سئل عنه بسبعين ألف مسألة، أجاب عليها كلها. توفي سنة 157 هـ. انظر: (الأعلام، للزركلي: 3/320).

4 - التمهيد لابن عبد البر 24 / 128

5 - سورة النساء الآية 29

6 - الجامع لأحكام القرآن ل القرطبي 5 / 144

و من السنة ما رواه مالك عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم: (نهى عن بيع العربان)¹.

و هذا الحديث صريح في النهي عن بيع العربان، كما فسرہ الإمام مالك في الموطأ ، و قال: إنه باطل بغير شيء، لما فيه من الشرط و الغرر و أكل أموال الناس بالباطل، فإن وقع فسخ، و إن فات مضى².

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر:

ذهب ابن عبد البر في هذه المسألة إلى القول بعدم جواز بيع العربون، و استدلل بما استدلل به أصحاب هذا القول من الجمهور، فقال: " و قد روي عن جماعة من التابعين، منهم مجاهد³ و ابن سيرين و نافع بن عبد الحارث⁴ و زيد بن أسلم⁵ أنهم أجازوا بيع العربان على ما وصفنا ، و ذلك غير جائز عندنا، لأنه من بيع الغرر، والمخاطرة، و أكل المال بغير عوض ، و لا هبة ، و ذلك باطل"⁶.

ولم أقف على قول للإمام السمرقندي في هذه المسألة، ولعله سكت عنها، لأنها من المسائل المتفق على حكمها في مذهبه.

عاشرا: بيع العينة: يمكن معالجة هذا النوع من البيوع الفاسدة من خلال ما يلي:

1. تعريفه:

1 - رواه مالك في الموطأ . كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العربان 2 / 129

2 - الاستذكار لابن عبد البر 10 / 10

3 - مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المكي، مولى بني مخزوم: تابعي، مفسر من أهل مكة. قال الذهبي: شيخ القراء والمفسرين. أخذ التفسير عن ابن عباس، قرأه عليه ثلاث مرات، يقف عند كل آية يسأله: فيم نزلت وكيف كانت؟ وتنقل في الأسفار، واستقر في الكوفة. توفي سنة 104هـ. ويقال إنه توفي وهو ساجد. (الأعلام، للزركلي: 278/5).

4 - نافع بن عبد الحارث الخزاعي: صحابي، من الأمراء. أسلم يوم الفتح، وأقام بمكة. ثم ولاه عمر بن الخطاب إمارتها مدة قصيرة. قال ابن عبد البر: كان من كبار الصحابة وفضلائهم. (الأعلام، للزركلي: 5/8).

5 - زيد بن أسلم العدوي العمري، مولاهم، أبو أسامة أو أبو عبد الله: فقيه مفسر، من أهل المدينة. كان ثقة، كثير الحديث، له حلقة في المسجد النبوي. وله كتاب في (التفسير) رواه عنه ولده عبد الرحمن، توفي سنة 136هـ. (الأعلام، للزركلي: 3/57-65).

6 - الاستذكار لابن عبد البر 10 / 10

أ - لغة: بكسر العين من عون، وقعت الواو ساكنة بعد كسرة فقلبت ياء، من العون، و تطلق في اللغة على السلف، و خيار المال، و مادة الحرب، و العين و العينة الربا، وعينة التاجر، أخذ العينة أو أعطى بها¹.

و قيل إنه سمي عينة لما فيه من معنى الإعانة: كأن البائع أعان المشتري بتحصيل مراد².

ب - اصطلاحاً: تفاوتت عبارات الفقهاء في تعريف العينة، و ذلك بحسب الصور التي رسمت لها، إلا أنهم متفقون في كثير من الأمور، يظهر هذا من خلال عرض بعض تعريفاتهم.

المالكية: عرفوا بيع العينة بقولهم: (هو بيع ما طلبت منه سلعة، و ليست عنده لطالها بعد أن يشتريها)³.

و عرفها الشنقيطي في تبين المسالك: " العينة بيع ما طلبت منه سلعة و ليس عنده ، فإن لم يتراضيا على ثمن فجائز، إلا إن قال اشترىها بعشرة نقدا واشتراها باثني عشر إلى أجل، فإن قال لي لزم الطالب بعشرة ، و إن لم يقل مضى الثاني على الأرجح، أو يقول اشترىها لي بعشرة، و للمطلوب الأقل من الدرهمين أو أجر مثله⁴.

و قال الحطاب: " العينة بكسر، وهو فعلة من العون، لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده، وقيل من العناء، وهو تجشم المشقة، و قال عياض في كتاب الصرف: سميت بذلك لحصول العين، وهو النقد لبائعها، و قد باعها لتأخير⁵.

الحنفية: عرفوا بيع العينة بقولهم (بيع العين زائد نسيئة لبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل ليقضي دينه)⁶.

و عرفها الشنقيطي في تبين المسالك بقوله : العينة بكسر العين المهملة، و هي السلف. يقال باعه بعينة، أي نسيئة، و قيل لهذا البيع عينة، لأن مشتري السلعة إلى أجل، يأخذ بدلها نقدا عينا، أي نقدا حاضرا¹.

1 - لسان العرب لابن منظور 106 / 13

2 - حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك) 129 / 3

3 - المصدر نفسه 129 / 3

4 - تبين المسالك شرح تدريب المسالك إلى اقرب المسالك ، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي ط دار الغرب الإسلامي ، ط 2 سنة : 1995 م 371 / 3

5 - مواهب الجليل للحطاب 404 / 4

6 - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين 276 / 4

2 - حكم بيع العينة:

اختلف الفقهاء في بيع العينة على مذهبين:

الأول: يرى أن هذا البيع غير جائز، وهو باطل لا يترتب عليه أي أثر من أثر العقد الصحيح، وهو مذهب الجمهور من الحنفية و المالكية و الحنابلة². والثاني: ينسب للشافعية، ومفاده جواز بيع العينة.

واستدل الجمهور في قولهم بحرمة بيع العينة بما يلي:

- حديث عبد الله ابن عمر ابن الخطاب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : { إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله عليهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم³.

ووجه الدلالة من الحديث، أنه واضح في بيان نهي النبي ﷺ عن جملة أمور منها العينة ، و النهي للتحريم، ما لم تقم قرينة على صرفه إلى الكراهة، ولم توجد تلك القرينة⁴.

- ما روي عن ابن إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألتهن يا أم المؤمنين : كانت لي جارية فبعتها من زيد ابن أرقم بثمان مائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بست مائة فنفضته الست وكتبت عليه ثمان مائة ، فقالت عائشة بئس ما اشتريت، وبئس ما اشتري زيد، أخبرني زيد بن أرقم، أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرايت إن أخذت مالي، ورددت عليه الفضل، فقالت : (فمن جاءته موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف)⁵.

ووجه الدلالة من الحديث أنه واضح في تحريم بيع العينة.

1 - تبين المسالك للشنقيطي 371 / 3

2 - رد المحتار لابن العابدin 4 / 115 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 142 - المغني لابن قدامة 4 / 256

3 - رواه الامام احمد في مسنده ، مسند عبد الله بن عمر ، 8 / 440 . صحيح الجامع الصغير وزيادة. ص: 177.

4 - إعلام الموقعين لابن القيم 3 / 189

5 - مسند الامام أحمد 3 / 242

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا¹.

ووجه الدلالة، أن للعلماء في تفسير الحديث قولان:²

أولهما: أن يقول بعثك بعشرة نقدا أو عشرين نسيئة.

ثانيهما: أن يقول ابتعتها بمائة إلى سنة على أن يشتريها منك بثمانين حالة.

أما التفسير الأول، فإنه لا ينطبق مع مفهوم الحديث ولا منطوقه، وهو تعريف لا يدخله الربا، وليس فيه بيعتين، إنما هو بيع واحد بأحد الثمنين.

وهذا هو الأرجح في معنى الحديث، لأنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما، وهو عين قوله صلى الله عليه وسلم (فله أو كسهما أو الربا) وفيها تصور صفقتين بصفقة، لأنه قد جمع صفقة النقد و النسيئة معا في صفقة واحدة وهما بيع واحد، وهو قد قصد بيع دراهم حالة بدراهم موجودة أكثر منها، ولا تستحق إلا رأس ماله. وهو أوكس الصفقتين، فإن أبي إلا الأكثر كان قد أخذ الربا³.

خلاصة:

من خلال عرضنا لتعريف بيع العينة، و حكمه، و ما استدل به الجمهور على تحريمه، نخلص إلى أن بيع العينة باطل باتفاق، إلا ما روي عن بعضهم في جوازه، و لم نعرض ذلك، لرجحان قول الجمهور و قوته على قولهم، و الله أعلم.

1 - سنن ابن داود، كتاب الإجارة ، باب فيمن باع بيعتين في بيعة ، 3 / 476 . حسنه الشيخ الألباني عند تخريجه أحاديث منار السبيل. 150/5

2 - سبل السلام ل الصنعاني 2 / 195 - نيل الاوطار للشوكاني 4 / 204

3 - المصدر نفسه 2 / 195 - المصدر نفسه 4 / 204

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة:

ذهب الحافظ ابن عبد البر في المسألة مذهب الجمهور في تحريم بيع العينة ، و خالف ما ذهب إليه مالك في كون العينة في الطعام حيث قال: " على هذا سائر الفقهاء بالعراق، و الحجاز، وهو قول مالك، لو كانت السلعة طعاما لم يختلف قوله في ذلك، لأنه باع طعاما ليس عنده قبل أن يستوفيه، وكأنه حمل نهيهِ ﷺ عن ربح ما لم يضمن، و بيع ما ليس عندك على الطعام يتعين، و شك في غير الطعام و الله أعلم. و حملة عشرة من العلماء على العموم في بيع ما ليس عند البائع، وهو الأحوط ، وبالله التوفيق¹. وبالتالي يكون الحافظ قد منعه مطلقا. فيتفق مع الأحناف، ومن بينهم الإمام السمرقندي، الذي لم يدل بقول في المسألة.

✓ تعليق ومقارنة :

ذهب ابن عبد البر في هذه المسألة مذهب الجمهور في تحريم بيع العينة، مخالفا بذلك قول الإمام مالك في جواز العينة في الطعام . إلا أن الإمام السمرقندي لم يظهر له في المسألة قول، مما يؤول إلى ذهابه مذهب الجمهور . ومن هنا يتضح، أن الحافظ ابن عبد البر خالف الإمام مالك رحمه الله فيما ذهب إليه عند حديثه عن العينة في الطعام، وترجح لديه منعها مطلقا، في الطعام وفي غيره، وبهذا يوافق الحنفية، ومعهم الإمام السمرقندي في مسألة بيع العينة.

1 - الاستذكار لابن عبد البر 19 / 256

المطلب الثاني: " البيوع المختلف في فسادها "

لما أنهينا الحديث في المطلب الأول عن بعض أنواع البيوع المتفق على فسادها، و فصلنا ما فيها. نعرض في هذا المبحث للحديث عن بعض البيوع المختلف في فسادها. وهي كالتالي:

أولاً: بيع الكلب

1- حكم الكلب من حيث الطهارة والنجاسة:

اتفق جمهور الفقهاء على أن لعاب الكلب نجس، و قد صح عنه صلى الله عليه و سلم أنه قال {إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات، و عفروه الثامنة بالتراب}¹.

أ - مذهب الحنفية:

أن الكلب ليس بنجس العين و إنما سؤره نجس، و ذلك على خلاف بينهما في المذهب، هل نجس العين أم لا؟، و هذا ما نص عليه الكساني فقال: (أما الكلب فالكلام فيه بناء على أنه نجس العين أم لا؟، و قد اختلف مشايخنا فيه، فمن قال أنه نجس العين، فقد أحقه بالخنزير، فكان حكمه حكم الخنزير، و من قال إنه ليس بنجس العين، فقد جعله مثل سائر الحيوانات سوى الخنزير، و هذا هو الصحيح لما ذكر)². و الأمر بالغسل لم يكن تعبدًا، إذ لا قرينة تحصل بغسل الأواني، ألا ترى أنه لو لم يقصد صب الماء فيه في المستقبل لا يلزمه الغسل، فعلم أنه لنا سنة)³.

و جاء في شرح فتح القدير: (و ليس الكلب بنجس العين، لأنه ينتفع به في حواسه واصطياده، و إنما النجاسة في سؤره فقط، كما قال في الهداية. و سؤر الكلب نجس، و يغسل الإناء من ولغه ثلاثاً)⁴.

1 - رواه مسلم في كتاب الطهارة باب حكم ولغ الكلب. رقم 280.

2 - بدائع الصنائع للكساني 1 / 201

3 - المصدر نفسه 1 / 203

4 - الهداية للمرغيباني 1 / 54

و جاء في البحر الرائق : (إن الصحيح من المذهب عندنا، أن عين الكلب نجس)¹ و قال مثل هذا في البناية شرح الهداية : (الصحيح من المذهب عندنا عين الكلب نجسة)².

ب - مذهب المالكية:

ذهب المالكية في الراجح عندهم إلى القول بطهارة الكلب، حيث أطلقوا القول بطهارة كل سبع، ولما كان الكلب سبعا فقد قالوا بطهارته، وهذا هو المقرر في أصول المذهب المالكي، إلا ما ورد مخالفا لهذا، مثل ابن الماجشون، و سحنون، الذين قالوا بنجاسة الكلب، و حمله الأكثر على نجاسة سؤر الكلب، لا عينه، وذهب أبو عمر، إلى القول بنجاسة كل السباع، و منها الكلب والخنزير ، وهذا ما سنقرره من خلال النصوص التالية:

جاء في الكافي، و نصه أنه طاهر: (ومذهب مالك في الكلب أنه طاهر)³.

و قال الدسوقي في حاشيته : (والطاهر الحي، وألفه استغراقية، أي كل حي بحريا كان أو برياً، ولو متولداً من عذرة، أو كلباً، و خنزيراً)⁴.

و ذهب ابن رشد إلى أنه طاهر. فقال: (.. أنه طاهر.. أن السباع محمولة على الطهارة، لأن الكلب سبع من السباع)⁵.

و ورد في تاج الإكليل: (و الحي) ابن عرفة الحيوان طاهر، وقال سحنون وابن الماجشون: الخنزير و الكلب نجسان ، حمله الأكثر على سؤريهما، و رجح أبو عمر نجاسة غير الخنزير⁶.

1 - البحر الرائق لابن نجيم 282 / 1

2 - البناية شرح الهداية ل بدر الدين العيني 415 / 1

3 - الكافي لابن عبد البر . 1 / 161

4 - حاشية الدسوقي 1 / 50

5 - المقدمات المهمدات لابن رشد الجد 1 / 89-90

6 - تاج الإكليل لمختصر خليل ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي ، أبو عبد الله المواق المالكي ، ط. 3 دار الكتب العلمية ، ط 1 1416 هـ 1999 م . 1 / 91

و قال الحافظ ابن عبد البر: (فجملة مذهب مالك عند أصحابه اليوم، أن الكلب طاهر، وأن الإناء يغسل منه سبعا عبادة، ولا يهرق شيء مما ولغ فيه غير الماء وحده، ليسارة مؤنته، وإذا توضأ به إذا لم يجد غيره أجزاءه)¹.

و قال الإمام مالك: يؤكل صيده فكيف يكره لعبه².

ج - دليل القائلين بطهارته:

من أدلتهم التي اعتمدوا عليها في ترجيح قولهم ما يلي:

- قوله تعالى: {وَمَا عَلَّمْتُمْ مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُوهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ} ³.

وجه الدلالة من الآية : أنه سبحانه لم يؤمر بغسل محل فم الكلب، فدل ذلك على طهارته⁴.

- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما وفيه: {كانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد في زمن رسول الله صلى

الله عليه وسلم فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك}⁵.

و هذا دليل على طهارة الكلاب⁶.

د - دليل القائلين بنجاسة الكلب:

استدل هؤلاء على قولهم بنجاسة الكلب بأدلة منها:

- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : {إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه

سبع مرات، وعفروه الثامنة بالتراب}¹ وفي رواية لمسلم فليرقه.. وفي أخرى : طهور إناء أحدكم².

1 - الاستذكار لابن عبد البر 2 / 208

2 - المدونة للإمام سحنون 1 / 116

3 - سورة المائدة الآية 4

4 - عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي ، أبو بكر بن العربي المالكي ط دار البارز . 1 / 35

5 - أخرجه البخاري في صحيحه . كتاب الوضوء . باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان رقم 174

6 - الجامع لإحكام القرآن للقرطبي 13 / 54

7 - عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب ب أبي هريرة: صحابي، كان أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية له. نشأ يتيما ضعيفا في الجاهلية، وقدم المدينة ورسول الله ﷺ بخير، فأسلم سنة 7 هـ ولزم صحبة النبي، فروى عنه 5374 حديثا، نقلها عن أبي هريرة أكثر من 800 رجل بين صحابي وتابعي. توفي سنة 59 هـ. الأعلام، للزركلي: 308/3.

ووجه الدلالة من الحديث من أربعة أوجه :

- أنه جاء في بعض الروايات طهور إناء أحذكم، و لفظ الطهور لا يكون إلا من حدث أو نجاسة.
- ما روي في رواية عن مسلم (فليرقه)، ولو كان الماء الذي ولغ فيه الكلب طاهرا، لما أمر عليه الصلاة والسلام بإراقته، لما في ذلك من إضاعة المال.
- الأمر بغسل الإناء، و ذلك لغاية النجاسة.
- إذا كان هذا كله في فم الكلب وهو أطيب ما فيه، فبقية أجزائه من باب أولى.
- ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعي إلى دار فلم يجب، ف قيل له في ذلك، فقال: إن في دار فلان كلبا. و قيل له: إن في دار فلان هرة. فقال عليه الصلاة والسلام: {إنها ليست بنجسة} ³. فمفهومه، أن الكلب نجس ⁴.

2- حكم بيع الكلب:

اختلف الفقهاء في مسألة حكم بيع الكلب على ثلاثة أقوال:

- الأول: عدم جواز بيع الكلاب مطلقا ، و هذا مذهب مالك، و الشافعي، و أحمد، سواء كان كلب صيد، أو حراسة أو غيرهما ، و ذلك لورود النهي عن بيعه شرعا. و إن صح اقتناء كلب صيد، أو حراسة، أو غيرهما، فلأن إباحة المنفعة لا تتيح البيع، و هذا هو الأصل في مذهب المالكية. و خالف في هذا سحنون فقال بجواز بيع الكلب مطلقا، و هذا هو المقرر عندهم من كتبهم. جاء في المنتقى، قال مالك: (أكره ثمن الكلب الضاري، و غير الضاري، لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب) ⁵.

1 سبق تخريجه في ص: 175 من البحث

2 - صحيح مسلم كتاب الطهارة باب حكم ولغ الكلب بألفاظ مختلفة ، من حديث أبي هريرة ، رقم 279 و 453

3 - أخرجه مالك ، كتاب الطهارة ، باب الطهور للوضوء ، 1 / 23 - صححه الشيخ الألباني .

4 - المجموع للنووي 2 / 584 - مغني المحتاج للخطيب الشربيني 1 / 110

5 - المنتقى للباي 6 / 372

و جاء في مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (والكلب .. و ثمنه لا يحل ، قد حرّمه رسول اله صلى الله عليه و سلم حين نص عن ثمنه)¹.

و جاء في بلغة السالك قوله: (و قيل يجوز بيعه ، هذا قول سحنون. فإنه قال: أبيعته و أحج بثمنه... واتفقوا أن كلاب الماشية، يجوز بيعها ككلاب البادية ، و كلاب الصيد، و الحراسة، للنهي عن بيعه وإن كان طاهرا منتفعا به..².

الثاني: جواز بيعه مطلقا، و هذا مذهب الحنفية، و ذلك لأن الكلب عندهم مال، فكان محلا للبيع، بحيث أنهم يعتبرون مالية الجميع، و إمكان الانتفاع به الركن المهم في البيع، و يقولون: إن كل ما فيه منفعة مباحة جاز بيعه. فقد جاء في الاختيار لتعليل المختار: (و يجوز بيع الكلب، والفهد، و السباع، معلما كان أو غير معلم، و أهل الذمة في البيع كالمسلمين ، و علق الشارح على هذا بقوله : و يجوز بيع الكلب، والفهد، و السباع، معلما كان أو غير معلم، لأنه حيوان منتفع به حراسة و اصطيدا فيجوز، ولهذا ينتقل إلى ملك الموصى له و الوارث، بخلاف الحشرات، كالحية، و العقرب، و الضب، و القنفذ، و نحوها، لأنه لا ينتفع بها)³.

و جاء في بدائع الصنائع: (و يجوز بيع كل ذي مقلب من الطير، معلما كان أو غير معلم بلا خلاف، و أما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير، كالكلب، و الفهد، و الأسد، و النمر، و الذئب، و الهر، و نحوها فجائز، عند أصحابنا... ثم عندنا لا فرق بين المعلم و غير المعلم، في رواية الأصل، فيجوز بيعه كيف ما كان ، و روي عن أبي يوسف رحمه الله، أنه لا يوجز بيع الكلب العقور)⁴.

أ - دليل أصحاب القول الأول:

1 - مواهب الجليل للحطاب 4 / 262

2 - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 2 / 350

3 - الاختيار لتعليل المختار للموصلي 2 / 10-9

4 - بدائع الصنائع للكاساني 5 / 142

- عن ابن مسعود الأنصاري رضي الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : { نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن }¹.

ووجه الاستدلال من الحديث ، أن ظاهره تحريم بيع الكلب ، وهو عام في كل بيع ، كان معلما أو غير معلم ، مما يجوز اقتناؤه أو لا يجوز ، و من لازم ذلك أن لا قيمة على متلفه².

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال : { نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ، ومن جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه تراباً }³.

ووجه الدلالة فيه أنه لا قيمة للكلب إذا أتلّف و لا يجب فيه عوض ، و الثمن ثمنان ، ثمن التراضي عن البيوع ، و ثمن ما يعادله عند الإتلاف ، و قد اسقطهما النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : (فاملاً كفه تراباً) . فتبين أن لا عوض له بوجه من الوجوه⁴.

ب - دليل القول الثاني:

- عن عبد الله ابن معقل رضي الله عنه⁵ قال : { أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال : ما بالهم وبال الكلاب ؟ ثم رخص في كلب الصيد و كلب الغنم }⁶.

ووجه الاستدلال من الحديث : أن كلب الصيد كان مقتولاً ، فكان بيعه و الانتفاع به حراماً ، و كان قاتله مؤدياً لفرض بيعه ، ثم نسخ ذلك و أبيح الاصطياد به ، فصار كسائر الجوارح في جواز بيعه ، مثل ذلك ،

1 - سبق تخريجه في ص: 43 من البحث.

2 - فتح الباري لابن حجر العسقلاني 4 / 497

3 - أخرجه ابو داود في كتاب الإجارة - باب في أثمان الكلاب 3 / 468 صحيح الإسناد

4 - عون المعبود على شرح سنن أبي داود ، شرف الحق العظيم آبادي أبو عبد الرحمن ، ت أبو عبد الله النعماني الأثري ، ط دار بن حزم ، ط1 سنة 1426 هـ 2005 م . 1 / 375

5- عبد الله بن معقل بن مقرن المزني ، ويكنى أبا الوليد. روى عن علي وعبد الله. وكان ثقة كثير الحديث. توفي سنة بضع وثمانين الطبقات الكبرى ، لابن سعد: 214/6: مشاهير علماء الأمصار ، لابن حبان: 153/1.

6 - أخرجه مسلم في كتاب الطهارة ، باب حكم ولوغ الكلب ، رقم 280

نهييه عن كسب الحجام، و قال: {كسب الحجام خبيث، و ثمن الكلب خبيث، و مهر البغي خبيث} ¹. ثم أعطى الحجام أجره، فكان ذلك ناسخاً لمنعه، و تحريمه، و نهيه ².

الثالث: ذهب أصحاب هذا القول إلى التفصيل في المسألة، و هذا مذهب جمهور المالكية، حيث أجازوا البيع فيما يكون من الكلاب المأذون في اتخاذها و اقتنائها، و منعوا البيع فيما لا يجوز اتخاذه و اقتناؤه ³. قال ابن رشد ⁴ في البداية: و فرق أصحاب مالك، بين كلب الماشية، و الزرع، و المأذون في اتخاذه، و بين ما لا يجوز اتخاذه، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه، لا يجوز بيعه و الانتفاع به و الإمساك به ⁵. قال القاضي عبد الوهاب المالكي: "و اختلف أصحابنا في بيع الكلب المأذون في اتخاذه و الانتفاع به، و منهم من قال مكروه... و منهم من قال لا يجوز... والأول أظهر ⁶، و لا خلاف عن الإمام مالك: من قتل كلب صيد، أو ماشية، أو زرع، فعليه قيمته ⁷.

و استدلل أصحاب هذا القول ⁸: بحديث جابر، أن النبي صلى الله عليه و سلم: {نهى عن ثمن السنور، و الكلب، إلا كلب صيد} ⁹.

و كذا قولهم: إنه حيوان يملك بالأخذ، فجاز أن يملك بالبيع كالصيد. ولأنه حيوان يملك بالوصية كسائر الحيوانات ¹⁰.

1 - سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في كسب الحجام، 3/ 456 - صحيح سنن أبي داود للشيخ الألباني. ص: 617.

2 - شرح معاني الآثار للطحاوي 4/ 54

3 - الاستذكار لابن عبد البر 2/ 118 - الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 2/ 562

4 - ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد الفقيه المالكي الحافظ قاضي الجماعة بقرطبة، من أهل الرياسة في العلم والبراعة والفهم، من تأليفه: "المقدمات لأوائل كتب المدونة" و "البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل"، ولد سنة 450هـ، و توفي سنة 520هـ. انظر: الصلة، لابن بشكوال: 2/ 546؛ الديباج، لابن فرحون: 1278؛ الشذرات: 4/ 62.

5 - بداية المجتهد لابن رشد 2/ 123

6 - المصدر نفسه 2/ 123

7 - الاستذكار لابن عبد البر 20/ 119

8 - الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 2/ 562

9 سنن أبي داود كتاب الصيد والذبائح، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد، 7/ 190. صححه الشيخ الألباني.

¹⁰ - الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب 2/ 562

✓ اختيار ابن عبد البر في المسألة:

اختار الحافظ ابن عبد البر في هذه المسألة مذهب الإمام مالك ، وهو القول بتحريم ثمن الكلب. قال في الاستذكار: "وأما بيع الكلاب وأثمانها وقيمتها على من قتلها فقد اختلف العلماء في ذلك، والصحيح فيه : ما ذكره مالك في موطنه، و الحجة له من جهة الأثر الصحيح"¹. و قول الإمام مالك في الموطأ: وأكره ثمن الكلب الضاري وغير الضاري لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب.²

✓ اختيار السمرقندي:

لم أجد له اختيارا في هذه المسألة، إلا أن سكوته عنها دليل على موافقته لما عليه علماء مذهبه.

✓ تعليق ومقارنة :

سلك الإمام ابن عبد البر في هذه المسألة مذهب مالك في تحريم ثمن الكلب ، وسكت الإمام السمرقندي عن بيان مذهبه في المسألة ، مما يرجح قوله على مذهب إمامه . وهذا يدل على أن الحافظ ابن عبد البر رجح قول مالك على باقي الأقوال في المذهب، وخاصة الذين يفرقون بين كلب الصيد والماشية وغيره، الغير منتفع به. وإن كنت أميل إلى القائلين بذلك. بينما الإمام السمرقندي لم يتطرق للمسألة، مما يستفاد منه، موافقته لمذهبه، وما تقرر فيه من أحكام.

ثانيا : بيع النجش:

يمكن إعطاء نظرة عامة حول هذا النوع من البيوع من خلال النقاط التالية :

1 - تعريفه

أ- لغة: الإشارة، أو هو تنفير الطائر و الصيد من مكانه ليصاد¹. و قال الأخفش: الناجش، هو الذي يثير الصيد ليمر على الصائد².

¹ - الاستذكار لابن عبد البر 20 / 117

² - الموطأ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في ثمن الكلب ، 2 / 185

ب - اصطلاحاً: عرفه الجرجاني في التعريفات بقوله: "الإضرار بأحد المتعاقدين على سبيل الخديعة، بأن تستام السلعة بأزيد من ثمنها، و أنت لا تريد شرائها، ليراك الآخر فيقع فيه، أو ذمها لأن لا تنفق³. و قيل النجش: أن يزيد الرجل في الثمن، و لا يريد الشراء ليرغب غيره، أو يمدح البيع بما ليس فيه، ليروجه⁴.

2 - حكم بيع النجش:

اختلف الفقهاء في حكم البيع من حيث الصحة و اللزوم على ثلاثة أقوال:

أولاً: أن البيع صحيح لازم، وهو قول الحنفية و الشافعية على الأصح ، و قول عند الإمام أحمد في رواية عنه، وحينها لا خيار للمشتري في نسخه، لأن التفريط جاء من قبله ، حيث لم يتأمل، و لم يراجع أهل الخبرة، و زاد في الثمن باختياره⁵.

الثاني: القول بأن البيع في هاته الحالة باطل ووجب الفسخ، وهو قول الظاهرية من أهل الحديث، وبعض الحنابلة، و رواية أخرى عند الإمام أحمد، و هذا القول بناء على أن النهي يقتضي الفساد، بناء على المسألة الأصولية⁶.

الثالث: أن للمشتري الخيار بين الفسخ و الإمضاء ، لأن ذلك تدليس من جهة البائع فأشبهت التعرية. وهو قول المالكية في المشهور، و الحنابلة، و قول ابن حزم و الشافعية، في قول⁷.

1 - لسان العرب لابن منظور 6 / 351 .

2 - المصدر نفسه 3 / 587 .

3 - التعريفات للجرجاني 1 / 308 .

4 - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 233 - حاشية ابن العابدين. (رد المحتار على الدر المختار) 4 / 132 - الشرح الكبير للدردير 3 / 68 .

5 - البحر الرائق لابن نجيم 6 / 107 - البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمrani ، ت قاسم محمد النوري. ط دار المناهج جدة . ط 1 ، سنة 1421هـ 2000م. 5 / 374 .

6 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 167 - المغني لابن قدامة 2 / 605 .

7 - الكافي لابن عبد البر ص 365 - تحفة المحتاج لابن حجر الهيثي 4 / 315 - المغني لابن قدامة 6 / 305 .

أدلة القول الأول: واحتج أصحاب هذا القول، بأن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش، (فقال ولا تناجشوا)¹ أنه نهي يعود إلى الناجش لا إلى العقد، وبالتالي فهو يؤثر في البيع، لأن النهي ليس في معنى العقد، ولا في شرائعه، بل المعنى خارج عن العقد، وهو الخداع، فلم يقتضي الفساد.²

كما قالوا: أن النهي في الأحاديث، محمول إذا كانت السلعة بلغت قيمتها، أما إذا لم تبلغ فالنجش غير مكروه.³

وكذا قولهم: أن المشتري مقصر ومفرط في السؤال، والبحث عن قيمة السلعة، فيعاقب بعدم إثبات حق فسخ العقد.⁴

و احتج أصحاب القول الثاني والثالث بالأدلة التالية:

قوله تعالى { إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ }⁵.

فعن عبد الله بن أوفى⁶: أن رجلاً أقام سلعة في السوق وحلف بها، لقد أعطي ما لم يعطه، ليوقع فيها رجلاً من المسلمين فزلت.. "إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"⁷.

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: { نهى عن تلقي الركبان، وعن بيع حاضر لباد، وعن النجش... }¹.

1 - مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك . رقم 1413

2 - بداية المجتهد لابن رشد . 2 / 272 - 273

3 - زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهي 41 / 2

4 - رد المحتار على الدر المختار لابن العابدin 132 / 4

5 - سورة آل عمران الآية 77

6 - عبد الله بن أوفى ويقال أبو الكوا البشكري المعروف بابن الكوا سمع عليا ومعاوية رضي الله عنهما . كان محجوب البصر . كان يعي عليا رضي الله عنه بالأسئلة . انظر:

تاريخ ابن أبي خيثمة: 647/2: تاريخ دمشق، لابن عساكر: 96/27.

7 - تفسير ابن كثير 1 / 377 - لباب النقول في أسباب النزول للسيوطي ص 80

و عن أبي أوفى مرفوعا (الناجش أكل ربا خائن)².

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر:

اختار الحافظ ترجيح قول مالك عن الأقوال الأخرى، في أن المشتري يكون له الخيار – فقال: "الحجة لمالك و من تابعه أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن التصرية، و التحصيل في الشاة، و البقرة و الناقة، ثم جعل المشتري بالخيار، إذا علم أنها كانت محصلة، و لم يقض بفساد البيع". ثم قال: "و معلوم أن التصرية غش و خديعة، و كذلك النجش يصح فيه البيع، و يكون المبتاع من أجل ذلك قياسا، و نظرا و الله أعلم"³.

ثالثا: بيع المبيع قبل قبضه:

يمكن إعطاء نظرة عامة حول هذا النوع من البيوع من خلال النقاط التالية :

1 - تعريف القبض

أ- لغة: خلاف البسط، و قبضت الشيء قبضا أخذته، و القبض ما أخذت بجمع كفك كله، و القبض التناول للشيء بيدك ملامسة⁴.

و من معانيه الملك، يقال: هذا الشيء في قبضة فلان، أي في ملكه و تصرفه. و أقبض فلان المتاع: مكنه من قبضه، و سار الشيء في قبضتي و قبضي، أي في ملكي⁵.

و من معانيه الحيازة (قبض الدار، أو الأرض، أي حازها)⁶.

1 - رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، رقم 1515

2 - صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجش و من قال لا يجوز ذلك البيع.

3 - الاستذكار لابن عبد البر 78 / 21

4 - لسان العرب لابن منظور، فصل القاف حرف الضاد، 79 / 9.

5 - لسان العرب لابن منظور 79 / 9

6 - المعجم الوسيط 711 / 2

ب - اصطلاحاً: القبض عند الفقهاء يعني التخلية أو التخلي¹.

وهو أن يخلي البائع بين المبيع و المشتري برفع الحائل بينهما، على وجه ليتمكن المشتري في التصرف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمبيع، و المشتري قابضاً له، و كذا تسليم الثمن من المشتري للبائع².
قال الرصاع في شرح الحدود: { القبض عبارة عن حيازة الشيء و التمكن منه، سواء كان مما يمكن تناوله باليد، أو لم يكن }³.

2. حكمه : ينقسم المبيع من حيث البيع قبل القبض إلى قسمين:

بيع الطعام قبل قبضه. و بيع ما سوى الطعام قبل قبضه.

أ - حكم بيع الطعام قبل قبضه:

اتفق على منع الطعام قبل قبضه ربوياً كان أو غير ربوي، إلا ما حكى عن عثمان البتي⁴ الذي أجاز⁵.

يقول ابن قدامة⁶: (و لم أعلم بين أهل العلم خلافاً في هذا إلا ما حكاه عثمان البتي أنه قال: لا بأس ببيع الشيء قبل قبضه ، مستدلاً بعموم الآية " و أحل الله البيع و حرم الربا)⁷. و قال ابن المنذر: " أجمع أهل العلم أن من اشترى طعاماً، فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه"⁸.

1 - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 42 / 4 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 194

2 - بدائع الصنائع للكسائي 5 / 148

3 - شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص 415

4 - عثمان البتي هو ابن سليمان بن جرموز. ويكنى أبا عمرو. صاحب رأي وفقه، ثقة له أحاديث، وكان يبيع البتوت فقيلاً البتي. قال المدائني عثمان البتي مات سنة ثلاث وأربعين ومائة. الطبقات الكبرى، لابن سعد: 7/191؛ تاريخ مولد العلماء ووفياتهم 1/334.

5 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 969 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 164

6 - موفق الدين أبو محمد، عبد الله بن أحمد ابن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، الإمام العلم الفقيه، صاحب "المغني"، شرح به مختصر الخرق في الفقه، وله "روضة الناظر في أصول الفقه"، كان ذا ديانة متينة، مع البراعة في العلوم، وهو من كبار العلماء الحنابلة. كانت وفاته سنة (620) هـ انظر البداية والنهاية (13/ 96 - 97): الشذرات: (5/ 88).

7 - المغني لابن قدامة 4 / 239

8 - المغني لابن قدامة 4 / 236

قال ابن عبد البر (و هذا القول مردود بالسنة، والحجة مجمعة على منع بيع الطعام قبل قبضه، و أظنه لم يبلغه هذا الحديث، و هذا لا يلتفت إليه، وهو شاذ و مكروه)¹.

و دليل هؤلاء في منع بيع الطعام قبل قبضه، ما روي عن عبد الله ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: {من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه، وفي رواية حتى يقبضه}².

ب - حكم بيع ما سوى الطعام قبل قبضه:

ما سوى الطعام من المبيع إما ان يكون ثابتا أو منقولاً: أما غير المنقول كاللدور والأراضي و الشجر، فقد اتفق الفقهاء على أن قبضه يكون بالتخلية، فإذا تحققت التخلية بين المشتري و المبيع، بحيث يمكنه من التصرف فيه، يجوز له بيعه. فالتخلية تعد قبضاً عملاً بالعرف. و هذا يختلف باختلاف الزمان، و بحسب حالة الشيء المبيع، كما يختلف بين البلدان المتجاورة، و قد يكون عالماً. فمبنى القبض فيما لا يقال، على العرف و العادة. قال المرادوي³: بعد ما بين ما يشترط فيه القبض من الطعام و المنقول، و فيما عدا ذلك يتحقق قبضه بالتخلية، كالذي لا ينتقل، و لا يحول، و هذا بلا نزاع⁴.

أما المنقول فقد اختلفت المذاهب في حكمه إن بيع قبل قبضه:

❖ . مذهب المالكية

1 - منقول عن صاحب كتاب طرح التثريب في شرح التقریب، للإمام زين الدين بن الحسين العراقي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 100/5

2 - صحيح البخاري. كتاب البيوع. باب بيع الطعام قبل أن يقبض رقم: 2136 - صحيح سنن الترمذي للشيخ الألباني. ص: 306.

3 - علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ثم الدمشقي: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها سنة 885هـ. من كتبه " الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف " و " التنقيح المشيع في تحرير أحكام المقنع " و " شرح التعبير في شرح التحرير ". ((الأعلام، للزركلي: 292/4)).

4 - الإنصاف للمرادوي 4 / 471

أجاز فقهاء المالكية بيع كل شيء قبل قبضه إلا الطعام، وهذا مبني على أن العقد قد نقل الملك والضمان إلى مستحق القبض، قال أبو عبيد¹ وإسحاق: كل شيء لا يوكل ولا يوزن، فلا بأس ببيعه قبل قبضه، فاشترط القبض في المكول والموزون، وبه قال ابن حبيب² وعبد العزيز بن أبي سلمة³ وربيعة، وزاد هؤلاء مع الكيل والموزون المعدود⁴.

وقال ابن رشد: وكل ما اشترت من العروض، كالحيوان، والعقار، والثياب، وغير ذلك ما خلا الطعام، فلا بأس به عند مالك أن يباع قبل أن يقبض، لحديث ابن عباس الذي يخص الطعام بالنهي، ولغلبة تغييره دون سواه، فعمدته في منعه ما عدا المنصوص عليه، دليل الخطاب، لأنها بمجرد العقد تصبح في ضمان المشتري، فهي في حكم المقبوضة. أما بالنسبة للطعام، فلا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري، بالربا لكيل أو الوزن⁵.

واستدل المالكية على قولهم هذا، بحديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {من ابتاع طعاماً، لا يبعه حتى يستوفيه، وفي رواية يقبضه}⁶.

ووجه الدلالة من الحديث، أنه خص الطعام بالنهي، فدل على جواز ما عداه.

1 - علي بن الحسين بن بحرب، الملقب ب أبي عبيد: فقيه مجتهد، من القضاة، له تصانيف. ولد ببغداد وقدم مصر سنة 293 فولي قضاءها. وعزل سنة 311 فخرج إلى بغداد، فتوفي فيها سنة 319. الأعلام، للزركلي: 277/4.

2 - عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الإلبيري القرطبي، أبو مروان: عالم الأندلس وفقيهها في عصره. كان عالماً بالتاريخ والأدب، رأساً في فقه المالكية. له تصانيف كثيرة، منها "حروب الإسلام" و"طبقات الفقهاء والتابعين" و"طبقات المحدثين" و"تفسير موطأ مالك" و"الواضحة" في السنن والفقه. توفي سنة 238 هـ. (الأعلام، للزركلي: 156/4-157).

3 - عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المدني، أبو تمام: فقيه محدث. قال ابن حنبل: لم يكن بالمدينة بعد مالك أفقه من ابن أبي حازم. توفي 184 هـ. (الأعلام، للزركلي: 18/4).

4 - بداية المجتهد لابن رشد 108 / 2

5 - بداية المجتهد لابن رشد 108 / 2

6 - سبق تخريجه. في ص 187 من البحث

❖ . مذهب الحنفية:

اتفق علماء الحنفية، على أنه لا يجوز بيع المنقول قبل قبضه، لمنع النبي صلى الله عليه وسلم بيع الطعام حتى يستوفى، ولأن الأصل عندهم، كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف فيه قبل القبض.

أما ما يفسخ بهلاك العوض: فإن التصرف فيه قبل القبض جائز، كالمهر إذا كان عينا، و بدل الخلع والعرق على المال، و بدل الصلح عن دم العمدة، فكل ذلك إذا كان عينا، يجوز بيعه، و هبته، و إجارته، قبل قبضه، وسائر التصرفات¹.

✓ اختيار ابن عبد البر:

الذي اختاره ابن عبد البر في المسألة ما عليه مذهب مالك من تحريم بيع الطعام قبل قبضه، و جوازه في غير الطعام، قال في الاستذكار: (كل ما بيع من الطعام على الكيل أو الوزن، فلا يجوز عند مالك وأصحابه أن يباع قبل استفائه، و لا يستأجر به، و لا يؤخذ عليه بدل، و يجوز عندهم، ما استقر من الطعام عند استفائه، على ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: " من ابتاع طعاما، فلا يبيعه حتى يستوفيه، أو حتى يقبضه "، و لم يقل: (من ملك طعاما، فلا يبيعه حتى يستوفيه)² ثم قال: قوله: طعاما ابتاعه حتى يستوفيه، بين لك أن العرض بخلاف البيع و الله أعلم³.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 181 / 5 – فتح القدير لابن الهمام 264 / 5

2 - الاستذكار لابن عبد البر 259 / 19

3 - المصدر نفسه 265 / 19

رابعاً - بيع الغائب:

يمكن إعطاء نظرة عامة حول هذا النوع من البيوع من خلال النقاط التالية :

1- تحديد الرؤيا المعتبرة عند الفقهاء:

تتحقق الرؤيا عند الحنفية بحصول العلم بالمقصود، فقد جاء في شرح فتح القدير، عند تفسير المراد بالرؤية من حديث: (من اشترى شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه)¹. هو العلم بالمقصود، فهو من عموم المجاز، عبر بالرؤية على العلم المقصود، فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي، وهذا لوجود مسائل اتفافية، لا تكفي الرؤية فيها، كما لو اشترى شيئاً فوجده متغيراً، لأن تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن، وكذا شراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف، فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية)².

و لكن العلم بالمقصود عندهم يختلف باختلاف رؤية المبيع، فإن رأى بعض المبيع دون البعض الآخر، فإن المبيع لا يخلو حاله من أمرين: إما أن يكون شيئاً واحداً، أو متعدداً.

فإن كان شيئاً واحداً فرأى بعضه، فلا يخلوا أن يكون ما رآه منه مقصوداً بنفسه، و ما لم يره تبعاً له. و إما أن يكون كل واحد منهما مقصوداً بنفسه.

فإن كان ما لم يره تبعاً لما رآه، فلا خيار له، سواء كانت رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد، لأن حكم التبع حكم الأصل، فكانت رؤية الأصل رؤية التبع، وإن كان مقصوداً بنفسه، ينظر بذلك، فإن كانت رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار، لأن مقصود العلم بحال الباقي، فكأنه رأى

1 - رواه البيهقي في سننه، كتاب البيوع، باب ما قال يجوز بيع العين الغائبة 5 / 268

2 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 434 - المبسوط للسرخسي 7 / 62

الكل، وإن كان لا يفيد العلم بحال الباقي فله الخيار، لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى، فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً¹.

أما إذا كان المبيع أشياء متعددة، فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض الآخر، فلا يخلو: إما أن يكون من المكيلات أو الموزونات، فرأى بعضها وقت الشراء، فإن كان في وعاء واحد فلا خيار له، لأن رؤية البعض تفيد العلم بالباقي، فكأن رؤية البعض كرؤية الكل، إلا إذا وجد الباقي بخلاف ما رأى، فيثبت له الخيار، لكن خيار العيب، لا خيار الرؤية، وإن كان المبيع في وعائين، فإن كان الكل من جنس واحد، و على صفة واحدة، اختلف الفقهاء فيه على قولين:

الأول: أن للمشتري الخيار، لأن اختلاف الوعائين جعلهما كجنسين.

الثاني: أن المشتري لا خيار له، وهو الصحيح، لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي، سواء كان في وعاء أو وعائين بعد أن كان الكل من جنس واحد، و علتة صفة واحدة، فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين، فله الخيار بلا خلاف.

و إن كان من العدديات المتفاوتة، كالدواب، و الثياب، فرأى بعضها، أو كلها، إلا واحدة، فله الخيار، بين أن يرد الكل، أو يمسك الكل، لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بما وراءه، فكأنه لم ير شيئاً منه، بخلاف المكيل و الموزون، لأن رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي².

