الجمهورية الجزائرية الديقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur Et de la Recherche Scientifique

جامعة غرداية
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

Université de Ghardaia
Faculté des sciences sociales et humaines
Département des sciences islamique

دروس في مادة:

الفـقــه المقـــارن 2

مقدمة لطلبة السنة الثالثة ليسانس

في السداسي السادس

شعبة التكوين في العلوم الإسلامية – الشريعة

تخصص الفقه والأصول

إعداد الدكتور: بكير حمودين

أستاذ محاضر في جامعة غرداية

الموسم الجامعي 1442–1443هـ/ 2020– 2021م

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات **1**

مقدمة **5**

الدرس التمهيدي **6**

التعريف بالفقه المقارن 6

موضوع الفقه المقارن 6

فوائد مادة الفقه المقارن 6

الدرس الأول: الولاية في النكاح **7**

مقدمة 7

تعريف الولي 7

مذاهب الفقهاء في الولاية في النكاح 7

أدلة المذاهب 8

سبب الاختلاف 11

الترجيح 11

الدرس الثاني: الشروط الجعلية في الزواج **13**

أولا: الشروط في العقود عامة 13

تعريف الشرط 13

أقسام الشروط 13

أنواع الشروط الجعلية 13

أنواع الشروط الجعلية باعتبار ملاءمتها للعقد 14

ثانيا: الشروط الجعلية في الزواج 15

مذاهب الفقهاء في الشروط الجعلية في عقد الزواج وأدلتهم ومناقشتها 15

تأثير الشرط الفاسد على العقد 20

الرأي المختار 20

الدرس الثالث: نكاح التحليل **21**

تمهيد 21

تعريف نكاح التحليل 21

حكم نكاح التحليل عند الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها 21

الرأي المختار 27

الدرس الرابع: زواج المسلم بالكتابية **28**
تحرير محل النزاع 28
أدلة المذاهب 29
مناقشة أدلة المذاهب 32
الترجيح 37
الدرس الخامس: التفريق بسبب الإعسار **38**
تعريف الفُرْقة 38
أنواع الفرق باعتبار القضاء 38
تعريف الإعسار 38
النفقة الواجبة للزوجة 39
تقدير نفقة الزوجة 39
تحرير محل النزاع 40
أدلة المذاهب ومناقشتها 40
الرأي المختار 42
شروط التفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به 43
نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق 44
الدرس السادس: الطلاق الثلاث بلفظ واحد **45**
أنواع الطلاق الثلاث 45
حكم جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد 45
أقوال الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحد 47
أدلة الأقوال ومناقشتها 47
الترجيح 54
الدرس السابع: خيار المجلس **55**
تمهيد في الخيارات 55
تعريف خيار المجلس 56
انتهاء خيار المجلس 57
أقوال الفقهاء في خيار المجلس 57
أدلة الأقوال ومناقشتها 57
الدرس الثامن: خيار الشرط **63**
تعريف خيار الشرط 63

الحكمة من خيار الشرط 63
أقوال الفقهاء في خيار الشرط وأدلتهم ومناقشتها 63
ما يثبت فيه خيار الشرط 65
شروط قيام الخيار 65
حكم العقد عند الزيادة عن مقدار مدة خيار الشرط 67
حكم العقد إذا كان خيار الشرط غير مؤقت (مطلق عن المدة)، أو مؤقت بمجهول: 67
أثر الخيار على انتقال الملك 68
انتهاء خيار الشرط 69
الدرس التاسع: علة الربا 70
تعريف الربا 70
أنواع الربا 70
خلاف العلماء في علة تحريم ربا البيوع 71
أدلة الأقوال 74
مناقشة أدلة الأقوال 77
الموازنة والاختيار 79
الدرس العاشر: حكم بيع وشرط 81
تحرير محل النزاع 81
أدلـة الأقوال 82
مناقشات أدلة الأقوال وردودها 85
الدرس الحادي عشر: انتفاع الراهن بالرهن 89
تعريف الرهن 89
مشروعية الرهن 89
الحكم التكليفي للرهن 89
قبض الرهن 90
ضمان الرهن إذا هلك بنفسه 90
نماء الرهن 91
أقوال الفقهاء في مسألة انتفاع الراهن بالمرهون 91
الدرس الثاني عشر: انتفاع المرتهن بالعين المرهونة 94
تحرير محل النزاع 94
أقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بالرهن غير المحتاج إلى مؤنة وأدلتهم ومناقشتها 94

أقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بالرهن المحتاج إلى مؤنة وأدلتهم ومناقشتها 95
موازنة واختيار 99
الدرس الثالث عشر: القضاء بشاهد ويمين..... 101
تمهيد 101
اتجاهات الفقهاء في كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه وأدلتها..... 101
شروط اليمين..... 102
حكم اليمين..... 103
مذاهب الفقهاء في القضاء بالنكول واليمين المردودة 103
أدلة المذاهب 104
مناقشة الأدلة..... 105
أقوال الفقهاء في حكم القضاء بامرأتين ويمين..... 106
أدلة الأقوال 107
الدرس الرابع عشر: شفعة الجار..... 108
تعريف الشفعة..... 108
مشروعية الشفعة..... 108
الحكمة من الشفعة..... 108
أركان الشفعة..... 109
أقوال الفقهاء في السبب الموجب للشفعة 109
أقوال الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار وأدلتهم..... 110
خاتمة..... 115
قائمة المصادر والمراجع..... 116

مقدمة

تعد مادة الفقه المقارن من أبرز المقاييس المقررة في شعبة الشريعة، بخاصة لمن يروم فيها التخصص في الفقه وأصوله أو في الفقه المقارن.

ذلك أن هذه المادة في السنة الثالثة تهدف إلى تمكين الطالب من مواصلة التعرف على مجموعة مسائل فقهية خلافية؛ من خلال تصورها ثم التعرف على أقوال الفقهاء فيها، وكذا أدلتهم التي استندوا إليها، ومناقشات هذه الأدلة، ثم محاولة الترجيح بين هذه الأقوال إن تيسر ذلك.

كما تهدف مادة الفقه المقارن إلى الإسهام في تكوين الملكة الفقهية للطالب في جانب الاستدلال والمقارنة والمناقشة والترجيح بين الأقوال الفقهية.

محتوى المادة مسائل فقهية خلافية موزعة على أربعة عشر درسا، وتتناول الدروس محورين هامين وهما: فقه الأسرة أو الأحوال الشخصية، وكذا المعاملات المالية، وتمت كتابة هذه المادة العلمية باعتناء وضبط؛ وذلك بالرجوع إلى المصادر والمراجع الفقهية الأصيلة للمذاهب الفقهية الأربعة المشتهرة بالإضافة إلى المذهب الإباضي، وكما لا تستغني عن الاستفادة من بعض المراجع الفقهية المعاصرة.

واستيعاب الطالب للمادة المدروسة يرتكز على فهمه لمنهج تناول المسائل الفقهية المقارنة أولا، ثم على مدى تمرنه على مطالعة مصادر الفقه والتعامل معها، وأيضا على معارفه العامة في اللغة العربية وفي أصول الفقه وفي مناهج البحث.

الدرس التمهيدي

التعريف بالفقه المقارن

مادة الفقه المقارن كما يذكر في تعريفها الاصطلاحي يراد بها: جمع أقوال الفقهاء المختلفة في الحكم الشرعي للمسألة الواحدة الفرعية، مع أدلتها ومقابلة بعضها ببعض، ثم مناقشتها مناقشة علمية موضوعية للوصول إلى أقوى الأقوال دليلا وأقربها إلى قواعد الشرع؛ ليظهر الراجح من المرجوح فيجب العمل به.

وهو بهذا المعنى أقرب الى ما كان يسميه الباحثون من القدامى بعلم الخلاف، أو علم الخلافيات.

موضوع الفقه المقارن

موضوع الفقه المقارن هو المسائل الفرعية التي اختلف فيها فقهاء الشريعة ومجتهدوها من أصحاب المذاهب الفقهية وغيرهم.

والمواضيع التي تم تقريرها على طلبة الثالثة ليسانس في السداسي السادس في شعبة الشريعة وفي تخصص الفقه والأصول هي مواضيع شتى؛ تشمل بابين هامين من أبواب الفقه وهما باب فقه الأسرة، وباب المعاملات المالية.