وفرق فقهاء المالكية، بين المثلي و القيمي في تحديد الرؤية المعتبرة و المصححة للعقد، فقالوا: إن كان المبيع مثلياً، فيكتفى برؤية بعض المثلي من مكيل؛ كالشعير، والقمح، أو موزون؛ كالقطن، و الكتان، شريطة ألا يترتب على رؤيته كله، ضرر يصيب البائع³.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 435 / 5

2 - بدائع الصنائع للكسائي 435 / 5 - شرح فتح القدير لابن الهمام 343 / 6 - المبسوط للسرخسي 66 / 7 .

3 - حاشية الدسوقي 24 / 3

أما لو اشترى المبيع على صفة ما قد رآه منه، فقال الإمام مالك: إذا وصفها وجلاها بنعتها و ماهيتها، فأتى به، أو خرج إليها فوجدها على الصفة التي وصفت له، لزمه البيع، فإن لم يكن رآها، فليس له أن يأبى ذلك عليه بعد أن يراها، إذا كانت الصفة التي وصفت ، و له أن يقول لا أرضاها.

وإن كانت السلعة قد رآها المشتري قبل أن يشتريها فاشتراها. على ما كان يعرف عنها و هي غائبة عنه، وجب البيع بينهما، فإن وجدها على حال ما كان يعرف فالبيع له لازم. و قال كبار أصحاب مالك: لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين، إما على صفة يوصف له، أو على رؤية قد عرفها ، أو شرط في عقد البيع، فإنه بالخيار إذا رأى السلعة بأعيانها على غير ما وصفت، فالبيع منتقض غير جائز.

و إذا رأى المشتري السلعة منذ زمن بعيد، و أراد أن يشتريها على تلك الرؤية السابقة، قال مالك: السلعة تختلف و تتغير في أبدانها، فالحيوانات تتغير بالعجف، والنقصان، و النماء، و الثياب تتغير بطول الزمان، فإن باعها على أنها بحال ما رآه، فلا بأس بذلك، و لا يصح النقد فيها، لأنه ليس بمأمون، هذا في النماء ، و لا يمكن هذا في الحيوان، لأن الحيوان بعد طول المكث، لا يمكن أن تكون حالته واحدة.¹

2. حكم بيع الغائب:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الغائب:

فقال المالكية: يجوز بيع الغائب على الصفة، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفة قبل القبض، فإذا جاء على الصفة المذكورة، كان البيع لازما، إذ أن هذا من الغرر اليسير، و الصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع أو المشقة التي تحصل في إظهاره، و ما قد يلحقه من الفساد بتكرار الظهور والنشر مثلا، وإن خالف الصفة المتفق عليها فللمشتري الخيار.²

1 - المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون 4 / 208

2 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 154 - الشرح الكبير للدردير 2 / 25

و دليل جوازهم لبيع الغائب، قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} ¹.

ووجه الاستدلال : أنه بيع حلال لما لم يأت ما يحرمه، و إذا كان حلالا، وجب أن يكون صحيحا، لأن الحل علة الصحة. و هذا من باب الحكم بالعلة على المعلول ².

و هذا الحكم بالجواز: إذا كان هذا المبيع يتعذر إحضاره مجلس العقد، ولو كان في البلد، أما إذا كان لا يتعذر إحضاره، فلا يجوز بيعه على الصفة، لتيسر علم حقيقته.

و دليلهم على هذا: بأن الاقتصار على الصفة مع تيسير رؤيته مخاطرة، و تغير، و ضرر، و جهالة بالمبيع، لم تدع الحاجة إليه، فأشبه بيع الملامسة، ووجه الغرر، المخاطرة، لأن الصفة لا تحل محل العيان، و إذا كانت الصفة لا تحل محل العيان مع إمكانه، صار تركه يقتضي العقد على مبيع مجهول ³.

3. البيع على رؤية سابقة للمبيع:

قالوا بجوازه، و ذلك بشرط: ألا يتغير المبيع بعد الرؤية عادة إلى وقت العقد، وهو يختلف باختلاف الأشياء، من فاكهة، و ثياب، و حيوان، و عقار، فإن كان شأنه التغير، لم يجز على البت، و علة المنع فيما يتغير الغرر الذي يلحق العقد ⁴.

و يجوز البيع على الخيار لما بيع على الصفة، أو على الرؤية المتقدمة، إذا لم يبعد المبيع جدا، فإن بعد جدا كخراسان بالمشرق، من إفريقية بالمغرب، مما يظن فيه التغير قبل إدراكه على صفته، لم يجز إلا على خيار بالرؤية. ففي هذه الحالة جاز البيع مطلقا سواء بيع على الوصفة، أو الرؤية المتقدمة، بعد أم لم يبعد، و ذلك ما لم يشترط نقد المشتري الثمن للبائع، أو نقد المشتري الثمن تطوعا، فإن اشترط النقد أو

1 - سورة البقرة الآية 274

² - مفتاح الوصول للتلمساني ص 130

3 - شرح التلخين، محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، ت محمد المختار السلامي. ط دار الغرب الإسلامي، ط 1 سنة: 1997 م. 4 / 155

4 - المنتقى للباي 22 / 5

كان تطوعا لم يجز، لأنه حتى ولو كان تطوعا فيه غرر، لتردده بين السلفية و الثمنية ،أي يدخله سلف وبيع، وهذا لا يجوز¹.

و قالت الحنفية: يجوز بيع الغائب من غير وصف و لا رؤية، فإذا رآه المشتري كان له الخيار: فإن شاء أنفذ البيع، و إن شاء رده. و كذلك المبيع على الصفة، يثبت فيه خيار الرؤية، فإن جاء على الصفة التي عينها البائع، كأن يشتري فرسا مجللا (مغطى) أو متاعا في صندوق، أو مقدارا من الحنطة في هذا البيت. و دليلهم على صحة البيع في الحالتين: أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية، فلا غرر عليه، فلا تودي الجهالة إلى النزاع مطلقا، ما دام للمشتري الخيار².

✓ اختيار ابن عبد البر في المسألة:

و الذي اختاره ابن عبد البر في مسألة بيع الغائب ما قرره أهل مذهبه فيه، فقال: " قال أبو عمر: بيع البرنامج هو من باب بيع الغائب على الصفة.

و قد اختلف في ذلك السلف و الخلف. فمنهم من أجازوه و أبطل فيه خيار الرؤية إذا وجده على الصفة، وهو قول مالك و أكثر أهل المدينة، وهو أحد قولي الشافعي في بيع الغائب على الصفة. و منهم من قال للمشتري فيه خيار الرؤية على كل حال، و به قال أبو حنيفة و أصحابه، و هو أحد قولي الشافعي"³.

بينما الإمام السمرقندي لم يتطرق لهذه المسألة، وبالتالي يحسب على فقهاء الحنفية في قولهم بجواز بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية.

1- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 980 – المنتقى للباقي 4 / 287

2- فتح القدير لابن الهمام 5 / 137 – بدائع الصنائع للكساني 5 / 163

3- الاستذكار لابن عبد البر 20 / 212

خامسا بيع الثنيا :

يمكن إعطاء نظرة عامة حول هذا النوع من البيوع من خلال النقاط التالية :

1. تعريف بيع الثنيا :

أ - مذهب الحنفية: يعرف بيع الوفاء عند فقهاء الحنفية بعدة تعاريف منها: تعريف صاحب تبين الحقائق، وهو: (أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أني متى قضيت الدين فهو لي)¹.

ب - مذهب المالكية: عرفه الحطاب² في المواهب بقوله: (من ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له³ .

و عرفه الدسوقي في حاشيته: (أن يشترط البائع على المشتري، أنه متى أتى له بالثمن رد المبيع له)⁴. وعرفه ابن عاصم⁵ بقوله :

وَالشَّرْحُ لِلثُّنْيَا رُجُوعُ مَلِكٍ مَنْ بَاعَ إِلَيْهِ عِنْدَ إِحْضَارِ الثَّمَنِ⁶

الفرق بين تعريفي (المالكية و الحنفية)

فمن خلال تعريف الحنفية يظهر أنهم جعلوا عقد بيع الوفاء بيعا متنازعا بين أن يكون بيعا بشرط أو رهنا للمبيع، أو بيعا مستقلا فيه بعض صفات الرهن، و بعض صفات البيع بشرط. و يلاحظ من تعريف المالكية أنه بيع بشرط فاسد.

1 - تبين الحقائق للزليعي 237 / 6

2 - محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعي، أبو عبد الله، المعروف بالحطاب (902 - 954 هـ): فقيه مالكي، أصله من المغرب. ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب. من كتبه (قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين) في الأصول، و (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) و (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل) و (شرح نظم نظائر رسالة القيرواني، لابن غازي)، انظر: الأعلام للزركلي: 58/7.

3 - مواهب الجليل للحطاب 242 / 6

4 - حاشية الدسوقي 71 / 3

5 - محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي (760 هـ-829 هـ): قاض، من فقهاء المالكية بالأندلس. له كتب منها، (تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام) أرجوزة في الفقه المالكي تعرف بالعاصمية، و (حدائق الأزاهر في مستحسن الأجوبة والمضحكات والحكم والأمثال والحكايات والنوادر). انظر: الأعلام: 45/7؛ شجرة النور: 247؛ نيل الابتهاج: 289.

6 - البهجة في شرح التحفة للتسولي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شهبين، دار الكتب العلمية. 2 / 102،

وبيع الثنيا، يعبر عنه الفقهاء بتسميات كثيرة و متعددة، أشهرها عن المذاهب الأربعة:

- بيع الوفاء: وهذه التسمية هي المشهورة عند فقهاء الحنفية¹. ووجه تسميتهم بالوفاء، تضمنه عهدا بالوفاء من قبل المشتري برد المبيع على البائع، حين رد البائع الثمن².
- . بيع الثنيا: وهذه التسمية، هي المشهورة عند فقهاء المالكية³.
- . بيع العهدة: وهذه التسمية هي المشهورة عند فقهاء الشافعية⁴.
- . بيع الأمانة: وهذه التسمية هي المشهورة عند فقهاء الحنابلة⁵.

2. حكم بيع الوفاء أو الثنيا:

اختلف الفقهاء في بيع (الوفاء أو الثنيا) على أقول كثيرة، أشهرها ثلاثة وهي:

الأول: أن بيع الوفاء فاسد مطلقا ، وهذا قول جمهور فقهاء المالكية⁶ ، والشافعية و الحنابلة و بعض الحنفية⁷.

قال ابن القاسم :كما حكى ذلك اللخمي عنه في التبصرة: (و فيمن باع جارية على أنه متى جاء بالثمن أخذها، لم يجز. و قال: كأنه بيع و سلم) قال اللخمي معلقا على كلامه: يريد أنه تارة بيع، إن لم يرد البيع، وتارة سلف إن رده فرآه بيعا، فيكون على قوله ضمنا قياسا على المشتري إن هلك⁸.

1- البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ، ت أيمن صالح شعبان دار الكتب العلمية. 5 / 10 . الدر المختار ح 7 / 545

2 - حاشية ابن عابدين (رد المحتار) 7 / 545 – حاشية الشلبي على تبين الحقائق 6 / 238

3- مواهب الجليل للخطاب 6 / 242 – التاج والإكليل لمختصر خليل لابن المواق 6 / 242 – حاشية الدسوقي 3 / 71

4 - تحفة المحتاج للهيثي 4 / 353 – حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج 4 / 353

5 - كشف القناع للبهوتي 4 / 1380 .

6 -التبصرة لللخمي 8 / 4201 - مواهب الجليل للخطاب 6 / 242 – فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، محمد بن أحمد بن محمد عlish ، أبو عبد الله المالكي 2 / 124 دار المعرفة .

7 - تحفة المحتاج للهيثي 4 / 353 – كشف القناع للبهوتي 4 / 1380 – تبين الحقائق للزليعي 6 / 236

8 - التبصرة لللخمي 8 / 4201

و قال الحطاب في مواهب الجليل: " و من الشروط المناقضة بيع الثنيا، وهو من البيوع الفاسدة، قال - أي مالك - في كتاب بيوع الآجال من المدونة: و من ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له، لم يجز ذلك ، لأنه بيع وسلف ، قال سحنون: بل سلف جر منفعة . قال أبو الحسن: هذا الذي يسمى بيع الثنيا¹.

واستدل القائلون بفساد بيع الثنيا أو الوفاء بعدة أدلة منها:

. حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : { لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك }².

ووجه الاستدلال من الحديث أن السلف في قوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل سلف وبيع) بمعنى القرض، و الحديث يفيد عدم جواز الجمع بين القرض و البيع في عقد واحد، إذا كان ذلك يؤدي إلى التحايل على الربا، و يشمل بعمومه، عدم جواز اشتراط القرض في عقد البيع أو العكس ، لأنه ذريعة إلى زيادة في القرض، و ذلك حينما تحصل المحاباة في الثمن من أجل القرض، فيكون قرضاً جاراً لمنفعة مشروطة، و هذا عين الربا³.

. أن شرط الرد في بيع الوفاء ينافي مقتضى عقد البيع، بأنه يقتضي التحجير على متعاقدين ، فالبائع لا يستقر معه الثمن، و المشتري لا يستطيع التصرف في المبيع تصرفاً تاماً، وفي هذا منافاة لمقتضى عقد البيع الذي يفيد التأبيد، و تمام الملك للمبيع، و اقتران هذا الشرط بالعقد، يفسد العقد⁴.

- القياس على بيع المكره، بجامع عدم الرضا في كل منهما، فالبائع في بيع الوفاء لم يلجأ لهذا النوع من البيوع إلا لحاجته إلى المال ، و لم يرد حقيقة البيع بطيب نفس و رضا تام، فصار كالمكره¹.

1 - مواهب الجليل للحطاب 16 / 242

2 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الإجارة ، باب في رجل يبيع ما ليس عنده، 3 / 495 . صححه الشيخ الألباني.

3 - فتح القدير لابن الهمام 5 / 218 - عون المعبود للأبادي 9 / 292 - تحفة الأحمدي. للمباركفوري 4 / 493

4 - المقدمات المهمات لابن رشد الجد 2 / 64 - المذهب للشيرازي 3 / 52. - المبسوط للسرخسي 14 / 15

الثاني: أن بيع الوفاء رهن في الحقيقة، ولو عبر عنه بلفظ البيع، وهذا قول أكثر الحنفية، وقول عند المالكية².

وحجتهم: أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، فالبائع لما شرط على المشتري أخذ المبيع عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن، لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين³.

الثالث: وهو أن بيع الوفاء جائز، مقيد لبعض أحكامه، كحال الانتفاع بالمبيع، غير أن المشتري لا يملك التصرف فيه ببيع، أو هبة، ونحو ذلك، وهو قول بعض الحنفية⁴.

و من أدلتهم أن عادة الناس جرت بالتعامل بهذا البيع، واشتهر عندهم ذلك، و العادة محكمة في الشرع، و القواعد الشرعية، قد ترك بالتعامل كما هو في عقد الاستصناع ، فيكون بيع الوفاء جائزا⁵.

وكذلك قولهم: أن حاجة الناس داعية إلى مثل هذا البيع فرارا من الوقوع في الربا، و الحاجة معتبرة في الشرع، و ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه⁶.

و من أدلتهم كذلك: أن العاقدین تلفظا بلفظ البيع، و العبرة في العقود بالألفاظ دون المقاصد، كمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها، بعدما جامعها، صح العقد، و لم يكن ذلك متعة، فكذلك بيع الوفاء⁷.

وهذا نكون قد أنهينا الباب الأول المتعلق بالمعاملات المالية، فاسحجن المجال للمعاملات الأسرية، وهو ما سأطرق إليه في الباب الثاني.

1 - البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني 5 / 10 - تبين الحقائق للزيلعي 237 / 6

2 - حاشية ابن عابدين (رد المحتار) 564 / 7 - التبصرة للخي 4201 / 9 - مواهب الجليل للحطاب 243 / 6

3 - تبين الحقائق للزيلعي 237 / 6 - حاشية ابن عابدين (رد المحتار) 546 / 7

4 - المصدر نفسه 237 / 6 - المصدر نفسه 546 / 7 - البناية لبدر الدين العيني 52 / 10

5 - البناية لبدر الدين العيني 50 - 51 - تبين الحقائق للزيلعي 237 / 6

6 - حاشية ابن عابدين (رد المحتار) 545 / 7 - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 128 - تبين الحقائق للزيلعي 237 / 6

7 - البناية في شرح الهداية لبدر الدين العيني 52 / 10

الباب الثاني : الاختيارات الفقهية لابن عبد البر والسمرقندي في مجال العلاقات الأسرية .

لم يهمل الشرع الحكيم أي جانب من جوانب الحياة، حتى وإن كان في نظر الناس من الجزئيات الصغيرة التي لا تؤثر في السير العادي للمجتمع ، إلا أن الشرع الحكيم يولمها من العناية الشيء الكثير، ويهتم بتبيين ضوابطها، وما يجوز منها وما يمنع، حتى يضمن للناس السلامة والعافية ، ومن ذلك تنظيماته في مجالات العلاقات الأسرية ، حيث نظم كل ما تقتضيه حياة الأسرة المسلمة السعيدة، من أحكام تشريعية تراعي قدرات المكلفين وطبائعهم، قصد الحفاظ بالأساس على النسل والعرض، الذي يعتبر من المقاصد الكبرى التي جاءت الشريعة الإسلامية، لحفظها ودرء كل ما من شأنه الإفساد بها، سواء من حيث الوجود أو العدم .

وسأحاول في هذا الباب، تناول بعض النماذج من موضوعات العلاقات الأسرية، وتبيان اختيارات كل من الإمام ابن عبد البر والإمام السمرقندي فيهما . ويتعلق الأمر أساسا بموضوع "الرضاع" الذي سأخصص له الفصل الأول ، وكذا موضوعات طلاق السكران، والخلع، والإحداد، والإيلاء، والظهار، واللعان، التي ستكون موضوع الفصل الثاني.

الفصل الأول : الضوابط المنظمة للرضاع من خلال كتابي الاستذكار وتحفة الفقهاء .

قبل تناول الضوابط الأساسية المنظمة للرضاع ، يجدر بنا في هذا التمهيد إعطاء نظرة عامة

حوله ، من خلال تبيان النقاط التالية :

1- تعريف الرضاع:

أ- لغة : قال صاحب الجوهرة: الرضاع لغة المص¹ وجاء في لسان العرب: هو مصدر: ترضيع بكسر الضاد يرضع بفتحها من باب تعب، أو ترضع بفتح الضاد يرضع بكسرهما من باب ضرب يضرب². وجاء في المصباح، رضع الصبي رضعا من باب تعب لغة لأهل نجد، و رضع من باب ضرب لغة لأهل تهامة، وأهل "مكة" يتكلمون بها، و على هذا فهو مصدر سماعي لا قياسي، لأن المصدر القياسي من الباب الأول، رضع بفتح الراء و الضاد مع القصر، و المصدر من الباب الثاني، رضعا بسكون الضاد. وقال جمع: إن المصدر من هذه اللغة بكسر الضاد، وإنما السكون تخفيف، مثل الحلف والحلف.

و قال أيضا في المصباح : رضع يرضع بفتحيتين رضاعا و رضاعة لغة ثالثة³ و قال الفراء : إن قصد حقيقة الوصف بالإرضاع فمرضع بغير تاء، وإن قصد مجازة، يعني أنها محل الإرضاع باعتبار ما كان أو سيكون فبالهاء. وقوله تعالى: {يَوْمَ تَرَوْهَا تَدْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ}⁴ على هذا النحو.

و قد خالف في ذلك الشيخ الشرقاوي حيث عكس المسألة فقال: " يقال للمرأة التي لم تبشر الإرضاع وهي ذات ولد، مرضع بحذف التاء، و التي باشرته، مرضعة بالتاء . ففعله يجوز فيه فتح الصاد و كسرهما، ومصدره يجوز فيه إثبات التاء و حذفها مع فتح الراء و كسرهما و إبدال ضاده تاء⁵ .

1 - جمهرة اللغة، محمد بن الحسن بن دريد أبو بكر ، ت رمزي منير. ط دار العلم للملايين، ط 1 سنة: 1987م / 34

2 - لسان العرب لابن منظور 3 / 1660

3 - المصباح المنير للفيومي 1 / 312

4 - سورة الحج ، الآية 2

5 - المطلع على أبواب المقنع ، محمد بن أبي الفتح البعلي أبو عبد الله شمس الدين ، ت زهير الشاويش ، ط المكتب الإسلامي ، سنة 1401هـ

1988 م . ص 350

ب- شرعا: عرف الفقهاء الرضاع بتعاريف متقاربة يشملها جميعا، تعريف الجرجاني للرضاع: "بأنه مص الرضيع من ثدي الأدمية في مدة الرضاع"¹ وعرفه كل من علماء الحنفية والمالكية على النحو التالي:

عرف ابن عرفة الرضاع بقوله " وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء"²

وقال الدردير³ في الشرح الصغير: "هو وصول لبن المرأة، وإن كانت ميتة، أو صغيرة لم تحض، لجوف رضيع، وإن سعوط، أو حقنه تغذية، أو خلط بغيره، أن يغلب عليه في الحولين، أو بزيادة شهرين، إلا أن يستغني ولو فيهما"⁴.

و عرف علماء الحنفية الرضاع بأنه: " مص لبن آدمية في وقت مخصوص"⁵

وعرفه صاحب فتح القدير بقوله: " مص الرضيع اللبن من ثدي الأدمية في وقت مخصوص "⁶.

2. الأصل في حكم التحريم بالرضاع:

أجمعت الأمة على التحريم بالرضاع، بدليل الكتاب و السنة. قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: "و الأصل في التحريم بالرضاع في الأعيان المحرمات، قوله تعالى: {وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ }⁷. وقول النبي ﷺ: { يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب }⁸. وقوله: {إنما الرضاع من المجاعة }⁹.

1 - التعريفات للجرجاني 1/ 148-732

2- الحدود لابن عرفة ص 223

3 - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي (1127 - 1201 هـ): فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك) و (منج التقدير) في شرح مختصر خليل ، و(تحفة الإخوان في علم البيان).

4 - الشرح الصغير للدردير ص 227

5- تبين الحقائق للنزيلعي 2/ 181.

6 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3/ 2

7 - سورة النساء الآية 23

8 - أخرجه البخاري في كتاب الشهادات باب الشهادة على الأنساب ، رقم 2645

9- أخرجه مسلم في كتاب الرضاع باب انما الرضاع من المجاعة ، رقم 1455

وقال الإمام الباجي¹ في المنتقى: "وقوله ﷺ إنما الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة²؛ يقتضي أن كل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة، يتعلق به بسبب الرضاعة، فكما أن الولادة، تحرم الأعمام، والإخوة، والأجداد، فكذلك سبب الرضاع³".

وقال الإمام الكسائي في البدائع: "و أصله، أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبعة الذين ذكرهم الله عز وجل في كتابه الكريم نصاً أو دلالة ... يحرم بسبب الرضاع، إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها، و في جانب زوج المرضعة مختلف فيها"⁴.

وبعد هذا التقديم، سأتناول هذه الضوابط وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في ما يحرم من الرضاع ومقدار الرضاع المحرم

المبحث الثاني : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي بخصوص رضاعة الكبير ولبن الفحل

1 - سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي، أبو الوليد الباجي: فقيه مالكي كبير، من رجال الحديث. أصله من بطليوس (Badajoz) ومولده في باجة بالأندلس. ولي القضاء في بعض أنحاء. وتوفي بالمرية سنة 474هـ، من كتبه (السراج في علم الحجاج) و (إحكام الفصول، في أحكام الأصول) و (المنتقى في شرح موطأ مالك). انظر: الديباج المذهب: 1/183؛ ترتيب المدارك: 8/117.

2 أخرج مسلم، كتاب الرضاع، باب يحرم م الرضاع ما يحرم من الولادة، رقم 1444

3 - المنتقى للباجي 4/150

4 - بدائع الصنائع للكسائي 5/62

المبحث الأول : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في ما يحرم من الرضاع ومقدار الرضاع المحرم

ذكر الله سبحانه و تعالى المحرمات من النساء كلهم في سورة النساء: فقال تعالى: {وَلَا تَنْكِحُوا مَا

نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا} ¹ قال ابن كثير في تفسير

هذه الآية: " يحرم الله تعالى زوجات الآباء تكريماً لهم، و إعظاماً واحتراماً أن لا يوطأن من بعدهم، حتى إنها

لتحرم على الابن بمجرد العقد عليها، و هذا أمر مجمع عليه" ².

وقال السعدي في تفسيره: "أي لا تتزوجوا من النساء ما تزوجهن آبائكم، أي الابن و إن علا" ³.

و قال تعالى: { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ

وَأُمَّهَاتُكُمُ الْأَخِ وَخَالَاتُكُمْ وَأَخَوَتُكُم مِّنَ الرُّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ الْأَخِ فِي حُجُورِكُم مِّنْ نِّسَائِكُم

الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ

تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً } ⁴

وقد ذكر الله سبحانه في هذه الآيات السالفات، كل ما حرم من النساء، على اختلاف ما يؤدي الى التحريم،

وذكر المحللات منهن . قال السعدي في تفسير هذه الآيات الكريمات، مشتملات على المحرمات بالنسب،

والمحرمات بالرضاع، والمحرمات بالصهر، والمحرمات بالجمع ، وعلى المحللات من النساء. ⁵

ثم انتقل رحمه الله يفصل القول في كل قسم منها فقال:

فأما المحرمات من النسب فهن:

.الأم وإن بعدت . . البنت : و هي كل من لك عليها ولادة .

1 - سور النساء الآية 22

2 - تفسير ابن كثير 3/ 406

3 - تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للإمام السعدي 1/ 294

4 - سورة النساء الآية 23- 24

5 - تفسير الإمام السعدي 1/ 294

.الأخت الشقيقة أو للأب أو للأم . . العمة: وهي: كل أخت لأبيك أو جدك وإن علا.

.الخالة: وهي: كل أخت لأمك أو لجدك وإن علا.

.بنات الأخ وإن نزلن .. بنات الأخت وإن نزلن .

و هؤلاء المحرمات من النساء بالنسب بإجماع العلماء، كما هو في الآية الكريمة.

و أما المحرمات من الرضاع فقد ذكر الله منهن :

- الأم . - الأخت .

و أما المحرمات بالصهر فهن أربع:

- حلائل الآباء وإن علوا - حلائل الأبناء وإن نزلوا - أمهات الزوجة وإن علوا.

فهؤلاء الثلاثة: يحرم من مجرد العقد.

.الربينة: و هي بنت زوجته و إن نزلت و هذه لا تحرم حتى يدخل بزوجه كما قال هنا سبحانه :

{ وَرَبِّبُكُمْ أَلَيْتِ فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ أَلَيْتِ دَخَلْتُم بِهِنَّ }.

و أما المحرمات بالجمع ، فقد ذكر الله سبحانه :

.الجمع بين الأختين ، وحرّم النبي ﷺ الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها.¹

فكل امرأتين بينهما رحم محرم. لو قدر إحداهما ذكر والأخرى أنثى حرمت عليه، فإنه يحرم الجمع بينهما

؛ وذلك لما فيه من أسباب تقاطع بين الأرحام.

.المحرمات في النكاح من ذوات الأزواج ما دمن في ذمة الزوج حتى تطلق و تنقضي عدتها.

¹ - صحيح البخاري كتاب النكاح ، باب : لا تنكح المرأة على عمتها ، رقم 5109

و أما المحللات من النساء فهن كل ما لم يذكر في هاته الآيات لأن الحرام محدود و الحلال ليس له حد
لطفاً من الله ورحمة وتيسيراً على العباد ، و هذا في قوله تعالى { وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ }¹
وسأفصل القول في المحرمات بسبب الرضاع في المطلب الأول. على أن أبين مذاهب العلماء، واختيارات
الإمامين في مقدار الرضاع المحرم، في المطلب الثاني.

¹ - تيسير الكريم في تفسير كلام المنان للإمام السعدي 1/ 294 بتصرف

المطلب الأول: المحرمات بسبب الرضاع .

المحرمات من الرضاع سبعة أصول: قال ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة " وحرّم الله تعالى من النساء سبعة بالقربة، وسبعة بالرضاعة والصهر"¹. وجاء في مختصر القدوري: " و يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب "² وهم :

- الأم من الرضاعة : و تحرم بسببها أمها و إن علت، وكذلك أم أبيها و إن علت، لأنهن جدات، لعموم دخولهن في قوله تعالى: { وَأُمَّهُنَّ أُولَئِكَ أَرْضَعْنَهُمْ }³

- الأخت من الرضاعة، لقوله تعالى: { وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضْعَةِ }⁴ سواء كانت الأخت من الرضاعة شقيقة، مثل ما إذا رضع الولد من امرأة رجل، و للرجل زوجة أخرى له منها بنات ؛ فإن بنات الزوجة الأخرى أخوات له من الرضاعة، لأنه تغذى معهن بلبن فحل واحد، وهو الزوج.

وقال الإمام العدوي في حاشيته تعليقا على قول ابن أبي زيد " وسبعة بالرضاع والصهر " أي بعضهن بالرضاع، وبعضهن بالصهر، فالذي حرّمه الله بالرضاع اثنتان، الأمهات والأخوات، و بقية السبع حرمهن الله بالصهر"⁵

قال الشيخ الدردير⁶ على شرح مختصر خليل " ولم يصح في الآية بما حرّمه الرضاع، إلا بالأم والأخت. فأمكن من الرضاع من أرضعتك، أو أرضعت من له عليك ولادة، وأختك من رضعت معك على امرأة، وكل بنت ولدتها مرضعتك، أو فحلها المنسوب له ذلك اللبن "⁷

1 - حاشية العدوي 2 / 63 _ 64

2 - مختصر القدوري ص 356

3 - سورة النساء الآية 23

4 - سورة النساء الآية 23

5 - حاشية العدوي 2 / 63

6 - الشرح الكبير للدردير 2 / 842 – 843

7 - الشرح الكبير للدردير 2 / 843 _ 842

وقال الإمام الكسائي في بدائع الصنائع: "أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على الموضع، لأنها صارت أما له بالرضاع، فتحرم عليه بقوله تعالى: {وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ} معطوف على قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ { فسمى الله سبحانه مرضعة أم الموضع، وكذا بناتها يحرم عليه، سواء كن من صاحب اللبن، أو من غير صاحب اللبن، من تقدم منهن ومن تأخر، أخواته من الرضاعة، وقد قال عز وجل "وَأَخَوْتُكُم مِّنَ الرُّضْعَةِ".

أثبت الله تعالى الأخوة بين بنات المرضعة وبين الموضع، والحرمة بينهما مطلقا، من غير فصل بين أخت وأخت¹

أما بقية ما يحرم بالرضاع تمام السبعة مأخوذة من السنة² قال الشيخ الدردير³ على قول الشيخ خليل رحمه الله "ما حرمه النسب" فالمحرم من النسب بسبع لقوله تعالى {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ إِلَى قَوْلِهِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ} وقال عليه الصلاة والسلام: {يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب}⁴. وهم:

- بنت الرجل من الرضاع، وهي: البنت التي أرضعتها زوجته، وكذلك بنت ابنته من الرضاع، وهي: البنت التي أرضعتها زوجة ابنه، لأن لبن الفعل يحرم كما في حديث عائشة رضي الله عنها. فقد جاء في الصحيحين: {أن أفلح أبا القعيس جاء يستأذن على عائشة بعد أن نزل الحجاب وهو عمها من الرضاعة، لأن أبا القعيس أبو عائشة لأفلح، فلم تأذن له حتى شاورت النبي صلى الله عليه وسلم: فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: {إنذني له، وفي رواية فإنه عمك}⁵.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 62 / 5

2 - حاشية العدوي 63 / 6

3 - الشرح الكبير للدردير 842 / 2 - 843

4 - سبق تخريجه في ص: 201 من البحث

5. صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفعل رقم 2619-1445.

. بنت الأخ من الرضاع ، وهي : من أرضعتها امرأة أخيك التي في عصمته ، سواء كان الأخ شقيقا أو للأب أو للأم ، أو كان أخا من الرضاع .

. بنت الأخت من الرضاع ، وهي : من أرضعتها أختك ، سواء كانت الأخت شقيقة ، أو للأب أو للأم ، أو كانت أختا من الرضاع .

. العمة من الرضاع ، سواء كانت من قبل الأب أو الأم ، كمن رضعت مع أبيك من أمه ، وهي في عصمة أبيه ، أو كانت من الأب ، كمن رضعت مع أبيك من زوجة أبيه التي ليست أمه ، أو كانت من الأم ، كمن رضعت مع أبيك ، وهي ليست في عصمة أبيك .

. الخالة من الرضاع سواء كانت شقيقة ، وهي : المرأة التي رضعت مع أمك من أمها وهي في عصمة أب أمك ، أو كانت لأم ، وهي التي رضعت مع أمك من أمها وهي في عصمة أب الأم .

فهؤلاء السبعة ممن يحرم بالرضاع كما يحرم من النسب ، كما ورد في الحديث السابق : { يحرم من الرضاعة من يحرم من الولادة }¹ وفي رواية { يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب }² ،³

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المحرمات بسبب الرضاع :

الذي اختاره الحافظ ابن عبد البر في المحرمات من الرضاع ، ما ذهب اليه الجمهور ، من أن الرضاع يحرم ما يحرمه النسب ، وعلق على حديث عائشة رضي الله عنها : " يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة " بقوله : " فهذا أوضح شيء في هذا الباب ، وأشد بيانا ، ورفعنا للإشكال " ⁴ .

¹ - صحيح سنن الترمذي للشيخ الألباني . ص : 272 .

² - سبق تخريج الحديثين في ص 201 من البحث

³ . فتح الباري أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار المعرفة سنة 1379 هـ . 1 / 43

— شرح الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى ، ت طه عبد الرؤوف سعد . ط مكتبة الثقافة الدينية ، ط 1424 هـ

2003 م . 4 / 240

⁴ - الاستذكار لابن عبد البر 18 / 244

✓ اختيار السمرقندي :

وقد ذهب الإمام السمرقندي في اختياراته، إلى اختيار ما عليه الجمهور- كذلك - في أنه يحرم من النسب ما يحرم من الرضاع فقال : " وأما التحريم بسبب الرضاع فنقول، كل من يحرم من الفرق السبع بسبب القرابة، يحرم بسبب الرضاع، قال تعالى: { وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضْعَةِ } وقوله عليه الصلاة والسلام: { يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب }¹ .

✓ تعليق ومقارنة :

وعلى هذا يكون كل من الإمامين سلكا مسلك الجمهور في اختياراتهما ، وهي خلاصة هذا المطلب في أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وبهذا يتوافقان في هذه المسألة، تبعا لمذهبيهما، متفقين على أن السبعة التي تحرم بسبب القرابة، تحرم بسبب الرضاع، مستدلين بحديث رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، لأنه رفع الإشكال، وبين الأمر جليا، فنستنتج اتفاقهما في هذه المسألة، مذهبنا ورأيا، ودليلا، وترجيحا، واختيارا.

المطلب الثاني : مقدار الرضاع المحرم :

لما كان الرضاع من المسائل التي ينبني عليها أحد أهم مقومات هذا العالم، وهو الزواج - كما قال ابن العربي المعافري - كان لابد أن نجد للفقهاء اختلافا في أدق مسائله، التي هي مقدار ما به يحرم بالرضاع، و من هنا اختلف الفقهاء في المقدار المحرم من اللبن في الرضاع إلى خمسة أقوال:

الأول: يرى أصحابه، أن قليل الرضاع و كثيره يحرم، و هذا قول الحنفية، و المالكية، ورواية عن الإمام أحمد، وروي ذلك عن علي، و عبد الله بن مسعود، و عبد الله بن عباس، رضي الله عنهم¹.

قال العيني²: ارتبط التحريم بالرضاع مطلقا، من غير تقييد بخمس، أو عشر، أو نحو ذلك³

و قال الدردير: "يحرم ولو مصة واحدة"⁴.

و قال القاضي عبد الوهاب: "واذا وصل الى جوف الرضيع شيء من لبن المرأة، برضاع، أو جور، أو ما يعلم وصوله إلى الجوف، من سعو، أو حقنة، في مدة الحولين فقط، دون زيادة عليها، في رواية ذكرها محمد بن عبد الحكم، أو زيادة هي يسيرة، أو بزيادة الشهر ونحوه، في رواية عبد الملك، أو الشهرين، في رواية ابن القاسم، من ذات لبن من ولادة، من حلال أو حرام، أو من درور من غير الولادة، من صغيرة، أو يائسة، أو حية، أو منفردا بنفسه، أو مختلطا بما لم يستهلك فيه، فإنه يحرم، ويصير به الموضع ابنا للمرضعة.

1- بدائع الصنائع للكسائي 3 / 405 - البناية شرح الهداية للعيني 4 / 4 - بداية المجتهد لابن رشد 3 / 405 - المغني 11 / 310 - بلغة السالك للصاوي 2 / 471

2 - محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد، بدر الدين العيني الحنفي: مؤرخ، علامة، من كبار المحدثين. أصله من حلب و توفي بالقاهرة سنة 855 هـ. من كتبه (عمدة القاري في شرح البخاري) و (مغاني الأخيار في رجال معاني الآثار) و (المقاصد النحوية -) في شرح شواهد شروح الألفية. الأعلام: 7 / 163.

3 - البناية شرح الهداية للعيني 6 / 807

4 - بلغة السالك للصاوي 2 / 470

يحرم به نكاحها، و تنتشر به الحرمة بينه و بين من له اللبن، و لا يجوز له إن كان أنثى نكاحها، و لا نكاح من لو كان ابنها من النسب لحرمتها عليه¹.

و قال صاحب البدائع: "و يستوي في الرضاع المحرم، قليله و كثيره عند عامة العلماء، وعامة الصحابة"².

الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن تحريم الرضاع، يثبت بخمس رضاعات متفرقات فصاعدا، و به قال الشافعية، و الحنابلة، في المحتم عندهم، وروي عن عائشة و ابن الزبير رضي الله عنهما³.

قال النووي رحمه الله: "لا يفضي التحريم من الرضاع، إلا خمس رضعات معلومات"⁴.

و قال ابن قدامة: "الذي به التحريم خمس فصاعدا"⁵.

الثالث: يرى أصحابه، أن المقدار المحرم من الرضاع ثلاث رضعات، و هو قول زيد بن ثابت، و أبي ثور، و أبي عبيد⁶.

الرابع: ذهب أصحابه، إلى القول بالمقدار المحرم من الرضاع سبع رضعات، و هي رواية عن عائشة رضي الله عنها⁷.

الخامس: يرى أصحابه، أن المقدار المحرم من الرضاع عشر رضعات، و به قالت حفصة رضي الله عنها⁸.

1. عرض أدلة أصحاب هذه الأقوال :

¹ - المعونة للقاضي عبد الوهاب ص 947

² - بدائع الصنائع للكسائي 83 / 5

³ - الحاوي الكبير للماوردي 361 / 11 - المغني لابن قدامة 310 / 11 - كشاف القناع للهوتي 388 / 4

⁴ - المجموع للنووي 83 / 20

⁵ - المغني لابن قدامة 310 / 11

⁶ - البناية شرح الهداية للعيني 805 / 4 - بداية المجتهد لابن رشد 35 / 2

⁷ - المصدر نفسه 805 / 4

⁸ - البناية شرح الهداية للعيني 805 / 4

- أدلة المذهب الأول: الحنفية، و المالكية، وفي رواية عن أحمد.

استدل القائلون على أن قليل الرضاع و كثيره يحرم بأدلة من القرآن و السنة و الصحابة و المعقول .

من القرآن الكريم قوله تعالى : { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلَيْهَ أَرْضَعْتُمْ وَأَخَوَتُكُمْ مِنَ الرُّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبُكُمْ أَلَيْهَ فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً }¹.

ووجه الاستدلال من الآية، أنها مطلقة في الرضاع، غير محددة لا بقليله ولا بكثيره².

ومن السنة ما روي عن عائشة ؓ قالت، أن رسول الله ﷺ قال: { يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب }³.

ووجه الاستدلال من الحديث، على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم، لأن النبي صلى الله عليه و سلم جعل علة التحريم فعل الرضاع مطلقاً، قل أو أكثر⁴.

وكذا ما روي عن عقبة بن حارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني، قال فتنحيت فذكرت ذلك له قال: "وكيف وقد زعمت أنه قد أرضعتكما فنهاه عنه"⁵.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث، أن رسول الله ﷺ لم يستفصل عن الكيفية، و لم يسأل عن العدد¹.

1 - سورة النساء الآية 23

2 - التمهيد لابن عبد البر 8 / 270

3 - سبق تخريجه في ص 201 من البحث

4 - البناء شرح الهداية للعيبي 4 / 807

5 - صحيح البخاري كتاب الشهادات باب شهادة الإماء والعبيد ، رقم 2659

ومن آثار الصحابة، ما روي عن عبد الله بن مسعود، و عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، أنهما قالاً: "قليله وكثيره سواء" ².

وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول: "لا تحرم الرضعة والرضعتان" فقال: "قضاء الله خير من ابن الزبير" ³.

ووجه الأدلة: يدل هذان الأثران، على أن الرضاع يحرم بالقليل والكثير ⁴.

ومن المعقول قالوا: أن الحرمة وإن كانت لشبه البعضية الحاملة من اللبن الثابتة بنشوز العظم وإثبات اللحم، وذلك بالكثير دون القليل، لكنه أمر فيه خفاء، فتعلق حكم الحرمة بمجرد الإرضاع ⁵.

قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: "وإنما قلنا، إن تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حد، خلافاً للشافعي في قوله: لا يحرم إلا خمس رضعات، لقوله تعالى: {وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ...} فأطلق، وقوله ﷺ: {إنما الرضاعة من المجاعة،} ⁶ وقوله: {إنما الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم} ⁷ وهذا يحصل للتعليل بقسطه، وقوله: {إنما الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة} ⁸ وقد ثبت أن التحريم بالنسب، لا يفتقر إلى عدد من الولادة، وكذلك الرضاع، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة، فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد والولاء، واعتباراً بالخمس لقلّة الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام ⁹.

1 - نيل الاوطار للشوكاني 117 / 7

2 - سنن البيهقي كتاب الرضاع باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره 458 / 7

3 - سنن البيهقي كتاب الرضاع باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثير 458 / 7

4 - بدائع الصنائع للكسائي 84 / 5

5 - البناية شرح الهداية للعيني 880 / 4

6 سبق تخريجه في ص 201 من البحث

7 مسند الإمام أحمد ، مسند عبد الله بن مسعود ، رقم 4114 ، حديث صحيح بشواهده

8 سبق تخريجه في ص 201 من البحث

9 - المعونة للقاضي عبد الوهاب ص 947

و جاء في بدائع الصنائع : (و لنا ، أي من أدلتنا قوله تعالى : { وَأُمِّتُكُمْ إِلَيْهِ أَرْضَعْنَكُمْ ... } مطلقا عن القدر ، وروي عن علي ، و عبد الله بن مسعود ، و عبد الله بن عباس ، رضي الله عنهم أنهم قالوا : " قليل الرضاع وكثيره سواء " ¹ .

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : " الرضعة الواحدة تحرم " ² وروي أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول : لا تحرم الرضعة و الرضعتان ، فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، و تلا قوله تعالى : { وَأُمِّتُكُمْ إِلَيْهِ أَرْضَعْنَكُمْ ... } وروي أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول : " لا تحرم المصاة والمصتان " ، فقال حكم الله تعالى أولى و خير من حكمها . ³

2. عرض أدلة أصحاب القول الثاني : " الشافعية والحنابلة "

استدل القائلون بأن تحريم الرضاع يثبت بخمس رضعات متفرقات فصاعدا بأدلة منها :

. من آثار الصحابة ، والسنة النبوية :

حديث عائشة رضي الله عنها قالت : { كان في ما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن } ⁴

ووجه الاستدلال من الحديث ، أنه يدل دلالة صريحة على أن التحريم لا يكون إلا بخمس رضعات معلومات ⁵ .

1 - السنن الكبرى للبيهقي . كتاب الرضاع باب من قال يحرم قليل الرضاع و كثيره . 264/7

2 - المصدر نفسه .

3 - بدائع الصنائع للكساني 85 / 5

4 - صحيح مسلم كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات ، رقم 1452

5 - نيل الأوطار للشوكاني 116 / 7

حديث عبد الله بن الحارث عن أم الفضل رضي الله عنها قالت: {جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: تزوجت امرأتي وعندي أخرى، وقد ذكرت الأولى أنها أرضعت الحداثى رضة أو رضة، فقال النبي ﷺ لا تحرم الإملاجة أو الإملاجان} ¹.

حديث عبد الله الزبير، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا تحرم المصة ولا المصتان} ².

وجه الدلالة من الحديثين:

يدل الحديثان، على أن حكم الرضاع الموجب للتحريم، لا يثبت بالمصة أو المصتين، والرضعة والرضعتين، والإملاجة أو الإملاجتين، بل أكثر من ذلك، وهو خمس رضعات كما ذكرت عائشة رضي الله عنها في الحديث الصحيح ³.

جاء في بدائع الصنائع: روي عن عبد الله بن الزبير، وعائشة رضي الله عنهما: أن قليل الرضاع لا يحرم، وبه أخذ الشافعي، فقال: لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات.

واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان فيما نزل عشر رضعات يحرم، ثم صرن إلى خمس، فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال "لا تحرم المصة والمصتان" ولا الإملاجة ولا الإملاجتان"، ولأن الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم ومنشرا للعظم، وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه، فلا يكون القليل محرما ⁴.

3. مناقشة أدلة المذهب الأول وهم "الحنفية والمالكية".

1 - صحيح مسلم كتاب الرضاع باب المصة أو المصتان ، رقم 1451

2 - صحيح مسلم كتاب الرضاع .باب المصة والمصتان ، رقم 1450

3 - نيل الاوطار للشوكاني 114 / 7

4 - بدائع الصنائع للكساني 86 / 5

ناقش أصحاب المذهب الثاني، وهم القائلون بأن المقدار المحرم من الرضاع هو خمس رضعات متفرقات فصاعداً، أدلة المذهب الأول، القائلين بأن قليل الرضاع وكثيره يحرم ، بما يلي:

ناقشوا الآية {وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ...} من وجهين:

الأول : و هو محكي عن أبي هريرة رضي الله عنه ، في أن قوله تعالى {وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ...} يقتضي إثباتها أما أولاً ، ثم ترضع فتحرم بذلك ، وليس في الآية ما يدل على إثباتها أما ، ولو قال واللاتي أرضعنكم هن أمهاتكم ، صح له استعمال العموم.

الثاني: أنه لا فرق بين تقدم الوصف للموصوف وتأخره ، كاستعماله على عمومته ما لم يرد تخصيص ، وقد خصصه ما رويناه من الأخبار التي فقد بها قدر ما يقع به التحريم.

وقول ابن عمر رضي الله عنه : "قضاء الله أولى من قضاء بن الزبير" فهو كما قال ، ونحن إنما خصصناه برواية ابن الزبير ، لا نقضناه.

ثم ناقشوا الأحاديث التي استدلو بها من وجهين:

الأول: قوله صلى الله عليه و سلم {إنما الرضاعة من المجاعة}¹ يدفع أن تكون المصاة محرمة ، لأنها لا تسد جوعه.

الثاني: أنها إخبار ، قصد بها تحريم الرضاع ، وإخبارنا قصد به عدد الرضاع ، فافتضى أن يكون كل واحد منهما محمولاً على ما قصد به .

ناقشوا استدلالهم بالمعقول : بأن الرضاع إنما يحرم ، إذا غذى ، و أنبت اللحم ، و أنشر العظم ، و ذلك يحصل بالكثير دون القليل تتعلق الحرمة به ¹.

1 - سبق تخريجه في ص 202 من البحث

4. رد المالكية والحنفية على مناقشة الشافعية والحنابلة :

أن الله عز وجل ذكر في الآية الكريمة الرضاع مطلقاً على القدر² ، فجعل علة التحريم فعل الرضاع قل أو أكثر، فارتبط التحريم بالرضاع مطلقاً من غير تقييد بعدد، ومن ثم رفع حكم الآية بأمر مضطرب لا يعول عليه. قال أبو بكر الرازي: " إذ اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الأمومة والأخوة، بوجود نفس فعل الرضاع، وذلك يقتضي وجوب التحريم بقليل الفعل و كثيره، لصدق إطلاق اسم الأمر عليه، وهذا لأن كل حق يتعلق بعلة في الشرع، يثبت الحكم بوجوده لا تعدد فيه.³ قال الصاوي: يحرم ولو مصة، وهذا رد بالمبالغة على رد الشافعية⁴.

- أن الحديث الشريف، هو حديث صحيح وجب العمل بعمومه، إلا ما يخص بدليل وروده من غير تقييد بعدد، كالقرآن الكريم.

- الرد على القول بالتحريم، لأن إنشار العظم وإنبات اللحم يحصل بالكثير دون القليل، فيكون أن الحرمة إن كانت باعتبار الشبهة البعضية الحاصلة من اللبن، الثابتة بنشور العظم وإنبات اللحم.⁵ لأن القليل ينبت اللحم وينشر العظم بقدره، فوجب أن يحرم لأصله وقدره، على أن الأحاديث التي استدلو بها إن ثبتت، فهي مبيحة، وما استدللنا به، أي الآية السابقة محرم، والمحرم يقضي على المبيح احتياطاً، فالجرعة عندهم لا تحرم، ومعلوم، أن الجرعة الواحدة الكثيرة في إثبات اللحم وإنشار العظم فوق خمس رضعات صفار⁶.

5.. مناقشة أدلة المذهب الثاني وهم الشافعية والحنابلة :

1 - بدائع الصنائع للكسائي ، من تعليقات المحققان : الشيخ محمد عوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان. 90- 89 / 5

2 - المصدر نفسه 86 / 5

3 - البناية لليعني 807 / 4

4 - بلغة السالك للصاوي 741 / 2

5 - البناية في شرح الهداية لليعني 88 / 4

6 - بدائع الصنائع للكسائي 86 / 5

ناقش أصحاب المذهب الأول، وهم " الحنفية و المالكية "، أدلة أصحاب المذهب الثاني، وهم " الشافعية والحنابلة " بما يأتي:

ناقشوا الأحاديث التي استدلو بها من أوجه:

. أن حديث السيدة عائشة رضي الله عنها " خمس رضعات "

قال الشوكاني¹: " إن هذا الحديث رواه الشافعي عن مالك عن الزهري عن عروة مرسلا، وقيل أنه لم يثبت عنها، وهو الظاهر، فالحديث ضعيف لا يحتج به، وروي أنها قالت: توفي النبي ﷺ وهو مما يتلى في القرآن²."

فما الذي نسخه؟ و لا نسخ بعد وفاة النبي ﷺ³.

قال العيني: " إن نسخ التلاوة بعد النبي صلى الله عليه و سلم غير جائز، و ما ذكر أن الداجن دخل البيت فأكل القرطاس غير قوي⁴."

فهذا يضعف الحديث جدا، و لا يحتمل ضياع شيء من القرآن و لهذا ذكر الطحاوي في " اختلاف العلماء " أن هذا الحديث منكر، و أنه من صيارفة الحديث، و لئن ثبت الحديث، فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير، فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير.

و الذي يعجب له، أن الشافعية يعملون برواية عائشة رضي الله عنها، و لا يعملون بقراءة ابن مسعود في صوم الكفارة: لأن القرآن لا يثبت بخبر الواحد، و العمل بالقراءة الشاذة، لا يجوز¹.

1 - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. وكان يرى تحريم التقليد. من مؤلفاته: (نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار) و (البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع)، توفي سنة 1250هـ. (الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة) و (فتح القدير) في التفسير. انظر: الأعلام، للزركلي: 298/6.

2 - نيل الأوطار للشوكاني 115/7

3 - بدائع الصنائع للكساني 7/4

4 - البناية شرح الهداية للعيني 809/4

- حديث (المصة و المصتان) : قال عنه الطحاوي: " إن في إسناده اضطرابا ، لأن مداره على عروة ابن الزبير ، عن عائشة رضي الله عنها ، و روي أنه سأل عروة عن الرضاع فقال: " ما كان في الحولين وإن كان قطرة واحدة محرمة " ².

و الراوي إذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك ، وهنا في ثبوت الحديث ؛ لأنه لو ثبت له لعمل به ³.

- أن حديث (الإملاجة والإملاجتان) غير صحيح ، لأنه راويه هو: مرة عن ابن الزبير عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومرة عن عائشة رضي الله عنها ، وأيضا عن مرة عن أبيه ، وهذا يعد اضطرابا فيسقط ⁴.

6. الردود على هذه الاعتراضات:

رد الفريق الثاني على الاعتراض الأول من عدة أوجه ⁵:

- أنا أثبتناه من القرآن حكما لا تلاوة ورسم ، إذ إن الأحكام إنما تثبت بأخبار الأحاد ، سواء اضيفت إلى السنة الشريفة أو إلى القرآن الكريم ، كإثباتهم صيام التتابع بقراءة ابن مسعود ، قوله تعالى " فصيام ثلاثة أيام متتابعة " و إن لم يكتبوا تلاوته ، فإن استفاض نقله ، ثبت بالاستفاضة تلاوته ، و حكمه.

و مثال ذلك: القول في السرقة عند شهادة الشاهدين بها ، حيث يثبت المال و القطع معا ، وبشهادة شاهد وامرأتين ، يثبت المال دون القطع ، فبينه المال موجودة ، بعكس بينه القطع المفقودة ، كذا خبر الاستفاضة ، فهو بينه في إثبات التلاوة و الحكم ، و خبر الواحد في إثبات حكمه ، و إسقاط تلاوته.

ومثاله ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: كان فيما أنزل الله: " و الشيخ والشيخة إذا زينا فارجموها البتة نكالا من الله ". ولولا أن يقول الناس زاد عمر في المصحف ، لكتبتهما في حاشية المصحف ، ولو كانت من المتلو

1 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 87

2 - الموطأ كتاب الرضاع باب: رضاعة الصغير 2 / 122

3 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 406

4 - البناية شرح الهداية للعيني 4 / 809

5 - الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي ، للإمام الماوردي . ط دار الكتب العلمية ، ط 1 1419 هـ 1999 م . 11 / 363 .

لكتبتهما مع المرسوم المتلو، وإنما كان مراده من كتابتها في الحاشية حتى لا ينساها الناس، ثم لم يفعل حتى لا تصير متلوة.

- أن العشر نسخن بالخمس، وهما موجودتان جميعا بالسنة، وإنما أضافت عائشة رضي الله عنها ذلك على القرآن، لما فيه من وجوب العمل بالسنة.

. أن حديث الخمس رضاعات، ثابت ومروي في صحيح مسلم عن السيدة عائشة رضي الله عنها، وفي سنن البيهقي، والدارقطني، وليس بضعيف، وهو مقدم على الآثار المختلفة الرواية¹.

وردوا على الاعتراض الثاني بكونه غير محفوظ ممنوع، لأن الله قد حفظه برواية عائشة رضي الله عنها، والمعتبر، حفظ الحكم ولو صح انتفاء قرآنيته وفقا لجميع التقارير، فهو إذا سنة، لكون من رواه صحابيا عن رسول الله ﷺ، إذ يستلزم بذلك صدوره على لسانه ﷺ، وهذا كاف في ثبوت حجته، مما تقرر في الأصول أن المروي آحاد إن انتفى عنه وصف القرآنية فهذا لا ينفي وجوب العمل به².

وردوا على الاعتراض الثالث: بأن السيدة عائشة رضي الله عنها، إنما روت بعد الرسول ﷺ نسخا كان في زمن الرسول ﷺ، وقولها ﷺ "كان مما يقرأ" دليل على العمل به، وقرئ بعد زمن رسول الله ﷺ، وإنما ذلك لإثبات حكمه لا تلاوته، وبثبوت الحكم تركت التلاوة.

وردوا على الاعتراض الرابع بوجهين:

. الطريق التي يثبت بها خبر المنسوخ يثبت بها خبر الناسخ، فلا يجوز جعل الحجة في إثبات المنسوخ دون الناسخ.

1 - سنن البيهقي، كتاب الرضاع، باب من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات 7 / 748.

2 - الحاوي الكبير للماوردي 11 / 364.

أن ذلك لا يعد نسخا بخبر الواحد، وإنما هو نقل نسخ خبر الواحد، وهذا مقبول، فعائشة رضي الله عنها، علمت العشر و نسخها بخمس، لذلك روتها و عادت إلى الخمس، أما حفصة رضي الله عنها فعلمت بالعشرة دون العلم بنسخها بالخمسة، فبقيت على الحكم الأول¹.

و الرد على قوله تعالى: {وَأَمَّهُتُكُمْ أَلَيْحَ أَرْضَعْتُكُمْ...} وقوله صلى الله عليه وسلم: {يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب}² مطلقان في الرضاع، فيشعران أنه يقع بالقليل والكثير، لأن إطلاق الرضاع مقيد بأحاديث الرضاعات، و منها حديث السيدة عائشة رضي الله عنها³.

سبب الخلاف: جاء في بداية المجتهد: "والسبب في اختلافهم في هذه المسألة، معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة بالتحديد، و معارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا؛ فأما عموم الكتاب فقوله تعالى:

{وَأَمَّهُتُكُمْ أَلَيْحَ أَرْضَعْتُكُمْ} و هذا يقضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع، و الأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى: أحدهما حديث عائشة رضي الله عنها، وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام:

{ لا تحرم المصاة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان } و فيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { لا تحرم الإملاجة ولا الاملجتان }⁴.

و الحديث الثاني حديث سهلة في سالم، أنه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم: {أرضعيه خمس رضعات}⁵.

وحديث عائشة رضي الله عنها في هذا المعنى أيضا قالت: "كان فيما نزل من القرآن..." فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث، قال تحرم المصاة والمصتان.

1 - الحاوي الكبير للماوردي 11 / 364 .

2 - سبق تخريجه في ص 201 من البحث

3 - المجموع شرح المذهب للنووي 20 / 90

4 - سبق تخريج الحديثين في ص 215 من البحث

5 - موطأ مالك ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر 2 / 123

ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية، و جمع بينهما و بين الآية، رجح مفهوم دليل الخطاب، في قوله عليه الصلاة والسلام " لا تحرم المصّة و لا المصتان" على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال: الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ؛ وذلك أن دليل الخطاب في قوله لا تحرم المصّة و لا المصتان، يقتضي أن ما فوقها يحرم، و دليل الخطاب في قوله أرضعيه خمس رضاعات، يقتضي أن ما دونها لا يحرم، والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب¹.

✓ اختيارات ابن عبد البر:

الذي اختاره ابن عبد البر في مسألة المقدار المحرم من الرضاع: ما عليه علماء مذهبه، من أن قليله وكثيره يحرم ، فقال: " قال أبو عمر : الحجة في هذا الظاهر، قول الله عز وجل و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم" و لم يخص قليل الرضاعة من كثيره.²

✓ اختيارات السمرقندي:

و كذا الذي اختاره و رجحه الإمام السمرقندي، ما عليه مذهبه من موافقتهم المالكية، في أن قليل الرضاع و كثيره يحرم ، فقال في التحفة: ثم عندنا أن قليل الرضاع و كثيره سواء، في حال الصغر في التحريم. و قال الشافعي: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات. و الصحيح قولنا، لقوله تعالى: " وَأُمّهَتُكُمْ أُلَيّۡهٖ أَرْضَعْنَكُمُ " ³.

وهذا موطن آخر من مواطن الاتفاق بين المذهبين، مما يؤكد تقاربهما، وتقارب أعلامهما، وخير مثال على ذلك ، ما قرره الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي في المسألة.

✓ تعليق ومقارنة:

¹- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 35 / 2

²- الاستذكار لابن عبد البر 261 / 18

³- تحفة الفقهاء للسمرقندي 237 / 2

من خلال مناقشة أدلة الفريقين في المقدار المحدد للرضاع، هل هو بإطلاق، أم لابد من خمس رضعات مشبعات، وهل العبرة بالقليل أم بالكثير؟ وهل المعتبر الإرضاع أم الإشباع؟ كل هذه الأمور نوقشت من قبل الفريقين، للوصول إلى نتيجة، وترجيح حكم شرعي، مبني على الكتاب والسنة، وبما أنهما متعارضان، فمنهم من أخذ بعموم الكتاب، فلم يعتبر العدد، واعتبر الإرضاع سبب في الحرمة قليلة وكثيره سواء، ومن أخذ بدليل الخطاب، اعتبر العدد، لأن ما دون الخمسة لا يحرم.

والإمامان الجليلان، الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، رجحا ما عليه المالكية والحنفية، من أن التحريم في الرضع، لا ينحصر بعدد، ولا ينضبط بقلة ولا بكثرة، وإنما العبرة بالإرضاع، لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ". فيتفقان في المسألة اتفاقا مذهبيا، وما ثبت لديهما من أدلة قوية ترجح قولهما، وتعضد رأيهما واختياراتهما.

المبحث الثاني : حكم رضاعة الكبير ولبن الفحل عند ابن عبد البر والسمرقندي .

يعتبر موضوع رضاع الكبير من المواضيع المختلف فيها في قضايا الرضاع ، وذلك لكونه يحصل بعد

مرور حولين كاملين على ولادة الطفل ، فهل إذا حصل الإرضاع بعد ذلك يعتبر محرماً أم لا ؟

إن الخلاف في هذا الموضوع، يدور على أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة ، من أصحاب النبي ﷺ،

كان تبني سالماً، الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة (من قراء القرآن الأربعة الذين ذكرهم أنس رض الله

عنه)، كما تبني رسول الله ﷺ. زيد بن حارثة. وهذا موضوع (المطلب الأول).

كما أن مسألة هل يصير زوج المُرْضِع أباً للرضيع؟ أو ما يعرف بلبن الفحل، تعتبر من المسائل التي

اختلفَ فيها الفقهاء قديماً وحديثاً ، وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الأربعة، على

أنَّ الرضاع يثبت أبوة زوج المُرْضِع للرضيع، فهو الَّذِي تَسَبَّبَ في نزول لبنها الذي رضعه، وعليه يكون جميع

أولاد هذا الزوج إخوة وأخوات للرضيع، يستوي في ذلك أولاده من الزوجة التي أرضعت الرضيع، وأولاده

من الزوجة الأخرى التي لم يرضع منها. وهذا موضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول : رضاعة الكبير :

قول الإمام مالك رحمه الله : حدثني يحيى¹ عن مالك عن ابن شهاب² أنه سئل عن رضاعة الكبير فقال : أخبرني عروة بن الزبير³ أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة⁴ ، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان قد شهد بدرًا ، وكان تبني سالمًا الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة⁵ ، كما تبني رسول الله ﷺ زيد بن حارثة⁶ ، وأنكح أبو حذيفة سالمًا ، وهو يرى أنه ابنه ، أنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة ، وهي يومئذ من المهاجرات الأوئل ، وهي من أفضل أيامي قريش ، فلما أنزل الله تعالى في كتابه في زيد بن حارثة ما أنزل فقال : {أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا ءاباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم}⁷ رد كل واحد من أولئك إلى أبيه ، فإن لم يعلم أبوه رد إلى مولاه ، فجاءت سهيلة بنت سهيل ، وهي امرأة أبي حذيفة ، وهي من بني عامر بن لؤي ، إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله : كنا نرى سالمًا ولدا ، وكان يدخل علي وأنا فضل ، وليس لنا إلا بيت واحد ، فماذا ترى بشأنه ، فقال رسول الله ﷺ : {أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها}⁸ وكانت تراه ابنا من الرضاعة ، فأخذت بذلك

1 - يحيى بن يحيى بن أبي عيسى كثير بن وسلاس الليثي بالولاء ، أبو محمد : عالم الأندلس في عصره . بربري الأصل ، من قبيلة مصمودة . من طنجة . قرأ بقرطبة ، ورحل إلى المشرق شابا ، فسمع الموطأ من الإمام مالك وأخذ عن علماء مكة ومصر . وعاد إلى الأندلس ، فنشر فيها مذهب مالك . وتوفي بقرطبة سنة 234 هـ . ((الأعلام ، للزركلي : 167/8)).

2 - محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري . من بني زهرة بن كلاب ، من قريش ، أبو بكر : أول من دون الحديث ، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء . تابعي ، من أهل المدينة . كان يحفظ ألفين ومئتي حديث ، نصفها مسند . مات سنة 124 هـ . الأعلام ، 97/7 .

3 - عروة بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي أبو عبد الله : أحد الفقهاء السبعة بالمدينة . كان عالما بالدين ، صالحا كريما ، لم يدخل في شئ من الفتن . وانتقل إلى البصرة ، ثم إلى مصر فتزوج وأقام بها سبع سنين . وعاد إلى المدينة فتوفي فيها سنة 93 هـ . الأعلام : 226/4 .

4 - أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس : صحابي . هاجر إلى الحبشة ، ثم إلى المدينة . وشهد بدرًا وأحدا والخندق والمشاهد كلها . وقتل يوم اليمامة في سنة 12 هـ . الأعلام ، للزركلي : 171/2 .

5 - سالم بن معقل ، أبو عبد الله ، مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس : صحابي ، من كبارهم وكبار قرائهم . فارسي الأصل أعتقه ثبينة زوج أبي حذيفة ، صغيرا ، وتبناه أبو حذيفة وزوجه ابنة أخ له . وهو من السابقين إلى الإسلام . كان يؤم المهاجرين الأولين ، قبل الهجرة ، في مسجد قباء ، وفي صحيح الحديث : خذوا القرآن من أربعة : من ابن مسعود ، وسالم ، وأبي بن كعب ، ومعاذ بن جبل ، استشهد يوم اليمامة سنة 12 هـ . الأعلام ، للزركلي : 73/3 .

6 - زيد بن حارثة بن شراحيل (أو شرحبيل) الكلبي : صحابي . اختطف في الجاهلية صغيرا ، واشترته خديجة بنت خويلد فوهبته إلى النبي ﷺ حين تزوجها ، فتبناه النبي - قبل الإسلام - وأعتقه وزوجه بنت عمته . واستمر الناس يسمونه (زيد بن محمد) حتى نزلت آية (ادعوهم لأبائهم) وهو من أقدم الصحابة إسلاما . استشهد في غزوة مؤتة في 8 هـ . الأعلام ، للزركلي : 57/3 .

7 - سورة الأحزاب الآية 5

8 - موطأ الإمام مالك . كتاب الرضاع . باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر 124/2 . صححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل . 263/6 .

عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال ، فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق ، وبنات أخيها أن يرضعن من أحببت أن يدخل عليها من الرجال ، وأبى سائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهم بتلك الرضاعة أحد من الناس ، وقلن، لا والله ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ بنت سهيل ، إلا رخصة من رسول الله ﷺ ، في رضاعة سالم وحده ، لا والله لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد ، فعلى هذا كان أزواج النبي ﷺ في رضاعة الكبير.¹

قال أبو حنيفة : إن زمن الرضاع حولان ونصف حول ؛ أي ثلاثين شهرا ، فإذا وصل اللبن إلى جوف الطفل في أثناء هذه المدة ، فإنه يعتبر رضاعا شرعيا ، تترتب عليه الأحكام ، أما إذا وصل إليه اللبن بعد انقضاء هذه المدة ، فإنه لا يكون رضاعا شرعا.²

قول الإمام بن عبد البر في التمهيد : هذا الحديث يدخل في المسند ، للقاء عروة عائشة وسائر أزواج النبي ﷺ ، وللقائه سهيلة بنت سهيل ، وقد رواه آخرون غير عروة ، والثابت عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، أن الإرضاع بعد الفطام ، وكذلك عبد الله بن مسعود ، وأيضا أبو موسى الأشعري³ ، رجع إلى قول عبد الله بن مسعود . وأجاز رضاعة الكبير ، عطاء بن وهب (لا اختلاف على إمامته) أن الليث قال : أنه لا يحل من رضاعة الكبير شيئا.⁴

وقال أيضا : هكذا إرضاع الكبير كما ذكر ، يحلب له اللبن ويسقاه . أما أن تلقمه المرأة ثديها ، كما تصنع بالطفل فلا ، لأن ذلك لا يحل بإجماع العلماء .

1 - الموطأ كتاب الرضاع ، باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ، 2 / 123

2 - الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري 4 / 126 .

3 - عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار ابن حرب ، أبو موسى ، من بني الأشعر ، من قحطان : صحابي ، من الشجعان الولاة الفاتحين ، وأحد الحكمين اللذين رضي بهما علي ومعاوية بعد حرب صفين . ولد في زبيد (باليمن) وقدم مكة عند ظهور الإسلام ، فأسلم ، وهاجر إلى أرض الحبشة . كان أحسن الصحابة صوتا في التلاوة . توفي سنة 44 هـ . الأعلام ، للزركلي : 4 / 114 .

4 - التمهيد لابن عبد البر 8 / 250

وقد أجمع فقهاء الأمصار، على التحريم بما يشربه الغلام الرضيع من لبن المرأة، وإن لم يمصه من ثديها، وإنما اختلفوا في السعوط¹ به والحقنة والوجور².

أما من قال: أن كلمة الرضاع تعني المص من الثدي بالضرورة، فالحقيقة أنه كلام لا معنى له، فليس المقصود هنا المصطلح اللغوي المجرد، ولكن المصطلح الشرعي من الرضاعة، لدخول اللبن في جسد المرضع، والأهم أنه قول يخالف جماعة العلماء، كما ذكر ابن عبد البر⁴.

قال ابن كثير رحمه الله، عند تفسير الآية الكريمة: {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة}⁵ أن هذا إرشاد من الله تعالى للوالدات، أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة، وهي سنتان، فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك⁶.

قال ابن بطال⁷ رحمه الله: اتفق أئمة الأمصار على أن رضاعة الكبير لا تحرم، وشذ الليث، وأهل الظاهر عن الجماعة، وقالوا: إنه يحرم، وذهبوا إلى قول عائشة في رضاعة سالم مولى أبي حذيفة، وحجة الجماعة قوله تعالى: {وَالْوَالِدَتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ....} فأخبر الله تعالى: أن تمام الرضاعة حولان، فعلم أن ما بعد الحولين ليس برضاع، إذ لو كان ما بعده رضاعا، لم يكن كمال الرضاعة حولين⁸.

وروى مالك أيضا، عن عبد الله بن دينار أنه قال: جاء رجل إلى عبد الله بن عمر، وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير، فقال عبد الله بن عمر، جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال: إني لي وليدة

1 - السعوط بالفتح الدواء يصب في الأنف. (مختار الصحاح، للرازي، مادة س ع ط ص 164). والمقصود هنا، صب الحليب في الأنف.

2 - الوجور بالفتح الدواء يوجر في وسط الفم. (مختار الصحاح، للرازي، مادة و ج ر ص 363). والمقصود، صب الحليب في الفم.

3 - التمهيد لابن عبد البر (شرح حديث 12 لمالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير). 8 / 257.

4 - التمهيد لابن عبد البر 8 / 257.

5 - سورة البقرة الآية 232.

6 - تفسير ابن كثير 1 / 350.

7 - أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال البكري، القرطبي، ثم البلسني، ويعرف بابن اللجام. قال ابن بشكوال: كان من أهل العلم والمعرفة، عني بالحديث العناية التامة: شرح (المصحح)، وله كتاب (الاعتصام) في الحديث، وكان ينتحل الكلام على طريقة الأشعري، توفي سنة 449 هـ. انظر: سير أعلام النبلاء: 47/18؛ الوافي بالوفيات: 56/21؛ ديوان الإسلام: 1/340.

8 - شرح صحيح البخاري لابن بطال 7 / 197.

(جارية) وكنت أطؤها، فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها، فدخلت عليها فقالت دونك . فقد والله أرضعتها، فقال عمر: أوجعها وأت جاريتهك ، فإنما الرضاعة رضاعة الصغير .¹ قال الحافظ ابن عبد البر: هذا الرجل هو أبو عميس بن جبر الأنصاري، ثم الحارثي.²

قول القرطبي رحمه الله : حكى الوليد بن مسلم عن مالك رحمه الله أنه قال : ما كان بعد الحولين من رضاع، بشهر، أو شهرين، أو ثلاثة، فهو من الحولين، وما كان بعد ذلك فهو عبث ، ثم ساق رحمه الله الأقوال ، ثم قال: وانفرد الليث بن سعد من بين العلماء، إلى أن رضاعة الكبير توجب التحريم، وهو قول عائشة رضي الله عنها ، وروي عن أبي موسى الأشعري ، ما يدل على رجوعه عن ذلك، ثم قال، قلت : وهذا الخبر مع الآية والمعنى بنفي رضاعة الكبير، وأنه لا حرمة له.³

وقال الصنعاني : والأحسن في الجمع بين حديث سهلة ، وما عارضه : كلام ابن تيمية ، فإنه قال : يعتبر الصغير في الرضاعة، إلا إذا دعت إليه الحاجة، كرضاع الكبير الذي لا يستغني عن دخوله على المرأة ، وشق احتجائها عنه ، كحال سالم مع امرأة أبي حذيفة رضي الله عنه ، فمثل هذا الكبير، إذا أرضعته أثر رضاعه ، وأما ما عده فلا بد من الصغير .⁴

قال صاحب بدائع الصنائع : فالرضاع المحرم، ما يكون في حال الصغير ، فأما ما يكون في حال الكبير فلا يحرم عند عامة الفقهاء ، وعامة الصحابة . رضي الله عنهم . إلا ما روي عن عائشة رضي الله عنها ، أنه يحرم في الصغير والكبير جميعا ، واحتجت بظاهر قوله تعالى : { وَأُمَّهُتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَتُكُم مِّنَ الرِّضْعَةِ }⁵ من غير فصل بين حال الصغير والكبير .⁶

1- موطأ مالك كتاب الرضاع ، ما جاء في الرضاعة بعد الكبير ، 2 / 125

2- الاستذكار لابن عبد البر . 18 / 276

3 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 163

4 - سبل السلام للصنعاني 2 / 313

5 - سورة النساء الآية 23

6 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 74

قال ابن رشد رحمه الله : واختلفوا في رضاعة الكبير، فقال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، وكافة الفقهاء، لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داوود، وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب ابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، وابن عباس، وسائر أزواج النبي ﷺ.¹

وقال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ، ولا يحرم بعد ذلك ، سواء فطم أو لم يفطم . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - حولان لا يحرم بعد ذلك ، فطم أو لم يفطم ، وهو قول الشافعي . وقال زفر : ثلاثة أحوال.²

وقال الزيلعي³ رحمه الله: ولنا أن رضاعة الكبير منسوخ بقوله ﷺ { لا رضاعة بعد فطام، ولا يتم بعد احتلام }^{4 5}.

وقال الطاهر ابن عاشور⁶ : الأصح هو القول الأول، (أي في العامين) ولا اعتداد برضاع فيما فوق ذلك، وما روي أن النبي ﷺ أمر سهلة بنت سهيل زوجة أبي حذيفة لما نزلت آية { وما جعل أدياءكم أبناءكم }⁷ إذ كان يدخل عليها كما يدخل الأبناء على أمهاتهم، فتلك خصوصية لها ، وكانت عائشة أم المؤمنين، إذا أراد أن يدخل عليها أحد الحجاب أرضعته ، تأولت ذلك من إذن النبي ﷺ لسهلة زوج أبي حذيفة ، وهو رأي

1 - بداية المجتهد لابن رشد 30 / 2

2 - بدائع الصنائع للكسائي 76 / 5

3 - عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، أبو محمد، جمال الدين: فقيه، عالم بالحديث. أصله من الزيلع (في الصومال) ووفاته في القاهرة سنة 762 هـ. من كتبه " نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية " في مذهب الحنفية، و " تخريج أحاديث الكشاف " . وهو غير الزيلعي " عثمان " شارح الكنز. الأعلام، للزركلي: 147/4.

4 - تبين الحقائق للزيلعي 182 / 2

5 أورد هذا الحديث عن علي ﷺ صاحب كتاب مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للإمام محمد التبريزي للمؤلف محمد القاري ، ت الشيخ جمال عيتاني ، رقم الحديث 3281 ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، 6 / 387

6 - محمد الطاهر بن عاشور: رئيس المفتين المالكيين بتونس وشيخ جامع الزيتونة وفروعه بتونس. مولده ووفاته ودراسته بها. عين (عام 1932) شيخا للإسلام مالكيًا. له مصنفات مطبوعة، من أشهرها (مقاصد الشريعة الإسلامية) و (أصول النظام الاجتماعي في الإسلام) و (التحرير والتنوير) في تفسير القرآن، توفي سنة 1393 هـ. الأعلام، للزركلي: 174/6.

7 - سورة الأحزاب الآية 4 .

لم يوافقها عليه أمهات المؤمنين، وأبين أن يدخل أحد عليهن بذلك ، وقال به الليث بن سعد، بإعمال إرضاع الكبير ، وقد رجع عنه أبو موسى الأشعري، بعد أن أفتى به .¹

قال العدوي في الحاشية على الرسالة : ويشترط في تحريم الرضاع شروط، منها: ما أشار إليه بقوله في الحولين، احترازاً مما لو وصل إلى جوفه بعد الحولين بكثير ، وإليه أشار بقوله : (ولا يحرم ما أرضع بعد الحولين إلا ما قرب منهما) لقوله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين }² وقوله تعالى : { وحمله وفصاله ثلاثون شهراً }³ فأخبر عن أقل مدة الحمل، وكمال مدة الرضاع، ثم فسر القرب بقوله : (كالشهر ونحوه، وقيل والشهرين)⁴.

وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة : فصل : الرضاعة المحرمة التي تكون في الحولين، وإنما شرطنا أن يكون في الحولين، خلافاً لمن قال : إن رضاعة الكبير تحرم ، لقوله تعالى : { وَالْوَلَدُ يُرْضَعُ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ } وقوله ﷺ : { إنما الرضاعة من المجاعة }⁵ وقوله : { لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء }⁶ وقوله : { الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم }⁷ وكل هذا منتف عن رضاعة الكبير.⁸

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في المسألة :

ذهب الحافظ ابن عبد البر إلى القول بأن رضاعة الكبير لا تحرم، وأن حديث سهلة بنت سهيل، حمل على الخصوص، فقال معلقاً عليه ، بعد ما أورد أقوال العلماء فيه، وردهم إياه.

1 - التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور 3 / 451 .

2 - سورة البقرة الآية 233

3 - سورة الأحقاف الآية 15 .

4 - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني 2 / 129 . 130 .

5 - سبق تخريجه في: 202 من البحث

6 - سنن ابن ماجه كتاب النكاح ، باب لا رضاع بعد فصال ، 3 / 374 ، صححه الشيخ الألباني. في صحيح سنن ابن ماجه. ص: 337.

7 - سبق تخريجه في ص: 213 من البحث

8 - المعونة للقاضي عبد الوهاب ص 949

قال أبو عمر: " هذا دليل على أنه حديث ترك قديما، ولم يعمل به، ولا تلقاه الجمهور بالقبول على عمومته، بل تلقوه بالخصوص".¹ مما يدل على رده للحديث، والأخذ بما عليه جمهور العلماء في المسألة، فقال: " وومن قال بأن رضاعة الكبير ليس بشيء: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، وابن عباس، وسائر أمهات المؤمنين، غير عائشة رضي الله عنها، وجمهور التابعين، وجماعة فقهاء الأمصار، منهم الليث، ومالك، وابن أبي ذئب، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة، وأصحابه، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد، والطبري"² وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " إنما الرضاعة من المجاعة، ولا رضاعة إلا ما أنبت اللحم والدم".³ وبهذا يحسم في المسألة رحمه الله.

✓ اختيار السمرقندي في المسألة :

وقد اختار الإمام السمرقندي في المسألة ما عليه مذهبه، من عدم التحريم برضاعة الكبير، فقال في التحفة: ثم الرضاع المحرم ما كان في حال الصغر، فأما رضاع الكبير، فلا يتعلق به التحريم.⁴ وبهذا يكون قد وافق مذهب المالكية فيما اتفقوا عليه.

✓ تعليق ومقارنة:

من خلال ما سبق نستشف، أن كلا من الإمامين لم يخرجوا عن الجمهور، في مسألة رضاعة الكبير، منافحين عن القول بعدم حرمة رضاعة الكبير، لأنها خارجة عن الحولين، ولأن ما ورد فيها خاص بمن رخص له فيه، ولا يتعداه لغيره، والذي عليه العمل، الحرمة خاصة بالصغير فيما دون الحولين، وقد سبق تفصيل ذلك، كما وافقا مذهبهما، ولما يحيدها عنهما، مما يبين توافيق اختياراتهما في هذه المسألة.

1- الاستذكار لابن عبد البر 275/18.

2- المصدر نفسه. 275/8 - 276.

3- صحيح البخاري، كتاب النكاح باب من قال لا رضاع بعد حولين.

4 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 236

المطلب الثاني : مسألة لبن الفحل :

قال الإمام الجصاص في أحكام القرآن : واختلف أهل العلم في لبن الفحل، وهو: الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ولدا، و ينزل لها لبن ولادتها منه، فترضع به صبيا، فإن من قال بتحريم لبن الفحل، يحرمه هذا الصبي على أولاد الرجل، و إن كانوا من غيرها، و من قال بغيره، لا يوجب تحريما بينه و بين أولاده من غيرها، فمن قال بلبن الفحل :ابن عباس، وروى الزهري عن عمر بن الشريد، عن ابن عباس، أنه سأل عن رجل له امرأتان، أرضعت هذه غلاما، وهذه جارية، هل يصح للغلام أن يتزوج الجارية، فقال: لا، اللحاق واحد، وهو قول القاسم ، و سالم، و عطاء، و طاووس. و ذكر الخفاف عن سعيد بن سرين قال: كرهه قوم، و لم ير به قوم بأسا، و من كرهه كان أفقه من الذين لم يروا به بأسا . و ذكر عباد بن منصور¹ قال: قال للقاسم ابن محمد " امرأة أبي أرضعت جارية من الناس بلبن إخوتي من أبي، أتحل لي، قال: " لا، أبوك أبوها ". فسألت طاووسا²، والحسن ، فقالا مثل ذلك. وسألت مجاهدا فقال: اختلف فيه الفقهاء، فلست أقول فيه شيئا . و سألت محمد بن سيرين، فقال مثل قول مجاهد وسألت يوسف بن ماهك³، فذكر حديث أبي قعيس، و قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، ومالك، والثوري، والاوزاعي، و الليث، والشافعي، " لبن الفحل يحرم ". و قال سعيد بن المسيب ، وإبراهيم النخعي⁴ ، و أبو سلمة بن عبد الرحمن⁵ وعطاء بن يسار¹: " أن لبن الفحل لا يحرم شيئا من قبل الرجال " .

1 - عباد بن منصور الناجي كنيته أبو سلمة، من أهل البصرة، يروي عن أيوب وعكرمة، روى عنه يزيد بن هارون وريحان بن سعيد وأهل البصرة، مات سنة ثنتين وخمسين ومئة، وكان قدرًا داعية إلى القدر، وكان على قضاء البصرة، وكل ما روى عن عكرمة سمعه من إبراهيم بن أبي يحيى عن داود بن الحصين فدلسها عن عكرمة. المجروحين، لابن حبان 156/14

2 - طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني، بالولاء، أبو عبد الرحمن: من أكابر التابعين، تفقها في الدين ورواية للحديث، وتقشفا في العيش، وجرأة على وعظ الخلفاء والملوك. أصله من الفرس، ومولده ومنشأه في اليمن. توفي حاجا بالمزدلفة أو بمضى سنة 106هـ، الأعلام، للزركلي: 224/3.

3- يوسف بن ماهك روى عن أمه واسمها مسيكة. وكان ثقة قليل الحديث. مات سنة ثلاث عشرة ومائة. ((الطبقات الكبرى: 23/6)).

4 - إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران النخعي، من مذحج: من أكابر التابعين صلاحا وصدق رواية وحفظا للحديث. من أهل الكوفة. قال فيه الصلاح الصفدي: فقيه العراق، كان إماما مجتهدا له مذهب. مات سنة 96هـ. الأعلام، للزركلي: 80/1.

5 - أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري مشهور بكنيته وقيل: اسمه عبد الله. وقيل: إسماعيل. ذكره ابن سعد في الجيل الثاني من الطبقة الأولى من المدنيين (الطبقات الكبرى: 155/5، وسير أعلام النبلاء: 287/4).

و الدليل على صحة القول الأول، حديث الزهري، و هشام بن عروة، عن عروة عن عائشة: { أن أفحل أخا أبي القعيس، جاء ليستأذن عليها وهو عمها من الرضاع، بعد أن نزل الحجاب قالت فأبيت أن أذن له، فلما جاء النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته قال: ليلج عليك فإنه عمك، قلت: إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، قال: ليلج عليك فإنه عمك، تربت يمينك² و كان أبو القعيس، زوج المرأة التي أرضعت عائشة، و يدل عليه من جهة النظر، أن سبب نزول اللبن، هو ماء الرجل والمرأة جميعا، لأن الحمل منهما جميعا، فوجب أن يكون الرضاع منهما، كما أن الولد منهما، وإن اختلف سببهما.

فإن قيل: قد روى مالك عن عبد الرحمان بن القاسم³ عن أبيه، عن عائشة، أنها كانت تدخل عليها من أرضعته، أخواتها و بنات أخيه، ولا تدخل عليها من أرضعته نساء إخوتها، قيل له، هذا غير مخالف لما ورد في لبن الفحل، إذ كان لها أن تأذن لمن شاءت من محارمها، وتحجب من شاءت، ويدل عليها أيضا من جهة النظر، أن البنت محرمة على الجد، وإن لم تكن من مائه، لأنه كان سبب حدوث الأب الذي هو من مائه، كذلك الرجل لما كان هو سبب نزول اللبن من المرأة، وجب أن يتعلق به التحريم وإن لم يكن اللبن منه، إذ كان هو سببا، كما يتعلق به التحريم من جهة الأم⁴.

وجاء في المعونة عن القاضي عبد الوهاب: و لبن الفحل يحرم، و يتصور مع افتراق الأمين، كرجل له امرأتان، ترضع إحداهما صبيا، و الأخرى صبية، فيحرم أحدهما على الآخر، لأنهما أخوان للأب، و من الناس من ذهب إلى أن لبن الفحل لا يحرم، و دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم: "يحرم من الرضاعة من يحرم من الولادة" و حديث عائشة، لما أبت أن تأذن لعمها من الرضاعة وقالت: إنما أرضعتني المرأة، و لم

1- عطاء بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث الهلالية زوج رسول الله - ﷺ - توفي سنة ثلاث ومائة وهو ابن أربع وثمانين سنة. الطبقات الكبرى: 131-132/5.

2- سبق تخريجه في ص 207 من البحث

3- هو عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق التيمي، أبو محمد المدني: متفق على توثيقه، أخرج له الجماعة، له ترجمة في "التاريخ الكبير" 3: 1: 339، وثقات ابن حبان 7: 62، و"التهذيب" 6: 254.

4 - أحكام القرآن للجصاص 3 / 181

يرضعني الرجل، فقال ﷺ: "إنه عمك فليحج عليك" ولأنهما يشتركان في اللبن، ولأنه أحد الأبوين فلم يعتبر اجتماعهما فيه، ولأنه تحريم يثبت بالنسب، فثبت بالرضاع، كتحريم الأمومة¹.

والمراد بالفعل: الرجل الذي وطأ المرأة، فسبب وطؤه في وجود لبنها، الذي أرضع به الطفل هذا الرجل، مع أنه أجنبي عن الطفل قبل الرضاع، فإنه بعد الرضاع يصير بمنزلة أبيه، سواء كان وطؤه للمرأة بنكاح، أو شبهة نكاح، أو كان من زنا، فإذا زنا الرجل من امرأة، وأرضعت ولدا صار الولد ابنا له من الرضاعة، وتحرم عليه أصول ذلك الرجل، وفروعه وعماته وخالاته، ويحرم الولد إذا كان بنتا، وكذا فروعه على الرجل صاحب اللبن، ولا تحرم أصول الولد، ولا إخوته على صاحب اللبن، وذلك لأن الرضيع تغذى من لبن الأم الذي غذاه ماء الرجل، فصار الرضيع وأولاده جزءا من المرأة وزوجها، بخلاف أصول الرضيع وإخوته، فلم يحصل له من المرأة ولا من زوجها سبب، ولا غذاء، فكانوا أباعيد، والدليل على أن لبن الزوج يحرم، ما جاء في الصحيح، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة ؓ عند ما جاء أفلح أبو القعيس يستأذن عليها ومنعته، "إئذني له" وفي رواية: "إنه عمك"² وكانت عائشة ؓ قد رضعت من زوجة أبي القعيس، فصار أبو القعيس أباهما من الرضاع، وصار أفلح أخوه عما لها من الرضاع، كما ذكر الحديث³.

و تحريم صاحب اللبن يسري على كل من رضع من المرأة بعد وطء صاحب اللبن لها، المحجوب بإنزال الماء فيها، ويستمر إلى أن ينقطع لبنها ولو بعد الطلاق، ولو تأيمت المرأة بموت أو طلاق، وفي ثديها لبن ووطأها زوج آخر، فإن من ترضعه يكون ولدا من الرضاع للزوجين معا⁴.

1- المعونة للقاضي عبد الوهاب ص 952

2- سبق تخريجه في ص 207 من البحث

3- شرح الزرقاني 4 / 241 - حاشية الدسوقي 2 / 504

4- الشرح الكبير للدردير 2 / 843

و قال ابن عبد البر في الاستذكار: " و معنى اللبن للفحل : أن يكون زوج المرضعة أبا للطفل الموضع، و يكون أولاده من تلك المرأة و من غيرها إخوة له، كما يكون أولاد المرأة المرضعة إخوة له، من ذلك الزوج و من غيره¹.

و جاء فيه أيضا : و قد اختلف العلماء من السلف و من بعدهم في لبن الفحل اختلافا كثيرا، فكانت هذه السنة الواردة من نقل العدول، تبين موضع الصواب في ما اختلفوا فيه من ذلك، و أما اختلافهم فيه، فإن مالكا، والشافعي، و أبا حنيفة وأصحابهم، والثوري، و الأوزاعي، والليث بن سعد، و أحمد بن حنبل، وإسحاق، و أبا ثور، و أبا عبيدة، ذهب كلهم إلى التحريم بلبن الفحل، و هو مذهب ابن عباس، و أصحابه، و عطاء، و طاووس، و مجاهد، و أبي الشعناء، و روى مالك عن ابن شهاب، عن عمر بن الشريب، أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل كانت له امرأتان، فأرضعت إحداهما غلاما، و أرضعت الأخرى جارية، ف قيل له هل يتزوج الغلام و الجارية فقال: " لا، اللقاح واحد"².