فوائد مادة الفقه المقارن

فوائد المادة كثيرة وأهمها:

- ✓ التعرف على التراث الفقهي الكبير الذي تركه لها الفقهاء الأجلاء من مختلف المذاهب الفقهية وذلك من خلال ما خلفوه من مراجع ومصادر فقهية.
- ✓ العمل على تكوين المالكة الفقهية للطلبة من خلال ما يطرح من المسائل الفقهية والأصولية والاستفادة من نتائج النقاشات الفقهية وأوجه الاستدلال المختلفة.
- ✓ تقريب شقة الخلاف بين المسلمين والحد من تأثير العوامل المفرقة التي كان من أهمها وأقواها: جهل علماء بعض المذاهب بأسس وركائز المذهب الآخر، وكذا عدم الرجوع إلى المراجع المعتمدة عند كل مذهب، مما ترك المجال مفتوحا أمام تسرب الدعوات المغرضة في تشويه مفاهيم المخالف والتقول عليه بما لا يقول به.
- ✓ إشاعة المرونة في تقبل الآراء ونشر الروح الرياضية بين الباحثين والقضاء على مختلف النزاعات العاطفية من التعصب والتزمت وإقصاء الآخر وإبعاد كل ذلك عن مجالات البحث العلمي

والفائدة الكبرى لهذا العلم: هو محاولة الوصول إلى حكم الله في المسائل التي تنازع فيها أهل العلم.

الدرس الأول: الولاية في النكاح

مقدمة

لا خلاف بين أهل العلم أن للرجل العاقل البالغ أن يعقد عقد النكاح لنفسه بنفسه، كما يجوز له أن يعقده لغيره إذا كان وليا أو وكيلا عنه.

أما المرأة فقد اختلف الفقهاء في عقدها النكاح من غير إذن وليها، وهذا ما ندرسه في المسألة الآتية.

تعريف الولي

القرب والدنو، والولي الاسم منه، وكل من ولي أمر واحد فهو وليه.

وفي أسماء الله تعالى "الولي"؛ وهو الناصر، وقيل: المتولي لأمور العالم والخلائق، القائم بها.

ويطلق الولي على من يتولى شؤون اليتيم، وشؤون المحجور عليه لسفه وغيره.

ووالي البلد: ناظر أمور أهله، ومنه ولي النكاح.

وولي أمر المرأة: من يلي عقد النكاح عليها، ولا يدعها تستبدّ به دونه.

والولاية تشعر بالتدبير والقوة والفعل كما عند ابن منظور[1].

مذاهب الفقهاء في الولاية في النكاح

اختلف الفقهاء في الولاية في النكاح:

المذهب الأول:

ذهب جمهور العلماء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها، فالولاية عندهم شرط من شروط صحة النكاح.

قال الشوكاني: "وقد ذهب إلى اعتبار الولي في النكاح جمهور السلف والخلف، حى قال ابن المنذر إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك"[2].

وروي شرطيتها عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة، وعائشة رضي الله عنهم.

وإليه ذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، وعبيد الله العنبري، وإسحاق وأبو عبيد.

وممن ذهب إلى شرطية الولاية في النكاح: الإمام مالك رحمه الله.

---

1) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي، لسان العرب المحيط، ط1، دار الصادر، بيروت، مادة: ولي.

2) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط 1، دار ابن حزم، 357/1.

وروي عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وأبي يوسف؛ قالوا: لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي، فإن فعلت؛ كان موقوفا على إجازته[1]، وهذا مذهب مالك[2]؛ أي أن النكاح لا يكون إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه[3]، وبه قال الشافعي[4]، وأحمد[5].

المذهب الثاني:

ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى اشتراط الولاية في النكاح إذا كان المولى عليه صغيرا أو صغيرة، أو مجنونا، سواء أكانت الصغيرة بكرا أو ثيبا.

وقال أبو حنيفة، وزفر، والشعبي، والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي، وكان كفءا جاز[6].

وفرّق داود بين البكر والثيب؛ فقال باشتراط الولي في البكر، وبعدم اشتراطه في الثيب[7].

أدلة المذاهب

أدلة الجمهور[8]:

1- قال تعالى: ﴿ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَّنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة:232].

قال الشافعي رحمه الله: وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي؛ لأنه نهى الولي عن المنع، وإنما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده[9].

---

1) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، دار الفكر بيروت، ط(1)1405هـ 1985م.345/9.

2) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، ط5، 1995م. دار ابن حزم بيروت، 9/2.

3) "ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع: أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليّها ليعقد عليها؛ فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك؛ أعني أنهم يقولون: إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام". ابن رشد، بداية المجتهد، 9/2.

4) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأُم، ط2، دار الفكر، بيروت.، 13/5، المزني، مختصر المزني، 265/8، الماوردى أبو الحسن الماوردى، الحاوى الكبير، دار الفكر . بيروت، 86/9.

5) ابن قدامة، المغني، 345/9.

6) السَّرخسي، أبو بكر بن أحمد بن سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1978م، 11/5.

7) ابن رشد، بداية المجتهد، 39/3.

8) تنظر أدلة الجمهور في: ابن رشد، بداية المجتهد، 39/3، ابن قدامة، المغني، 6/7، المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، 148/16.

9) الشافعي، أحكام القرآن، 174/1.

2- حديث عائشة –رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، وإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، لا وكس، ولا شطط، فإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1].[2]

3- الحديث المشهور أن النبي ﷺ قال: « لا نكاح إلا بولي»[3].[4]

4- حديث ابن عباس –رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل»[5].

5- حديث أبي هريرة –رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها»[6].

6- أن عائشة –رضي الله عنها- كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول: «اعقدوا فإن النساء لا يعقدن».

7- ومن جهة المعنى أن المرأة ناقصة بنقصان الأنوثة؛ فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة، وهذا لأن النكاح عقد عظيم، وخطره كبير، ومقاصده شريفة، ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات؛ فلإظهار خطره جعل مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال؛ لأن النساء ناقصات العقل والدين فكأن نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر، ولهذا قال محمد –رحمه الله تعالى-: إن عقدها يتوقف على إجازة الولي، كما أن عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على إجازة الولي[7].

---

1) رواه أصحاب السنن: أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، 190/2 ر2085، والترمذي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 407/3، ر1102، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 605/1، ر1880، ورواه أحمد في مسنده، 435/40، ر24417. قال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح، وهذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة.

2) ابن رشد، بداية المجتهد، 37/3.

3) رواه أبو داود في السنن، كتاب النكاح، باب في الولي، 191/2 ر2087، والترمذي في السنن، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 407/3، ر1101. وأحمد في المسند، 121/4، ر2260.

4) ابن رشد، بداية المجتهد، 37/3.

5) روى البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم 13815 عن قتادة، عن ابن عباس –رضي الله عنه- قال: «لا نكاح إلا بأربع: خاطب وولي وشاهدين» هذا إسناد صحيح، إلا أن قتادة لم يدرك ابن عباس، وروي من وجه آخر ضعيف عن ابن عباس مرفوعا والمشهور عنه موقوف، وروي ذلك عن النبي ﷺ من وجه آخر.

6) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، 110/7، ر14004، والدارقطني، كتاب النكاح، 228/3، ر3535.

7) السرخسي، المبسوط، 11/5.

وعلى قول الشافعي –رحمه الله– لا ينعقد العقد بعبارتها أصلا، كما لا ينعقد التصرف بعبارة الصغيرة عنده، والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للأولياء إذا وضعت نفسها في غير كفء، ولو ثبتت لها ولاية الاستبداد بالمباشرة لم يثبت للأولياء حق الاعتراض كالرجل، وكذلك تملك مطالبة الولي بالتزويج، ولو كانت مالكة للعقد على نفسها لما كان لها أن طالب الولي به، والدليل على اعتبار نقص عقلها أنه لم يجعل إليها من جانب رفع العقد شيئا، بل الزوج هو الذي يستبدّ بالطلاق[1].

أدلة المخالفين:

1- قوله تعالى: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:234].

وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها.

قالوا: وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل؛ فقال تعالى: ﴿ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة:230]، وقال عز وجل: ﴿ أَنْ يَّنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة:232]؛ فلما أضاف العقد إليهن في هذه الآيات دلّ أنها تملك المباشرة، والمراد بالعضل المنع حبسا بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، وهذا خطاب للأزواج، فإنه قال في أول الآية: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ﴾ [البقرة:231][2].