و قال ابن عبد البر معلقا على هذا الحديث، و هذا تصريح التحريم بلبن الفحل³

و أما القائلون من العلماء بأن لبن الفحل لا يحرم شيئا، و ليس شيء: فسعيد ابن المسيب، و سالم بن عبد الله، و أبو سليمان بن عبد الرحمان، و أخوه عطاء بن يسار، و مكحول، و إبراهيم، و الشعبي، و الحسن البصري، على اختلاف عنه، و القاسم بن محمد، و أبو قلابة، و إياس بن معاوية.

و حجتهم، أن حديث عائشة في قصة أبي القعيس، اختلف عنها في ألفاظه، و في العمل به، و لن تثبت سنة يرد بها، على ما حرم الله عز وجل في كتابه⁴.

1 - الاستذكار لابن عبد البر 13 / 248

2 - الموطأ كتاب الرضاع، باب رضاعة الصغير، 2 / 121

3 - الاستذكار لابن عبد البر 18 / 250

4 المصدر نفسه 18 / 252

جاء في بدائع الصنائع: "و أما الحرمة في باب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن، فتثبت عند عامة العلماء، وعامة الصحابة رضي الله عنهم"¹.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في مسألة لبن الفحل:

الذي اختاره ابن عبد البر في المسألة ما عليه الجمهور من القائلين بالتحريم بلبن الفحل. فقال: "و في هذا المعنى تنازع العلماء قديما، ولو وصل إليهم الحديث ما اختلفوا في ذلك و الله أعلم"².

ورد على القائلين بعدم تحريم لبن الفحل بقوله: "لو كان عمها كما زعم من أبي أن يحرم بلبن الفحل شيئا، قد أرضعته و إياها امرأة واحدة، أكان يخفى على عائشة أو على من هو دونها بأنه عمها، فكانت تحتجب من عمها، و إنما خفي عنها أمر لبن الفحل، حيث أعلمها رسول الله صلى الله عليه و سلم"³.

✓ اختيار الإمام السمرقندي:

واختار الامام السمرقندي ما عليه الجمهور كذلك، في أن لبن الفحل محرم فقال: "... و في جانب الزوج مختلف فيه، فعندنا يثبت، و عند الشافعي لا يثبت.

و لقب المسألة، أن لبن الفحل هل يحرم أم لا؟ و بيناه، أن المرأة إذا أرضعت طفلا، فإنها تحرم عليه وصارت أما له، و صاحب اللبن صار أبا له، فإن كان الموضع أنثى، تحرم على صاحب اللبن، لكونها بنتا له، وإن كان ذكرا تحرم المرضعة عليه لكونه ابنا له"⁴.

1 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 67 .

2 - الاستذكار لابن عبد البر 18 / 248

3 - المصدر نفسه 18 / 245

4 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 235

✓ تعليق ومقارنة :

في أثناء هذا العرض نجد الإمامين قد اتفقا فيما اختاراه في المسألة، تبعا لاتفاق مذهبهما في أن لبن الفحل يحرم . وذلك بعد مناقشة مستفيضة، لمن يقولون بأن لبن الفحل لا يحرم، ليستقر الرأي على ما عليه جمهور العلماء، وفقهاء الأمصار، وعموم الأمة، أن لبن الفحل يحرم، تبعا للرضاع وقياسا عليه، وكذلك فعله عليه الصلاة والسلام مع زوجه عائشة ؓ عندما امتنعت من إدخال عمها من الرضاع، فأمرها رسول الله ﷺ بأن تأذن له بالدخول عليها لأنه عمها، هذا الأمر فيه إشارة واضحة، ودلالة قوية على أن لبن الفحل يحرم، وهو ما توافق عليه الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، فكان توافقهما توافقا علميا، مذهبيا، والله أعلم.

الفصل الثاني : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي من خلال كتاب الطلاق.

تعتبر العلاقات الزوجية من أهم ما اهتم بضبطه الشارع بعد المعاملات المالية ، لما فيه من أثر كبير على المجتمع وعلى سلامته واستقراره ، إذ المجتمعات كلها مبنية على العلاقات الزوجية أساسا ، لأن بيت الزوجية هو معمل الإنتاج البشري، الذي يخرج لنا نساء ورجالا يقودون المجتمع ، ولذلك، فإذا كان هذه البيت المنتج مخربا، أو متدهورا، أو غير مستقر ، فإنه لن يؤدي وظيفته على الوجه المطلوب، وسيخرج لنا فئات مجتمعية غير صالحة، مما يجعلنا أمام مشاكل أخرى، كالانحرافات السلوكية والأخلاقية .

ولأجل تجنب الوقوع في هذه المشاكل التي تدمر سير المجتمع، جاء الشارع الحكيم بحزمة من الأحكام قصد ضبط هذه العلاقات حرصا منه على صيانتها وسلامتها .

والأصل في العلاقة الزوجية أنها تبنى على سبيل الديمومة والاستمرارية، لكن قد تشاء الأقدار أن يطرأ عليها ما يعكر صفوها، مما يؤدي الى التفكير في طريقة شرعية لحلها. ويعتبر الطلاق هو الصورة الطبيعية الشرعية، لفك الرابطة الزوجية رغم أنه أبغض الحلال. وهذا موضوع (المبحث الأول).

إضافة إلى هذا توجد طرق أخرى، كالإيلاء، والظهار، و اللعان، التي تنحل بها الزوجية، والتي يكون الزوج هو السبب في إيقاعها. وفي مقابل هذا، فإن الشريعة الإسلامية، لم تحرم المرأة من حقها في فك الرابطة، و اختيار الفرقة الزوجية، فشرع لها الخلع الذي يكون بناءا على إرادتها المنفردة، أو طلب التطليق عن طريق القضاء متى توفرت أسبابه موضوع (المبحث الثاني).

المبحث الأول : موقف ابن عبد البر والسمرقندي من طلاق السكران والخلع والإحداد .

قبل الحديث عن هذه المسائل بتفصيل يجدر بنا التصدير بالأحكام التالية :

1. تعريف الطلاق:

أ - لغة: طلق: الطلق، والطلاق، الحل ورفع القيد¹.

ب - اصطلاحا : عرفه ابن عرفة بقوله: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه، موجبا تكررها مرتين حرمتها عليه قبل زوج².

وعرفه الحطاب بقوله: صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه³.

و عرفه ابن الهمام من الحنفية بقوله: رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص⁴.

يتضح من خلال هذه التعاريف، أن الطلاق، هو: رفع حلية التمتع بالزوجة بعد ما كان مباحا، ولا تكاد تختلف تعاريف الفقهاء لمصطلح الطلاق من حيث المعنى، وإن كانت ألفاظهم متفاوتة، فهم متفقون على أمر واحد، وهو منع مستعمل هذا اللفظ من التمتع بزوجه حتى يرتجعها، أو حتى تنكح زوجا غيره، حسب نوع الطلاق الذي تلفظ به.

2. أركان الطلاق :

للطلاق أربعة أركان، سواء كان سنيا أو بديعا، و سواء كان بعوض أولا :

أ.الموقع : و هو الزوج أو نائبه، أو وليه، إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا، ويشترط فيه ما يلي⁵ :

1 - لسان العرب لابن منظور حرف الطاء . طلق . 10 / 270. 271

2 - شرح حدود ابن عرفة 1/ 271

3 - مواهب الجليل للحطاب 4/ 18

4 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3/ 325

5 - القوانين الفقهية لابن جزي ص: 252 – 253

الإسلام : فلا ينفذ طلاق الكافر اتفاقا.

العقل : فلا ينفذ طلاق المجنون.

البلوغ : فلا ينفذ طلاق الصبي غير البالغ.

الطوع.

❖ طلاق الفضولي: الفضولي هو من يوقع الطلاق بزواج غيره دون إذنه، فإن حكمه حكم بيعه متوفق

على الإجازة، فإن أجازته الزوج لزم.

❖ طلاق الهازل: يلزم الطلاق و لو وقع من الشخص هازلا، و هذا كالنكاح، و الرجعة، فإنها تلزم بالهزل

والمزاح، و إن لم يقصد إيقاعها¹.

❖ طلاق الغائب: إذا طلق الزوج زوجته و هو غائب عنها، فإنه يقع².

❖ طلاق المكروه : إذا أكره الزوج على الطلاق، فلا يلزمه في الفتوى، و لا في القضاء³.

❖ طلاق المريض: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا، فان مات من ذلك المرض و رثته المطلقة، و قال

أبو حنيفة، ترثه مادامت في العدة، و يشترط في ثبوت ميراثها ثلاثة شروط عند المالكية⁴.

- . أن لا يصح من ذلك المرض و إن مات منه بعد مدة ؛

- . أن يكون المرض مخوفا يحجر عليه فيه ؛

- . أن يكون الطلاق منه، لا منها و لا بسببها، كالتملك و الخلع، ففي توريثها بذلك روايتان.

1 - أحكام القراءان لابن العربي 200/1 -الجامع لأحكام للقرطبي 156/3

2 - عارضة الأخوذي لابن العربي 144/5

3 - المنتقى للباي 124/4 - بداية المجتهد لابن رشد 94/2

4 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 25

ب. قصد النطق :

يشترط القصد في الطلاق¹، وهو إرادة التلفظ به، ولو لم ينوّه، فلا يقع طلاق فقيه يكرره، ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره، لأنه لم يقصد معناه، بل قصد التعليم والحكاية، ولا طلاق أعجمي لقن لفظ الطلاق، بلا فهم منه لمعناه، ولا طلاق من سبق لسانه إليه، ولم يردّه.

ج. المحل: وهي التي يقع عليها الطلاق، وهي الزوجة سواء كانت في العصمة، أو في عدة من طلاق رجعي، فينفذ طلاقها اتفاقاً، ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقاً، وكذلك البائن، ولو أضاف الطلاق إلى نصف المرأة، أو سدسها، أو ثلثها، أو عضو من أعضائها نفذ، ولو قال: نصف طلقة، أو ربع طلقة كملت عليه، فهم كالحنفية، واختلف المالكية على رأيين في إضافته إلى شعر المرأة وكلامها، وروحها وحياتها.²

و رأى الحنفية، أن الطلاق يقع لو أضافه الرجل الى ما يعبر به عن كل المرأة أو ذاتها، كالرقبة، والعنق، والروح، والبدن، والجسد، والأطراف جميعاً، لأن الطلاق لا يتجزأ³.

3. ألفاظ الطلاق :

أ. الطلاق باللفظ.

اتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح و كناية. وقال مالك وأبو حنيفة : الصريح هو لفظ الطلاق فقط، وما عدا ذلك كناية، وهي على ضربين ظاهرة و محتملة⁴.

فأما الصريح، فهو ما فيه لفظ الطلاق كقوله: " طالق " أو " طلقت مي " لزمه الطلاق، ولا يفتقر الى نية، و إن ادعى أن لم يرد الطلاق، لم يقبل منه ذلك.

1 - فتح القدير لابن الهمام 39/3 - الشرح الصغير مع حاشية الصاوي للدردير 543/2 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 255

2 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 253 . - الشرح الصغير للدردير 572/2

3 - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 598/2 - 601 - فتح القدير لابن الهمام 52/3 و ما بعدها

4 - بداية المجتهد لابن رشد 71/2

و أما الكناية الظاهرة، كلفظ التسريح و الفراق، و كقوله: " أنت بائن " أو "بته " أو " بتلة" وما أشبه ذلك،
فحكم هذا الحكم الصريح¹.

و أما الكناية المحتملة، كقوله " ألحقي بأهلك " و " اذهبي " و " ابعدي عني " و ما أشبه ذلك، فهذا لا يلزمه
الطلاق إلا إن نواه، و إن قال: أنه لم ينو الطلاق: قبل قوله في ذلك.²

وقال الجمهور، ليس في الألفاظ المحتملة طلاق، و إن نوى طلاقاً³.

و أما ما عدا التصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق كقوله، " اسقني ماء " أو ما أشبه ذلك،
فإن أراد به الطلاق لزمه على مشهور مذهب مالك، وإن لم يرده لم يلزمه. و أما التصريح كقوله " أنت
علي حرام " فمشهور مذهب مالك، أنها ثلاث في المدخول به، وينوى في غير المدخول. و يقبل قوله دون ذلك.
و قال أبو حنيفة ينوى في الطلاق و في عدده، فإن لم ينو شيئاً: لم يلزمه شيء⁴.

ب. الطلاق بالكتابة :

يقع الطلاق عنه الجمهور بالكتابة مع النية، و يقع عنه الحنفية في الكتابة المرسومة كالصريح، وفي غير
المرسومة كالكتابة تحتاج الى نية، و لا يقع الطلاق بالكتابة على الماء أو الهواء و نحوه بالاتفاق.

الطلاق بالرسالة : و هو أن يرسل الزوج رسالة الطلاق مع رسول إلى امرأته، فحكمه حكم الصريح باللفظ⁵.
و قال المالكية من كتب الطلاق عازماً عليه : لزمه بخلاف المتردد، " ليشاور نفسه"⁶.

1 - القوانين الفقهية لابن جزي 254

2 - المصدر نفسه 254

3 - بداية المجتهد لابن رشد 74/2

4 - القوانين الفقهية لابن جزي 254 – 255

5 - بدائع الصنائع للكسائي 3 / 126

6 - القوانين الفقهية لابن جزي 255

4. مشروعية الطلاق :

ثبتت مشروعية الطلاق بالكتاب و السنة و الإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: {إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَنٍ}¹ وقوله أيضا: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ² }

و أما السنة ، فقوله صلى الله عليه و سلم: { إنما الطلاق لمن أخذ بالساق }³ وقوله عليه الصلاة والسلام: { أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق }⁴ و قال عمر : " طلق النبي صلى الله عليه و سلم حفصة ، ثم راجعها " ⁵.

و أجمع الناس على جواز الطلاق ، والمعقول يؤيده ، و واقع الحال يشهد لذلك ، فإنه ربما فسدت العلاقة بين الزوجين ، إما بالإضرار و سوء المعاملة ، أو انتفاء موجبات السعادة بين الزوجين ، فيصير بذلك العشرة متعذرة بينهما والألفة معدومة ، فيتعين المصير إلى الطلاق ، بعد أن استنفذت كل وسائل الإصلاح والوفاق بين الزوجين.

5. أقسام الطلاق :

ينقسم الطلاق من حيث وقوعه إلى سني و بدعي ، ومن حيث اعتباره إلى رجعي وبائن :

أ. الطلاق السني : سمي بذلك لأن المراد بالسنة ، الطريقة الشرعية ، التي هي في مقابلة البدعة ، و الطلاق السني : هو ما اجتمعت فيه أربعة شروط ، وهي ⁶ :

1 - سورة البقرة الآية 229

2 - سورة الطلاق الآية 1

3 - سنن ابن ماجه كتاب الطلاق باب طلاق العبد ، 3 / 469 حسن

4 - سنن أبي داود ، كتاب الطلاق باب في كراهية الطلاق ، 2 / 438. صححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل 106/7

5 - سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب في المراجعة ، 2 / 493 حديث صحيح

6 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 251

▪ أن تكون المرأة طاهرة من الحيض و النفاس حين الطلاق اتفاقا .

▪ أن يكون الزوج لم يمسه في ذلك الطهر اتفاقا .

▪ أن تكون الطلقة واحدة ، خلافا للشافعي .

▪ أن لا يردف طلاقا آخر حتى تنقضي العدة ، خلافا لأبي حنيفة.

ب . الطلاق البدعي : وأما البدعي فهو ما نقصت منه هذه الشروط أو بعضها . وحكمه: إما مكروه أو حرام:

فالبدعي المكروه ، هو: الواقع في طهر مسها فيه ، والواقع في عدة من طلاق رجعي.

و البدعي الحرام ، هو: الواقع في حيض أو نفاس، و الواقع ثلاثة.

ج . الطلاق البائن والرجعي :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق نوعان: بائن و رجعي، أما الرجعي، فهو الذي يملك فيه الزوج رجعة زوجته من غير اختيارها. و أن من شرطه أن يكون في مدخول بها، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفُحْشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا} ¹.

وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر { أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا } ² ولا خلاف في ذلك ³.

و أما البائن، فهو في ثلاثة مواضع اتفاقا، وهي: طلاق غير المدخول بها، و طلاق الخلع، والطلاق بالثلاث. ¹.

1- سورة الطلاق الآية 1

2- رواه البخاري في صحيحه كتاب الطلاق باب قوله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء " رقم 5251

3 - بداية المجتهد لابن رشد 59/2

و عدد الطلاق، واحدة، أو اثنتان، أو ثلاث، و تنفذ الثلاث، سواء طلقها واحدة بعد واحدة اتفاقاً، أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور، خلافاً للظاهرية.

و المعول عليه عند الحنفية، اعتبار عدد الطلاق بالنساء، فطلاق الحرة ثلاث، و طلاق الأمة اثنتان، و عند الجمهور المعتبر هم الرجال، فللعبد طلقتان، و للحر ثلاث طلقات.

د. ضابط الطلاق الرجعي والبائن :

رأي الحنفية : كل طلاق رجعي، إلا الطلاق قبل الدخول، و الطلاق على مال، والطلاق بالكناية، المقترن بلفظ ينبي عن الشدة، أو القوة، أو البينونة، أو الحرمة، أو الطلاق المكمل للثلاث.²

رأي المالكية : البائن يكون في أربعة مواضع وهي: طلاق غير المدخول بها، و طلاق الخلع، و الطلاق الثلاث، والمبارأة، وهي : التي يملك الناس بها المرأة أمر نفسها، ويجعلونها واحدة بائنة من غير خلع.³

وعلى هذا، لا يقع عند الجمهور غير الحنفية بطلاق الكنايات، إلا الطلاق الرجعي، ولو نوى بها البائن : لأن الصريح لا يقع به إلا الطلاق الرجعي، فالكناية التي هي أضعف من التصريح، لاحتمالها الطلاق وغيره، يكون الطلاق الواقع بها رجعيًا بالأولى، و لأن الطلاق و ضع شرعي لا يتأثر بالنية، فقصد البينونة بالكناية، يكون خلاف الوضع الشرعي.

هـ. الطلاق المعلق والمعجل :

و الطلاق من جهة أخرى على نوعين : معجل و معلق، فالمعجل ينفذ في الحين، أما المعلق، فهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل، أو وقوعه صفة أو شرطاً⁴. وهو على ستة أقسام:

1 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 251

2 - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 592/2 - 617 - 621 - بدائع الصنائع للكسائي 109/3 - 112

3 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 251 - الشرح الصغير للدريدر 5256/2

4 - القوانين الفقهية لابن جزي 256

- إذا علقه الزوج بمستقبل محقق الوقوع عقلا، أو عادة، أو شرعا، فإنه ينجز¹.
 - إذا علقه بمستقبل غالبا و قوعه، كقوله لغير آيسة من المحيض " إن حضت فأنت طالق، ففيه قولان، قيل يعجل عليه الطلاق، و قيل يؤخر إلى حصول شرطه، و فاقا للشافعي وأبي حنيفة².
 - إذا علقه بأمر ممكن و قوعه، أي محتمل و قوعه، كقوله: إن لم تمطر السماء في هذا الشهر، أو غدا، أو في هذا اليوم، فأنت طالق، فإنه ينجز.
 - إذا علقه بأمر محرم بصفة الحنث، كقول الزوج: إن لم أزن، أو أشرب الخمر، فأنت طالق، فإنه ينجز عليه الطلاق، لكن بحكم حاكم في هذا الفرع، إلا أن يتحقق فعل المحرم قبل التنجيز فلا شيء عليه، لانحلال يمينه.
 - أن يعلقه بمشيئة الله تعالى، فيقول: أنت طالق إن شاء الله تعالى" فيقع الطلاق، و لا ينفع هذا الاستثناء، خلافا لأبي حنيفة و الشافعي³.
 - أن يعلقه بمشيئة إنسان فيقول: " أنت طالق إن شاء زيد، متوقف و قوعه على مشيئته. فإن علقه بمشيئة من لا مشيئة له، كاليائم، و الجمادات، فيقع الطلاق في الحين، لأنه يعد هازلا⁴.
- و. التوكيل والتمليك والتخير:
- أما التوكيل فهو أن يوكل الرجل المرأة على طلاقها، فإذا أن تفعل ما و كلها عليه من طلاقة واحدة أو أكثر، وله أن يعزلها ما لم تفعل ذلك⁵.
- و أما التمليك فهو: أن يملك المرأة إيقاع الطلاق، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها، و لذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحد¹.

1 - البيان و التحصيل محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، ت محمد حيي 348/5 ط دار الغرب الإسلامي، ط 2 سنة 1408 هـ 1988 م

2 - القوانين الفقهية لابن جزي 256. - المعونة للقاضي عبد الوهاب 844 / 2

3 - القوانين الفقهية لابن جزي 257

4 - المصدر نفسه ص 257

5 - المصدر نفسه ص 258

و الفرق بين التوكيل و التملك: أن في التوكيل، له أن يعزلها قبل أن تطلق، و ليس له ذلك في التملك².

وأما التخيير: فهو أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق. فلها أن تفعل من ذلك ما أحببت، فإن اختارت الفراق، كان طلاقها بالثلاث، فإن قالت " اخترت واحدة أوأثنين" لم يكن لها، و سقط خيارها، إلا أن يخيرها في طلبة واحدة أو طلقتين خاصة، فتوقعها³. وقال أبو حنيفة وأصحابه، الخيار ليس بطلاق، فإن طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة⁴.

1 - بداية المجتهد لابن رشد 69/2

2 - المصدر نفسه 69/2

3 - القوانين الفقهية لابن جزي 258

4 - بداية المجتهد لابن رشد 69/2

المطلب الأول: طلاق السكران :

سأحاول في هذا المطلب تناول أحكام واختيارات الإمامين في باب طلاق السكران

قال المالكية في المشهور: يصح طلاق السكران إذا كان سكره بحرام، كما لو استعمل ما يغيب

عقله، و المراد بالسكر، كل ما يغيب العقل، والدليل عند المالكية على صحة طلاقه ما يلي¹:

❖ القياس على الصحو، لأن كل حال يلزمه قضاء الصلوات المتروكة، و حدالقاذف فيه، لزمه الطلاق الموقع فيها.

❖ أنه قول عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

❖ أن أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه، كالقود إذا قتل، والحد إذا زنا وقذف، ووجوب قضاء الصلاة، فكذاك الطلاق.

و أما السكر بحلال، فكالإغماء، و الجنون.

و ما يلزم السكران بالجملة من الأحكام، الطلاق، والعتق، والقود، من الجراح و القتل، و لا يلزمه النكاح، ولا البيع، و قال أبو حنيفة يلزمه كل شيء².

و ذكر الإمام الباقي من المالكية : أن السكران المذكور، هو الذي لا يذهب عقله جملة، وإنما يتعين مع صحة قصده إلى ما يقصده، و لذلك يقتص منه في القتل، و لا خلاف في ذلك، وأما لو بلغ إلى حد أن يغفى عليه، و لا يبقى له عقل جملة. فهذا لا يصح منه تطليق إذا بلغ هذه الحالة، و لا يتهماً منه ضرب، و لا قصد إلى قتل، و لا غيره، و إنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر، لأن سكر الخمر، ليس بمنزلة

1 - الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقااضي عبد الوهاب 748/2 – المعونة للقااضي عبد الوهاب 846/2 -المنتقى للباقي 125/4

2 - بداية المجتهد لابن رشد 80/2

الجنون الذي يذهب العقل جملة، و إنما يتغير العقل تغييرا يجترئ به على معان، لا يجترئ عليها صاحبا، ولو علم أنه بلغ حد الإغماء لما اقتص منه، و لا لزمه طلاق و لا غيره، كسائر من أغمي عليه¹.

و الفرق بين السكران يصح طلاقه، والمجنون لا يصح، أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته، والمجنون بخلاف ذلك، وهو أيضا من باب التغليظ على السكران².

و قال الحنفية: قال القدوري في كتابه: و طلاق السكران واقع، إذا سكر من الخمر، والنبذ، وهو مذنب عند أصحابنا³.

أما السكر بحلال، فلا يقع اتفاقا بين المذاهب.

و قال زفر، والطحاوي، و الكوفي، من الحنفية: لا يقع طلاق السكران، لعدم توافر القصد، والوعي، والإرادة الصحيحة لديه، فهو زائل العقل، كالمجنون، و النائم فاقد الإرادة، كالمكره، فتصبح عبارته ملغاة، لا قيمة لها. و للسكر عقوبة أخرى هي الحد. فلا مسوغ لضيم عقوبة أخرى عليه. و ثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، أنه كان لا يرى طلاق السكران، و زعم بعض أهل العلم، أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة⁴.

وقال ابن عباس: طلاق السكران، والمستكره، ليس بجائز، وقال علي، كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه⁵.

و السبب في اختلاف الفقهاء في طلاق السكران، هو: هل حكمه حكم المجنون، أم بينهما فرق، فمن قال هو كالمجنون، لم يلزمه طلاقا، لأن كليهما فاقد للعقل. و من قال أنه غير مساو له، لأن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته، والمجنون خلاف ذلك¹. لزمه.

1 - المنتقى للباجي 125/4

2 - بداية المجتهد لابن رشد 79/2

3 - المحيط البرهاني في الفقه النعماني 206/3

4 - بداية المجتهد لابن رشد 80/2

5 - البخاري في صحيحه كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكراهة والسكران والمجنون وأمرهما (ترجمته)

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في طلاق السكران:

اختار الحافظ ابن عبد البر في المسألة، ما عليه مالك في وقوع طلاق السكران، وحكى الخلاف الوارد في المسألة فقال: "اختلف أهل المدينة وغيرهم في طلاق السكران، فأجازه عليه، وألزمه إياه جماعة من العلماء، منهم: سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار... ثم قال: إلى هذا ذهب مالك، وأبو حنيفة، والثوري، والأوزعي، والأوزعي وأبو عبيد²، ثم قال: ألزمه مالك الطلاق، والعق، والقود من الجراح والقتل، ولم يلزمه النكاح، والبيع".³

✓ اختبار السمرقندي في طلاق السكران:

الذي اختاره السمرقندي في طلاق السكران الوقوع، سواء سكر بالخمير أو النبيذ فقال: "و كذا طلاق السكران واقع، سواء سكر بالخمير أو بالنبيذ" ورد على القائلين بأن من شرب البنج، أو الدواء، وزال عقله فطلق، لا يقع بقوله: "و أجمعوا أنه إذا شرب البنج أو الدواء فسكر وزال عقله فطلق، فلا يقع، والصحيح قولنا، لأنه زال العقل بسبب، هو معصية لتلذذه بذلك، فيجعل قائما، عقوبة عليه بخلاف شرب الدواء"⁴.

✓ تعليق ومقارنة :

في مسألة طلاق السكران نجد الإمامين اتفاقا على ما عليه مذهبيهما من وقوعه ، وهو اتفاق ناتج عن اتفاق المذهبين الحنفي والمالكي في المسألة.

¹ - بداية المجتهد لابن رشد 79/2 بتصرف

² - القاسم بن سلام الهروي الأزدي الخزاعي، بالولاء، الخراساني البغدادي، أبو عبيد: من كبار العلماء بالحديث والأدب والفقه. من كتبه "الغريب" المصنفي غريب الحديث، وهو أول من صنف في هذا الفن، و "الأجناس من كلام العرب" و "أدب القاضي" و "فضائل القرآن" و "الأمثال". توفي سنة 224 هـ. الأعلام، للزركلي: 176/5.

³ - الاستذكار لابن عبد البر 18 / 162

⁴ - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 195

ولم يفرقا بدورهما بين السكر بحلال أم بحرام، وذلك تأديبا له على تعمده إذهاب عقله بإرادته، خلافا للمجنون الذي غلب على أمره، ولا دخل لإرادته فيما حصل له، وهذا ما قرراه في المسألة، تبعا لمذهبيهما.

والملاحظ، أن الحافظ ابن عبد البر ناقش الأثر الوارد عن أهل المدينة، مرجحا مذهب إليه الإمام مالك.

بينما الإمام السمرقندي يقارن بما عليه الشافعية، مرجحا قول أبي حنيفة على قول زفر والطحاوي ومن أخذ برأييهما في المسألة. والحاصل هو: اتفاق الإمامين في المسألة.

المطلب الثاني : طلاق الخلع .

سأحاول في هذا المطلب تناول أحكام واختيارات الإمامين في باب طلاق الخلع، من خلال النقاط التالية:

أولا . تعريفه

1. لغة: الخلع النزع والإزالة والإبانة، من خلع الرجل ثوبه أزاله و أبانه، والزوجان كل منهما لباس

لصاحبه. فإذا فارقها كأنه نزعها منه، قال تعالى: { هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ }¹. و منه أيضا

ما جاء في الحديث عن عبد الرحمان بن كعب: أن معاذ بن جبل كثر دينه على عهد رسول الله صلى

الله عليه وسلم، فلم يزد رسول الله ﷺ على أن خلع لهم ماله². أي أخرجه عن جميعه³.

2. اصطلاحا : عرفه الرصاع، بأنه :صفة حكيمة ترفع حلية متعة الزوج بعوض على التطليق⁴.

و عرفه ابن راشد القفصي ، بأنه: " خلع العصمة بالطلاق على عوض"⁵.

هذا عند المالكية، أما الحنفية فعرفوه بقولهم⁶:

هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه، فخرج بكلمة ملك النكاح : الخلع في

النكاح الفاسد، و بعد البيئونة، والردة، فإنه لغو، و خرج بكلمة " المتوقفة على قبولها"، أي المرأة، ما إذا

قال: خلعتك، و لم يذكر المال ناويا به الطلاق، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحق، لعدم توقفه على قبول

المرأة. فدل القبول على أن الخلع يكون ببذل، و متى كان على بدل حال، لزم قبولها . و خرج " بلفظ الخلع "

الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق. و أما قوله: أو ما في معناه، فيدخل فيه لفظ المبرأة، و لفظ

البيع و الشراء، فإنه مسقط للحقوق، و منها المهر .

1 - سورة البقرة ، الآية 178

2 - أخرجه البيهقي في التفليس باب لا يؤاجر الحرفي دين عليه

3 - المقدمات الممهدة لابن رشد المجد 560/1

4 - شرح حدود ابن عرفة 275/1 - منح الجليل للحطاب 3/4

5 - لباب اللباب أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي المالكي ص 102

6 - رد المحتار على الدر المختار 766/2 و ما بعدها . - فتح القدير لابن الهمام 199/3 .

و الخلاصة: أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق.

واسم: الخلع، و الفدية، و الصلح، و المبرأة، كلها تؤول إلى معنى واحد، وهو بدل المرأة العوض على طلاقها، إلا أن اسم الخلع يختص، ببذلها له جميع ما أعطاهما، والصلح ببعضه، و الفدية بأكثره، والمبرأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه، على ما زعم الفقهاء¹.

ثانياً: حكم الخلع ومشروعيته:

الخلع جائز عند أكثر العلماء، و الأصل في ذلك الكتاب و السنة²:

أما الكتاب فقوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا }³.

وأما السنة: فحديث ابن عباس: { أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إقبل الحديقة وطلقها طليقة واحدة }⁴.

و شذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً، واستدل على ذلك، بأنه زعم أن قوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } منسوخ بقوله تعالى: { وَإِنْ أَرَدْتُمْ أُسْتَبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ أَحَدِيَهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً }⁵. والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها، وأما برضاها فجائر.

1 - بداية المجتهد لابن رشد 65/2

2 - المصدر نفسه 65/2

3 - سورة البقرة، الآية، 229

4 - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم 5273

5 - سورة النساء، الآية 20

ثالثا : حكمة مشروعيته:

ذكر ابن راشد القفصي في حكمة مشروعية الخلع، أنه التوسعة على الزوجين والرفق بهما، عسى أن يلحقهما من الضرر بطول الإقامة.¹ أي الإقامة على الكراهية.

رابعا: أركان الخلع :

1. الزوج: اتفق الفقهاء على قاعدة عامة وهي " كل من صح طلاقه صح خلعه"² وعلى هذا، فإن

الشروط التي تشترط في المطلق، هي نفسها التي تشترط في المخالعة³ وهي: العقل و البلوغ، أما لو كان

صبيا، أو مجنونا، فلا يصح خلعهما، وكذلك لا يصح خلع الأب، ولا غيره عنهما عند الحنفية.⁴ و

قال مالك: يصح للأب أن يطلق أو يخالع عن ابنه الصغير.⁵

و ذهب الائمة الأربعة إلى جواز خلع السفية، وذلك بناء على صحة طلاقه، ويجب أن يسلم العوض إلى

الولي، قال الخرشي: لو كان الزوج سفيا فالخلع جائز. و طلاقه نافذ، لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض

فيه أولى⁶.

و في نهاية المحتاج : لو خالع محجور عليه بسفه صح، ووجب على المختلع دفع العوض إلى وليه كسائر

أمواله⁷.

و ذهب الائمة الأربعة أيضا إلى جواز الخلع من المريض مرض الموت ، وأنه نافذ قياسا على طلاقه، قال ابن

نجيم من الحنفية : و لو اختلعت صحيحة، و الزوج مريض، فالخلع جائز بالمسمى، قل، أو كثر¹. لكن

1 - لباب اللباب أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي المالكي ص 102

2 - موسوعة الاجماع لابن تيمية ، ت عبد الله بن مبارك البوصي آل سيف ط دار البيان الحديثة ، ط 1 سنة : 1420 هـ 1999 م 75/1 . المغني لابن قدامة 86/7

3 - المبسوط للسرخسي 178/6 بتصرف

4 - المصدر نفسه 178/6

5 - حاشية الخرشي 4/17

6 - المصدر نفسه 817/4

7 - نهاية المحتاج للرملي 388/6

المالكية مع قولهم بصحة الخلع قضاء، ذهبوا إلى عدم جوازه ديانة لأنه يؤدي إلى اخراج و ارث من الميراث في مرض موته ،و لكنه اذا أقدم عليه في هذه الحالة صح قضاء.

2. الزوجة : لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها².

أما المريضة، فقال المالكية: إذا خلعت على مال، فإن الخلع يقع، و ينطبق الإرث بينهما، ولو ماتت في العدة، و ذلك لأن الطلاق البائن، يقطع العلاقة الزوجية. و الواقع بالخلع طلاق بائن، و يثبت المال. وينظر في مقداره، فإن كان مساويا لميراثه منها، أو ناقصا عنه، فإنه يثبت المسعى للزوج و يملكه، وأما إن كان يزيد على إرثه منها، فإنه لا يستحق الزيادة، وعليه ردها إن كان قد قبضها³.

و قرر فقهاء الحنفية، أن الذي يستحقه الزوج المخالع في هذه الحالة، هو عوض الخلع، بشرط عدم الزيادة على ثلث التركة، و لاعن نصيبه من الميراث، إن ماتت وهي في العدة⁴.

وأما الصغيرة و السفهية ، قال المالكية : إذا خالع الأب عن ابنته الصغيرة، أو السفهية، التي تجبر مثيلاتها على الزواج، بولاية أبائهن، فالخلع صحيح، سواء كان من ماله أو من مالها. وسواء كان بإذنها، أو بغير إذنها⁵.

و أما خلع المجنونة، إذا باشرته بنفسها، فإنه لا يجوز، لأنه لا رشد لها، و إذا خالع الثلاثة عن أنفسهم فلا يجوز، لكن السفهية فيها خلاف، و الأرجح أنه لا يجوز إلا برضاها.

وقال الحنفية: إن الخلع إذا كان بصيغة تفهم القبول، فباشره الزوج مع زوجته، وهي مجنونة، أو صغيرة لا تميز، فالخلع باطل، و لا يترتب عليه طلاق¹.

1 - البحر الرائق لابن نجيم 82/4

2 - بداية المجتهد لابن رشد 67/2

3 - حاشية الخرشي 30/4

4 - رد المختار لابن عابدين 460/3 - فتح القدير لابن الهمام 237/4

5 - بداية المجتهد لابن رشد 67/2

و أما خلع السفهية، فقال ابن عابدين : ولو خالعت المرأة زوجها، وهي غير رشيدة، فإنها تطلق، و يلزم الزوجة المال ، و حتى لو كان بلفظ الطلاق يقع رجعيًا².

وأما خلع المهملة، التي لا وصي لها و لا أب، فقال ابن القاسم : يجوز خلعها، إذا كان خلع مثلها، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها، وشذ الحسن وابن سرين فقالا: لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان.³

3. الصيغة :

الصيغة عند المالكية: وهي عندهم، كل لفظ أدى إلى بذل المرأة مالها لتملك نفسها، أو أدى إلى فرقة ولو بدون عوض، مثل الخلع، و المبارأة، و المصالحة، و المفادة، و فرق علماء المالكية بين هذه الألفاظ، تفريقا يعود إلى العوض المبذول من قبل الزوجة لزوجها.⁴

وعند الحنفية : الفرقة على مال تكون عندهم بأحد لفظين هما:

▪ لفظ الخلع و ما في معناه، كالمفارقة، و المبارأة، و المبينة.

▪ لفظ الطلاق على مال.

و بين اللفظين اختلاف، فالخلع و ما في معناه من ألفاظ الكناية.

و أما الطلاق على مال فهو لفظ صريح.

و من الحنفية من لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال، فقد جاء في الجوهرة النيرة: " ألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، بارأتك، باينتك، فارقتك، طلقتك نفسك على مال¹. و زاد بعضهم لفظ البيع والشراء².

1 - المبسوط للسرخسي 180/6

2 - رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 458/3

3 - بداية المجتهد لابن رشد 67/2

4 - حاشية الدسوقي 312/2

و اختلف في الخلع عندهم، هل هو يمين من الجانبين، أم هو يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة، فقال صاحبان، أبو يوسف³ و محمد⁴: إن الخلع يمين من الجانبين، وقال أبو حنيفة، الخلع يمين من جانب الزوج، و معاوضة من جانب الزوجة، و هو الراجح في المذهب⁵

4. العوض :

أ- مقدار العوض: اختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز للزوج أن يخالع به زوجته على قولين:

■ الأول : هو جواز كون العوض قليلا أو كثيرا و سواء تجاوز المهر الذي أعطاه أو ساواه أو كان أقل منه و به قال المالكية⁶ و الحنفية⁷.

■ الثاني : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت

ب: نوعه :

● العوض بالمجهول : يصح الخلع بالمجهول عنه الجمهور، سواء كان المجهول موجودا حال الخلع أم غير موجود⁸.

● العوض بالحرام: قال ابن رشد في بداية المجتهد: واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل، كالخمر والخنزير، هل يجب لها عوض أم لا ؟ بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع، قال مالك لا تستحق عوضا، وبه قال أبو حنيفة، و قال الشافعي يجب لها مهر المثل⁹.

1 - الجوهرة النيرة عل مختصر القدوري ، أبو بكر علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي ، المطبعة الخيرية ، ط 1 سنة 1322هـ / 2 / 60

2 - الدر المختار للحصكفي 3 / 343

3 - شرح الخرشي 4 / 12 تغيير القرطبي 3 / 145

4 - بدائع الصنائع للكساني 3 / 145

5 - المبسوط للسرخسي 6 / 173 بدائع الصنائع للكساني 3 / 145

6 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 66

7 - فتح القدير لابن الهمام 4 / 217

8 - بدائع الصنائع للكساني 3 / 148 - المدونة لسحنون 2 / 232

9 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 66

• العوض إذا كان غير مقدور على تسليمه: اتفق الفقهاء على جواز الخلع في هذه الحالة إلا أنهم اختلفوا فيما يكون للزوج من عوض على الوجه اللاتي :

قال الحنفية : على الزوجة أن تسلم للزوج عينه إن استطاعت، و إن عجزت فعليها قيمته، ولا تبرأ من الضمان¹.

قال المالكية: إن استطاعت سلمت المطلوب له، و إلا فلا شيء عليها، و يقع الطلاق بائناً².

• الخلع على نفقة المختلعة ومهرها: لا خلاف بين الفقهاء على جواز الخلع في هذا، لكنهم اختلفوا فيما إذا خالعتها زوجها بمهرها، وهو يعلم أن لا مهر لها، فقال المالكية³ والحنفية⁴: يقع الطلاق، و لا شيء له عليها من العوض.

• الخلع على إسقاط حضانة الولد منها: يصح الخلع، لأنه مما تصح عليه المعاوضات، من خلع و غيره، و بهذا قال الحنفية⁵ و المالكية⁶.

• استرجاع الزوجة العوض، إذا كان الخلع لضرر من الزوج: إذا خالعت الزوجة زوجها بمال، ثم ادعت أنها خالعت لضرر منه يجوز التطليق به، نفذ الخلع، ولها رد المال الذي أخذه الزوج منها⁷.

• استرجاع الزوجة العوض إذا لم يصادف الخلع حملاً: يرد الزوج المال أيضاً إذا ثبت أنها وقت الخلع كانت مطلقة طلاقاً بائناً، إذا الخلع لم يصادف حملاً حالة البينونة منه.

❖ التنازع في الخلع: ويكون في أمرين.

1- فتح القدير لابن الهمام 224 / 4

2 - الشرح الصغير للدردير 520 / 2

3 - الشرح الكبير للدردير 350 / 2

4 - رد المحتار لابن عابدين 133 / 3

5- فتح القدير لابن الهمام 218 / 4

6 - حاشية الدسوقي 318 / 2

7 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 870 / 2، المنتقى للباجي 64 / 4

- الاختلاف في أصله: اتفق الأئمة الأربعة على أنه: إذا اختلف الزوجان في الخلع فادعاه الزوج و أنكرته الزوجة، فإن المرأة تبين، لأنه أقر بالخلع و لم يتحقق عليها عوضاً، لأنها منكراً، و عليها اليمين¹.
- الاختلاف في مقداره، أو في جنسه، أو موعد تسليمه، أو صفته: قال الحنفية² و المالكية³: القول في هذه الحالة، هو قول الزوجة إذا حلفت، لأن الأصل براءة ذمتها، إلا فيما تقر به. و ما تنكره، فلا يثبت عليها إلا ببينة.

خامساً. أنواع الخلع:

ذهب المالكية إلى أن الخلع نوعان :

- ✓ الأول: وهو الغالب، ما كان في نظير عوض، وكون الخلع معاوضة، فإن الزوج يملك به العوض ملكاً تاماً، لا يفتقر إلى حيازة، فلو ماتت، أو فلتت أخذ من تركتها، و اتبعت به، لأنه خرج على عوض، بخلاف الهبة، والصدقة، و ما أشبه ذلك، مما خرج على غير عوض⁴.
 - ✓ الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، و لو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لزوجته خالعتك، أو أنت مخالعة.
- و دليل صحة وقوعه خلعا، إذا قصد إيقاعه بغير عوض:

- أن عدم حصول العوض في الخلع، لا يخرج عن مقتضاه، أصل ذلك إذا خلع بمحرم⁵.
- أنه طلاق قصد موقعه أن يكون خلعا، فكان على ما قصده، كالذي معه عوض⁶.

1 - البحر الرائق 4 / 93، الخرشي 4 / 21

2 - حاشية ابن عابدين (رد المحتار) 3 / 450

3 - شرح مختصر خليل للخرشي 4 / 21

4 - المقدمات المهمات لابن رشد الجدل 1 / 558

5 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 874 - المنتقى للباي 4 / 65 - أحكام القرآن للقرطبي 3 / 145

6 - المصدر نفسه 2 / 874

وقيل، أن النوع الثاني لا يشمل التعريف، وقال ابن عاشر: بل يشمل، لأن من لوازم كونه خلعا، جريان أحكام الخلع عليه، و منها سقوط نفقتها أيام عدتها، وهذا عوض محقق، وإن لم يدخل عليه. فهذا طلاق بعوض أيضا¹.

سادسا. آثار الخلع :

1. هل الخلع فسخ أو طلاق؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

- ✓ القول الأول: أن الخلع طلاق². وهو الذي ذهب إليه الحنفية، والمالكية، واستدلوا على ذلك بما يلي:
- ما رواه عكرمة³ عن ابن عباس { أن امرأة ثابت بن قيس⁴ أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة⁵ }
- وجه الدلالة، أنه صلى الله عليه وسلم أمره بطلاقها، مقابل إرجاع الحديقة بلفظ الطلاق صريحا. وجعله طلاقا⁶.
- ما روي عن سعيد بن المسيب، أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة، وهو مروي عن عمر و علي و ابن مسعود¹.

1 - منح الجليل للشيخ عlish 3/4

2 - فتح القدير على الهداية لابن الهمام 201/4 شرح الخرشي 12/4

3 - عكرمة بن عبد الله البربري المدني، أبو عبد الله، مولى عبد الله بن عباس: تابعي، كان من أعلم الناس بالتفسير والمغازي. طاف البلدان، وروى عنه زهاء ثلاثمائة رجل، منهم أكثر من سبعين. وكانت وفاته بالمدينة هو و " كثير عزة " في يوم واحد فقيل: مات أعلم الناس وأشعر الناس. الأعلام، للزركلي: 244/4.

4 - ثابت بن قيس بن شماس الخزرجي الأنصاري: صحابي، كان خطيب رسول الله ﷺ وشهد أحدا وما بعدها من المشاهد. وفي الحديث: نعم الرجل ثابت. ودخل عليه النبي ﷺ وهو عليل، فقال: أذهب إلياس رب الناس عن ثابت بن قيس ابن شماس. قتل يوم اليمامة شهيدا في خلافة أبي بكر سنة 12 هـ. الأعلام، للزركلي: 98-97/2.