2- حديث ابن عباس – رضي الله عنهما– المتفق على صحته؛ وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام: «الأيم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»[3].

وبهذا الحديث احتجّ داود في الفرق عنده بين الثيّب والبكر في هذا المعنى[4].

3- حديث ابن عباس– رضي الله عنهما– أن النبي ﷺ قال: «الأيّم أحق بنفسها من وليّها، واليتيمة تستأمر وإذنها صماتها»[5].[6]

---

1) السرخسي، المبسوط، 11/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 247/2.

2) ابن رشد، بداية المجتهد، 11/2؛ السرخسي، المبسوط، 11/5.

3) صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، 1037/2، ر1420.

4) ابن رشد، بداية المجتهد، 11/2.

5) رواه النسائي، كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها، 84/6، ر3261، وأبو داود بلفظ «ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها»، كتاب النكاح، باب في الثيب، 196/2، ر2102.

6) المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، 656/2.

نوقشوا:

معنى الحديث أنها أحق بنفسها في أنه لا ينعقد عليها إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد عليها عقدة النكاح دون وليها.

قال ابن المنذر: "ولا أعلم أحدا من أصحاب رسول الله ﷺ ثبت عنه خلاف ما قلنا. وقول عائشة: إن النكاح كان على أربعة أنحاء؛ فنكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل ابنته أو وليته، حجة في أن سنة عقد النكاح إلى الأولياء. فإن قال من أجاز بغير ولي: فقد روي عن عائشة خلاف هذا، وهو ما رواه مالك فى الموطأ أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب، فلما قدم قال: مثلي يفتأت عليه فى بناته؟ وهذا يدل أن مذهبها جواز النكاح بغير ولي. قيل: لا حجة لكم فى هذا الخبر، وليس معنى قوله: زوجت بنت أخيها، إلا الخطبة، والكلام فى الرضا والصداق دون العقد؛ لما رواه ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم ابن محمد بن أبي بكر الصديق التيمي، عن أبيه، عن عائشة، أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها، فضربت بينهم بستر، ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد، أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت: ليس إلى النساء نكاح"[1].

سبب الاختلاف

قال ابن رشد: "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة.

وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل؛ لأن الأصل براءة الذمة"[2].

الترجيح

المتأمل في خلاف الفقهاء في المسألة يدرك أن الجمهور أقرب للصواب؛ بدليل ما ذكروه من الأدلة قرآنا وسنة، وبخاصة أن اشتراط الولي في النكاح يتوافق وطبيعة المرأة التي يغيب عنها كثير من تصرفات الرجال، وعدم علم ما يصلح لها حالا ومآلا؛ لأنه ربما تجرّها الرغبة في الزواج، وخداع الأزواج؛ لما لا تحمد عقباه، ولا يرضى مآله من جرّاء الانجرار وراء الوعود الكاذبة، والتمنيات، والتطمينات المفتعلة من بعض الرجال.

---

1) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 243/7.

2) ابن رشد، بداية المجتهد، 9/2.

وقد ظهرت مشكلة في القانون الجديد من جرّاء الافتئات على حق الأولياء في الزواج؛ إذ لم يقبلوا ببناتهم المطلّقات من أزواجهن عند الرجوع إليهم، فأدى بهن إلى الضياع.

فالمصلحة قاضية بهذا الحق، والولاية فيها ما يقتضي لمّ شمل الأسرة، والتكافل، وتحمل تبعات عدم نجاح الزواج بالطلاق من قبل الأولياء.

الدرس الثاني: الشروط الجعلية في الزواج

أولا: الشروط في العقود عامة

تعريف الشرط

الشرط في اللغة: (بسكون الراء): إلزام الشيء

والتزامه، ويجمع على شروط وشرائط، والشرَط (بفتح الراء): العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاء أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: 19]: أي علاماتها، والمراد هنا الأول.

في الاصطلاح: فهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[1].

أقسام الشروط

تنقسم **الشروط** باعتبار واضعها إلى قسمين: شروط شرعية، وشروط جعلية[2].