5 - سبق تخريجه في الصفحة 253 من البحث

6 - فتح الباري لابن حجر 395/9

■ أنه فرقة حدثت بعد تمام النكاح، فتكون طلاقاً².

✓ القول الثاني: أن الخلع فسخ³، وإليه ذهب ابن عباس، وابن عمر، وطاووس، وأبو ثور، وهو أحد

قولي الشافعي، ورواية عن أحمد، وهي المتعمدة عند الحنابلة.

و استدلووا على ذلك بما يلي:

■ قوله تعالى: {إِذَا طَلَّقَ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ سِتْرُكَ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوها وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرُهَا فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ }⁴.

ووجه الدلالة "ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان، تستتبع كل مرة منهما، بالإمساك بالمعروف، أو التسريح بإحسان، ثم ذكر بعد ذلك افتداء الزوجة نفسها، لقاء عوض مالي تدفعه لزوجها. ثم قال سبحانه وتعالى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} والمعنى: فإن طلقها بعد ذلك، فلو كان الافتداء (الخلع) طلاقاً، لكان الذي تترتب عليه الحرمة حتى تنكح زوجاً آخر، أربع طلاقات وليس ثلاثاً، فهذا صريح على أن الخلع ليس بطلاق⁵.

■ جاء في روايات حادثة ثابت بن قيس مع زوجته، ما يفيد أن الخلع ليس بطلاق، واستدلوا من مجموع هذه الروايات أموراً منها: التعبير بالفاظ: خل سبيلها، تلحق بأهلها، ونحو ذلك، مما يدل على أن الخلع ليس بطلاق. ومنها: أن الأحاديث دلت على أن الخلع لا يترتب عليه وجوب العدة.

1 - عمدة القارئ للعيني 261/2 . المحلى لابن حزم 239/10

2 - بدائع الصنائع للكاساني 145/3

3 - تفسير ابن كثير 275/1 - المحلى لابن حزم 238/10 - المغني لابن قدامة 57/7 .

4 - سورة البقرة الآيتان: 229-230

5 - أحكام القرءان للقرطبي 143/3 - المغني لابن قدامة 57/7 - نيل الأوطار للشوكاني 280/6 - زاد المعاد لابن قيم الجوزية 68/4

- أن الخلع بمنزلة لإقالة في البيع، فدل على أنه فسخ .

❖ خلاصة وترجيح :

و بعد هذا العرض لأدلة كلا الفريقين، يتبين أن الراجح ،هو: قول القائلين، بأن الخلع طلاق؛ لأن أدلتهم قوية وراجحة، والحديث المذكور فيه الطلاق، أقوى دليل على أن الخلع طلاق.

2. هل الخلع طلاق بائن أو رجعي؟

وعلى القول بأن الخلع طلاق: اختلف في نوعه، هل هو طلاق بائن، أو رجعي؟

✓ القول الأول : الخلع طلاق بائن، و به قال الأئمة الأربعة.

✓ القول الثاني: الزوج بالخيار بين إمساك العوض و لا رجعة له، وبين رده و له الرجعة إن لم تكن

طلقة ثالثة، أو غير مدخول بها، و به قال سعيد بن المسيب، والزهري، و هو مذهب ابن حزم،

والرجعة في كل حالة تكون في العدة فقط .¹

3. ما يترتب على الخلع باعتباره فسخ و باعتباره طلاقا :²

■ إذا اعتبرنا الخلع طلاقا، حسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج ،أما إذا اعتبرناه فسخا فلا يحسب.

■ إذا جعلنا الخلع طلاقا، كان للزوج أن يعدد أكثر من طلبة، فيقع ما عدده، على قول من يجيز تعدد الطلقات، أما لو كان فسخا، فهو طلبة واحدة، و لو نوى أكثر من واحدة.

■ معظم الذين جعلوا الخلع طلاقا قالوا : إن عدة المختلعة هي عدة الطلاق، و من جعله فسخا قال: عدة المختلفة حيضة .

¹ - المحلى لابن حزم 235 / 10

² - أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الدكتور عامر سعيد الزبياري، ط دار بن حزم، ط 1 سنة : 1418 هـ 1997 م ص 240

▪ فرقة الطلاق بما دون الثلاث، يقع الطلاق على المرأة في عدتها، لأن الطلاق لا ينقض العقد، ولا يزيل الحل، أما فرقة الفسخ، فإن الطلاق لا يقع على المرأة في عدتها منه، لأن الطلاق أثر لعقد النكاح، وقد نقض العقد، فلا يثبت الطلاق بعد ذلك¹.

✓ اختيار الحافظ ابن عبد البر في طلاق الخلع:

الذي اختاره ابن عبد البر في الخلاف الوارد في المسألة، هل الخلع فسخ أو طلاق؟ هو ما عليه جمهور المالكية، و الحنفية، أنه طلاق، فقال: "قال أبو عمر: جمهور العلماء على أن الخلع طلاق، وخالف ابن عباس، فقال: الفسخ وليس طلاق"². ورد على قول ابن عباس بقوله: "خالفه عثمان، و جماعة الصحابة، فقالوا: الخلع تطليقة واحدة، إلا أن يريد به أكثر، فيكون ما أراد به و سمي"³.

و اختار الحافظ في مسألة، هل الخلع طلاق بائن أم رجعي؟ فقال: "قال أبو عمر: ولم يختلفوا أن الخلع طلاق بائن، لا ميراث بينهما فيه"⁴.

و حكى كذلك الإجماع، في أن الخلع يقع دون القاضي، فقال: "وقد أجمعوا أن النكاح والطلاق يجوز دون السلطان، فكذلك الخلع، و ليس كاللعان، الذي لا يجوز عند السلطان"⁵.

✓ اختيار الإمام السمرقندي:

أما الإمام السمرقندي، فكذلك اختار ما عليه الجمهور من أن الخلع طلاق، وكونه طلاقاً بائناً، فقال: "الخلع طلاق عندنا...ولهذا قلنا: إن من قال لامرأته خالعتك، و لم يذكر العوض و نوى الطلاق، كان طلاقاً بائناً، ولو نوى الثلاثة صح، لأنه من كنايات الطلاق.

¹ - بدائع الصنائع للكساني 337 / 2

² - الاستذكار لابن عبد البر 184 / 17

³ - المصدر نفسه 184 / 17

⁴ - المصدر نفسه 189 / 17

⁵ - المصدر نفسه 195 / 17

و أما في المدة : فرجح قول مذهبه على قول المذهب الآخر، على أن المدة في الحرة أربعة أشهر، و في الأمة شهران، دون زيادة، فقال: " فأما المدة فهي أربعة أشهر في حق الحرة، وشهران في حق الأمة عندنا، و عند الشافعي المدة في حقهما سواء، و هي زيادة على أربعة أشهر، و الصحيح قولنا لقوله تعالى: " والذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر " فلا تجوز الزيادة على المدة المنصوصة، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين و لم يقربها، تقع تطليقة بائنة عندنا¹.

✓ تعليق ومقارنة :

مما سبق يتضح أن اختيار الإمامين اختيار واحد متفق عليه، بناء على اتفاق مذهبهما في هذه المسألة، ويتعلق الأمر بالخلع، هل هو فسخ أم طلاق؟ وبعد مناقشات مستفيضة خلصا إلى أنه طلاق. ثم ناقشا الطلاق نفسه، هل رجعي أم بائن؟ فاختارا ما عليه المالكية والحنفية أنه طلاق بائن، وبالتالي اتفقا تبا لمذهبهما، وهذه واحدة من التوافقات الفقهية، العلمية، المبينة للتقارب الحاصل بين المذهبين، استدلالا ومنهجيا، وهو ما لمسناه خلال مناقشتنا لمسألة الخلع، سواء بين المذهبين، أو عند العلمين، الحافظ ابن عبد البر، والإمام السمرقندي.

¹ - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 205

المطلب الثالث: الإحداد:

أولاً. تعريفه

1. يعتبر الإحداد لغة: مأخوذ من حد (الحاء و الدال) أصلان ، الأول المنع ، والثاني طرف الشيء،

فالحد الحاجز بين الشيء فلان محدود إذا كان ممنوعا، ويقال حدت المرأة على زوجها و أحدث،

و ذلك إذا منعت نفسها الزينة و الخضاب¹.

و قيل: إحداد المرأة على زوجها ترك الزينة، و قيل: هو إذا حزنت عليه و لبست ثياب الحزن و تركت الزينة

و الخضاب².

و الحاد والمحد: تاركة الزينة للعدة³ قال ابن الأثير: أحدث المرأة على زوجها تحد، فهي محد، و حدت تحد

وتحد فهي حاد ؛ إذا حزنت عليه، و لبست ثياب الحزن، وتركته الزينة⁴.

2. الإحداد شرعا: عرفه المالكية بقولهم، و ترك الزينة من الحلي، و الطيب، و الكحل، و لباس ما

يزين من المسوغات، بخلاف الأسود و الأبيض، قال ابن عرفة⁵ الإحداد ترك ما هو زينة ولو مع

غيره، فيدخل ترك الخاتم، إذ قد يكون زينة وحده لبعض المسائل، و قد لا يكون لبعض الآخر، إلا

مع غيره، فيصنع على الحالين، و الأصل فيه قوله ﷺ " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن

تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"⁶.

1 - معجم مقاييس اللغة لابن فارس ص 239

2- لسان العرب لابن منظور 3 / 143

3 - القاموس المحيط للفيروز ابادي ص 352

4 - النهاية في غريب الحديث و الأثر لابن الأثير 1 / 352

5 - شرح حدود ابن عرفة ، للرصاع ص 312

6 - رواه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب حد المرأة على غير زوجها ، رقم 1281. 1282.

وعرف الحنفية الإحداد بقولهم: هو: أن تترك، يعني المتوفى عنها زوجها والمبتوتة، الطيب والزينة، والكحل، والدهن المطيب، وغير المطيب، إلا من عذر¹.

و عرفه السمرقندي في تحفة الفقهاء: هو الاجتناب عن جميع ما يتزين به النساء، من الطيب، ولبس الثوب المصبوغ، و المطيب بالعصفر، و الزعفران والاكتحال، والدهان، و الامتشاط، و لبس الحلي، والخضاب ونحو ذلك².

ثانيا :حكمه: أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب، على النساء الحرائر المسلمات، في عدة الوفاة، إلا الحسن وحده، و اختلف فيما سوى ذلك من الزوجات³، و فيما سوى عدة الوفاة، وفيما تمتنع الحادة منه، ومما لا تمتنع، و جمهور الفقهاء على وجوبه، على المتوفى عنها⁴، وحجة الجمهور، حديث أم عطية⁵ أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا"⁶

وكذا حديث أم سلمة⁷ زوج النبي صلى الله عليه و سلم :{أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينها أفتكحلها، فقال رسول الله

1 - فتح القدير لابن الهمام 3 / 209

2- البناية شرح الهداية للعيني 1 / 352

3- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 251

4 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 119

5 - أسلمت وبايعت رسول الله - ﷺ - وغزت معه وروت عنه. قال محمد بن عمر: شهدت أم عطية خبير مع رسول الله - ﷺ - - الطبقات الكبرى، لابن سعد: 333-334.

6 - فتح القدير لابن الهمام 3 / 291 - مواهب الجليل للحطاب 4 / 154 . - سبق تخريج الحديث في الصفحة: 265 من البحث.

7 - واسمها هند بنت أبي أمية واسمه سهيل زاد الركب. وأمها عاتكة بنت عامر بن ربيعة. تزوجها أبو سلمة واسمه عبد الله بن عبد الأسد، وهاجر بها إلى أرض الحبشة في هجرتين جميعا فولدت له هناك زينب بنت أبي سلمة. وولدت له بعد ذلك سلمة وعمر. ولما مات أبو سلمة تزوجها رسول الله - ﷺ - في ليال بقين من شوال سنة أربع. وتوفيت في ذي القعدة سنة تسع وخمسين. الطبقات الكبرى: 69/8.

ﷺ " لا ، مرتين أو ثلاثا ، محل ذلك يقول لها: لا ، ثم قال: إنما هي أربعة أشهر وعشرا ، وقد كانت إحداكن ترمي بالبصرة على رأس الحول" ¹ ، ² .

قال صاحب بدائع الصنائع: لا خلاف بين الفقهاء، أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد، وقال نفاعة القياس، لا إحداد عليها، وهم محجوجون بالأحاديث، وإجماع الصحابة رضي الله عنهم، أما الأحاديث فممنها ما روى أن أم حبيبة ³ رضي الله عنها، لما بلغها موت أبيها، أي سفيان، انتظرت ثلاثة أيام، ثم دعت بطيب وقالت: ما لي إلى طبيب من حاجة، لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " لا يحل لامرأة تؤمن..." ⁴ .

ثالثا . حكمته:

لما كان التطيب والتزيين يلفت النظر إلى المرأة، ويدعو إلى اشتهاؤها، والتفكير فيها، فمنعت منه صونا لها، في زمن عدتها، وفاء بحق الزوج الذي فارقتها، وهو على وفاق معها. وإذا كانت تلك الأمور دواعي للربوة فيها، وهي ممنوعة من النكاح، فإن اجتنابها كي لا تصير ذريعة على الوقوع في المحرم ⁵ .

قال الإمام ابن القيم رحمه الله: هذا من تمام محاسن هذه الشريعة، وحكمتها، ورعايتها لمصالح العباد على أكمل الوجوه، فإن الإحداد على الميت من تعظيم مصيبة الموت، التي كان أهل الجاهلية يببالغون فيها أعظم مبالغة، وتمكث المرأة في أضيق بيت واحشة، لا تلبس طيبا، ولا دهنًا، ولا تغتسل، إلى غير ذلك مما هو تسخط على الرب وأقداره، فأبطل الله سبحانه برحمته وأفته سنة الجاهلية، وأبدلنا بها الصبر، والحمد، والاسترجاع، ولما كانت مصيبة الموت، لا بد أن تحدث للمصاب من الجزع، والألم، والحزن، مما تقتضيه الطباع، يسمح لها الحكيم الخبير في اليسير من ذلك، يعني لغير الزوجة،

1 - صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، رقم 5336

2 - بداية المجتهد لابن رشد 119 / 2

3 - أم حبيبة واسمها رملة بنت أبي سفيان وأما صفية بنت أبي العاص ، عمة عثمان بن عفان، تزوجها عبيد الله بن جحش فولدت له حبيبة فكنيت بها. وكان عبيد الله بن جحش هاجر بأمر حبيبة معه إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية فتنصر وارتد عن الإسلام وتوفي بأرض الحبشة، وكتب رسول الله إلى النجاشي أن يزوجه أم حبيبة بنت أبي سفيان بن حرب. فزوجه النجاشي إياها. الطبقات الكبرى: 162/1.

4 - بدائع الصنائع للكاساني ، 465 / 4

5 - فتح القدير لابن الهمام 194 / 3

وهو ثلاثة أيام، تجد بها نوع راحة، وتقضي بها وطرا من الحزن، و ما زاد على الثلاثة، فمسحته راحة، فممنع منه، و المقصود، أنه أباح للنساء الإحداد على موتاهن ثلاثة أيام، و أما الإحداد على الزوج، فإنه تابع للعدة، هو من مقتضياتها و مكملاتها¹.

رابعاً. من يجب عليه الإحداد؟

: قال ابن رشد: قال مالك: الإحداد على المسلمة، والكتابية، و الصغيرة، والكبيرة...وخالف قول مالك المشهور في الكتابية، بين نافع، وأشهب، و روي له عن مالك، و به قال الشافعي، أعني أنه لا إحداد على الكتابية².

و قال أبو حنيفة: ليس على الصغيرة، ولا على الكتابية إحداد...فهذا هو اختلافهم المشهور، فيمن عليه الإحداد من أصناف الزوجات، ممن ليس عليه إحداد³. وتفصيل ذلك ما يلي:

1. حكم الإحداد على الكتابية:

مذهب المالكية: جمهور فقهاء المالكية، و الشافعية، و الحنابلة، أن الإحداد لازم، لكل متوفى عنها زوجها، ولو كانت ذمية، ففي المدونة، عن الإمام مالك في النصرانية التي تحت الزوج المسلم، عليها إحداد، كما يكون على الحرة المسلمة، فهو يرى، أن الإحداد على المسلمة، والكافرة، و الصغيرة، و الكبيرة، و به قال أصحابه، كالليث، وأبو ثور⁴.

و قال ابن العربي: لأنه – أي الإحداد – من توابع العدة، فيلزمها، كالسكن، مع عدم النكاح⁵.

و استدلل الجمهور على وجوب الإحداد على الكتابية بأدلة منها:

1 - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية 2 / 165

2 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 119

3 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 119

4 - المدونة لسحنون 2 / 434 – بداية المجتهد لابن رشد 2 / 120 ، - المغنى لابن قدامة 11 / 284

5 - عارضة الأخوذي 5 / 175.

- عموم قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا} 1
- إن المسلمة الكبيرة دخلت في الإحداد، لأن الإحداد حق للزوج، و حفظ للنسب، فهو كالعدة، و كما أن الكافر، لا يجوز له أن يساوم على سوم غيره، للحديث "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه" 2.
- من حديث ابن عمر، ولا سوم على سوم أخيه، و كما يقال، هذا طريق المسلم، و قد سلكه غيرهم 3.
- وقالوا: أن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات، كالخمر، و الزنا، و إنما يفترقان في الإثم، فكذا الإحداد، و لأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة، فكذا فيما عليها 4.
- ومذهب الحنفية، و من وافقهم على ذلك، كمالك، في رواية، و ابن القيم، و غيرهم 5 قالوا: في شرائط وجوب الإحداد، أن تكون المعتدة بالغة، عاقلة، مسلمة، من نكاح صحيح، سواء كانت متوفى عنها زوجها، أو مطلقة ثلاثا، أو بائنا، فلا يجب على الصغيرة، والمجنونة، والكبيرة، و الكتابية، و المعتدة من نكاح فاسد، و المطلقة رجعيًا 6.

قال صاحب شرح القدير: و على المبتوتة 7 المتوفى عنها زوجها، إذا كانت بالغة، مسلمة، الحداد 8.

وقال صاحب بدائع الصنائع، وهو يعد شروط الإحداد: و أما الثالث في شرائط وجوبه، فهي أن تكون المعتدة، بالغة عاقلة، مسلمة، من نكاح صحيح، سواء كانت متوفى عنها زوجها، أو مطلقة ثلاثا، أو بائنة، فلا يجب على الصغيرة، و الكبيرة، و الكتابية، و المعتدة من نكاح فاسد، و المطلقة طلاقا رجعيًا، و هذا

1 - سورة البقرة الآية 234

2 - صحيح البخاري كتاب البيوع - باب لا يبيع على بيع أخيه. رقم الحديث 2140

3 - الاستذكار لابن عبد البر 16 / 219

4 - المغني لابن قدامة 11 / 284

5 - زاد المعاد لابن القيم 5 / 698. - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 281 - المدونة لسحنون 2 / 435

6 - بدائع الصنائع للكساني 3 / 209. - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 295

7 - أي المرأة المطلقة ثلاثا.

8 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 291

عندنا، ثم قال: ولنا، أن الإحدا د عبادة بدنية، فلا تجب على الصغيرة، و الكافرة، كسائر العبادات البدنية، من الصوم، و الصلاة، وغيرهما¹.

و على هذا، فإنهم يرون أن الإحدا د لا يجب على الكتابية، لأن الإيمان شرط لوجوب الإحدا د، و لأن الإحدا د عبادة، و الكتابية غير مخاطبة بها خطابا تكليفيا، إذ ليست من أهل العبادة².

و استدل الحنفية في قولهم هذا، بما أخرجه الشيخان وغيرهما مرفوعا: { لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا }³. حيث إن النبي ﷺ، جعل الإحدا د من أحكام من يؤمن بالله و اليوم الآخر.

وقال صاحب فتح القدير: و أما الكافرة و هي الكتابية، فلأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع، و الحدا د من حقوقه، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة و السلام " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر " ⁴.

و جمع صاحب المعونة القول في اختلاف المذهبين و بيان أدلتهم فقال: و لزومه – أي الإحدا د – للكتابية، إذا مات عنها زوجها المسلم مختلف فيه، فوجه الوجوب عموم الخبر، و لأنها معتدة من وفاة زوج مسلم كالمسلمة، و وجه نفيه قوله صلى الله عليه و سلم: لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج – فجعل في وصف الحدا د أن تكون مؤمنة، و لأنها كما كانت عدتها الاستبراء، دون عدة الوفاة، كذلك الإحدا د عليها، اعتبارا بالأمة، و الأول أصح⁵.

1 - بدائع الصنائع للكسائي 209 / 3

2- البحر الزخار المعروف بمسند البزار ، أبو بكر أحمد العتيكي المعروف بالبزار ، ت محفوظ الرحمن زين الله ، ط مكتبة العلوم والحكم ، ط

1. 223 / 3 - فتح القدير لابن الهمام 293 / 3

³ - صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تلبس الحادة ثياب العصب ، رقم 5342.

⁴ - شرح فتح القدير لابن الهمام 225 / 3

⁵ - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 929 - 930

2. حكم إحداد المطلقة:

لا يخلو في المطلقة إما أن تكون رجعية أو مبتوتة، أي بئنة بينونة كبرى، فأما الرجعية، فلا خلاف بين الفقهاء، أنه لا إحداد عليها. جاء في شرح فتح القدير في قوله: ولا إحداد على كافرة، هذا بيان من لا تجب عليها الإحداد، وهن خمس، الكافرة، والصغيرة، وأم الولد، والمطلقة الرجعية، لم يذكرها في هذا الموضوع لكونها مما تقدم.¹

و أما المبتوتة: فالمالكية، والظاهرية، يرون لزوم الإحداد عليها، ويعلل المالكية ذلك، بأن المتوفى فارق زوجته، وهو في غاية الإشفاق عليها، والرغبة فيها، ولم تكن المفارقة من قبله، فلزمها الإحداد لذلك، ولإظهار الحزن كذلك، أما المطلقة فقد فارقها مختاراً، وفارقها مقاييداً لها، فلا يتعلق بها حكم الإحداد، كالملاعنة.²

قال الخرشي في حاشيته: وأما المطلقة فلا إحداد عليها، رجعية كانت، أو بئنة بالبتات، أو دونها، لأن الزوج باق يدب عن نفسه إن ظهر حمل.³

ويرى الحنفية الإحداد، ويعللون ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال: الحناء طيب، ولأنه يجب إظهارها للتأسف، على فوت نعمة النكاح، الذي هو سبب لصونها، وكفاية مؤنها، والإبانة أقطع لها من الموت، سواء كانت في ذلك مطلقة طلاقاً بئناً، أو رجعية، أو مختلعة، ويروون عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، أخرجه عبد الرزاق عن عنتر عن الزهري وعطاء الخرساني عن

¹ - شرح فتح القدير لابن الهمام 295 / 3 .

² - شرح مختصر خليل للخرشي 4 / 147 - المنتقى للباجي 4 / 145 - المحلى لابن حزم 10 / 303

³ - المصدر نفسه 4 / 147 - 148

ابن المسيب قال: "تحد المبتوتة كما تحد المتوفى عنها زوجها، ولا تلمس طيباً..."¹ - أخبرني الثوري عن عبد العزيز عن ابن المسيب قال: والمطلقة والمتوفى، حالهما واحد في الزينة².

قال صاحب شرح فتح القدير: وأما وجوب الإحداد على المبتوتة فمذهبنا، ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال الحناء طيب، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها، وفي معناه، ما رواه الطحاوي في شرح الآثار، بإسناده إلى حماد³ عن إبراهيم الحنفي قال: المطلقة، والمختلعة، والمتوفى عنها زوجها، والملاعنة، لا يختضبن، ولا يتطينن، ولا يلبسن ثوباً مصبوغاً، ولا يخرجن من بيوتهن⁴.

جاء في بدائع الصنائع: واختلف في المطلقة ثلاثاً بئنة، قال أصحابنا: يلزمها الإحداد، وقال الشافعي لا يلزمها الإحداد... ثم قال معللاً قول أصحابه: ولنا، أن الإحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها، لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين، خاصة في حقها، كما فيه من قضاء شهوتها، وعفتها عن الحرام، وصيانة نفسها عن الهلاك، بدور النفقة، وقد انقطع ذلك كله بالموت، فلزمها الإحداد، إظهاراً للمصيبة والحزن، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث، والبائنة، فيلزمها الإحداد⁵

3. حكم إحداد الصغيرة:

اختلف في حكم إحداد الصغيرة على قولين:

-
- 1- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب المطلقة والمتوفى عنها سواء. رقم: 12105. 42/7.
 - 2 - فتح القدير لابن الهمام 3 / 295. - التعليق الممجّد على موطأ محمد، أبو الحسنات للكنوي الهندي، ت تقي الدين الندوي 1 / 267، ط دار القلم دمشق، ط 4 سنة 1426هـ 2005م.
 - 3 - حماد بن سلمة بن دينار البصري الربيعي بالولاء، أبو سملة: مفتي البصرة، وأحد رجال الحديث، ومن النحاة. كان حافظاً ثقة مأموناً، إلا أنه لما كبر ساء حفظه فتركه البخاري، وأما مسلم فاجتهد وأخذ من حديثه بعض ما سمع منه قبل تغييره. ونقل الذهبي: كان حماد إماماً في العربية، فقيهاً، فصيحاً مفوهاً، شديداً على المبتدعة، له تأليف. وقال ابن ناصر الدين: هو أول من صنف التصانيف المرضية. الأعلام: 272/2.
 - 4- شرح الفتح القدير لابن الهمام 3 / 293
 - 5- بدائع الصنائع للكساني 3 / 209

✓ قول الحنفية: وهم يرون أنه لا إحداد عليها، لرفع القلم عنها.¹ قال صاحب شرح فتح القدير: ولا على صغيرة، لأن الخضاب موضوع عنها.² وقال صاحب مختصر القدوري: ولا إحداد على الكافرة، ولا الصغيرة.³

✓ قول المالكية والشافعية والحنابلة: فهم يرون أن علىة الإحداد في الكبيرة، أما الصغيرة فالمخاطب بذلك هو وليها، فيجب عليه أن يجنبها، مما تتجنبه الكبيرة⁴ - والأصل في ذلك عند المالكية ما روي عن أم سلمة، أن امرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ابنت لها توفي عنها زوجها الحديث، وقد أجابها صلى الله عليه وسلم ولم يسأل عن سننها، استدلل بهذا القاضي أبو محمد، والدليل على ذلك من جهة المعنى، أن كل من لزمها العدة بالوفاة، لزمها الإحداد كالكبيرة.⁵

قال الخرشي في حاشيته: يعني أنه يجب على المرأة الكبيرة في عدة الوفاة دون الطلاق، ترك التزيين، وأما الصغيرة فيجب على وليها، أن يجنبها ما تتجنبه الكبيرة، وعلى الأمة، والذمية، يتوفى عنها زوجها المسلم.⁶ وقال صاحب المعونة: وتلزم الحرة الصغيرة، خلافاً لأبي حنيفة، لقوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن من مات عنها زوجها فاشتكت عينيها أتكلهما، قال: لا، ولم يسأل عن سننها، ولأنها عدة من وفاة، كعدة البالغة.⁷

5. الآثار المترتبة عن الإحداد:

أولاً: تجنب الطيب، ذهب الفقهاء على تحريم الطيب على المعتدة في فترة العدة، واستدلوا على ذلك، مما روي عن أم عطية رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاث، إلا

1 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 291.

2 - المصدر نفسه. 3 / 290.

3 - مختصر القدوري تحقيق أحمد مزي ص 403.

4 - شرح خليل للخرشي 3 / 287 - المغني لابن قدامة 9 / 166 - الأم للشافعي 5 / 214.

5 - الباجي على الموطأ 4 / 148.

6 - شرح خليل للخرشي 4 / 148.

7 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 929.

على زوجها أربعة أشهر وعشرا، ولا تلبس ثوبا مصبوغا، إلا ثوب عصب، ولا تكتحل، ولا تمس طيبا، إلا إذا طهرت نبذة من قصد، أو أضافار¹.

وقوله عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث، ولا تمس طيبا، يشمل عموم أنواع الأطياب، والأدهان المطيبة، والمياه المعتصرة من الأدهان المطيبة، أما الدهان غير المطيبة، فقد اختلف الفقهاء فيها، كالزيت، والشرج، والمراهم، وغيرها على قولين.

✓ الأول: قول المالكية والحنابلة والظاهرية²:

وقد ذكر أصحاب هذا القول: أن الدهان غير المطيبة لا تمنع الحادة منه، لأنها ليست طيبة، فلا يشملها النص. قال الإمام الباقي في المنتقى: قال مالك: تدهن المتوفى عنها زوجها بالزيت، وما أشبه ذلك، إذا لم يكن طيب، والله أعلم، ثم قال: قال في المدونة: ولا بأس أن تمشط بالسدر وشبهه، مما لا يختمر في رأسها، وتكون له رائحة طيبة، لا تمتشط به الحادة³.

✓ الثاني: قول الحنفية والشافعية:

اتفق الحنفية والشافعية في منع الدهن غير المتطيبة، كالزيت، وغيره، إلا لضرورة، فيجوز، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم، لم يأذن للمعتدة في الاكتحال، والدهن، لا يعرى عن كونه نوع طيب، وفيه زينة للشعر، لكن لو كانت عاداتها الإدهان، فخافت بتركه وجعا، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها. لا الغالب كالواقع، وكذا لبس الحرير، إذا احتاجت إليه لعذر، فلا بأس⁴.

1 - سنن ابن ماجه بتحقيق الشيخ الألباني. ص: 361.

2 - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي 2 / 686، - المنتقى للباقي 4 / 147. - المحلى لابن حزم 10 / 276

3 - المنتقى للباقي 14 / 147

4 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 294 - 296

جاء في حاشية شرح فتح القدير: أن تترك الطيب، و الزينة، و الكحل، و الدهن المطيب، و غير المطيب، إلا من عذر، و في الجامع الصغير إلا من وجه¹.

و جاء في مختصر القدوري: وهو - الإحداد - ترك الطيب، و الزينة، و الدهن، و الكحل، إلا من عذر، ولا تختضب بالحناء².

جاء في بدائع الصنائع: وأما الدهن، فلما فيه من زينة الشعر، وفي الكحل زينة العين، و لهذا حرم على المحرم جميع ذلك، هذا في حال الاختيار، أم في حال الضرورة فلا بأس به، بأن اشتكت عينها، فلا بأس بأن تكتحل، أو اشتكت رأسها، فلا بأس أن تصب فيه الدهن³.

ب. تجنب الزينة، وتنقسم الزينة إلى ثلاثة أقسام:

✓ الأول: زينة في نفسها، فيحرم على المرأة أن تختضب، و أن تحمر وجهها، و أن تبيضه، و أن تحسن وجهها عموماً، بفتش، أو تحفي أو ما أشبهه، و أن تكتحل بالإثم من غير ضرورة، كما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: المتوفى عنها زوجها لا تلمس المعصفر من الثياب، ولا الممشق، ولا الحلي، ولا تختضب ولا تكتحل⁴. و كذا ما روته أم سلمة أن النبي صلى الله عليه و سلم دخل عليها حين توفي أبو سلمة و قد جعلت على عيني صبراً⁵ ليس فيه طيب: قال: إنه يشبه الوجه، فلا تجعليه إلا بالليل، و تنزعيه بالنهار، ولا تمشطي بالطيب، ولا بالحناء، فإنه خضاب، قالت: قلت بأي شيء أمتشط يا رسول الله، فقال: بالسدر تغلفين به رأسك⁶.

1 - المصدر نفسه 294 / 3

2 - مختصر القدوري ص 403

3 - بدائع الصنائع للكساني 208 / 3

4 - سنن أبي داود كتاب الطلاق ، باب فيما تجتنب المعتدة في عدها ، 2 / 503 ، صحيح

5 - الصَّيْر: الدواء المُرُّ بكسر الباء في الأشهر، وسكونها للتخفيف لغة قليلة. المصباح المنير، للفيومي: 331/1.

6- سنن أبي داود كتاب الطلاق ، باب فيما تجتنب المعتدة في عدها ، 2 / 503. صححه الشيخ الألباني.

و عقب القاضي أبو الوليد الباجي على هذا الحديث فقال: و ذلك عندي، إذا لم تدع إلى إيقاعه بالنهار ضرورة، من شدة مرض، و مخافة على البصر، و بذلك قال سالم، و سليمان، أنها إذا خشيت على بصرها أنها تكتحل، و لم يخص كحلا من كحل، و إنما بحسب المرض، و ما تدعوا الضرورة إليه و إباحة ذلك، وإن كان في الكحل والدواء طيب، و أشار مالك، إلى أن ما أباحه من ذلك للضرورة، فإن دين الله يسير¹.

✓ الثاني: زينة الثياب.

يحرم على المرأة اتخاذ الأثواب المتخذة عادة للزينة، و قد اختلف الفقهاء في لبس الحرير للمعتدة، فذهب الحنفية إلى منعه مطلقاً². و جاء في مختصر القدوري: و لا تلبس الثوب المصبوغ بعصفر³.

و جاء في بدائع الصنائع: و كذا لبس المطيب، و المصبوغ بالعصفر، و الزعفران، له رائحة طيبة، فكأن الطيب⁴.

و المالكية في غير الأبيض منه والأسود⁵، جاء في المنتقى للباجي حكاية عن مالك: و لا تلبس شيئاً من العصب، إلا أن يكون عصبا غليظا، و لا تلبس ثوبا مصبوغا بشيء من الصبغ إلا بالسواد، و لا تمشط إلا بالسدر، أو ما أشبه ذلك، مما لا يختمر في رأسها. ثم قال: قال مالك في المدونة: لا تلبس الحاد من الثياب المصبوغة الدكن، والأخضر، والهند، والمصبغات بغير الدرس، و الزعفران، والمعصفر، قال القاضي أبو محمد: لا تلبس الأحمر ولا الأصفر، ولا الأخضر، ولا الخلوقي، قال مالك: صوفا كان، أو كتانا، أو قطنا، و لا تلبس خزا، ولا حريرا مصبوغا بزعفران، و لا معصفرا، ولا خضرة، ولا غير ذلك، قال مالك في كتاب ابن

1 - المنتقى للباجي 4 / 146

2 - رد المحتار لابن العابدin 3 / 53 - تبين الحقائق للزيلعي 3 / 35

3 - مختصر القدوري ص 147

4 - بدائع الصنائع للكساني 3 / 209

5 - بلغة السالك 3 / 276 - المنتقى للباجي 4 / 147

المواز: ليس لها لبس الأسود إن كان حريرا، و في المدونة، و تلبس أبيض الحرير. قال القاضي أبو محمد وتلبس من ذلك الأسود و الأبيض¹.

✓ الثالث: زينة الحلي .

اتفق الفقهاء على تحريم اتخاذ المعتدة للحلي للترين به:

قال ابن المنذر: و أجمعوا على منع المرأة المحدث من لبس الحلي². و الحلي يشكل كلما تتجمل به المرأة وتتحلّى به من خلق أو قراط أو سوار أو خاتم، سواء كان ذلك من صنعة أو غيرها³.

قال الإمام الباجي: قال مالك: و لا تلبس الحاد، على زوجها شيئا من الحلي، خاتما، ولا خلخلا، ولا غير ذلك من الحلي، ثم قال الإمام الباجي: معلقا على قول مالك: وفي الجملة أن كل ما تلبسه المرأة على وجه ما يستعمل عليه الحلي من التجميل فلا تلبسه الحاد، و لعل عيسى، إنما قصر ذلك على الذهب و الفضة، لما كان هذا المصروف ببلده، و لم يكن حلي الحرير، و لم يتخذ بها، و لم ينص أصحابنا على الجواهر، والياقوت، والزمرد، و داخل تحت قوله، و لا غير ذلك من الحلي، فكل ما يقع عليه هذا الاسم، ممنوع عنده و الله أعلم، قال القاضي أبو محمد: و جميع ما يتزين به النساء لأزواجهن⁴.

✓ اختيار ابن عبد البر:

الذي اختاره و ذهب إليه الحافظ ابن عبد البر في بعض مسائل الإحداد: أن الإحداد على الكتابية واجب: ورد على من قال بعدم وجوب الإحداد على الكتابية فقال: حجة من قال لا إحداد إلا على المسلمة المطلقة، قوله صلى الله عليه و سلم: { لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر...} فعلم أنها عبادة، فهي للحرّة، والأمة، دون الكافرة، و الصغيرة، و الحجة عليه ما وصفنا، مما تدعو به من الحديث، أن الخطاب

1 - المنتقى للباجي 4 / 147 - 148

2 - الإجماع لابن المنذر تحقيق د أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف . ط 2. مكتبة دار الفرقان الإمارات . 1420 هـ - 1999 م. ص 125

3 - الفواكه الدواني للنفاوي 2 / 95

4 - المنتقى للباجي 4 / 147

فيه توجه إلى المؤمنات، و دخلت الذمية في ذلك بحق الزوجية، لأنها في النفقة، والسكن، والعدة، كالمسلمة، و كذلك تكون في الإحداد¹.

و اختار في الخلاف الواقع على إحداد المطلقة، ما ذهب إليه المالكية، و رد على المخالفين فقال: ليس في الحديث إلا قوله: لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد على ميت، وليس فيه، لا تحل لها أن تحد على حي².

و ذهب الحافظ أيضا في حكم تزين المحدث، بالزينة، من الطيب، والكحل، مذهب الجمهور من المالكية، وإباحة الكحل للمريضة إذا خشيت على بصرها، فقال: معلوم أن الإحداد في ترك الزينة، و الطيب، يقطع داعي التشوف إلى الأزواج، محفظ العدة، فإذا خشيت على بصرها، و اكتحلت بكحل فيه طيب من أجل شكواها، فليس ذلك من المعنى الذي نهيت عنه في شيء، و الله أعلم³.

و في حكم الدهن بما لا طيب فيه، فكذلك ذهب مذهب مالك في ذلك فقال: لا أعلم في ذلك خلافا، لأن السدر، و الزيت ليس بطيب⁴. وبهذا يقرر ما عليه المذهب ويختاره.

✓ اختيار السمرقندي في المسألة:

و قد ذهب الإمام السمرقندي في مسائل الإحداد، إلى موافقة ما عليه مذهبه، حيث أجمل القول في الإحداد، ولم يفصل تفصيلا دقيقا في ذلك.

فقال: وأما الإحداد فيجب على كل معتدة، بالغلة، عاقلة، مسلمة، حرة، باتت من زوجها، بواحدة، أو ثلاث، أو مات عنها زوجها، فإن كانت معتدة من وفاة، يجب بالإجماع، و إن كانت عن طلاق بائن، أو ثلاث،

¹ - الاستذكار لابن عبد البر 18 / 220

² - المصدر نفسه 18 / 222

³ - المصدر نفسه 18 / 234

⁴ - المصدر نفسه 18 / 236

فكذلك عندنا، وعند الشافعي لا يجب الإحداد، وأجمعوا أنه لا يجب الإحداد على المطلقة طلاقا رجعيًا¹.
وبهذه يكون قرر ما عليه مذهبه من شروط وأحكام.

✓ تعليق ومقارنة :

كلا الإمامين اختارا ورجحا ما عليه مذهب كل واحد في مسائل الإحداد، فقد يتفقان وقد يختلفان في المسألة الواحدة، لكن الحافظ ابن عبد البر، أكثر تفصيلا وترجيحا ومناقشة أدلة المخالفين القائلين بعدم وجوب الإحداد على الكتابية، مبينا أن الأمر تعبدى، وأنه يدخل ضمن الحقوق المتبادلة بين الزوجين، فكما تجب لها السكنى والنفقة، يجب عليها الإحداد، وكذلك تزين المحتدة بما لا طيب فيه، أو لعذر، فمحله الجواز لانتفاء العلة المتمثلة في التشوف والتشهي، وأن التداوي أمر شرعي. فكان معفو عنه، لأن الشرع الحكيم جاء لرفع الحرج والمشقة عن حياة الناس.

بينما الإمام السمرقندي، وكعاداته لم يفصل كثيرا، لكنه اختار ما عليه مذهبه، فوافق ابن عبد البر في مسألة استعمال الزينة ذات الطيب وغيره، إلا للضرورة، أو مخافة لحوق الضرر برأسها إن لم تفعل ذلك. وخالفه في مسألة إحداد الصغيرة، مقررًا مذهب الأحناف، القائلين بعدم وجوبها عليها، بينما ابن عبد البر قرر مذهب المالكية القائلين بوجوبها لكن يلزمها بها وليها. وكذلك في مسألة إحداد الكتابية، اختلفا، فكل قرر ما في مذهبه من أحكام.

¹ - تحفة الفقهاء للسمرقندي 251 / 2

المبحث الثاني : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في مسائل الإيلاء والظهار واللعان .

إلى جانب الصورة الطبيعية لفك الرابطة الزوجية ، توجد طرق أخرى يترتب عنها نفس الأثر ، ومن ذلك الإيلاء والظهار و اللعان.

فالإيلاء يجد سنده الشرعي في قوله تعالى: {للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم} (سورة البقرة: الآيتان 226- 227) ؛

أما الظهار فيجد سنده في قوله تعالى "وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَمُ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ* فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا" ؛ [سورة المجادلة: الآيتان 3- 4] .

أما اللعان فسنده هو قوله تعالى "والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء إلاّ أنفسهن فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" [سورة النور: الآيتان 6-9] .

وعلى هذا سأتناول في المطلب الأول الإيلاء والظهار على أن يكون المطلب الثاني موضوع اللعان.

المطلب الأول الإيلاء والظهار:

سأتناول الإيلاء أولاً ثم الظهار ثانياً :

أولاً : أحكام الإيلاء :

يمكن الإحاطة بها من خلال النقاط التالية:

1. مفهوم الإيلاء:

أ. لغة: الحلف مطلقاً، سواء كان على ترك قربان الزوجة أم على شيء آخر، مأخوذ من آلى على كذا يولي إيلاءً و أليت، إذا حلف على فعل شيء أو تركه.

كان الرجل في الجاهلية إذا غضب من زوجته حلف ألا يطأها أبداً، ويمضي في يمينه من غير لوم أو حرج، وقد تقضي المرأة عمرها كالمعلقة، فلما جاء الإسلام، أنصف المرأة ووضع للإيلاء أحكاماً، خففت من أضراره، و حدد للمولي أربعة أشهر، و ألزمه إما بالرجوع إلى معاشرته زوجته، و إما بالطلاق عليه، قال تعالى: "لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"^{1 2}.

ب. الإيلاء اصطلاحاً:

✓ عند المالكية: " هو حلف زوج مسلم مكلف، يمكنه أن يجامع النساء، على ترك وطء زوجته غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر." و لا يقتصر انعقاد الإيلاء عند المالكية على الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته، بل ينعقد أيضاً بتعليق على أمر معين، أو غير معين، كالتعليق على طلاق، كأن يقول لها، إن وطأتك فأنت طالق، أو علي عتق عبدي فلان، أو صوم شهر، أو صلاة مائة ركعة، أما

1 - لسان العرب لابن منظور 14 / 14

2- سورة البقرة، الآية 226

التعليق على أمر غير معين، فيجب أن يكون هذا الأمر صريحا، كقول علي نذر إن وطأتك، كذلك، فإنه لا تنعقد عندهم إيلاء الكافر، على خلاف باقي المذاهب الإسلامية، و أن يكون الزوج قادرا على الوطء، و أن يقصد من وراء ذلك الإضرار بزوجته، كما أن مدة الإيلاء عندهم، أكثر من أربعة أشهر¹.

✓ عند الحنفية:

"هو اليمين على ترك قربانه الزوجة مطلقا، غير مقيد بمدة أربعة أشهر فصاعدا، بالقسم، أو بتعليق ما يستشقه، على القربان"².

الملاحظ على هذا التعريف، أن فقهاء الحنفية، لم يقصروا انعقاد الإيلاء على الحلف بالله تعالى، أو بصفة من صفاته، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، بأن جعلوه ينعقد، إذا ألزم المولي نفسه بفعل شاق، كالطلاق، والعتاق، و الظهار، و الهدي، و الحج، و الصوم، أما النذر، فإن كان شاقا، فيصح به الإيلاء، أما إذا كان غير شاق، فلا يصح به.

كذلك، فإنهم ذهبوا إلى القول بأن الإيلاء ينعقد إذا كانت مدته أربعة أشهر، و أكثر على خلاف مع بقية المذاهب الإسلامية، الذين قالوا: بأنه لا ينعقد إلا إذا حلف المولي على أكثر من أربعة أشهر³، و الزوجة عندهم، هي الزوجة المدخول بها، و يجب أن يكون المحلوف عليه، هو الوطء، فإن كان غير ذلك، كأن يقول (والله لا يمس جلدي جلدك، أو لا أقرب فراشك، أو نحو ذلك، و لم ينو الوطء لم يكن موليا)⁴.

2. مشروعية الإيلاء:

وردت الأدلة على مشروعية الإيلاء، في القرآن الكريم و السنة النبوية، و الإجماع، حسب

التوضيح الآتي:

1 - مواهب الجليل للخطاب الطبعة 1 دار الكتب العلمية ، 5 / 412 - حاشية الدسوقي للشرح الكبير 2 / 426

2 - البحر الرائق لابن نجيم الحنفي 4 / 100 - بدائع الصنائع للكاظمي 3 / 161

3 - حاشية الدسوقي 2 / 431

4 - رد المحتار لابن عابدين 3 / 463

✓ القرآن الكريم: الأصل في الإيلاء قوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}¹.