الشروط الشرعية: هي ما وضعها الشارع وألزمنا بها، كاشتراط الطهارة للصلاة، والبلوغ للتكليف، والعمد للقصاص، والرضا لصحة العقود، ونحو ذلك[3].

الشروط الجعلية: وهناك من سماها الشروط العقدية[4]، وهي ما يشترطه العاقدان أو أحدهما لتحقيق بعض المصالح الخاصة، مما لم يرد به نص في الشرع، وهذه لا تعلق لها بالعبادات، وإنما تكون فيما بين الخلق من المعاملات كالشروط في النكاح والبيع، والشروط في الوقف وغير ذلك[5].

أنواع الشروط الجعلية[6]

أ- الشرط التقييدي: هو شرط يعدّل من آثار العقد زيادة أو نقصا، فيوجب التزاما زائدا عن آثار العقد الأصلية، فهو **عقد موجود مبتوت** لكن يتوقف على تحقق الشرط مثل: وقفت على أولادي من كان منهم طالبا

---

1) السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، 1/ 205.

2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 26/ 6.

3) المرجع نفسه.

4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 571/1.

5) وقد يفرق بينهما أن يقال: شروط البيع للشروط الشرعية، وشروط في البيع للشروط الجعلية. ينظر: شرح زاد المستقنع، لمحمد بن محمد المختار الشنقيطي، ومصدر الكتاب : دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية.

6) ينظر في ذلك: الزرقا، المدخل الفقهي العام،576/1؛ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 372/2.

للعلم، أو اشتريت **بشرط أن** تكون الحمولة على البائع، أو أبيعك السلعة **على شرط أن، أو على أن** أستعملها شهرا.

ب– الشرط التعليقي: هو شرط يفيد ربط حصول التصرف بحصول أمر آخر، فهو شرط لا ينشأ معه التصرف في الحال، **ولا يكون منجزا** بل يكون معلقا بحصول الشرط، وليس فيه زيادة على مقتضى العقد، مثل: **إن** دخلت الدار فأنت طالق، أو: **إذا** جاء ولدي من السفر بعتك داري، أو **متى** رضي فلان.

يشترط في صحة التعليق على شرط:

– أن يكون ممكن الوقوع وإلا فالشرط تعجيزي وهو باطل، أبيعك إن قام الميت من قبره.

– أن يكون المعلق عليه على خطر عدم الوقوع؛ وإلا كان التعليق صوريا مثل: أبيعك هذا الكتاب إن طلعت الشمس، والشمس تطلع طبعا.

ج– الشرط الإضافي: وهو إضافة التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل، كقولك: أجرتك بيتي **ابتداء من الشهر القادم، أو العام المقبل؛ فالعقد منجز ومنعقد،** لكن تنفيذه يكون في المستقبل، فالشرط هنا لا يعدل من آثار العقد، ولا يعلق وجوده على حصول أمر بل أضاف العقد أو أخر سريانه إلى زمن مستقبل.

– لكن إذا أضافه بصيغة التعليق يكون معلقا لا مضافا: بعتك إذا جاء الغد

أنواع الشروط الجعلية باعتبار ملاءمتها للعقد

أ– شروط يقتضيها العقد: كاشتراط الزوجة على زوجها النفقة، ودفع المهر لها، وأن يعاشرها بالمعروف، واشتراط البائع على المشتري أن يتصرف في المبيع؛ فهذه الشروط وجودها وعدمها سواء، فهي في حقيقة الأمر من الشروط الشرعية التي رتبها الشارع[1].

ب– شروط منافية لمقتضى العقد وجوهره: كاشتراط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع، أو اشتراط الزوج على الزوجة أن لا ينفق عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، لأن هذه الشروط تنافي الحكمة من مشروعية هذه العقود، والأصل: أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط، عند التعارض، وما ثبت بالشرع من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه ومنافاته، ومن ناقض إرادة الشارع في ذلك كان عمله في المناقضة باطل، إذ أن التراضي مقيد بالشرع لا مطلق.

وإن حصل خلاف بينهم في بطلان العقد لبطلان الشرط، وعدم بطلانه[2]، كما سيأتي.

ج– شروط لا يقتضيها العقد ولا تخالف مقتضاه[3]: وهي محل خلاف كما سيأتي.

---

1) ينظر: الدريني، بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله، 374/2.