يخاطب الله سبحانه و تعالى في هذه الآية، الأزواج الذين يؤلون من نسائهم، والإيلاء هو الحلف على ترك وطء الزوجة، على خلاف بين الفقهاء في الشروط التي ينعقد بها، و أن يعطوا مهلة أربعة أشهر، فإن عادوا إلى زوجاتهم، فإن الله يغفر لهم، ويشملهم برحمته، من أجل إنقاذ الحياة الزوجية، و إن أصروا على تركهم لزوجاتهم، وعدم مراجعتها، فمن الأولى أن تنتهى هذه الرابطة لزوال مسوغات بقاءها.

و سبب نزول هذه الآية، أن إيلاء الجاهلية، كان السنة و السنتين، فلما جاء الإسلام، وقت الله لهم أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء².

و الإيلاء في الآية، الحلف على اعتزال النساء، وترك جماعهن، على وجه الإضرار بهن، وكأنه قيل للذين يؤلون أن يعتزلوا النساء، تربص أربعة أشهر، فإذا حلف الرجل ألا يجامع زوجته، فكانت المرأة بالخيار، إن شاءت صبرت عليه أبداً، و إن شاءت خاصمته إلى الحاكم³ و يقول الإمام الثعالبي في تفسيره لقوله تعالى: "يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ" معناه، يحلفون، و الإيلاء اليمين، و قوله تعالى "نِسَائِهِمْ"، يدخل الحرائر، والإماء إذا تزوجن، والتربص، التأني و التأخر أربعة أشهر⁴ و على الرغم من اختلاف الفقهاء، في تفسيرهم للآية الكريمة، من حيث الشروط التي ينعقد بها الإيلاء، إلا أنها تدل على معالجة حالة الحلف، على هجر الزوجة في المضجع، من أجل استمرار ديمومة الحياة الزوجية، التي قدسها الشارع الكريم.

✓ الإجماع: أجمع فقهاء المسلمين على أن للزوجة حقاً جنسياً على الزوج متمثلاً في الوطء، و يجب ألا يمنعها هذا الحق، لأكثر من أربعة أشهر، لما له من آثار نفسية سيئة على الزوجة.

1 - سورة البقرة ، الآية 226

2 - فتح الباري لابن حجر 26 / 9 .

3 - فقه القرآن لقطب الدين الراوندي ، ت أحمد الحسني ، محمود الرعشي 2001 / 2

4 - الجواهر الحسان في تفسير القرآن عبد الرحمن أبو زيد الثعالبي المكي ، ت علي معوض . عادل عبد الموجود - ص 452 - دار إحياء التراث بيروت ، ط 1 سنة : 1418 هـ 1997 م

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن كل يمين منعت جماعاً أنها إيلاء"¹

3. شروط الإيلاء:

من خلال التعريف المتقدم للإيلاء نستخلص الشروط التالية، وهي:

- أن يقع الامتناع بحلف، والدليل ما تقدم في التعريف اللغوي، من أن الإيلاء لغة هو الحلف، أو أن أصله الامتناع، ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين، سواء هذا أو ذاك، فإنه بعد نزول آية الإيلاء، صار حقيقة شرعية في الحلف، على وصف منصوص، وهو الامتناع من قربان الزوجة².
- و يكون الإيلاء بأنه يمين، سواء كان حلفه بالله، أو بصفة من صفاته، أو بالطلاق، أو بالمشي لمكة، أو التزام لقربة، و من أدلتهم³ على ذلك أن هذه الأيمان لازمة للحالف بها كما تقدم في باب الأيمان.
- أن يكون المولي زوجاً، ولو كان مريضاً لا قدرة له على الوقاع، أو سكران، إذا سكر بحرام، و أما إذا سكر بحلال، فلا إيلاء عليه، لأنه كالمجنون.
- أن يكون المولي مسلماً لا كافراً، والدليل: أن أنكحة الكفار فاسدة، و هم و إن كانوا مخاطبين بفروع الشريعة، إلا أنه لا عبرة لأيمانهم و أفعالهم، حتى يقدموا عليها الإيمان، ولو ترافعوا إلى المسلمين في حكم الإيلاء، لم ينبغ لحكام المسلمين أن يحكموا بينهم، إذا جرى ذلك مجرى التظالم بينهم، حكم عليهم بحكم الإسلام. كما لو ترك المسلم وطء زوجته ضرراً من غير يمين⁴.
- أن يكون الزوج مكلفاً، فلا إيلاء على الصبي و المجنون، و الدليل، أن الإيلاء يمين، والأيمان لا تنعقد منهما⁵.

1 - الإجماع لابن المنذر. ص: 118.

2 - شرح حدود ابن عرفة للرصاص 1 / 291 - التحرير و التنوير للطاهر بن عاشور 2 / 385

3 - المنتقى للباجي 4 / 27

4 - أحكام القرآن لابن العربي 1 / 181 - القبس لأبي بكر بن العربي 2 / 734

5 - المنتقى للباجي 4 / 27

■ أن يكون الوطء ممكناً منه، فيخرج المجنون، و الخصي، مقطوع الذكر، و الشيخ الفاني، فلا إيلاء عليهم، لأن الإيلاء على من يستطيع الجماع، و أما من لا يستطيعه، فلا يلزمه حكم الإيلاء، لأن المولي هو الذي يقصد الإضرار بزوجه، بالامتناع من وطئها، و هذا معدوم في العاجز عن الوطء، فلم يتعلق به حكم الإيلاء¹.

■ أن تكون الزوجة غير مرضع، فلا إيلاء في مرضع، لما في ترك وطئها من إصلاح الولد، فإذا حلف لا يطأ زوجته ما دامت ترضع، أو حتى تطفم ولدها، أو مدة الرضاع، فلا إيلاء عليه عند مالك. و من الأدلة على ذلك، أن الإيلاء الشرعي هو الامتناع من وطء الزوجة على وجه الضرر، و قصد منع حقها، فإذا بان له قصد صلاح الولد، خرج عن أن يكون قاصدا للضرر، كما لو حلف و هي مريضة حتى تبرأ². وروي عن علي أنه سئل عن ذلك فلم يره إيلاء³.

■ أن تكون المدة المحلوف عليها أكثر من أربعة أشهر، و أما لو حلف على ترك الوطء أربعة أشهر فأقل، فلا يكون موليا، والدليل على ذلك: أن الزوج المولي يطلب بالفيئة بعد الأربعة أشهر، فلا يكون موليا بالحلف بها، أو بأقل منها.

قال الإمام مالك: لأنه إذا جاء الأجل الذي يوقف عنده خرج من يمينه، و لم يكن عليه وقف، يريد أن المدة التي تناولتها يمينه قد انقضت، فلم يكن توقيف⁴. ولا يشترط أن يحلف على التأبيد، أو أن يطلق من غير تحديد بمدة، كما ذهب إلى ذلك ابن عباس، و من الأدلة على ذلك⁵.

عموم الآية في الذي يحلف على التأبيد، أو الإطلاق، أو في الذي يحلف على أقل من ذلك، بتحديد مدة أكثر من مدة التبرص. و من الأدلة على ذلك أيضا، القياس على الحالف على التأبيد، لأنه ممتنع من وطء

1 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 764 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 103

2 - المصدر نفسه 2 / 764 - المنتقى للباجي 4 / 36

3 - أخرجه مالك في كتاب الطلاق باب الإيلاء ، 2 / 66

4 - المنتقى للباجي 4 / 35

5 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 761

زوجته زيادة على مدة التريص بيمين منعقدة، كالحالف على التأبيد، و ينعقد الإيلاء، - من خلال التعريف - سواء صرح بالأكثر من الأربعة أشهر، أو كان قوله محتملا للأكثر، وللأقل.

4. حكم الإيلاء عند المالكية :

نستشف حكمه من دراسة النصوص والأقوال التالية :

فقد روى أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا. وذهب كل من ابن العربي،¹ و القرطبي،² إلى إثبات ذلك، و لكن نجد اضطرابا عند بحث هؤلاء الثلاثة في تفسير آية الإيلاء، بين ما ذهبوا إليه في أولها، من إثبات إيلاء النبي صلى الله عليه وسلم، و ما ذهبوا إليه في آخرها، في تفسير قوله تعالى: { فَإِنْ فَاءَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } بأن ذلك يقتضي تقدم ذنب، وهو الإيلاء، لأنه لا يكون إلا عن ذنب، وإضرار بالمرأة، و ذلك غير جائز وهو معصية³.

وسبب الاضطراب، أنه كيف يكون الإيلاء معصية، و يثبتون فعله للنبي صلى الله عليه وسلم.

و يفهم من قول القاضيين، عبد الوهاب، و ابن رشد الجدد، أنه غير جائز، فقال الأول: في معرض الاستدلال على وجوب الكفارة بالحنث في الإيلاء: لأن الحلف بما يَأْثُمُ به، لا ينفي عنه الكفارة، أصله إذا حلف، لا يصلي، و لا يصوم، فقد صرح بأنه إثم، و قال الثاني: عند شرح مسألة من العتبية، في حكم الحالف ألا يطأ زوجته، أتراه يكون في حل من ترك مسيسها، و هي لا ترافعه إلى السلطان ؟ و جوابها: أنه لا يكون في حل، فذكر ابن رشد تعليل هذا الجواب، بأنه ظالم لها في حلفه ألا يطأها.

1 - أحكام القرآن لابن العربي 1 / 152

2 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 103

3 - أحكام القرآن لابن العربي 1 / 183 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 3 / 110

و ممتنع مما يلزمه لها من الحق في ذلك، و لا يحل لمن له حق لغيره، أن يمتنع منه حتى يرافع فيه إلى السلطان¹.

و أما الشيخ ابن عاشور رحمه الله، فقد أمسك بأطراف المسألة، فذكر أن الإيلاء، يعتريه حكمان، فهو حرام إذا كان القصد منه الإضرار بالمرأة، و على هذا تحمل الآية، بدليل قوله تعالى: " فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "، أي فالحنث في يمين الإيلاء مغفور للمولي، قال الشيخ: وفيه إيقان بأن الإيلاء حرام، لأن شأن إيلائهم الوارد فيه القرآن، قصد الإضرار بالمرأة، ويكون الإيلاء مباحا، إذا لم يقصد به الإضرار، و لم تطل مدته، أي الذي يكون لقصد التأديب، أو لقصد آخر معتبر شرعا، غير قصد الإضرار المذموم شرعا، وعلى هذا يحمل إيلاء النبي صلى الله عليه و سلم لأجل تأديب نسائه، لأنهن قد لقين من سعة حلمه، و رفقته، ما حدا ببعضهن إلى الإفراط في الإدلال، و حمل البقية على الاقتداء بالأخريات².

فمناطق الفرق عنده بين الإيلاء المحرم، و الإيلاء الجائز، هو قصد المولي. و إيلاء النبي صلى الله عليه و سلم غير داخل في الآية، لأنها خاصة بالإيلاء الحرام.

و يفهم من كلام الإمام الباجي: أن الآية واردة في الإيلاء الجائز، إذا كان من جهة تأديب المرأة بالهجر، وهي عنده متفرعة عن آية " واهجروهن في المضاجع " ³ ومن ذلك إيلاء النبي صلى الله عليه و سلم، و لم يشر إلى المراد من قوله تعالى: " فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " في آية الإيلاء، و ذكر أن الإيلاء يبلغ الحرمة إذا جاوز أربعة أشهر، لأنه بذلك يتحقق الضرر للمرأة⁴. فيفهم من قوله، أن الإقدام على الإيلاء جائز، و أن مناطق الفرق بين الجائز والمحرم، هو المدة، أي فإذا تجاوز المدة المشروعة، تحول إلى محرم. و على هذا جرى كلام الفقهاء، من أن الإيلاء الشرعي الذي يترتب عليه إيقاف الزوج لرفع الضرر عن المرأة، هو ما تجاوز أربعة

1 - البيان و التحصيل لابن رشد 373 / 6

2 - التحرير و التنوير للطاهر بن عاشور 386 / 2

3 - سورة النساء الآية 34.

4 - المنتقى للباجي 31 / 4

أشهر، أي أنه دخل في الحظر الذي يوجب منعه منه، و أما ما كان دون ذلك، فليس بإيلاء شرعي، قال الإمام الأبي¹ لأن الله أباح التبرص في الأربعة أشهر، لقوله تعالى: "للذين يولون". وعلى هذا، فإن ما يناسب هذا القول، وشموله لإيلاء النبي صلى الله عليه وسلم، أن يحمل قوله تعالى: "فإن الله غفور رحيم" على ما ذكره ابن عطية² من أنه يدل على سقوط المؤاخدة، قال: إذ هو باب رفق و توسعة، أي أن الإيلاء، أربعة أشهر فأقل، رخصة و استثناء من الأيمان، التي قصد القاضيان، عبد الوهاب، و ابن رشد، تنظير الإيلاء بها، و بذلك يتم الجمع بين هذا التفسير، و بين كون النبي صلى الله عليه وسلم آلي، أي فيدخل إيلاؤه صلى الله عليه وسلم في هذه الرخصة، مثله مثل سائر أمته.

و لعل الذي يؤيد هذا الاستثناء، كون الإيلاء أمر يتعلق بالزوجين، و ما قد يطرأ بينهما من مغاضبة و مسارة، مما لا تخلو عنه الحياة الزوجية، و سعي الشرع للحفاظ على الرابطة الزوجية، من الانفصام بقدر الإمكان. و بهذا التفسير لقوله "فإن الله غفور رحيم" الذي ذكره ابن عطية، يستقيم القول بجواز الإقدام على الإيلاء، الذي قال به الإمام الباجي، و الذي يدل عليه ظاهر الآية.

5. أحكام الإيلاء عند الحنفية:

المدة في الإيلاء عندهم أربعة أشهر في حق الحرية، و شهران في حق الأمة، و ذلك لقوله تعالى: "للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر" و لذا فلا يجوز الزيادة على المدة المنصوص عليها.³

تفسير اليمين عندهم: هي اليمين بالله و بصفاته، أو اليمين بالشرط و الجزاء.

و هي نوعان:

✓ ما يكون به موليا .

1 - إكمال إكمال المعلم للأبي السنوسي، ط دار السعادة. مصر سنة 1328 هـ. 4 / 120

2 - المحرر الوجيز لابن عطية 1 / 264

3 - المحيط البرهاني لابن مازة 3 / 439 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 204

✓ ما لا يكون به موليا.

أما الأول: وهو ما يكون به موليا، بأن يقول "إن قربتك فعبدني حر، أو امرأتي طالق، أو هي علي كظهر أمي، أو علي صدقة، أو حج البيت، أو صيام سنة" أو نحو هذا، لأنه لا يتوصل إلى الوطء، في هذه المدة إلا بشيء يلزمه بحكم اليمين، كما يلزمه الكفارة، بسبب اليمين بالله. و أما لو قال: لو قربتك فعلي أن أصلي ركعتين، أو علي أن أغزو، لم يكن موليا، وهذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف. و أما عند زفر فيكون موليا. و أما لو قال الرجل لامرأته: "أنا منك مولي"، فهذا إن عني به الخبر كذبا، ليس بمول فيما بينه و بين الله، لأنه لفظ لفظة الخبر، ولا يصدق في القضاء، لأنه خلاف الظاهر، لأنه في الشرع إيجاب.

أما إن عني به الإيجاب، فهو مول في القضاء، و فيما بينه و بين الله، لأنه أوجب. أما لو قال لامرأته: أنت علي كامرأة فلان، و قد كان فلان آلى من امرأته: فإن نوى به الإيلاء، كان موليا، لأنه شبهها بها في باب اليمين، و التشبيه يقتضي المساواة فيما شبه به. أما إذا لم ينو اليمين، ولا التحريم: فلا يكون موليا، لأنه قصد التشبيه من وجه¹.

6. بيان حكم البر:

هو وقوع الطلاق البائن بسبب الإصرار على موجب هذا اليمين، وهو الامتناع على الوطء أربعة أشهر، بحيث لا يتوصل إليه إلا بحنث يلزمه، فيكون مؤكدا له في الامتناع، خوفا عن لزوم الحنث، و في الوطء حق المرأة، فصار الزوج ظلما، لمنع حقها المستحق، فالشرع جعل الامتناع عن إيفاء حقها المستحق لها، في هذه المدة، سببا للبينونة؛ تخلصا لها من حبالته، لتتوصل إلى حقها من جهة غيره، و هذا معنى قوله تعالى: {وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}² فسماه عزيمة الطلاق، وهو فعل الزوج، و بهذا يصير الزوج بالإصرار على موجب هذا اليمين، معلقا طلاقا بائنا، بترك الوطء أربعة أشهر بعد اليمين،

1 - الدر المختار للحصكفي 5/ 64، - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2/ 204

2 - سورة البقرة الآية 227

كانه قال: أنت طالق بائن، عن مضي كل أربعة أشهر لا أقربك فيها، أو إن لم أقربك كل أربعة أشهر، ما بقي اليمين، فأنت طالق بائن، فإذا ثبت هذا ومضت أربعة أشهر من وقت اليمين، و لم يقربها تقع تطليقة بائناً¹.

فإذا وقعت تطليقة بائنة، يمضي أربعة أشهر، ثم مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة، لم يقع الطلاق لأنها بائنة، فلا تستحق الوطء على الزواج، فلا يكون الامتناع عن الوطء في هذه الحالة ظلماً، وبهذا الوصف صار الإصرار على موجب البر، وهو ترك الوطء سبباً للفرقة، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين و لم يقربها، تقع تطليقة بائنة عندنا².

✓ اختيار ابن عبد البر في مسألة الإيلاء:

الذي اختار ابن عبد البر في المسألة، كون المولي يلزمه بعد انقضاء الأربعة الأشهر تطليقة رجعية، فقال: و الصحيح في هذا الباب ما ذهب إليه مالك، و من تابعه، لأن الله تعالى قد جعل للمولي أربعة أشهر، لا سبيل فيها لامرأته عليه³.

✓ اختيار السمرقندي في مسائل الإيلاء:

الذي اختاره في بعض مسائل الإيلاء في ذكر خلافه مع الشافعي كالتالي:
رجح تفسير الفيء بكونه هو الوطء، على قول الشافعي فقال: " و الصحيح قولنا، لأن الله تعالى قال: {لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ}⁴.

¹ - الدر المختار للحصكفي 5 / 75 و ما بعدها

² - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 205

³ - الاستذكار لابن عبد البر 17 / 94

⁴ - سورة البقرة، الآية 226

تعليق ومقارنة :

لم تتحد المسائل التي بان للإمامين اختيار وقول فيها، فكل تكلم في مسألة غير التي تكلم فيها الآخر من مسائل الإيلاء، إلا أن المعول عليه من أقوالهما في هذا الباب هو سلوكهما مسلك جمهور مذهبهما في هذه المسائل، سواء من حيث الحكم، والمدة التي تعتبر إيلاء، واختلافها في الحرية والأمة، وهل ضرورة وقوعها بعد اليمين أم لا؟ وهل الطلاق بائن؟ وإذا كان كذلك تلزمها العدة ابتداء؟. كل هذه الأمور وغيرها المتعلقة بأحكام الإيلاء، كل أخذ بمذهبه فيما يتعلق بالإيلاء، فيتفقان منهجا، ويختلفان اختيارا.

ثانيا : أحكام الظهار

يمكن الإحاطة بها من خلال النقط التالية:

1. تعريف الظهار:

أ. لغة: ظهر الشيء تبين، و ظهر على فلان غلبه، و الظهار قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي ، و ظاهر من امرأته ظهارة مثل قاتل قتالا، و تظهر، إذ قال لها أنت علي كظهر أمي، قيل إنما خص ذلك بذكر الظهر، لأن الظهر من الدابة موضع الركوب، والمرأة مركوبة وقت الغشيان، فركوب الأم، مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم، الذي هو ممتنع، وهو استعارة لطيفة، فكأنه قال: ركوبك للنكاح علي حرام.

و كان الظهار طلاقا في الجاهلية، فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهلية، و أوجب عليهم الكفارة تغليظا في النهي، و اتخذت كلامه ظهريا، أي منسيا، و قد ظاهر من امرأته، و تظهر منها، و ظهر منها تظهيرا، كله بمعنى واحد¹.

ب . اصطلاحا: تعريفات الظهار عند فقهاء المذاهب متقاربة، و سنكتفي بذكر تعريفي المالكية والحنفية.

- عرف المالكية الظهار بقولهم:² "الظهار: تشبيه المسلم المكلف، من تحل من زوجة، أو أمة، أو جزأها بمحرمة عليه، أو بظهر أجنبية، و إن تعليقا، أو مقيدا بوقت ، فلا ظهار لكافر، و لا لصبي، و مجنون، و مكروه.

1 - لسان العرب لابن منظور 4 / 520 - مختار الصحاح 197

2 - الشرح الصغير للدردير 2 / 634 و ما بعدها

و يتحقق الظهار بتشبيه الزوجة، مثل أنت أمي، أو جزء منها، كيدها ورجلها، ولا ظهار في قوله: أنت علي كظهر زوجتي النفساء، أو المحرمة بحج، لأن التحريم لها عليه ليس أصالة، فالظهار: تشبيه الزوجة بالمحرم عليه أصالة، أو المحرمة عليه وقت اليمين، مثل ظهر أجنبية. و به يتفق الحنفية والمالكية في عدم صحة ظهار الكافر، و يختلفون في تشبيه الزوجة بظهر امرأة أجنبية، فلا ينعقد عند الحنفية، لأن التحريم مؤقت، و ينعقد بنية الظهار عند المالكية، لأن التحريم الحالي أصيل.

و ينعقد عندهم الظهار المعلق بشرط، مثل: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، و إن تزوجك فأنت علي كظهر أمي، أما إن علقه بأمر محقق، نحو: إن جاء رمضان فأنت علي كظهر أمي، أو فلانة الأجنبية، أو إن طلعت الشمس في غد، فأنت علي كظهر أمي، تنجز من الآن، و منع منها حتى يكفر. و إن قيد الظهار بوقت، مثل، أنت علي كظهر أمي، في هذا اليوم، أو الشهر، انعقد مؤبداً، ولا يحل إلا بالكفارة.

• وعرف الحنفية الظهار بقولهم:¹ تشبيه المسلم زوجته، أو ما يعبر به عنها من أعضائها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرمة عليه تأبيداً. فلا ظهار لذمي عندهم، ويشمل الظهار، الزوجة الكتابية، والصغيرة، و المجنونة، ويمكن تشبيه الزوجة، أو ما يعبر عنها، كالرأس والرقبة، أو تشبيهها بجزء شائع من الزوجة، كقوله: نصفك، ونحوه، والمشبّه به، إما جملة القريب المحرم، مثل: أنت علي كأمي، أو عضو يحرم النظر إليه، من أعضاء محرمة عليه نسباً، أو مصاهرة، أو رضاعاً، كالظهر، و غيره، وإنما خص هذا اليمين باسم الظهار، تغليبا للظهر، لأنه كان الأصل في استعمالهم، فلو شبه زوجته بمن تحرم عليه موقناً، لم يكن ظهاراً، مثل قوله: أنت علي كظهر أختك، أو عمّتك، فإن الأخت و العمّة، تحرمان حرمة مؤقتة، أو قال: كمطلقتي ثلاثاً، فإنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره، أو كالمجوسية، لجواز

1 - الدر المختار للحصكفي 3 / 890 - فتح القدير لابن الهمام 3 / 225

إسلامها، وكذا لو شبهها بشيء يحرم عليه من غير النساء، كالخمر، والخنزير، لم يكنظهارا، ويرجع فيه إلى نيته، فإن قصد به طلاقا، كان طلاقا بائنا، وإن قصد التحريم، أو لم يقصد شيئا كان إيلاء. ولو شبهها بفرج أبيه، أو قريبه، كان مظاهرا، لكن لو قال: أنت علي كظهر أبي، أو ابني، لا يصح، لأن المظاهره ليس من جنس النساء.

2. أركان الظهار:

✓ الركن الأول: مظاهر، وهو: الزوج، وشرطه: الإسلام، والتكليف، كما تقدم في التعريف.

ولا يقع ظهار المرأة من زوجها، والدليل:

■ قوله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ} ¹

ووجه الاستدلال، أنه تعالى، علق الحكم بظهار الرجال من نسائهم، ولم يعلقه، بظهار النساء من رجالهن ².

■ القياس على الطلاق، لأن معنى الظهار، تحريم الوطء بالقول، فلم يصح من النساء كالطلاق ³.

■ الإجماع، على أن الحل، والعقد، والتحليل، والتحريم في النكاح بيد الرجال، وليس بيد النساء منه شيء ⁴، وكل من لم يكن له أن يطلق بحال، لم يكن له أن يظاهر ⁵.

✓ الركن الثاني: مظاهر منها، وهي الزوجة.

و يلزم الظهار ولو كانت الزوجة غير مدخول بها أو مطلقة طلاقا رجعيا، ووجه ذلك أن أحكام الزوجية ثابتة بينهما، وكما يلحقها الطلاق كذلك يلحقها الظهار قياسا ¹.

1 - سورة المجادلة الآية 2

2 - المنتقى للباجي 4 / 48 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 125

3 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 770 - المنتقى للباجي 4 / 38

4 - المنتقى للباجي 4 / 48 - أحكام القرآن لابن العربي 4 / 1751

5 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 769

و يلزم الظهار في الأجنبية بشرط التزويج، فمن قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي، فهو مظاهر فلا يشترط أن تكون الزوجة المظاهر منها في العصمة أثناء المظاهرة، و الدليل.

■ قوله تعالى: "الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ" ووجه الاستدلال أن الآية لم تفرق بين أن يكون الظهار وقع قبل التزويج بشرط وجوده أو بعده².

■ قول عمر، فعن القاسم بن محمد أن رجلا جعل امرأة عليه كظهر أمه إن هو تزوجها، فأمر عمر ابن الخطاب إن هو تزوجها ألا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر³.

■ أن هذه المسألة مبنية على أصل المذهب في الطلاق⁴.

و أما إن قال أنت علي كظهر أمي، و لم يعلق ذلك على التزويج لم يلزمه شيء⁵ و يلزم الظهار و لو كانت الزوجة حائضا أو نفساء أو محرمة بحج أو عمرة أو صائمة أو معتكفة أو صغيرة، و الدليل: قوله تعالى: "الذين يظاهرون منكم من نسائهم" فقلوه: "من نسائهم" عام في جميع أحوال المرأة المظاهر منها⁶.

و يلزم الظهار أيضا، و لو كانت المرأة لا يمكن وطؤها، لكونها لكونها رتقاء أو عفلاء أو قرناء⁷، لأنه و إن تعذر وطؤها لا يتعذر الاستمتاع بغير الوطء⁸.

✓ الركن الثالث: مشبه به ، وهو: من حرم وطؤه أصالة من آدمي ذكرا أو أنثى أو غير آدمي كالهيمة، وسيأتي الدليل على هذا في الصيغة.

1 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 17 / 279

2 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 770

3 - أخرجه مالك في الموطأ ، في الظهار. باب ظهار الحر ج 2 ص 68

4 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 770

5 - المنتقى للباي 4 / 40

6 - المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 1 / 609

7 - الرقى بفتح الراء والتاء التصاق موضع الوطء والتحامه، والعفل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء كالإدرة في الرجال، وهو بروز لحم في الفرج، والقرن بفتح القاف وسكون الراء مثله لكنه قد يكون خلقة غالبا ويكون عظما وقد يكون لحما.

انظر: (الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، لميارة 1: 393).

8 - الشرح الكبير للدردير 2 / 441

✓ **الركن الرابع:** صيغة دالة على الظهار: و صيغة الظهار، تكون إما صريحة فيه، وإما كناية، و الكناية إما ظاهرة، لا تنصرف عنه إلا بنية، وإما خفية، لا تعتبر فيه إلا بنية.

صریح الظهار: وهو اللفظ الدال على الظهار صراحة، بالوضع الشرعي، بلا احتمال غيره، و لابد فيه من أمرين:

- الأول: ذكر ظهر المرأة.
- الثاني: كون المرأة مؤبدة التحريم بنسب، أو رضاع، أو صهر، نحو: أنت علي كظهر أمي، أو أختي من الرضاع، أو كظهر أمك، و الدليل: هو أن الظهار الذي نزل فيه القرآن و شرعت له الكفارة، كان فيه لفظ الظهار، و المرأة المؤبدة التحريم، و ذلك كما يلي:
- قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْتَهُمْ} ووجه الاستدلال أن الآية تحدثت عن الظهار، وهو من الظهر وعن الأمهات¹.
- ما جاء قصة سلمة بن صخر²، أنه جعل امرأته عليه كظهر أمه³ ووجه الاستدلال، أنه شبه جملة أهله بظهر أمه⁴.
- كناية الظهار الظاهرة: و هي ما سقط فيه أحد اللفظين، أي لفظ الظهر، أو لفظ مؤبدة التحريم، فالأول نحو: أنت كأمي، بحذف أداة التشبيه، إلا إذا قصد كرامة، أي أنت مثلها في المنزلة، و التكريم، أو قصد الشفقة و الحنان.
- و كذا إذا كنى عن الإهانة و التوبيخ، فلا يكون ظهاراً، و دليل لزوم الظهار، مع سقوط لفظ الظهر.
- القياس على ما لو ذكر الظهر، لأنه أطلق تشبيه امرأته بأمه⁵.

1- المنتقى للباجي 4 / 38

2 - سلمة بن صخر ويقال سلمان بن صخر البياضي الأنصاري له صحبة ولم يصح حديثه. التاريخ الكبير، للبخاري 4/72.

3 - أخرجه الترمذي في أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله ﷺ ، باب ما جاء في كفارة الظهار 2 / 488

4 - أحكام القرآن لابن العربي 4 / 1749

5 - الاشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 768 - المنتقى للباجي 4 / 38

الثاني: نحو أنت كظهر كذا، وشبهها بظهر رجل ذكر، كزيد، و عمرو، أو أبي، أو ابني، و نحو أنت كظهر فلانة، وشبهها بظهر امرأة أجنبية، يحل وطؤها في المستقبل بنكاح، فالمراد بالأجنبية، غير المحرم، و غير الزوجة، و الدليل في هذا القسم، القياس على الأم، لأنه شبه امرأته بظهر محرم منه، كالأم، لأن الأسماء بمعانيها، و عللها، لا بألفاظها¹.

■ الكناية الخفية: وهي ما لا تنصرف للظهار، أو للطلاق، إلا بالقصد، فيلزم الظهار بأي كلام، نوى الظهار به، فانصرفي، و اذهبي، و كلي، و اشربي، كما أنه لو نوى به الطلاق لزمه الطلاق، و إن لم ينو به شيئاً، فلا شيء عليه.

و قولهم: بأي كلام ظاهرها، ولو بصريح الطلاق، و هو ما نقل عن ابن القاسم قال: من قال لامرأته أنت طالق، و قال: نويت به الظهار، لزمه الظهار، بما أقر به من نيته، و الطلاق بما ظهر من لفظه، و قال غيره، لا يلزمه الظهار، لأن صريح كل باب، لا ينصرف لغيره بالنية، وهو المعتمد.

3. حكم الظهار: عند المالكية:

الظهار حرام، و قد صرح بعضهم بأنه من الكبائر، و دليل الحرمة²:

■ قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا إِلَهُ وَلَدَتْهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ }³.

و الاستدلال بالآية من وجوه، و ذلك أنه تعالى، كذب المظاهر تشبيهه زوجته بأمه بقوله: " ما هن أمهاتهم " وهي جملة خبر عن قوله: " الذين يظاهرون منكم من نسائهم، " أي ليس أزواجهم أمهات لهم، أي لا تصير الزوجة بذلك أما، لقائل تلك المقالة. ثم إنه تعالى وصف قولهم بأنه زور، و الزور: هو الكذب، و قد وصفه

1 - المصدر نفسه 2 / 169 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 890

2 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 888 -المنتقى للباي 4 / 37 - أحكام القرآن لابن العربي 4 / 1752

3 - سورة المجادلة الآية 2

الله تعالى بذلك، لما فيه من تغيير الحقائق، إذ لا تصير الزوجة أما، ولا تحرم عليه بذلك. ثم ذيل الآية بقوله: "وإن الله لعفو غفور"، ولا يعفو، ولا يغفر، إلا للمذنبين، وهو يدل على أن المظاهر بعد نزول الآية، منهي عن ذلك. ثم أكد الله تعالى هذه الحرمة بقوله في آخر الآية، التي ورد فيها ذكر كفارة الظهار "وتلك حدود الله" والإشارة في الآية، إلى ما سبق ذكره من الأحكام.

وما جاء في الآية من التكذيب ووصف قولهم بأنه منكر وزور هو توبيخ لهم على صنيعهم، مما يدل على أن الظهار لم يكن مشروعاً في شرع قديم، ولا في شريعة الإسلام، وإنما هو أمر وضعه أهل الجاهلية، وجعلوه محرماً للزوجة، فأبطله الإسلام، وكذب أهل الجاهلية الذين كانوا سبباً في ابتداعه، وشنع عليهم، وجعل للذين يقولونه من المسلمين كفارة، تكفيراً للذنب، وزجراً عن إتيانه.

■ قوله تعالى: {مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ سَوْماً جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ إِلَيْ تَنْظَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ كَقَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ} ¹.

ذكر الشيخ ابن عاشور: ² أنه تعالى: نفى أن تصبح الزوجة أما لزوجها، بعد قوله لها أنت علي كظهر أمي، وأنه تعالى: أشار إلى أن ما كان يقوله أهل الجاهلية، إنما هو كلام كاذب، لا تتجاوز دلالاته الأفواه، ولا يطابق الواقع، وذلك بقوله "ذَلِكَ كَقَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ".

4. حكم الظهار عند الحنفية:

من أحكام الظهار عندهم: تحريم الاستمتاع بها، من الوطء ودواعيه مؤقتاً ³ إلى وجود التكفير، مع بقاء ملك النكاح، لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: للمظاهر الذي واقع امرأته، "فاعتزلها حتى تكفر عنك" ⁴ ويجب على المرأة أن تمنع الزوج عن الاستمتاع بها، حتى يكفر، وللمرأة أن تطالب الزوج بالوطء

1 - سورة الأحزاب ، الآية 4 .

2 - التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور 21 / 256 - 260

3- تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 212 وما بعدها

4- سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الظهار، 462/2. صححه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود. 16/2-17

عند الحاكم، وعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ، لأنه أضر بها في الامتناع عن الوطء، مع قيام الملك، وفي وسعه إزالته بالتكفير. ثم إن هذه الحرمة، لا تزول بسبب من أسباب الإباحة، ما لم توجد الكفارة، لا بالنكاح، ولا بملك اليمين، ولا بإصابة الزوج الثاني، حتى إن المظاهر إذا طلقها طلاقاً بائناً، وانقضت عدتها ثم تزوجها، لا يحل له وطؤها، ما لم يكفر. وكذلك لو كانت الزوجة أمة الغير، فظاهر منها، ثم اشتراها، لم يحل له أن يطأها بملك اليمين، حتى يكفر¹.

وكذلك لو كانت حرة، فارتدت عن الإسلام، ولحقت بدار الحرب، فسببت واشتراها، وكذلك لو طلقها ثلاثاً، وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إليه بالنكاح: لا تحل له حتى يكفر، وإن صح النكاح، ولو كفر بعدما أبانها، أو طلقها ثلاثاً: صح التكفير، حتى لو تزوجها، حل له وطؤها، لأن صحة التكفير لا تعتمد قيام الملك.

وإن كان الظهار مؤقتاً إلى وقت، بأن قال: "أنت علي كظهر أمي، يوماً، أو شهراً، أو سنة،" ثم مضى الوقت: سقط الظهار، وذلك لأن الشرع جعل التكفير مزيلاً للظهار المؤبد، أو المطلق، حتى تنتهي الحرمة، والمؤقت ينتهي بمضي الوقت.

أما الإكرام: لا يكون ظهاراً، وإن أراد الطلاق أو الظهار: فهو كما نوى، وإن أراد التحريم: فهو إيلاء، وأما محمد فقال: هو ظهار، وقال أبو يوسف: هو إيلاء.

وأما لو قال: "أنت علي حرام كأمي"، حمل على نيته، فإن لم يكن له نية، كان ظهاراً، لأن حرف التشبيه يختص بالظهار.

5. بيان الكفارة:

فالكفارة لا تجب إلا عند وجود الظهار، والعود، قال الله تعالى: {وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ} ¹.

و فيه كلام: أن سبب الوجوب، كلاهما، أو أحدهما، أو غيرهما.

و العود، هو: العزم على وطئها بعد الظهار، ² لأن بالظهار حرم الوطء على نفسه، فمتى عزم على وطئها، فقد قصد الرجوع من الأول، و العود هو الرجوع، فيسمى عودا، ثم الكفارة تجب على الترتيب: الإعتاق عند القدرة، ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الإعتاق، ثم إطعام ستين مسكينا، عند العجز عن الصوم. ³

عرف ذلك بالنص، وهو قوله: "وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ..." الآية، و إنما يكفر قبل الوطء، لقوله تعالى: "مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا".

فإن وطأ قبل أن يكفر، فقد باشر وطئا حراما، فعليه أن يستغفر الله تعالى، و لا يطقأ حتى يكفر، ولو أعتق بعض رقبة عن كفارته، ثم وطأ، ثم أعتق ما بقي منها، لم يجزه، و عليه أن يستقبل إعتاق رقبة، عند أبي حنيفة، لأن الإعتاق عنده مما يتجزأ، فيكون معتقا بعضه، قبل الوطء، و بعضه بعد الوطء، و الله تعالى أمر بإعتاق رقبة كاملة قبل المسيس، و على قولها صح، لأن عندهما الإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق البعض إعتاق الكل. و أما لو جامع المظاهر في خلال الصوم، جماعا يفسد الصوم، فإنه يستقبل الصوم بالإجماع، لأن الواجب عليه صيام شهرين متتابعين قبل المسيس، مع الإمكان و لم يوجد ⁴. و أما لو جامع في

1 - سورة المجادلة الآية 3

2- الدر المختار للحصكفي 132/ 5

3- تحفة الفقهاء للسمرقندي 214 / 2

4- المصدر نفسه 215 / 2

الشهرين، ليلاً أو نهاراً ناسياً لصومه، استقبل، عند أبي حنيفة، و محمد، و قال أبو يوسف، يمضي على صيامه، وهي مسألة معروفة.

ولو جامع في خلال الإطعام: لم يلزمه الاستقبال بالإجماع، لأن الله لم يذكر في الإطعام ترك المسيس، لكن يمنع عن الوطء، قبل الفراغ من الإطعام، لجواز أن يقدر على الصوم أو العتق، فتبين أن الوطء كان حراماً.

و لو كفر بالإعتاق: يعتق رقبة كاملة للذات والرق، على ما تبين في كتاب الإيمان¹.

ولو كفر بالإطعام: أطعم ستين مسكيناً: كل مسكين نصف صاع، من بر، أو دقيق، أو سويق، أو صاع من تمر، أو شعير.

✓ اختيار ابن عبد البر في مسائل الظهار:

اختار الإمام ابن عبد البر في مسألة الظهار، هل يلزم الزوجة غير مدخول بها، أو مطلقة طلاقاً رجعياً؟ هو ما عليه المذهب في لزومه، ولحقه المطلقة. فقال: "قال أبو عمر: يهدم الطلاق المتقدم الظهار، إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعياً هدمه أيضاً، ما لم يراجع، فإن راجع، لم يطأ حتى يكفر كفارة المتظاهر".²

✓ اختيارات السمرقندي في مسائل الظهار:

الذي اختاره الإمام السمرقندي في تفسير العود، هو العزم على وطئها بعد الظهار، على قول الشافعي فقال: و العود عندنا، هو العزم على وطئها بعد الظهار... والصحيح قولنا...³.

1 - المحيط البرهاني لابن مازة 3 / 433 - 434

2 - الاستذكار لابن عبد البر 17 / 116

3 - تحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 214

✓ تعليق ومقارنة :

لم نجد في مسائل الظهار اتحاد في المسائل التي تضرر للإمامين اختياراتهما فيها ، فكل واحد منهما تكلم في مسألة، وسكت في أخرى ، إلا أنه وعلى العموم، من خلال التتبع نخلص إلى أن الإمامين هما على رأي مذهبيهما، سواء في حكم الظهار، وأحكامه المبينة لكيفية الكفارة، والرجوع إلى الحياة الزوجية الطبيعية، ونسف هذه العادة السيئة، التي كانت منتشرة في الجاهلية، من أجل الإضرار بالمرأة، وهضم حقوقها الطبيعية، هذه الحقوق أقرها الإسلام وجعلها شرعية، فلا يمكن المساس بها، كل هذه الأحكام وغيرها ناقشها العالمين الجليلين تبعاً لمذهبيهما، وما تقرر من مسائل في هذا الباب والله أعلم .

المطلب الثاني : أحكام اللعان:

يمكن إعطاء نظرة عامة حول أحكام اللعان من خلال دراسة ما يلي :

أولاً: مفهوم اللعان:

1. لغة: هو الإبعاد والطرْد من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق، السب والدعاء، واللعنة الاسم، و الجمع لعان، و لعنات، و لعنه يلعنه لعنا: طرده و أبعدّه، ورجل لعين، وملعون، والجمع، ملاعين، وعن سيبويه قال: إنما أذكر مثل هذا الجمع، لأن حكم مثل هذا، أن يجمع بالواو والنون في المذكر، و بالألف والتاء في المؤنث ،لكنهم كسروه تشبيهاً، بما جاء من الأسماء على هذا الوزن، وقوله تعالى: "بل لعنهم الله بكفرهم" أي أبعدهم، وقوله تعالى: "ويلعنهم اللاعنون"، قال ابن عباس: اللاعنون كل شيء في الأرض، إلا الثقلين، و يروى عن ابن مسعود أنه قال: اللاعنون، الإثنان إذا تلاعنا، لحقت اللعنة بمستحقها منهما، فإن لم يستحقها واحد، رجعت على اليهود، وقيل: اللعنون، كل من آمن بالله، من الإنس، و الجن، و الملائكة.

و اللعان و الملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعداً، و الملاعنة بين الزوجين، إذا قذف الرجل امرأته، أو رماها برجل، أنه زنا بها¹.

2. شرعا:

✓ تعريف الماكية :

عرف المالكية اللعان بقولهم : هو: حلف زوج مسلم، مكلف، على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، و حلف الزوجة على تكذيبه أربعة أيمان، بصيغة، أشهد بالله لرأيها تزني، ونحوه، و بحضور حاكم، سواء صح النكاح أو فسد².

1 - لسان العرب لابن منظور 13 / 387 - 388

2- الشرح الصغير للدردير 2 / 657

و عرفه ابن عرفة في الحدود بقوله: " هو حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، و حلفها على تكذيبه، إن أوجب نكولها حدها لحكم قاض"¹.

✓ تعريف الحنفية:

عرف الحنفية اللعان، بأنه شهادات مؤكدة بالإيمان، مقرونة باللعان من جهة الزوج، وبالغضب من جهة الزوجة، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج، و مقام حد الزنا في حق الزوجة².
و جاء في شرح القدير عند تعريفه: " هو شهادة تجري بين الزوجين، مقرونة باللعان والغضب"³.

ثانيا: مشروعية اللعان:

اللعان بين الزوجين مشروع بالكتاب و السنة.

✓ من الكتاب قوله تعالى: { الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخُمِسَةَ أَنْ لَعَنَتُ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَذِبِينَ (7) وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذِبِينَ (8) وَالْخُمِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (10) }⁴.

وجه الاستدلال من الآية، أنها مخصصة لعموم الآية { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً، وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ }⁵.

فخص منها الأزواج الذين يرمون أزواجهم، فوضع الله عنهم حد القذف، إذا لم يستطيعوا إثبات زنا زوجاتهم بأربعة شهداء، هو من باب الرخصة و العذر للأزواج، خاصة في إقدامهم على القول في

1- الحدود لابن عرفة ص 210

2 - الدر المختار للحصكفي 2 / 805 - الباب 3 / 74

3- شرح فتح القدير لابن عابدين 3 / 247

4- سورة النور الآية 6 - 7. 8. 9. 10

5- سورة النور الآية 4

أزواجهم بالزنا، ووجه عذرهم في ذلك، ما في نفوس الرجال من سجية الغيرة على أزواجهم، و عدم احتمالهم السكوت على رؤية الزنا بهن، إذا لم يستطيعوا إقامة أربعة شهداء، فرفع عنهم حد القذف بما شرع لهم من الملاعة¹.

✓ ومن السنة: أما مشروعية اللعان من السنة فيها خلاف بين العلماء في الأحاديث المروية في سبب نزول الآية:

قيل سبب نزول الآية، ما رواه مالك في الموطأ، و البخاري في الصحيح: عن سهل بن سعد الساعدي²: {أَنَّ عُوَيْمِرَ الْعَجْلَانِيَّ جَاءَ إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَدِيٍّ الْأَنْصَارِيِّ³، فَقَالَ لَهُ: يَا عَاصِمُ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ سَلْ لِي يَا عَاصِمُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عَاصِمٌ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَسَائِلَ وَعَاجِبَهَا، حَتَّى كَبُرَ عَلَى عَاصِمٍ مَا سَمِعَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمَّا رَجَعَ عَاصِمٌ إِلَى أَهْلِهِ، جَاءَ عُوَيْمِرُ فَقَالَ: يَا عَاصِمُ، مَاذَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فَقَالَ عَاصِمٌ: لَمْ تَأْتِنِي بِخَيْرٍ، قَدْ كَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي سَأَلْتُهُ عَنْهَا، قَالَ عُوَيْمِرُ: وَاللَّهِ لَا أَنْتَهِي حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا، فَأَقْبَلَ عُوَيْمِرُ حَتَّى أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَسَطَ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَادْهَبْ فَأْتِ بِهَا قَالَ سَهْلٌ: فَتَلَاعَنَّا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمَّا فَرَعَا، قَالَ عُوَيْمِرُ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُمْسَكْتُهَا، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا،

1 - أحكام القرآن لابن العربي 3 / 1340 - عدة البروق للونشريسي ص 309 - التحرير و التنوير للطاهر بن عاشور 18 / 161

2 سهل بن سعد الخزرجي الأنصاري، من بني ساعدة: صحابي، من مشاهيرهم. من أهل المدينة. عاش نحو مئة سنة. له في كتب الحديث 188 حديثًا. توفي سنة 91هـ. الأعلام، للزركلي: 3/143.

3 - عاصم بن عدي بن الجد البلوي العجلاني، حليف الأنصار: صحابي. كان سيد بني عجلان. استخلفه رسول الله ﷺ على العالية من المدينة. وعاش عمرا طويلا قيل 120 عاما، توفي سنة 45هـ. الأعلام، للزركلي: 3/248.

قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.¹ قال مالك قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين

2،

و عن ابن عباس ؓ، أنه قال في حديث لعان هلال بن أمية: { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أرسلوا إليها ، فجاءت فتلى عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرها أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، فقال هلال، والله لقد صدقت عليهما، فقالت قد كذبت، فقال رسول الله ﷺ "لاعنوا بينهما" فقيل لهلال: اشهد، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، فلما كانت الخامسة قيل له يا هلال، اتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة، التي توجب عليك العذاب، فقال: والله ليعذبني الله عليهما، كما لم يجلدن عليهما، فشهد الخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم قيل لها اشهدي، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، فما كانت الخامسة قيل لها: اتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فتلكأت بساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليهما إن كان من الصادقين. ففرق الرسول بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى ولدها، ومن رماها أورمى ولدها، فعليه الحد. وقضى، لا بيت لها ولا قوت، من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق، ولا متوفى عنها³.

وقيل في سبب نزول آيات اللعان، ما رواه البخاري وغيره: { أن هلال ابن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك ابن سمحاء، فقال له صلى الله عليه وسلم البينة أوحد في ظهرك، فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا، ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: البينة أوحد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق نبيا إني لصادق، ولينزلن الله ما يبرئ

1- أخرجه البخاري في كتاب الطلاق باب اللعان ومن طلق بعد اللعان ، رقم 5308

2- أحكام القرآن لابن العربي 3 / 1340 - الجامع لأحكام للقرطبي 12 / 181 - 182 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 111

3- أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق باب في اللعان ، 2 / 477 .

ظهري من الحد فنزلت الآيات¹ فكان أول لعان في الإسلام، بين هلال ابن أمية و زوجته، و هذا رأي الجمهور، و قد حكى الماوردي عن أكثر العلماء، أن قصة هلال، أسبق من قصة عويمر، و روى الجماعة إلا الترمذي، أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال لعويمر العجلان " فقد نزل فيك و في صاحبك، فاذهب فأت بها، فتلاعنا عند رسول الله صلى الله عليه و سلم "².

قال القاضي عبد الوهاب في المعونة " اللعان ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع، فالكتاب قوله تعالى: {الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا...}³.

ومن السنة حديث العجلان لما قال: " يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امراته رجلا أيقتلته فتقتلونه، أم كيف يصنع، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " قد أنزل الله تعالى فيكما قرآنا ولاعن ﷺ بينهما ".
وحديث هلال بن أمية وشريك، فيه ضرب من المعنى، وهو أن النسب يلحق بالفراش، ولا يمكنه إقامة البينة، و به ضرورة إلى نفي نسب ليس منه، فجعل له طريقا إلى نفيه، وهو اللعان، لولا ذلك لم يكن له طريقة إلى قطعه عنه، وفسدت الأنساب، واختلاط الصحيح منها بالفساد "⁴.

و قال ابن رشد " فاللعان ثابت بالكتاب، و السنة، و القياس، و الإجماع، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه، فهذا هو القول في إثبات حكمه "⁵.

ثالثا: أركان اللعان:

مذهب الحنفية: للحنفية في اللعان ركن واحد، وهو: اللفظ؛ وهو شهادات مؤكدة باليمين، واللعان من كلا الزوجين¹.

1- صحيح البخاري. كتاب تفسير القرآن باب قوله تعالى ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين. رقم: 4491. وفي كتاب الشهادات. باب إذا ادعى أو كذف فإنه يلتمس البينة وينطلق ليلتمس البينة رقم: 2554.

2 نيل الاوطار للشوكاني 6/ 272/ 268

3- سورة النور الآية 6

4- المعونة للقاضي عبد الوهاب 1/ 897

5- بداية المجتهد لابن رشد 2/ 111

مذهب الجمهور: وعند الجمهور أركان اللعان أربعة²: الملاعن، والملاعنة، وسببه، ولفظه.

رابعاً: أسباب اللعان:

إتفق الفقهاء على أن لدعوى الزوج اللعان على زوجته سببين³، وللمالكية ثلاث أسباب.

✓ الأول: هو قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب حد الزنا لو قذف أجنبية، وقال المالكية، ادعاء رؤية الزنا، بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنا دون الرؤية، حد لقذف، ولم يجز اللعان في المشهور عندهم، خلافاً لغيرهم.

✓ الثاني: نفي الحمل أو الولد، ولو من وطء شهية، أو نكاح فاسد.

و اشترط المالكية، أن يدعي الرجل أنه لم يطأ زوجته لأن لا يحلق به الولد، وأن يدعي الاستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفيه قبل وضعه، بأن سكت حتى وضعته، حد و لم يلاعن.

و أجمل القول في هذا، القاضي عبد الوهاب في المعونة فقال: "اللعان موضوع لرفع النسب، و سقوط الحد في القذف، فإذا قذف الرجل امرأة بالزنا، فإن ادعى رؤية، و حقق ذلك وصفه كما يصف الشهود في الزنا، فله أن يلاعن، و يسقط الحد عن نفسه، فإن اختصر على مجرد قذفها من غير ادعاء وصفه، فقليل يلاعن، و قيل يحد، و لا يلاعن إذا كانت ممن يحد قاذفها، و هذا كله إذا لم يطأها بعد رؤيته، فأما إن زعم أنه وطأها بعد ذلك، حد و لم يلاعنها، و إذا لاعن لرؤية الزنا، ثم أتت بولد ففيه روايتان: إحداهما سقوطه عنه، و الأخرى لحوقه به، وإذا التعنا، سقط الحد عنه، و لزومها إسقاطه باللعان، فإن التعنت وإلا حدث⁴.

1 - الدر المختار للحصكفي 2 / 806

2 - القوانين الفقهية ص 161

3 - بدائع الصنائع للكساني 2 / 239 - مغنى المحتاج للشربيني 3 / 267 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 900

4 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 900

و جاء في مختصر القدوري: "إذا قذف الرجل امرأته بالزنا، وهما من أهل الشهادة، والمرأة ممن يحد قاذفها، أو نفى نسب ولدها، و طالبت بموجب القذف فعليه اللعان"¹.

✓ الثالث: القذف من غير دعوى رؤية الوطاء، و لا نفى الحمل: اختلف علماء المالكية في هذا السبب على قولين:

■ أحدهما أنه يلاعن.

■ أنه يحد و لا يلاعن².

قال العدوي في حاشيته على الرسالة: عند قول المصنف، و اختلف في اللعان في القذف، فقال: بأن قال لها يا زانية، أو أنت زנית، و لم يقيد ذلك برؤية أو نفى حمل، فقال ابن القاسم يلاعن، و الأكثر يحد، لأنه يعتبر في اللعان التيقن، ولو بغير الرؤية البصرية³.

و قال الشيخ خليل⁴ رحمه الله: "و في حده بمجرد القذف أو لعانه خلاف"⁵.

قال ابن رشد في البداية: "و أما وجوب اللعان بمجرد القذف، فالجمهور على جوازه، الشافعي، وأبوا حنيفة، والثوري، وداوود، وأحمد وغيرهم، و أما المشهور عن مالك، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف، و قد قال ابن القاسم أيضا، إنه يجوز، و هي أيضا رواية مالك، و حجة الجمهور عموم قوله

1 - مختصر العدوي ص 953

2 - حاشية العدوي 2 / 123

3 - المصدر نفسه 2 / 123

4 - خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي: فقيه مالكي، من أهل مصر. كان يلبس زي الجند. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. له (المختصر) في الفقه، شرحه كثيرون، وترجم إلى الفرنسية، و (التوضيح) شرح به مختصر ابن الحاجب، و(مخدرات الفهوم في ما يتعلق بالتراجم والعلوم) وغيرها. توفي سنة 776هـ. ينظر: الدرر الكامنة: 2/ 86 وفيه: وفاته سنة 767 هـ: معجم المطبوعات: 835 : الديباج المذهب 115.

5 - الشرح الكبير للدردير 1 / 804

تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ}، ولم يخص في الزنا صفة دون صفة، كما قال في إيجاب حد القذف.
وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك¹.

خامسا: زمن قبول نفى الولد من الزوج:

اختلف الفقهاء في المدة التي يقبل فيها نفى الحمل من الزوج:

قال أبو حنيفة: إذا نفى الرجل ولد امرأته عقب الولادة، أو في المدة التي تقبل فيها التهنئة، وهي سبعة أيام عادة، أو التي تشتري فيها مؤونة الولادة، صح نفیه، ولاعن به، لأنه بالنفي صار قاذفا. أما إن نفاه بعدئذ، فلا ينتفي، ويثبت نسب الولد، لوجود الاعتراف منه دلالة، وهو السكوت وقبول التهنئة، والسكوت هنا يعتبر رضا، وهذا هو الصحيح عند الحنفية².

وقال المالكية: أن ينفي الولد قبل وضعه، فإن سكت ولو يوما بلا عذر، حتى وضعته حد، ولم يلاعن. أي أنه يشترط عند المالكية لصحة اللعان، التعجيل بعد العلم بالحمل، أو الولد، فلو أخر بلا عذر لم يصح³.
وقال القاضي عبد الوهاب "وإذا نفى حمل امرأة، فإن ادعى أنه استبرأها بعد وطئة، ثم لم يطأها حتى ظهر الحمل بها، فله أن يلاعنها، فإن قال لم استبرأها، وهذا الحمل ليس مني، فقل له أن يلاعن، وقيل ليس له ذلك، ويلحق به الولد ويحد، وله أن يلاعنها، حاملا قبل وضعها⁴.

ولم يجز الحنفية نفى الحمل قبل الوضع، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع، وينتفي الولد فيه: لأن الحمل غير متبق، ويجوز أن يكون انتفاخا، أو ريحا، واشتراطوا أن يكون النفي عقب الولادة، ولم يكن له

1 - بداية المجتهد لابن رشد 3 / 1531

2 - اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيبي الدمشقي الميداني الحنفي. 3 / 73 - فتح القدير لابن الهمام 260 / 3

3- الشرح الصغير للدردير 2 / 66 - المنتقى للباي 4 / 74

4 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 901

نفي بعده. جاء في حواشي فتح القدير: "ولنا، أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة، لتمكن الاحتمال قبله."¹.

سادسا : شروط المتلاعنين:

1. مذهب المالكية: شروط اللعان عند المالكية تنقسم إلى قسمين: شروط وجوب، وشروط جواز.

أ. شروط وجوب: ويمكن حصرها في ثلاث، وهي:

■ قيام الزوجية بينهما، لقوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم".

■ حرين كانا أو عبيدين، أو أحدهما حر، والآخر عبد.

■ عدلين كانا أو فاسقين.

جاء في المعونة: "واللعان بين كل زوجين، حرين كانا أو عبيدين، أو أحدهما، عدلين أو فاسقين، خلافا لأبي حنيفة في قوله: إن اللعان لا يثبت إلا من زوجين، يكونان، أو أحدهما من أهل الشهادة، و دليلنا قوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم، وهذا عام"².

ب. شروط جواز اللعان عند المالكية:

■ التعجيل: برفع الدعوى بمجرد علم الزوج بالحمل أو الولادة، إن كانت التهمة نفي حمل، أو ولد، فإن

تأخر الزوج بعد علمه، عن رفع الدعوى يوما أو يومين من غير عذر، أو حصل منه وطء لزوجته بعد

رؤيته الحمل، ولو من غير تأخير في رفع الدعوى، امتنع لعانه، ولحق به الولد، وبقيت المرأة زوجة،

و حد هو حد القذف، لأن تأخير اللعان من غير عذر، اعتراف منه بالولد، ومن باب أولى، لو اعترف

1 - شرح فتح القدير لابن الهمام 3 / 260

2 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 1 / 899

بالحمل أو الولد صراحة، أو ضمنا، فلا يجوز له بعد ذلك نفيه بالحال، لما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه"¹.

فإن كانت الدعوى برؤية الزوجة تزني، فلا يشترط تعجيل رفع الدعوى بمجرد الرؤية، فللزوجة القيام بها ولو بعد مدة، و لكن يمنع وطؤها بعد رؤيته إياها تزني، فإن وطأها فلا تثبت دعواه، ولا لعان².

- وقوعه أمام الحاكم أو القاضي، فلا يصح اللعان بين الزوج و الزوجة دون الرفع للحاكم.
- حضور جماعة من المسلمين، أقلهم أربعة عدول، لقول سهل بن سعد في حديث عويمر العجلاني: "فتلاعنا، و أنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه و سلم..."³.

وقد روى هذه القصة، ابن عمر، و ابن مسعود، وابن عباس، وأنس، فدل ذلك دلالة على شهودهم اللعان مع غيرهم، ولأن اللعان لرفع المعرة على الزوج، وفيه حضور الجماعة إياه. أما الحاكم فيضمن انتشار ذلك أو اشتهاره⁴.

- أن يكون على الصفة التي ذكر الله تعالى في القرآن، بحيث يبدأ به الرجل، مشتমা على لفظ "أشهد" لا غيره من الألفاظ، كأحلف أو أقسم، وعلى "اللعان" في المرة الخامسة، ثم ترد عليه المرأة، مشتমা قولها أيضا على لفظ "أشهد" أربع مرات، وعلى لفظ "الغضب" في الخامسة⁵.

- أن يكون اللعان في المسجد الجامع الذي تجمع فيه الجمعة، لقول ابن سعد في الصحيح: "... فتلاعنا في المسجد، و أنا شاهد"⁶.

1 - السنن الكبرى ، كتاب اللعان ، باب الرجل يقر بحل امرأته أو بولدها مرة فلا يكون له نفيه بعده ، 676 / 7 . وكذا أبي الحسن الشيباني في كتاب الآثار . باب اللعان والانتفاء من الولد . رقم: 599 .
2 - شرح الزرقاني 4 / 193 ، - الشرح الكبير للدردير 2 / 463
3 - المصدر نفسه 4 / 193 ، - المصدر نفسه 2 / 463
4 - التمهيد لابن عبد البر 6 / 191 - شرح الزرقاني 4 / 187 - الشرح الكبير للدردير 2 / 464
5 - الشرح الكبير للدردير 2 / 446
6 - فتح الباري لابن حجر 11 / 376

ولأن المقصود من اللعان التغليظ و التخويف، و للموضع أثر في ذلك، و لهذا كان لعان الزوجة النصرانية في الكنيسة، و اليهودية في البيعة، و يلاعن زوجها في المسجد، و إن شاء بعد ذلك أن يحضر معها في الكنيسة¹.

2. مذهب الحنفية²: يقسم الحنفية شروط اللعان إلى شروط وجوب، و شروط جواز.

أ. شروط وجوب: وهي عند الحنفية أنواع:

■ ما يرجع إلى القاذف خاصة، و هو واحد: عدم إقامة البينة، لأن الله تعالى: شرط ذلك في آية اللعان، في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ..."

حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا، لا يثبت اللعان، و يقام عليها حد الزنا، لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود.

■ ما يرجع إلى المقدوف خاصة، وهو شيئان:

إحداهما: إنكارها وجود الزنا منها، حتى لو أقرت بذلك، لا يجب اللعان و يلزمها حد الزنا، الثاني عفتها عن الزنا، فإن لم تكن عفيفة، لا يجب اللعان بقذفها، كما لا يجب الحد في قذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة، فقد صدقته بفعلها، فصار كما لو صدقته بقولها.

■ ما يرجع إليهما جميعا: وهو أن يكونا زوجين، حرين، عاقلين، بالغين، مسلمين، ناطقين، غير محدودين في القذف.

أما اعتبار الزوجية: فلأن الله تعالى خص اللعان بالأزواج بقوله: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ..." و أنه حكم ثابت تعبدا، غير معقول المعنى، فيقتصر على مورد التعبد، و إنما ورد التعبد في الأزواج، فيقتصر عليهم¹.

1 - شرح الزرقاني 4 / 195 – حاشية الدسوقي 2 / 462

2 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 36

ب. شروط جواز اللعان عند الحنفية²:

- أن يكون بحضور القاضي أو نائبه، وهذا متفق عليه، لأن النبي صلى الله عليه وسلم "أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه و لاعن بينهما " ولأنه يمين في دعوى، فلم يصح إلا بأمر الحاكم، كاليمين في سائر الدعاوي، وهذا يتطلب رفع الأمر إلى الحاكم من أحد الزوجين، فإن تراضى الزوجان بغير الحاكم، بإجراء اللعان بينهما لم يصح ذلك، لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم كالحمد.
- أن يكون بعد طلب القاضي: بأن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه، فإن بادر به قبل إلقاء القاضي عليه لم يصح، كما لو حلف قبل أن يحلفه القاضي، وهذا متفق عليه أيضا.
- استكمال لفظات اللعان الخمسة، فإن نقص منها لفظة لم يصح، وهذا كذلك متفق عليه.
- أن يأتي كل من الزوجين بصورة اللعان، كما حددها القرآن.
- الترتيب بين ألفاظ اللعان، وأن يبدأ الرجل بالحلف على امرأته، ثم تحلف المرأة، فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة، أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل، لم يعتد به، وهذا متفق عليه.

سابعاً. شروط نفي الولد:

سنعرض في هذه النقطة، شروط نفي الولد عند المالكية والحنفية، وهي كما يلي:

اختلف المالكية (1) مع الحنفية (2) في تحديد شروط نفي الولد:

1- بدائع الصنائع للكسائي 43 / 5

2 - الدر المختار للحصكفي 7 / 2 - 8 - بدائع الصنائع للكسائي 237 / 3

1. مذهب المالكية¹: اشترط المالكية لنفي الولد الشروط التالية:

- أ. ألا يكون قد وطئها بعد العقد أصلاً.
- ب. أن يكون وطئها، و أتت بالولد بعد الوطء، لمدة لا يلتحق فيها بالزوج، إما لقلة المدة، أو لكثرتها،
كخمس سنين بعد الوطء.
- ت. أن يكون واطئها، و استبرأها، بحيضة بعد الوطء، أو بوضع الحمل.

و دليل اشتراط الاستبراء:

أن الحمل لا ينتفي إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج، و ذلك لا يكون إلا بالاستبراء، لأنه ما لم يستبرئ، يمكن أن يكون الحمل من مائه².

قال الإمام الباجي في المنتقى: "... و أما إن نفاه بعد ذلك – أي بعد الولادة – فلا يخلو أن يدعي الاستبراء أو لا يدعيه، فإن ادعى الاستبراء، فلا خلاف أن له الملاعنة، و إن لم يدع الاستبراء، فهل يلاعن أو يحد؟ قال مالك في كتاب الحمل: ليس له نفي الحمل، إلا أن يدعي الاستبراء... و قد قال به ابن القاسم، و ابن نافع: " يلاعن و إن لم يدع استبراء. ثم قال: و إذا قلنا بنفي الاستبراء، فقال: قد كنت أطأ و لا أدري هل هو مني، فلاعن لما ادعاه من الزنا، فاختلف في هذا قول مالك... و الذي أخذه ابن القاسم، أنها إن كانت بينة، أو أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو به لاحق، و إن كان لاعن على غير هذا، فهو منفي باللعان"³.

2. مذهب الحنفية⁴:

اشترط الحنفية لنفي الولد ستة شروط:

1 - الشرح الصغير للدردير 66 / 2

2- المعونة للقاضي عبد الوهاب 905 / 2

3-المنتقى للباجي 76 / 4

4 - بدائع الصنائع للكساني 246 / 3 – رد المحتار لابن عابدين 811 / 2 .

أ. حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين: لأن الزواج قبل التفريق قائم، فلا يجب النفي.

ب. أن يكون نفي الولد بعد الولادة مباشرة، أو بعدها بيوم، أو يومين، أو نحوها إلى سبعة أيام، مدة التهنئة بالمولود عادة.

ج. ألا يتقدم منه إقرار بالولد، ولو دلالة أو ضمناً، كقبوله التهنئة بالمولود، مع عدم الرد.

د. أن يكون الولد حياً وقت التفريق.

هـ. ألا تلد بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فلو ولدت ولداً آخر بعد التفريق، لزمه الولدان، لثبوت نسب الولد الثاني الذي لم يشملها اللعان، لأن حكم اللعان قد بطل بالفرقة.

و. ألا يكون محكوماً بثبوت نسب الولد شرعاً، كأن ولدت المرأة ولداً فانقلب على رضيع فمات الرضيع، وقضي بديته على عاقلة الأب، ثم نفى الأب نسبه، فيلاعن القاضي بينهما، ولا يقطع نسب الولد، لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب، قضاء بكون الولد منه، ولا ينقطع النسب بعده.

ثامناً : نكول أحد الزوجين عن اللعان:

اختلف العلماء في حكم نكول أحد الزوجين على رأيين:

1. مذهب الجمهور:

و ذهب الجمهور إلى أنه إن امتنع الزوج عن اللعان أو امتنعت الزوجة حد حد الزنا، لأن اللعان بدل عن حد الزنا، لقوله تعالى: "وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ" فإن لم تلاعن، وجب ألا يدراً عنها العذاب، فتحبس حتى تقرر بالزنا أربع مرات، أو تلاعن¹.

1 - القوانين الفقهية لابن جزي ص 245

جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب: "فإن التعن هو و نكلت، سقط الحد عنه، ورجعت إن كانت محصنة، و إلا جلدت، لأن بلعانه قد حقق القذف عليها كالبينة، والزوجة بينهما باقية ما لم تلتعن، خلافا للشافعي في قوله: إن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده، لأن هلال ابن أمية لما التعن، دعا رسول الله ﷺ بها، فلما التعنت، فرق بينهما، فذكر الحكم و سببه، و لأن اللعان لم يكمل جهتها فلم تقع الفرقة، ولأنه لعان من أحد الزوجين، فكان له تأثير في الفرقة، أصله لعان الزوج¹.

و قال ابن رشد في البداية: "فأما إذا نكل الزوج، فقال الجمهور أنه يحد، و قال أبو حنيفة أنه لا يحد ويحبس.

و حجة الجمهور عموم قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ..."² و هذا عام في الأجنبي و الزوج، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود، فوجب أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود، أعني: أنه يحد. وما جاء أيضا في حديث قصة العجلاني، الذي سأل رسول الله ﷺ عن الرجل يجد مع زوجته رجلا آخر فيقتله.....³ و احتج الفريق الثاني: بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول، و التعريض لإيجابه زيادة في النص، والزيادة عندهم فسخ. و الفسخ عندهم لا يجوز بالقياس و لا بإخبار الأحاد، قالوا: أيضا: لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان، و لكان له تأثير في إسقاطه، لأن الالتعان يمين، فلم يسقط به الحد عن الأجنبي، فكذا الزوج⁴.

1 - المعونة للقاضي عبد الوهاب ص 908

2 - سورة النور الآية 4

3 - سبق تخريجه في ص: 306 من البحث

4 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 115

2. مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنه إن امتنع الزوج عن اللعان حبس حتى يلاعن، أو يكذب نفسه، فيحد حد القذف، وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست، حتى تلاعن، أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها، فإن صدقته، خلى سبيلها من غير حد، لأن قوله: "و يدرأ عنها العذاب" أي الحبس عندهم، و عند الحنابلة¹.

جاء في بدائع الصنائع: "ولو امتنع بحبس، لامتناعه عن الواجب عليه، كالممتنع من قضاء الدين، فيحبس حتى يلاعن، أو يكذب نفسه، و عنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان، و لا يجبر عليه، و لا يحبس إذا امتنع، بل يقام عليه الحد، و كذا إذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللعان، و لو امتنعت تحبس، حتى تلاعن أو تقر بالزنا عندنا، و عنده لا تجبر و لا تحبس، بل يقام عيها الحد².

و من أدلتهم قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ"³ أي فليشهد أحدهم أربع شهادات بالله، جعل سبحانه وتعالى موجب قذف الزوجات اللعان، فمن أوجب الحد فقد خالف النص، و لأن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف، و بالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه، إذ ليس كل من امتنع من الشهادة، أو اليمين، يظهر كذبه فيه، بل يحتمل أنه امتنع منه صونا لنفسه من اللعان، والغضب، و الحد لا يجب مع الشبهة، فكيف يجب مع الاحتمال، و لأن الاحتمال من اليمين بدل و إباحة، و الإباحة لا تجري في الحدود⁴.

جاء في مختصر القدوري "...فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن، أو يكذب نفسه فيحد، و إن لاعن و جب عليها اللعان، فإن امتنعت، حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه⁵.

1 - الدر المختار للحصكفي 2 / 808 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 28 .

2 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 28

3 - سورة النور الآية 6

4 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 28

5 - مختصر القدوري 395

تاسعا: رجوع الزوج عن اللعان:

إذا رجع الزوج عن اللعان بأن أكذب الزوج نفسه بعد اللعان، فاتفق أئمة المذاهب الأربعة¹ على أنه يحد حد القذف، و يكون للزوجة الحق في مطالبة القاضي بالحد، سواء كذب نفسه قبل لعانها أو بعدها ؛ لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج، فإذا أكذب نفسه بأن قال، كذبت عليها، فقد زاد في هتك حرمتها، وكرر قذفها، فلا أقل من أن يجب عليه الحد، الذي كان واجبا بالقذف المجرد.

جاء في البدائع: ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان، لتعذر الإتيان به، إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين، وهو يقول إنه كاذب، و يجب الحد. ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار، و صدقت الزوج في القذف، سقط اللعان لما قلنا و لا حد². و قال القدوري في مختصره: " فإن عاد الزوج فأكذب نفسه، حده القاضي، و حل له أن يتزوجها³.

و قال القاضي عبد الوهاب في المعونة: " إذا ثبت أنه بإكذابه نفسه لا تحل له، فإنه يلحق به الولد، إن كان اللعان في نفي حمل، لأن له أن يستحق ولده بعد نفيه، و لا يقبل منه نفيه بعد الاعتراف، و يجلد الحد، بإقراره بقذفها إن كانت ممن يحد قاذفها⁴. و جاء في بداية المجتهد: (و اتفقوا على أنه إذا أكذب نفسه حد، و ألحق به الولد، إن كان نفي ولدا).

و اختلفوا، هل له أن يراجعها بعد الاتفاق؟ الجمهور على أن الفرقة توجب باللعان، إما بنفسه، و إما بحكم حاكم، فقال مالك، و الشافعي، و الثوري، و داود، و أحمد، و جمهور فقهاء الأمصار: إنهما لا يجتمعان و إن أكذب نفسه، و قال أبو حنيفة و جماعة: إذا أكذب نفسه جلد الحد، و كان خاطبا من الخطاب. و قد قال قوم: ترد إليه امرأته.

1- الدر المختار للحصكفي 2 / 812 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 120 - مغني المحتاج للزيلعي 3 / 380 - كشاف القناع للبهوتي 5 / 468

2- بدائع الصنائع للكساني 5 / 49

3 - مختصر القدوري ص 396

4 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 909

وحجة الفريق الأول: "لا سبيل لكل عليها". ولم يستثن، فأطلق التحريم.

وحجة الفريق الثاني: أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان، فكما يلحق به الولد، كذلك ترد المرأة عليه، وذلك، أن السبب الموجب للتحريم، إنما هو الجهل، بتعيين صدق أحدهما، مع القطع بأن أحدهما كذب، فإذا انكشف ارتفع التحريم¹.

عاشرا: هل اللعان شهادات أم أيمان:

اختلف الفقهاء في اللعان هل هو شهادات أم أيمان على رأيين:

1. رأي الجمهور من المالكية وغيرهم²:

رأى الجمهور بأن ألفاظ اللعان سميت شهادات، وهي في الحقيقة أيمان، و اللعان يمين، وإن كان يسمى شهادة، لقوله صلى الله عليه وسلم في قصة هلال بن أمية: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"³، ولأنه لا بد في اللعان من ذكر اسم الله تعالى، وذكر جواب القسم، ولو كان شهادة لما احتاج إليه، ولأنه يسوى فيه الرجل والمرأة، ولو كان شهادة، لكانت المرأة على النصف من الرجل فيه، ولأنه يحب تكراره أربعاً، والمعهود في الشهادة عدم التكرار، أما اليمين، فتكرر كما في أيمان القسامة، ولأن اللعان يكون من الطرفين، والشهادة لا تكون إلا من طرف واحد، وهو المدعي.

أما تسمية اللعان شهادة، فلقول الملاعن في يمينه: "أشهد بالله"، فسمي اللعان شهادة، وإن كان يميناً، فقد يعبر عن الشهادة باليمين، كما في قوله تعالى: "إذا جاءك المنافقون قالوا: نشهد" ثم قال: "اتخذوا أيمانهم جنة".

1- بداية المجتهد لابن رشد 2 / 116

2- مغني المحتاج للزيلعي 3 / 374 - المغني لابن قدامة 7 / 392 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 116

3- سنن ابن ماجه كتاب الطلاق. باب اللعان. 172/1

جاء في المعونة للقاضي عبد الوهاب: " اللعان عندنا يمين، خلافا لأبي حنيفة في قوله، إنها شهادة، وفائدة الخلاف، أنه يصح ممن تقبل شهادته، و من لا تقبل شهادته، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث هلال ابن أمية، إن جاءت له على نعت كذا وكذا، فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه، فقال لها صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان، لكان لي ولها شأن، ولأنه يخالف الشهادة في كثير من شروطها، منها دخول النساء فيه، ولا مدخل لهن في الشهادة على الزنا، وتكرار ألفاظه، ولعن الملتعن نفسه، إن كان يشهد به بخلاف ما هو به، وجوازه من الفاسقين، وإن لم يكونا من أهل الشهادة، وكذلك الأعلى¹.

2. رأي الحنفية:

أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعان وبالغضب، وإنه في جانب الزوج قائم مقام القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام الحد بالزنا، و دليلهم آية اللعان: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله " فقد سعى الأزواج شهداء، وسعى اللعان شهادة في النص: " فشهادة أحدهم " وجعل عددها كعدد شهادات الزنا، وإذا كان اللعان شهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة على المسلم².

جاء في بدائع الصنائع في عرضه لرأي الشافعي، في قوله بأن اللعان أيمان، وليس شهادات، وعرض دليل الحنفية في المسألة فقال: " ولنا قوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله...³ " والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين: أحدهما أنه تعالى: سعى الذين يرمون أزواجهم شهداء، لأنه استثناهم من الشهداء بقوله: " ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم " والمستثنى من جنس المستثنى منه.

1- المعونة للقاضي عبد الوهاب 900 / 2

2- اللباب للمنبي 75 / 3 - بدائع الصنائع للكساني 44 / 5

3- سورة النور الآية 6

و الثاني: أنه سعى اللعان شهادة نصا بقوله عز وجل: " فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله " و الخامسة، أي: الشهادة الخامسة. و قال تعالى في جانبها: " و يدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله "¹. إلا أنه تعالى سماها شهادة بالله تأكيداً للشهادة باليمين، فقوله أشهد يكون شهادة، و قوله بالله يكون أيمن، وهذا مذهبنا، أنه شهادة مؤكدة بالأيمن.

و الدليل على أنه شهادة أنه شرط فيه لفظ الشهادة و حضرة الحاكم².

احدى عشر: الآثار المترتبة عن اللعان :

1. آثار اللعان عند المالكية:

الأحكام المتعلقة باللعان أو ما يترتب عليه، و هي ستة أمور، ثلاثة مترتبة على لعان الزوج، و ثلاثة مترتبة على لعان الزوجة. أما الثلاثة المترتبة على لعان الزوج، فهي :

الأول: رفع الحد عن الزوج، إن كانت الزوجة مسلمة مطيقة للوطء، و إن لم تكن بالغة، أو رجع الأب عنه في الذمية، و الدليل:

. أن آيات اللعان مخصصة لعموم آية القذف، و قد تقدم بسط هذا في دليل مشروعية اللعان..

. أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يحد هلالاً، و لا العجلاني، و اكتفى منهما باللعان، فدل ذلك على إسقاط حد القذف عن الزوج بالملاعنة. فإن امتنع الزوج من اللعان، و جب عليه حد القذف، إذا كانت زوجة مسلمة، لأن الأصل أن الحكم هو حد القذف، و اللعان بدل منه، والدليل هنا، مركب من الدليل على أن أصل الحكم هو حد القذف، و من الدليل على أن اللعان بدل منه ، فأما الدليل على الأول فهو:

قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً¹}

1- سورة النور الآية 8

2 - بدائع الصنائع للكساني 5 / 44 - 45

ووجه الاستدلال : أن الآية عامة، في الزوج وفي الأجنبي.²

الثاني: إيجاب الحد أو العذاب على المرأة، إذا نكلت بعد لعانه. والدليل:

قوله تعالى: {وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذِبِينَ} ³

ووجه الاستدلال من الآية، أنه يلزم من درء العذاب بالشهادة، استقرار العذاب وتوجهه عليها بلعان الزوج، و انتقاله منه إليها، حتى يصح درؤها له، و كذلك، فالآية نص في أن الزوجة إذا لم تدرأ العذاب بالشهادة التي هي لعانها، فإنه يجب عليها هذا العذاب، لأنها تكون بعدم قيامها بالالتعان، قد أثبتت التهمة عليها، فاستحقت العذاب.⁴

و المراد بالعذاب في الآية، حد الزنا الوارد في قوله تعالى: {وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين} ⁵، فسمى حد الزنا الواقع على الزانيين عذاباً لهما، فتحمل آية اللعان على آية حد الزنا، لاتحاد المقصد فيهما، ولأن الألف و اللام في كلمة "العذاب" للعهد، وهو المذكور في أول السورة.⁶

الثالث: قطع نسبه من حمل ظاهر أو سيظهر، و الدليل:⁷

قول ابن عباس رضي الله عنه، في قصة لعان هلال بن أمية: ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما، و قضى: أن لا يدعى ولدها لأبيه.

وعن ابن عمر رضي الله عنه، أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله بينهما، وألحق الولد بالمرأة،¹ و قوله صلى الله عليه وسلم " الولد للفراش " فإن هذا الحديث ورد في الذي يدعي

1 - سورة النور الآية 4

2 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 780 ، المنتقى للباجي ، 4 / 77

3 - سورة النور الآية 8

4 - الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 780 – المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 902 – المنتقى للباجي 4 / 77 - الذخيرة للفراشي 4 / 305

5 - سورة النور الآية 2

6 - أحكام القرآن لابن العربي 3 / 1346 .

7 - القبس لأبي بكر بن العربي 2 / 748 – المنتقى للباجي 4 / 76

بالزنا ولدا على فراش غيره، كما هو موضوع حديث عتبة، و أما نفي الزوج ما تلده زوجته، فليس من هذا الحديث في شيء، لأن رسول الله ﷺ قد قضى في ذلك بالملاعنة، وألحق الولد الملعن به، إلى أمه دون الزوج المولود على فراشه²، و ينتفي النسب بمجرد التعان الزوج وحده، و لا يفتقر إلى التعان المرأة، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج، و إثبات النسب منه، و إسقاط الحد عنها، و لا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه³.

أما الثلاثة المترتبة على لعان الزوجة فهي كالتالي:

الأول: تأييد حرمتها عليه، و إن انفش حملها الذي لاعن لأجله، أو أكذب نفسه، فلا تحل له أبدا، لأن التأييد لا يقع إلا بعد التعان الزوجة، فالدليل على هذه المسألة ما يلي⁴:

حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال للمتلاعنين: {حسابكما على الله، أحكما كاذب، لا سبيل لك عليهما}⁵. ووجه الاستدلال، أن دلالة الحديث على التحريم مطلقة، و التحريم إذا أطلق بدون تقييد، حمل على التأييد، في كل الأحوال، ولو انفش الحمل، أو أكذب الزوج نفسه، والنبي صلى الله عليه وسلم قد أعلم المتلاعنين، أن تمام اللعان رفع سبيل الزوج على زوجته، وهو تنفيذ لما أوجبه الله تعالى بينهما من المباحة، وهو معنى اللعان في اللغة⁶.

حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: { المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا }⁷.

1 - صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث الملعنة، رقم 6748

2 - المقدمات الممهدة لابن رشد 1 / 637

3 - المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 909

4 - المصدر نفسه 2 / 908 - إشراف للقاضي عبد الوهاب 2 / 786

5 - صحيح البخاري كتاب الطلاق باب قول الإمام للمتلاعنين: إن أحكما كاذب فهل منكما تائب، رقم 5312

6 - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 12 / 194 - بداية المجتهد لابن رشد 2 / 138 - المنتقى للباقي 4 / 78

7 - السنن الصغرى للبيهقي كتاب الإيلاء باب اللعان رقم: 2167.

قول ابن عباس رضي الله عنه في حديث لعان هلال بن أمية: ففرق رسول الله ﷺ بينهما . وكذلك قول علي وعبد الله: مضت السنة ألا يجتمع المتلاعنان، قال علي أبدا¹ و ترتيب الحكم على الوصف هنا يدل على سببته له، والمسبب متأخر عن السبب و مرتب عليه².

الثاني: فسخ النكاح، فرقة اللعان فسخ، و ليس طلاقا، لأن الزوجين مغلوبان على الفرقة، قياسا على الرضاع، لأنه يوجب فرقة³.

و لأنهما مغلوبان على الفرقة من غير إيقاع موقع، و الطلاق لا يكون إلا بإيقاع مطلق، ووجه آخر أنهما مغلوبان على الفرقة من غير فساد عقد النكاح، فوجب أن يكون فسخا، لأن الطلاق لا يغلبان على إيقاعه، إلا لفساد في العقد، على أحد القولين، و على القول الآخر، فلا يغلبان عليه، وما غلب عليه فهو فسخ بكل وجه⁴.

الثالث: رفع الحد عنها. و الدليل قوله تعالى: {وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ} ⁵. والآية نص في أن التعان الزوجة، فائدته رفع الحد عنها⁶.

2. آثار اللعان عند الحنفية:

يترتب عن اللعان بين الزوجين أمام القاضي عند الحنفية الأحكام التالية:⁷

- سقوط حد القذف أو التعزير عن الزوج، و سقوط الزنا عن الزوجة، فإن لم يلاعن الرجل وجب عليه، عند غير الحنفية حد القذف، إن كانت الزوجة الملاعنة محصنة، و التعزير إن كانت غير

1- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 12 / 194

2 - الذخيرة للقرافي 4 / 308

3 - الإشراف للقاضي عياض 2 / 785 – المنتقى للباجي 4 / 78.

4 - المنتقى للباجي 4 / 78

5- سورة النور الآية 8

6- المعونة للقاضي عبد الوهاب 2 / 901 – أحكام القرآن لابن العربي 3 / 1346

7- بدائع الصنائع للكساني 3 / 244 – 248 - فتح القدير لابن الهمام 3 / 253

محصنة، وإن لم تلعن المرأة، وجب عليها عند المالكية حد الزنا، من جلد البكر، ورجم المحصنة (المتزوجة).

■ تحريم الوطء، والاستمتاع، بعد التلاعن من كلا الزوجين، ولو قبل تفريق القاضي لحديث: " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا"^{1 2}.

■ وجوب التفريق بينهما: لا تتم الفرقة عند الحنفية إلا بتفريق القاضي، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية، " ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما"^{3 4}.

و هذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله، فلو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر، ولو طلقها الزوج ويقع طلاقه، وقال المالكية في الراجح من الروايتين عن أحمد: تقع الفرقة باللعان دون حكم حاكم، لأن سبب الفرقة وهو اللعان قد وجد، فتقع الفرقة به من غير حاجة إلى تفريق القاضي، ولقول عمر رضي الله عنه: " المتلاعنان يفرق بينهما، ولا يجتمعان أبدا".

■ هذه الفرقة طلاق بائن عند أبي حنيفة، ومحمد، لأنها بتفريق القاضي، كما في التفريق بسبب اللعنة، وكل فرقة من القاضي تكون طلاقا بائنا.

قال صاحب مختصر القدوري: فإذا التعنا فرق القاضي بينهما، وكانت الفرقة طلاقا بائنا، عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف، تحريم مؤبد"⁵.

1- سنن أبي داود ، كتاب الطلاق ، باب في اللعان ، 2 / 473 . صححه الشيخ الألباني.

2- نيل الأوطار: 6 / 271

3- سبق تخريج الحديث في ص: 306 من البحث

4- نيل الأوطار: 6 / 274

5- مختصر القدوري ص 396

✓ اختيار ابن عبد البر في اللعان:

الذي اختاره ابن عبد البر في مسائل اللعان، ما نص عليه علماء مذهبه. فقال بعد ذكره حديث العجلاني، و ذكر قول من قال، بأن في هذا الحديث دلالة على أن الحد لا يجب بالتعريض في القذف. ورد عليهم بقوله: " وهذا عندي لا حجة فيه، لأن المعرض به غير معين، ولا جاء طالبا، وإنما جاء الحد على من عرض بقذف رجل، يشير إليه، أو يسميه في مشاتمة، أو منازعة، و يطلب المعرض له، ما يجب له من الحد، إذا كان يعلم من المعرض، أنه قصد القذف للمعرض به، و زوجة عويمر لم يمسه، ولا أشار إليها، ولا جاءت طالبة.¹

و قال في مسألة نفى الحمل: " قال أبو عمر: جملة قول مالك و أصحابه، أن لا ينفية الزوج بما يدعيه من رؤية الزنا، ولا يثبت في الحمل إلا بدعوى الاستبراء، وأنه لم يطقأ بعد أن استبرا". و الاستبراء عند مالك وابن القاسم حيضة²

✓ اختيار السمرقندي في مسائل اللعان:

ذهب الإمام السمرقندي مذهب أصحابه في مسائل اللعان، و لم ير له اختيار، فقال في التحفة: أما الأول فنقول: اللعان مشروع بين الزوجين. و قال في مسألة كونه شهادات مؤكدة: وهو شهادات مؤكدة بالأيمان عندنا، و عند الشافعي أيماننا مؤكدة بالشهادة.³

✓ تعليق ومقارنة :

انطلاقا من اختياراتهما في مسائل اللعان، والتي بينت توجهاتهما، المتمثلة في التزام مذهبيهما دون خلاف.

¹ - الاستذكار لابن عبد البر 201 / 17

² - المصدر نفسه 219 / 17

³ - تحفة الفقهاء للسمرقندي 217 / 2

والملاحظ، أن الحافظ ابن عبد البر لم يكتفي بما تقرر في مذهبه، بل ناقش الأدلة والحجج التي يقول بها المخالفون، ووجه الاستدلال بها، مدافعا عن أصول مذهبه، مرجحا قولهم، في مسائل اللعان، سواء تعلق الأمر بنفي الولد، أو حد القذف، أو الاستبراء، وغيرها من المسائل المنظمة للعان، مما يعطينا تصورا واضحا عن كيفية اشتغال ابن عبد البر رحمه الله في كتابه الاستذكار، حيث يعرض الأدلة ويناقشها، ويعرضها على ميزان أهل الحديث والفقه والتفسير، ثم يدلي برأيه، معبرا عنه بقلت ، أو قال أبو عمر.

بينما الإمام السمرقندي، اكتفى بتقرير ما عليه مذهبه في مسائل اللعان، وما اختاره أبو حنيفة النعمان وأصحابه، مبينا الخلاف بين الأحناف والشافعية، في معرض إثبات أصول مذهبه وتقريرها، معبرا على ذلك بقوله: عندنا، أو ما عليه مذهبنا، والصحيح قولنا، وغيرها من الأمور المبينة لما اعتمد من أقوال في مسائل اللعان عند الأحناف.

خاتمة البحث

من خلال هذه الدراسة المتواضعة، التي قمت بها لبعض الأبواب الفقهية، المنطوية تحت قسم المعاملات (المالية، والأسرية)، والتي اتضح في أغلبها للإمامين ابن عبد البر والسمرقندي اختيارات فيها. نخلص إلى النتائج التالية:

1. يعتبر الإمام ابن عبد البر والإمام السمرقندي من كبار أعلام الفقه والتجديد في هذه الأمة، من خلاف تأليفهما الغزيرة والرصينة واجتهاداتهم التي أغنت البحث العلمية الفقهي من كل جوانبه، مما جعلهما في قمة هرم علماء عصرهم وما تلاهم من العصور، لينال بذلك الإمام ابن عبد البر لقب "حافظ المغرب" والإمام السمرقندي لقب "الفقيه".
2. تشعب الآراء الفقهية في مجال المعاملات المالية، والعلاقات الأسرية، وكذا تعدد الآراء الكثيرة في الجزئية الواحدة، يشكل عقبة صعبة في طريق البحث الفقهي الذي يصعب عليه حصر مسائل الخلاف والخروج بنتيجة قطعية في المسألة.
3. أن التراث الفقهي مجال خصب ومتسع بكل فروعه وجزئياته لاحتضان واقعنا الحالي بكل مستجداته، غير أن تحرير ذلك يحتاج إلى ذوي الكفاءات من الباحثين والفهاء حتى ينزلوا مستجدات عصرنا وواقعنا على ما ثبت وتقرر من الصور الفقهية التي بثها الفقهاء والمحققون في كتبهم.
4. أن ما بحثناه في هذه الدراسة الفقهية من أحكام المعاملات المالية والعلاقات الأسرية، كفيل لأن يحل كثيرا من مشكلات عصرنا لو تم الرجوع إليه واعتماده بشكل رسمي، لأنه من تشريعات رب العالمين، مما يجعل الحل الذي يقدمه علاجاً تاماً للمشكلة؛ إذ الحل الشرعي يكون حلاً مدروساً من كل

الجوانب بل وحتى احتمال المآلات التي يمكن أن يؤول إليها هذا الفعل ، مما يجعل من الحل الفقهي عموما ذا فعالية وقوة في حل المشكلات ، لأنه ناتج عن دراسة معمقة ودقيقة للمشكل .

5. أن الإمامين جمعا في كتابيهما (الاستذكار ، وتحفة الفقهاء) اللذين هما محل الدراسة بين الآراء الفقهية والاختلافات المذهبية في المسائل المختلفة ، مما يدل دلالة قطعية على عقلية الفقيهين الكبيرة ، بنبذهما للتعصب المذهبي والحرص على وحدة المسلمين والتقليل من هوة الخلاف ، إذ يتجلى عملهما في تحقيق الحق وتقريره بناء على الأدلة ، بعيدا عن العصبية والهوى .
6. أن الإمامين في جل المسائل لا يكاد أحدهما يخرج عن مذهبه الفقهي إلا في مسائل قليلة ، غير ما كان من ترجيح داخل المذهب .

وبناء على المستنتجات السابقة يمكن ابداء الاقتراحات التالية:

1. ضرورة تخصيص ورشات علمية عملية؛ من أجل الوقوف على المنهج العلمي الرصين للإمامين، ابن عبد البر، والإمام السمرقندي، في كيفية استنباطهما للأحكام الشرعية، بتوظيف القواعد الأصولية والفقهية المعتمدة عند كل إمام. مما يبرز أن اختيارات الفقهاء وتوجهاتهم، لم تكن مبنية على التشهي والهوى، وإنما بناء على قواعد علمية، تحدد طريقة التحليل والاستنباط، مما يوسع من دائرة قبول الآراء المختلفة حول المسألة الواحدة، ونبذ التعصب المذهبي وصوابية الرأي الواحد.
2. ضرورة الاستفادة مما تتحيه التقنيات الحديثة، عبر إنشاء قاعدة بيانات معلوماتية (base de donné) تهدف الى جمع مختلف الآراء الفقهية في مجال المعاملات المالية والإسرية، خصوصا وفي مجال الفقه الإسلامي بوجه أعم ، حتى يتسنى للباحثين والعلماء المعاصرين، الاطلاع بشكل رسمي على مختلف الآراء والتوجهات في المسألة الواحدة، بشكل أكثر دقة وأخصر وقتا وجهدا، قصد ادخاره واستثماره في توظيف تلك الأقوال والتخريج عليها، واستنباط الأحكام الشرعية للمستجدات

المعاصرة، التي تثيرها المتغيرات المجتمعية والدولية المتسارعة من حيث الزمان والمكان ، والتي تتطلب دائما توفر تأطير فقهي حي يواكبها، خاصة في مجال المال والأعمال.

3. ضرورة الاهتمام بالعنصر البشري والتركيز عليه، بتخصيص برامج تكوينية تُعرِّف الناشئة بآليات الاجتهاد ،وتبسط قواعدها للجيل الجديد، بطرق وكيفيات تراعي قدراته اللغوية، ومتطلبات مجتمع اليوم ، مصداقا لقوله ﷺ: "إن الله لا يقبض العلم انتزاعًا ينتزعه من العباد، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يُبقِ عالماً اتَّخذ الناس رؤوساً جهالاً، فسئلوا فأفتوا بغير علم: فضلوا وأضلوا". وقوله ﷺ: "يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، ينفون عنه تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين". وليس هناك من وسيلة لبناء مناعة ذاتية " العدالة" تحصننا من تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين، إلا بتمكين الأجيال الصاعدة، من القواعد العلمية المتينة للاستنباط والاجتهاد، وبث العلم ونشر المعرفة الصحيحة.

4. ضرورة اعتناء أهل كل بلد بتقنين الأحكام الفقهية الإسلامية ، حسب الراجح والمشهور، وما جرى به العمل من المذهب المعتمد رسميا في الدولة، مع الاجتهاد الذي يراعي تحقيق قيم الإسلام وجلب المصالح ودرء المفاسد عن الناس. وذلك حتى يسهل على المهتمين بتشريع القوانين وإعدادها، اللجوء إلى هذه المدونات، لمعرفة الأحكام المناسبة، للظروف الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، في كل مرحلة، بدل اللجوء الى القوانين الغربية، لاستصدارها والاستمداد منها، نظرا لوجود فراغ ممن هم مهتمين بهذا المجال.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقمها
{أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبَّحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ}	البقرة	16
{هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}	البقرة	187
{وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ وَلَئِمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ..}	البقرة	221
{لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}	البقرة	226
{فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}	البقرة	229
{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ}	البقرة	233
{وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا}	البقرة	234
{لَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}	البقرة	275
{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ}	البقرة	278
{وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ}	البقرة	282
{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً}	آل عمران	130
{وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا}	النساء	20
{وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلٌ}	النساء	22

23	النساء	{ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ }
24	النساء	{ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ.. }
29	النساء	{ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }
130	النساء	{ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ }
161	النساء	{ وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ }
1	المائدة	{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }
4	المائدة	{ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ }
122	التوبة	{ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ }
25	يونس	{ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى دَارِ السَّلَامِ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ }
92	النحل	{ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ }
22	الأنبياء	{ لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا }
2	الحج	{ يَوْمَ تَرَوْهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ }
5	الحج	{ فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ }
2	النور	{ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ }
4	النور	{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ... }
6	النور	{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ }
8	النور	{ وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ }
4	الأحزاب	{ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ }
5	الأحزاب	{ اذْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ }

		وَمَوَالِيكُمْ {
2	المجادلة	{الَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ..}
3	المجادلة	{وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...}
1	الطلاق	{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ..}

فهرسة الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
243	أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق
253	أتردين عليه حديقته؟
95	أتيك بالآخر غدا رهنا إن شاء الله
312	إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه
172	إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر ...
175	إذا ولغ الكلب في إناء احدهم فاغسلوه سبعا وغفروه الثامنة بالتراب .
225	أرضعيه خمس رضعات فيحرم بلبنها
31	استلف النبي بكرا
74	ألا و إن ربا الجاهلية موضوع و أول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب
266	إن ابنتي توفي عنها زوجها و قد اشتكت عينيها أفتكحلها
42	إن الذي حرم شربها حرم بيعها
177	أن الكلاب كانت تقبل و تدبر في مسجد رسول الله صلى الله عليه و سلم و لم يكونوا يرشون شيئا من ذلك
42	إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ...
42	إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكره عليه
112	إن بني اسرائيل افترقت على إحدى وسبعين وإن أمتي ستفترق
30	أن رسو الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا فنفذت الابل...

306	أن هلال ابن أمية قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه و سلم بشريك ابن سمحاء
213	إنما الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم
202	إنما الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة
201	إنما الرضاعة من المجاعة
243	إنما الطلاق لمن أخذ بالساق
114	أنه كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه
178	إنها ليست بنجسة
207	إنذني له فإنه عمك
95	باع بغيره له بأربعة أبعرة مضمونة عليه بالربذة
50	باع جملا له يسمى " عصيفيرا " بعشرين بغيره إلى أجل
105	بايع و قل لا خلافة ثم انت بالخيار ثلاثا
103	البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار
306	البينة أو حد في ظهرك
271	تحد المبتوتة كما تحد المتوفى عنها زوجها، و لا تلمس طيبا
324	حسابكما على الله، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليهما
133	الخراج بالضمان
73	الذهب بالذهب ربا إلا هاء و هاء، و البر بالبر ربا إلا هاء..
73	الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و البر بالبر و الشعير بالشعير و التمر بالتمر و الملح بالملح
214	الرضعة الواحدة تحرم
148	رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ

298	فاعتزلها حتى تكفر عنك
105	فإن كنت غير تارك البيع، فقل لها ولا خلافة
306	قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ، فَأَذْهَبَ فَأَتَى بِهَا
181	كسب الحجام خبيث و ثمن الكلب خبيث
96	لا بأس إذا كان يدا بيد
57	لا بأس أن يسلف الرجل الرجل في الطعام الموصوف بسعر معلوم إلى أجل مسمى.
43	لا تبع ما ليس عندك
73	لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين
73	لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض.
273	لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا، ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب
215	لا تحرم الإملجة أو الإملجتان
213	لا تحرم الرضعة والرضعتان
215	لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضاعة والرضاعتان
215	لا تحرم المصة والمصتان
130	لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ
74	لا ربا إلا في النسيئة
230	لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء
229	لا رضاعة بعد فطام ولا يتم بعد احتلام

197	لا يحل سلف و بيع، و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك
265	لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا
96	لا يصح الحيوان بالحيوان اثنان بواحد نسيئة، و لا بأس به يدا بيد
42	لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرم على قوم
73	لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله و كاتبه وشاهديه و قال: هم سواء
164	ليس على رجل بيع فيما لا يملك
219	ما كان في الحولين و إن كان قطرة واحدة محرم
112	المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار
324	المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا
275	المتوفى عنها زوجها لا تلمس المعصفر من الثياب و لا الممشق و لا الحلي و لا تختضب و لا تكتحل
146	مروا أولادكم بالصلاة و هم أبناء سبع سنين
134	المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا و فيه عيب إلا بينه له
105	المسلمون على شروطهم
187	من ابتاع طعاما لا يبعه حتى يستوفيه و في رواية يقبضه
62	من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم
30	من أسلف في شيء ففي كيل معلوم وزن معلوم إلى أجل معلوم
190	من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه
119	من اشترى شيئا لم يره، فهو بالخيار إذا رآه
109	من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام

151	من اقتنى كلاباً إلا كلب ماشية و صيد نقص أجره كل يوم قراطان
173	من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا
134	من غشنا فليس منا
185	الناجش أكل ربا خائن
61	نهى الرسول ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ
162	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر
43	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر
180	نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب و إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه بالتراب
30	نهى عن السلف في الحيوان
166	نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
95	نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
98	نهى عن بيع الحيوان باللحم
50	نهى عن بيع الحيوان نسيئته
72	نهى عن بيع الذهب بالذهب و الفضة بالفضة
170	نهى عن بيع العربان
164	نهى عن بيع المضامين والملاقيح و حبل الحبله
163	نهى عن بيع حبل الحبله
185	نهى عن تلقي الركبان و عن بيع حاضر لبادي و عن النجش...
181	نهى عن ثمن السنور و الكلب إلا كلب صيد
43	نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن

212	وكيف وقد زعمت أنه قد أرضعتكما فنهاه عنه
184	ولا تناجشوا
103	ولك الخيار ثلاثا
152	وهلا استمتعتم بإهائهما ، قالوا إنها ميتة قال : إنما حرم أكلها
202	يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب
209	يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة

فهرس القواعد الأصولية والفقهية

الصفحة	القواعد	ر.ت
325	التحريم إذا أطلق بدون تقييد حمل على التأبيد	14
199	الحاجة معتبرة في الشرع	11
136	الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أو بانتهاء الوقت المحدد لها	5
191	حكم التبع حكم الأصل	8
314	الحكم الثابت تعبدًا غير معقول المعنى يقتصر على مورد التعبد	13
298	صريح كل باب لا ينصرف لغيره بالنية	12
199	العادة محكمة في الشرع	10
199	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني	9
180	كل ما فيه منفعة مباحة جاز بيعه	7
145	كل ما كان ممنوعًا بوصفه فهو ممنوع بأصله	4
158	كل محرم العين نجس الذات.	1
168	الكلام المطلق لا يحمل على المقيد خصوصًا إذا كان في ذلك فساد العقد	6

147	لا حرج على الأفعال وإنما الحرج على الأقوال	2
199	ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه	15
146	النهي يقتضي فساد المنهي عنه إلا ما خرج بدليل منفصل	3

فهرس المصطلحات الغربية

الصفحة	المصطلح الغريب	رت
120	الإعارة	6
120	الإيداع	7
163	بيع الحصاة	
163	بيع الغرر	12
165	بيع الملامسة	17
132	تصروا	10
132	التصرية	9
165	حبل الحبله	18
31	رباعيا	2
296	رتقاء	21
152	السرجين	11
228	السعوط	19
276	صبر	14

164	الصبرة	13
296	عفلاء	22
31	الفاره	3
296	قرناء	23
50	قلانص	5
131	القنية	8
45	الكالى	4
165	المضامين	15
165	الملايح	16
36	المماكسة	1
228	الوجور	20

المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع .

حرف الألف

- 1- الإيهاج في شرح المنهاج. تقي الدين السبكي ط دار الكتب العلمية ، سنة 1416هـ 1995م ؛
- 2- الإحكام في أصول الأحكام ، علي بن محمد الآمدي . عبد الرزاق عفيفي ط دار الأضاعي ، ط 1 سنة النشر 1424هـ 2003م ؛
- 3- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الدكتور عامر سعيد الزبياري ، ط دار بن حزم ، ط 1 سنة : 1418هـ 1997م ؛
- 4- الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، ت محمود أبو دقيق ، ط مطبعة الحلبي . القاهرة ، سنة : 1356هـ 1937م ؛
- 5- اختلاف الأئمة العلماء يحيى بن محمد الذهلي الشيباني ، ت السيد يوسف أحمد ، دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة : 1423هـ 2002م ؛
- 6- إرواء العليل ، في تخريج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الالباني، المكتب الإسلامي؛
- 7- أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض، لأبي العباس المقرئ، تحقيق مصطفى السقا وآخرون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر- القاهرة، عم النشر 1358هـ-1939م.
- 8- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ط دار الفوائد
- 9- الأعلام ، خير الدين الزركلي / نشر دار العلم للملايين سنة 2002 ط 15 ؛
- 10- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، ابن قيم الجوزية ، ت مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبدة ، ط دار ابن الجوزي ؛
- 11- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله ، ت مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبدة ، ط دار بن حزم ؛

- 12-الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر 2002؛
- 13-أعيان العصر وأعوان النصر، صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، الطبعة 1 سنة 1998؛
- 14-إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، ابن قيم الجوزية، ت محمد عزيز شمس - مصطفى بن سعيد إيتيم ط مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ط 1 سنة: 1432هـ؛
- 15-أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، لأبي يحيى زكرياء الأنصاري، ت محمد الزهري الغمراوي، ط المطبعة الميمنية، سنة: 1313هـ؛
- 16-الأشباه والنظائر عل مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ط دار الكتب العلمية، ط 1 سنة 1419هـ 1999م؛
- 17-الأشباه والنظائر للسيوطي، دار الكتب العلمية، ط 1 1411هـ 1990م؛
- 18-الإشراف على نكت مسائل الخلاف، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ت مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبدة، ط دار بن القيم. دار بن عفان، ط 1 سنة: 1429هـ / 2008م؛
- 19-إكمال إكمال المعلم للأبي السنوسي، 4 / 120 ط دار السعادة. مصر سنة، 1328هـ؛
- 20-الأم محمد بن إدريس الشافعي. ط دار المعرفة، سنة 1410هـ 1990م؛
- 21-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان الماوردي، ت محمد حامد الفقي، ط السنة المحمدية، ط 1 سنة 1375هـ 1995م؛
- 22-أنوار البروق في أنواء الفروق، شهاب الدين القرافي، ط دار الكتب العلمية.

حرف الباء

- 1- البحر الزخار المعروف بمسند البزار، أبو بكر أحمد العتيكي المعروف بالبزار، ت محفوظ الرحمن زين الله ط مكتبة العلوم والحكم، ط 1؛
- 2- البحر المحيط في أصول الفقه، الزركاشي، ت عبد القادر عبد الله العاني. ط 2 سنة 1413هـ 1992م
- 3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ط المكتبة العصرية، بيروت. لبنان؛
- 4- البداية والنهاية، إسماعيل بن عمر بن كثير، ط مكتبة المعارف بيروت، سنة 1410 / 1990؛

5- بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس، للضي ، ت إبراهيم الإبياري ، نشر بتاريخ: 1410 هـ / 1989 م ط 2 ؛

6- بلغة السالك ، احمد بن محمد الخلوتي المالكي ، ت محمد عبد السلام شاهين ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة : 1415 هـ 1995 م ؛

7- البناية شرح الهداية ، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدرالدين ، ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة 1420 هـ 2000 م؛

8- البهجة في شرح التحفة ، علي بن عبد السلام بن علي أبو الحسن التسولي . ط دار الكتب العلمية ، ط 1 1418 هـ 1998 م ؛

9- البيان و التحصيل محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ابو الوليد ، ت محمد حجي ط دار الغرب الإسلامي ، ط 2 سنة 1408 هـ 1988 م .

حرف التاء

- 1- تاج التراجم ، قاسم بن قطلوبغا السودوني أبو الفداء ، تحقق: محمد خير رمضان يوسف؛
- 2- تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي ، ط الكويت ، ط 2 ؛
- 3- التاج والإكليل لمختصر خليل ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي ، أبو عبد الله المواق المالكي ، ط دار الكتب العلمية ، ط 1 1416 هـ 1999 م ؛
- 4- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين الذهبي، تحقيق: د. بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 2003 م؛
- 5- تاريخ دمشق لابن القلانسي، تحقيق د سهيل زكار، دار حسان للطباعة والنشر، لصاحبها عبد الهادي حرصوني-دمشق، الطبعة الأولى 1403 هـ-1983 م؛

- 6- تاريخ علماء الأندلس للإمام ابن الفارض : ت بشار عواد معروف ، ط دار الغرب الإسلامي ، سنة 1429هـ / 2008 م ، ط 1 ؛
- 7- تاريخ قضاة الأندلس، لأبي الحسن النبهاني المالقي الأندلسي، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الافاق الجديدة، بيروت-لبنان، الطبعة الخامسة 1403هـ-1983م.
- 8- تبیین المسالك شرح تدريب المسالك إلى اقرب المسالك ، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي ط دار الغرب الإسلامي ، ط 2 سنة : 1995م؛
- 9- التجريد موسوعة القواعد الفقهية المقارنة (التجريد للقدوري) لأحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري أبو الحسين . ط 1 سنة : 1424هـ / 2004م ؛
- 10- التحرير و التنوير محمد الطاهر بن عاشور ، ط الدار التونسية للنشر ؛
- 11- تحفة الفقهاء للسمرقندي ، ط : دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة : 1405هـ/1984م ؛
- 12- تذكرة الحفاظ لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماں الذهبي شمس الدين أبو عبد الله ، ت عبد الرحمن بن يحيى المعلمي ، ط دائرة المعارف العثمانية، ط 1 ، سنة 1374هـ. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب. ط 2 سنة 1403هـ / 1983م؛
- 13- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، للقاضي عياضي ، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، سنة ، 1403هـ ، 1983م ط 2 ؛
- 14- تشنيف المسامع بجمع الجوامع ، محمد بن جمال الزركشي بدر الدين أبو عبد الله ، ت سيدي عبد العزيز . عبد الله ربيع ط مؤسسة قرطبة ، ط 1 / سنة 1418هـ 1998م؛
- 15- التعريفات، للشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية، ط 1 ، 1403هـ-1983م؛
- 16- تكملة المجموع ، لأبي زكريا معى الدين بن شرف النووي ط دار الفكر ؛

17- التكملة لكتاب الصلة ، لمحمد بن عبد الله بن أبي بكر القضاعي ابن الأبار ، ت الدكتور عبد السلام
الهراس ، ط دار الفكر ، سنة : 1415 هـ 1995 م ؛

18- التمهيد لابن عبد البر ت الأستاذ مصطفى بن أحمد العلوي ، والأستاذ محمد بن عبد الكريم البكري ،
ط من طرف وزارة الوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب نشر على عدة سنوات من 1387 هـ إلى 1412 هـ
ط 2 ؛

19- تهذيب الأسماء و اللغات للإمام النووي ، ط الطباعة المنيرية . القاهرة ؛

20- تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى
1326 هـ.

21- تهذيب السنن ، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبوعبد الله ، ت إسماعيل بن غازي مرحبا ،
ط دار مكتبة المعارف ، ط 1 سنة : 1428 – 2007 ؛

22- تهذيب الكمال في أسماء الرجال لأبي الحجاج، جمال الدين المزي، تحقيق: د. بشار عواد معروف
مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة: الأولى، 1400 – 1980؛

23- التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، عالم الكتب عبد الخالق ثروت، القاهرة، الطبعة الأولى
1410 هـ-1990؛

24- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للأمام السعدي ، ت د عبد الرحمن بن معلا اللويحق . ط
دار السلام .

حرف الجيم

1- الجامع الأحكام القرآن للقرطبي ، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي . ط : مؤسسة الرسالة . ط 1 سنة

: 1427هـ / 2006م؛

2- جامع البيان عن تأويل آية القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، ت عبد الله بن عبد المحسن

التركي ، ط دار هجر ؛

3- جامع العلوم الملقب بدستور العلماء ، القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري ، ت حسن

هاني فحص ، ط دار الكتب العلمية . لبنان بيروت ، ط 1 سنة : 1421هـ 2000م ؛

4- جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس للحافظ أبي عبد الله محمد بن أبي نصر فتوح بن عبد الله الحميدي -

المتوفي سنة 488 هـ ، ت بشار عواد معروف ، محمد بشار عواد ، ط دار الغرب الإسلامي ، سنة 1429هـ

: 2008

5- جمهرة اللغة ، محمد بن الحسن بن دريد أبو بكر ، ت رمزي منير بعلبكي ، ط دار العلم للملايين ، ط 1

سنة : 1987م ؛

6- الجواهر الحسان في تفسير القرآن عبد الرحمن أبو زيد الثعالبي المكي ، ت علي معوض . عادل عبد

الموجود - دار إحياء التراث بيروت ، ط 1 سنة : 1418هـ 1997م ؛

7- الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي أبو محمد محيي الدين

الحنفي / . ط . دار المعارف النظامية - حيدر آباد ، سنة 1332؛

8- . الجواهر النقي على سنن البيهقي ، علاء الدين علي بن عثمان المشهور بابن التركماني ، ط دار الفكر ؛

9- الجوهرة النيرة عل مختصر القدوري ، أبو بكر علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي

، المطبعة الخيرية ، ط 1 سنة 1322هـ .

حرف الحاء

- 1- حاشية البجوري للإمام إبراهيم بن محمد بن أحمد الشافعي الباجوري ط دار النور المبين؛
- 2- حاشية الدسوقي. لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ط دار الفكر؛
- 3- حاشية الرملي عل أسنى المطالب في شرح روض الطالب، شهاب أحمد الرملي، ت محمد الزهري الغمراوي، ط المطبعة اليمنية، سنة 1313هـ؛
- 4- حاشية الصاوي على الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك)؛
- 5- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ط دار الرشاد الحديث، سنة: 2013م / 1434هـ

حرف الخاء

- الخرشي على مختصر سيدي خليل، محمد الخرشي أبو عبد الله، المطبعة الأميرية الكبرى، ط 2 سنة: 1317هـ.

حرف الدال

- 1- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، ت عبد المنعم خليل إبراهيم، ط دار الكتب العلمية، ط 1 سنة: 1423 – 2002؛
- 2- الدردير شرح مختصر خليل باب السلم، ط المكتبة العصرية، سنة 2014م / 1435هـ؛
- 3- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لابن حجر العسقلاني، دائرة المعارف العثمانية- حيدر آباد طبعة 1 سنة 1349؛
- 4- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ابن فرحون، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر- القاهرة؛

5- ديوان الإسلام، لابن الغزي، تحقيق سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1411هـ-1990م.

حرف الذال

1- الذخيرة أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين ، ت محمد حجي - سعيد أعراب - محمد بوخيزة ، ط دار الغرب الإسلامي ، ط 1 سنة : 1994م .

حرف الراء

1- رد المحتار على الدر المختار ، ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفي: 1252هـ) ت عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض. ط دار عالم الكتب؛

2- الروض النضير في تحرير اوجه الكتاب المنير ، للمتولي ، ت خالد حسن أبو الجود ، سنة 1425هـ 200م؛

3- روضة الناظر وجنة المناظر ، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، ت شعبان محمد إسماعيل ، ط مؤسسة الريان ، ط 1 سنة النشر 1419هـ 1998م.

حرف الزاي

1- زاد المسير في علم التفسير عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي أبو الفرج جمال الدين ، ط المكتب الإسلامي. دار بن حزم . ط 1 سنة 1423هـ / 2002م ؛

2- زاد المعاد في هدي خير العباد ، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية ، ت شعيب الأرناؤوط - عبد القادر الأرناؤوط ، ط مؤسسة الرسالة ، ط 3 سنة : 1418 - 1998.

حرف السين

- 1- سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ت محمد ناصر الدين الألباني، ط دار مكتبة المعارف . ط 1 سنة: 1427 – 2006؛
- 2- سراج السالك شرح أسهل المسالك، عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي دار صادر بيروت؛
- 3- السراج الوهاج شرح متن المنهاج، محمد الزهري الغما دار المعارف بيروت لبنان، سنة 1337م؛
- 4- سنن ابن ماجه، ت محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء الكتب العربية؛
- 5- سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1979، بتعليق محمد ناصر الدين الألباني؛
- 6- سنن أبي داود. ت شعيب الأرناؤوط، ط دار الرسالة العالمية، 1430 / 2009، ط 1؛
- 7- سنن أبي داود، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1979، بتعليق محمد ناصر الدين الألباني؛
- 8- سنن الترمذي (الجامع الكبير)، ت بشار عواد معروف، ط دار الغرب الإسلامي، ط 1 سنة 1996؛
- 9- سنن الترمذي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1979، بتعليق محمد ناصر الدين الألباني؛
- 10- سنن النسائي الصغرى (المجتبى من السنن) الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية سنة: 1420 – 1999.
- 11- سنن النسائي، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بتعليق محمد ناصر الدين الألباني؛
- 12- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين الذهبي، دار الحديث- القاهرة، طبعة 1427هـ-2006م.

حرف الشين

- 1- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 1424 هـ - 2003 م؛
- 2- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن عماد الحنبلي، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، الطبعة الأولى 1406 هـ-1986 م؛
- 3- شرح التلقين ، محمد بن علي بن عمر التميمي المازري ، ت محمد المختار السلامي ط دار الغرب الإسلامي ، ط 1 سنة : 1997 م ؛
- 4- شرح التلويح على التوضيح سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ط مكتبة صبيح بمصر؛
- 5- شرح الزرقاني على الموطأ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري ، ت عبد الرؤوف سعد ، ط مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة ، ط 1 سنة : 1424 هـ - 2003 م؛
- 6- شرح السنة ،الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي أبو محمد ، ت شعيب الأرناؤوط – زهير الشاويش ط : المكتب الإسلامي . ط 2 سنة : 1403 – 1983؛
- 7- شرح الكوكب المنير محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار ، ت محمد الزحيلي.نزيه حماد ط وزارة الأوقاف السعودية ، ط 1 سنة 1413 هـ 1993 م؛
- 8- شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول ، محمد بن عبد الرحمان الأصفهاني . ت د عبد الكريم بن علي النملة ، ط مكتبة الرشد ، ط 1 1420 هـ 1999 م ؛
- 9- شرح معاني الأثر للطحاوي ، ت محمد زهري النجار ، محمد سيد جاد الحق ، يوسف عبد الرحمن المرع ط عالم الكتب ، ط 1 سنة : 1414 هـ 1994 م ؛

- 10- شرح منتهى الإرادات ، منصور بن يونس بن إدريس الجهوتي ، ت عبد الله بن المحسن التركي ، ط مؤسسة الرسالة ، ط 1 1419 هـ. 1999 م ؛

حرف الصاد

- 1- صحيح البخاري ، ت صديق جميل العطار ، دار الفكر ، ط 1 ؛
- 2- صحيح الجامع الصغير وزيادته ، (الفتح الكبير) ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي ، الكعبة الثالثة ، 1988 .
- 3- صحيح مسلم ، ت محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ؛
- 4- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس لابن باشكوال ، ت إبراهيم الإياري ، ط دار الكتاب المصري القاهرة ، ودار الكتاب اللبناني بيروت ، ط 2 ، سنة 1410 هـ / 1989 م ؛
- 5- الصلة في تاريخ أئمة الأندلس ، لابن بشكوال ، صححه وراجع أصله: عزت العطار الحسيني ، مكتبة الخانجي ، الطبعة الثانية 1374 هـ - 1955 م .

حرف الطاء

- 1- طبقات الحفاظ للإمام جلال الدين السيوطي . ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط 1 سنة 1403 هـ ؛
- 2- طبقات الشافعية ، لتقي الدين ابن قاضي شهبة ، المحقق: د. الحافظ عبد العليم خان ، عالم الكتب - بيروت الطبعة الأولى 1407 هـ .
- 3- الطبقات الكبرى ، لابن سعد ، تحقيق: محمد بن عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الأولى 1410 هـ - 1990 م ؛
- 4- طبقات المفسرين ، محمد بن علي بن أحمد الداوودي شمس الدين ، ط دار الكتب العلمية .

حرف العين

- 1- ابن عبد البر الأندلسي وجهوده في التاريخ ، ليث سعود جاسم ، ط دار الوفاء المنصورة .، ط 2 سنة 1408هـ / 1988م . عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي ، أبو بكر بن العربي المالكي ج 1 ص 35 ط دار البارز؛
- 2- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ، ت حمزة أبو فارس ، ص 227 ط دار الغرب الإسلامي ، ط 1 1410هـ . 1990م ؛
- 3- عون المعبود على شرح سنن أبي داود ، شرف الحق العظيم آبادي أبو عبد الرحمن ، ت أبو عبد الله النعماني الأثري ، ط دار بن حزم ، ط 1 سنة 1426هـ 2005م؛
- 4- عيون المسائل في فروع الحنفية للمصنف رحمه الله ، ت سيدي محمد مهني ، ط دار الكتب العلمية بيروت . لبنان ، ط 1 سنة 1419هـ / 1998م .

حرف الغين

- 1- غاية المنتهي في جمع الإقنلع والمنتهي ، مرعي بن يوسف بن الكرمي ، ت ياسر إبراهيم المزروعى - رائد يوسف الرومى ط دار غراس ، ط 1 1428هـ 2007م؛
- 2- غاية النهاية في طبقات القراء ، شمس الدين أبو الخير ابن الجزري ، مكتبة ابن تيمية ، عني بنشره لأول مرة عام 1351هـ ج . برجستراسر؛
- 3- غريب الحديث ، للقاسم بن سلام ، المحقق: د. محمد عبد المعيد خان ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، حيدر آباد- الدكن ، الطبعة الأولى ، 1384 هـ - 1964 م.

حرف الفاء

- 1- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين ، ت عبد القادر شيبه الحمد ، ط 1 سنة : 1421 – 2001م؛

2- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل ، سلمان بن عمر بن مصور

العجيلي الأجهري ، ط دار الفكر ؛

3- الفقه الاسلامي و أدلته الدكتور وهبة الزحيلي دار الفكر دمشق ط 2 1405 هـ / 1985 م؛

4- فقه المجتمع ، محمد صادق الصدر – ط 1؛

5- الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزري ط دار الفجر ، ط 2 1431 هـ / 2010 م .

6- فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيوخات والمسلسلات، لعبد الحي الكتاني، تحقيق

إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي-بيروت، الطبعة الثانية 1982؛

7- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للكنوي الهندي، تصحيح وتعليق: أبو فراس لنعساني، دار السعادة

بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى 1324 هـ.

حرف القاف

1- القوانين الفقيه لابن جزى الغرناطي ؛

2- القياس لابن القيم ، المطبعة السلفية ومكتباتها ، 1346 ، مصر .

حرف الكاف

1- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ، ت محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني ، ط مكتبة

الرياض الحديثة ، ط 1 سنة : 1398 هـ 1978 م ؛

2- كشف الأسرار شرح أصول البهزوي ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي ط دار

الكتاب الإسلامي ؛

3- كشف الظنون عن اسامي الكتب والفنون ، حاجي خليفة / ت محمد شرف الدين يالتاقايا ، نشر دار

إحياء التراث العربي بيروت لبنان ؛

4- كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي، علي حسين البواب، دار الوطن-الرياض، بدون طبعة ولا تاريخ.

5- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصري ، ت عبد القادر الأرناؤوط . طالب عواد ، ص 293 ، ط دار البشائر ، ط 9 ، 1422هـ 2001م .

حرف اللام

- 1- اللباب في تهذيب الأنساب ، أبو الحسن عز الدين ابن الأثير، ط دار المثنى بغداد ؛
- 2- اللباب في الجمع بين السنة و الكتاب ، علي بن زكرياء المنبجي أبو محمد ، ت محمد فضل عبد العزيز المراد ، ط المكتبة الحقانية . ط 2؛

- 3- لباب المنقول في أسباب النزول ، جلال الدين السيوطي ، ط مؤسسة الكتب الثقافية ؛
- 4- لسان الميزان، لابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى المحقق: عبد الفتاح أبو غدة 2002م؛
- 5- لسان العرب لابن منظور ط دار صادر بيروت . سنة 1422هـ 2002م .

حرف الميم

- 1- المبدع في شرح المقنع ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق ،برهان الدين (المتوفى: 884هـ) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان . ط 1 سنة: 1418 هـ- 1997م؛
- 2- المبسوط للسرخاسي . ط دار المعرفة بيروت ، ط 1 سنة 1409هـ 1989م؛
- 3- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز . أبو محمد عبد الحق بن عطية الاندلسي المحاربي ، ت عبد السلام عبد الشافي محمد ، دار الكتب العلمية ، ط 1 1422هـ؛

- 4- المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى الواقعات مدللته بدلائل المتقدمين ، محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري برهان الدين أبو المعالي الحنفي . نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، سنة 1424 هـ 2004 م ط 1؛
- 5- مختار الصحاح محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، ط مكتبة لبنان ، سنة 1986 م ؛
- 6- مختصر الطحاوي . أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، ت أبو الوفا الأفعاني . ط لجنة إحياء المعارف النعمانية؛
- 7- مختصر القدوري للإمام أبي الحسن أحمد بن محمد البغدادي المعروف بالقدوري . دراسة وتحقيق د أحمد مزي . مؤسسة الريان للطباعة والنشر . (2005)؛
- 8- المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي محمد جمعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1424 هـ-2004 م؛
- 9- المدونة الكبرى ، ط وزارة الأوقاف السعودية ، سنة 1324 هـ ؛
- 10- مرقاة المصابيح، للملا القاري، دار الفكر، بيروت -لبنان، الطبعة الأولى 1422 هـ-2002 م؛
- 11- المستدرك على الصحيحين ، محمد بن عبد الله الحاكم النيسبوري ، ت مصطفى عبد القادر عطا ، ط دار الكتب العلمية . ط 2 سنة : 1422 هـ 2002 م؛
- 12- المستصفى من علم الأصول ، أبو حامد الغزالي ، ت حمزة بن زهير حافظ . ، ط شركة المدينة المنورة للطباعة؛
- 13- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243 هـ) ط المكتبة الإسلامية ، ط 2 سنة : 1415 هـ - 1994 م؛

14-المطلع على أبواب المقنع ، محمد بن أبي الفتح البعلي أبو عبد الله شمس الدين ، ت زهير الشاويش ، ط
المكتب الإسلامي ، سنة 1401 هـ 1988 م ؛

15-المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي عبد الله البعلي، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب،
مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى 1423 هـ - 2003 م.

16-معالم السنن، للخطابي، المطبعة العلمية – حلب، الطبعة الأولى 1351 هـ - 1932 م.

17-معجم البلدان ،ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي شهاب الدين أبوعبد الله / ، ط دار
صادر، سنة : 1397 – 1993؛

18-معجم التعريفات ، علي بم محمد السيد الشريف الجرجاني ، ت محمد صديق المنشاوي ، ط دار الفضيلة.

19-معجم العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي ، ت عبد الحميد هنداي ، ط دار الكتب العلمية ، ط 1
سنة : 1424 – 2003؛

20-معجم لغة الفقهاء محمد راولس قلجعي ، ط دار النفائس ، ط 2 1408 هـ 1988 م؛

21- معجم المطبوعات العربية والمعربة، لسركيس، مطبعة سركيس بمصر، 1346 هـ-1928 م.أبو الفضل
أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852 هـ)؛

22-معجم مقاييس اللغة – لابن فارس (باب السين و اللام و ما يماثلهما) ، تحقيق عبد السلام محمد هارون .
ط : دار الفكر ، سنة 1399 هـ / 1979 م ؛

23-معونة أولي النهى شرح المنتهى، محمد بن أحمد تقي الدين الفتوحي ابن النجار . ت عبد الملك بن عبد
الله بن دهيش ، ط مكتبة الأسد ، ط 5 ؛

24-معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام ، أبو الحسن علاء الدين الطرابلسي الحنفي ، ط
دار الفكر ؛

- 25- المغرب في حلى المغرب لأبي سعيد المغربي ، ت شوقي ضيف ، نشر دار المعارف ، ط 4؛
- 26- المغني لابن قدامة ، ت عبد الرحمن عميرة ، ط دار عالم الكتب . ط 1 سنة : 1409 هـ / 1989 م؛
- 27- المغني موفق الدين ابن قدامة ، ت : عبد الله بن عبد المحسن التركي – عبد الفتاح الحلو ، ط دار عالم الكتب ، ط 3 ، سنة 1417 هـ / 1997 م؛
- 28- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الخطيب الشربيني ط دار الكتب العلمية ، ط 1 سنة 1415 هـ / 1994 م - المعونة على مذهب عالم المدينة ، القاضي عبد الوهاب البغدادي ، ت حميش عبد الحق ط دار المكتبة التجارية ؛
- 29- مفتاح الوصول إل بناء الفروع على الأصول ، محمد بن أحمد الحسني التلمساني ، ت علي فركوس أبو عبد المعز ط المكتبة المكية . مؤسسة الريان ، ط 1 سنة 1419 هـ 1998 م ؛
- 30- المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم ، لأبي العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي ، ت محي الدين ديب مستو – أحمد محمد السيد – يوسف علي بديوي – محمود إبراهيم بزال ، ط دار ابن كثير دمشق . بيروت ، دار الكلم الطيب دمشق . بيروت؛
- 31- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ، شمس الدين ابو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي ، ت محمد عثمان الخشت ، ط دار الكتاب العربي بيروت ، ط 1 سنة 1405 هـ 1985 م ؛
- 32- مقدمة الاستذكار لابن عبد البر ، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي ، ط دار قتيبة دمشق ، بيروت . دار الوعي حلب . القاهرة ، ط 1 سنة 1414 هـ / 1993 م ؛
- 33- المقدمات الممهدة : محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد محمد حجي ، ط 1 السنة : 1408 – 1998 ؛

34-المنتقى على الموطأ ، للإمام أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ط دار السعادة ط1، سنة 1332هـ ؛

35-منح الجليل ، محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ) ط دار الفكر – بيروت ، سنة : 1409هـ/1989م ؛

36-المهذب في فقه الإمام الشافعي إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي أبو إسحاق ، ت محمد الزحيلي. ط دار القلم؛

37-موسوعة الاجماع لابن تيمية ، ت عبد الله بن مبارك البوصي آل سيف ط دار البيان الحديثة ، ط 1 سنة : 1420هـ 1999م ؛

38-الموطأ. ت محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي .سنة 1985 - 1406 ؛

39-الموافقات و تعليقاته ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق ، ت مشهور بن حسن آل سلمان / ط دار بن عفان ؛

40-ميزان الاصول في نتائج العقول ، محمد بن أحمد السمرقندي علاء الدين شمس النظر . ت محمد زكي عبد البر ، ط مطابع الدوحة ، سنة 1404هـ 1984م ؛

41-الميزان عبد الوهاب الشعراني ، ت عبد الرحمن عميرة ، ط عالم الكتب ، ط 1 1409هـ 1989م .

حرف النون

1- النتف في فتاوى أبو الحسن علي بن الحسن بن محمد السغدري .حنفي ، ت المحامي صلاح الدين الناهي ، ط دار الفرقان .مؤسسة الرسالة ، ط 2 سنة : 1404هـ 1984م؛

2- الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، دار الكتب العلمية – بيروت؛

3- نثر الورود على مراقبي السعود ، الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، تحقيق وإكمال تلميذه محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي ، ط دار المنارة ، ط 2؛

4- نصب الراية لأحاديث الهداية ، جمال الدين بن يوسف الزيلعي ، ت محمد عوامة ، ط دار القبلة للثقافة الإسلامية . مؤسسة الريان . المكتبة المكية ؛

5- نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب، لشهاب الدين المقرئ، تحقيق إحسان عباس، دار ادر-بيروت-لبنان؛

6- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ) ، ط دار الفكر، بيروت ، سنة: 1404هـ/1984م .

7- النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان 1399هـ-1979م؛

8- نيل الابتهاج بتطريز الديباج، للتنبكتي، دار الكاتب طرابلس ليبيا، الطبعة الثانية 2000م.
حرف الهاء

1- الهداية شرح بداية المبتدي مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي ، علي بن أبي بكر المرغياني برهان الدين أبو الحسن. ت: نعيم أشرف نور محمد . ط دار إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – باكستان . ط 1 سنة: 1417هـ؛

2- الهداية في شرح بداية المبتدي ، علي بن أبي بكر برهان الدين ، ت طلال يوسف ، ط دار إحياء التراث العربي ؛

3- هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين للإمام إسماعيل باشا البغدادي ، ط مؤسسة التاريخ العربي .

حرف الواو

1- الوافي بالوفيات، لصالح الدين الصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، عام النشر 1420هـ-2000م؛

2- الوفيات، لابن قنفذ القسنطيني، تحقيق: عادل نويمهض، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الرابعة 1403هـ-1983م؛

3- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لابن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر-بيروت.

فهرس الموضوعات

4	مقدمة:
11	فصل تمهيدي : التعريف بالإمامين : ابن عبد البر والسمرقندي
12	المحور الأول : حياة بن عبد البر ومكانته العلمية :
20	المحور الثاني : حياة الامام السمرقندي ومكانته العلمية
25	الباب الأول : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في مجال المعاملات المالية
26	الفصل الاول : أحكام السلم و الربا بين ابن عبد البر والسمرقندي
27	المبحث الأول : أحكام السلم بين ابن عبد البر والسمرقندي
30	المطلب الأول : محل بيع السلم واختيارات ابن عبد البر والسمرقندي فيه
41	المطلب الثاني : شروط بيع السلم وأثرها على اختيارات الإمامين
71	المبحث الثاني: اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في أحكام الربا
75	المطلب الأول: ربا الفضل
87	المطلب الثاني: ربا النساء
100	الفصل الثاني : أحكام الخيار والبيع الفاسدة بين ابن عبد البر والسمرقندي
101	المبحث الأول : موقف ابن عبد البر والسمرقندي من بيع الخيار
102	المطلب الأول : خيار الشرط وخيار المجلس
118	المطلب الثاني: خيار الرؤية وخيار العيب :
118	أولا : خيار الرؤية:
129	ثانيا: خيار الشرط والعيب
141	المبحث الثاني: أنواع البيع المتفق على فسادها عند الإمامين:
146	المطلب الأول: البيع المتفق على فسادها :
175	المطلب الثاني: " البيع المختلف في فسادها "

الباب الثاني : الاختيارات الفقهية لابن عبد البر والسمرقندي في مجال العلاقات الأسرية	199
الفصل الأول : الضوابط المنظمة للرضاع من خلال كتابي الاستذكار وتحفة الفقهاء	200
المبحث الأول : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في ما يحرم من الرضاع ومقدار الرضاع المحرم	203
المطلب الأول : المحرمات بسبب الرضاع	206
المطلب الثاني : مقدار الرضاع المحرم :	210
المبحث الثاني : حكم رضاعة الكبير ولبن الفحل عند ابن عبد البر والسمرقندي	224
المطلب الأول : رضاعة الكبير :	225
المطلب الثاني : مسألة لبن الفحل :	232
الفصل الثاني : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي من خلال كتاب الطلاق	238
المبحث الأول : موقف ابن عبد البر والسمرقندي من طلاق السكران و الخلع والإحداد	239
المطلب الأول : طلاق السكران :	248
المطلب الثاني : طلاق الخلع	252
المطلب الثالث : الإحداد:	265
المبحث الثاني : اختيارات ابن عبد البر والسمرقندي في مسائل الإيلاء والظهار واللعان	280
المطلب الأول الإيلاء و الظهار:	281
المطلب الثاني : أحكام اللعان:	303
خاتمة البحث	329
فهرس الآيات القرآنية	332
فهرسة الأحاديث النبوية	335
فهرس القواعد الأصولية والفقهية	341
فهرس المصطلحات الغريبة	343
المصادر والمراجع	345
فهرس الموضوعات	365