2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 576/1.

3) البوطي، محمد سعيد رمضان، محاضرات في الفقه المقارن، ص:80.

ثانيا: الشروط الجعلية في الزواج

هي تلك الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترنة بالعقد أي بالإيجاب أو القبول، ففي حكم هذه الشروط، نجد للفقهاء تفصيلات، نذكرها كما يلي:

مذاهب الفقهاء في الشروط الجعلية في عقد الزواج وأدلتهم ومناقشتها

1- مذهب الحنفية[1]؛ وهو مذهب الإباضية في الغالب[2]: تنقسم الشروط الجعلية إلى: شروط تعليقية، وشروط تقييدية.

الشرط التعليقي: فإن كان على ماض واقع في نفس الأمر فالتعليق به شكلي، أي لا تعليق فيه في الواقع؛ وبالتالي يصح النكاح، لأنه تعلق بموجود أصلا، كأن تقول: زوجت نفسي منك إن رضي أبي، فإن كان الأب حاضرا في المجلس ورضي جاز؛ لأن التعليق بالوجود تحقيق.

أما إن كان التعليق على أمر مستقبل: فإما أن يكون محقق الوقوع، مثل: تزوجتك إن طلعت الشمس فالعقد صحيح؛ لأن التعليق صوري كذلك هنا.

وأما إن كان التعليق على غير محقق الوقوع؛ كأن يقول: تزوجتك إن قدم أبي، فالعقد باطل؛ لأن عقد الزواج لا يقع إلا منجزا[3].

أما الشرط التقييدي فلا أثر له عندهم، ولا يبطل به النكاح مطلقا، مهما كان نوعه، أما حكم هذا الشرط فمختلف فيه:

أ- إن كان الشرط يقتضيه العقد ويلائمه، ولا يتنافى مع أحكام الشرع: فهو صحيح **يجب الوفاء** به، كأن يشترط الزوج أن تكون القوامة بيده؛ أو كاشتراط المرأة أن يسكنها وحدها في منزل لا مع أهله أو مع ضَرَّتها، واستدلوا على وجوب الوفاء بأدلة من الكتاب والسنة منها:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة :1]، وهذه الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر هي من جملة العقود، وقد أمر الله تعالى بالوفاء بها، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾ [الإسراء: 34]، وهذه الشروط نوع من العهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه فالواجب أن يوفي به وإلا لعرض نفسه للسؤال يوم القيامة.

- ومن السنة: ما في الصحيحين عنه أنهﷺ قال: «أحق ما أوفيتم به من الشروط؛ ما استحللتم به الفروج»[1] فدل ذلك على أن الشروط كلها حقها الوفاء وهي في النكاح أحق وفاءً[2].

---

1) السرخسي، المبسوط، 14/13؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 131/4.

2) الجناوني، أبو زكريا، كتاب النكاح، مع الحاشية للشيخ علي يحي معمر، ص: 136

3) الحصكفي، تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، 303/2؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 84/3.

ب . إن كان الشرط لا يقتضيه العقد، ولا يخالف مقتضاه، وفيه مصلحة لأحد الزوجين أو لكليهما:

فهذا **يندب الوفاء** بها ديانة، لما ورد من ترغيب في الوفاء بالعقود؛ كاشتراط الزوجة ألا يسافر بها سفراً بعيدا، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يشترط الزوج أن لا تخرج للعمل.

– **أما ما ورد النهي عن شرطه فلا يجوز**؛ كاشتراط الزوجة طلاق ضرتها، **فلا يجوز لها اشتراطه**[3]، **ويكره** للزوج **الوفاء به في الراجح**؛ لحديث «لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها»[4].

ج . إن كان الشرط يخالف مقتضى العقد وجوهره: فالعقد صحيح، ويبطل الشرط، **ولا يجوز الوفاء** به؛ مثل اشتراط الخيار لأحد الزوجين أو لكل منهما بأن يعدل عن الزواج في مدة معينة، أو كأن تشترط أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، أو يشترط أن لا ترثه.

– لما روي أن النبيﷺ قال: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[5].

فهم في الشروط الفاسدة يغلبون قوة العقد على فساد الشرط، فيصح العقد ويبطل الشرط؛ وفهموا من حديث: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو رد»[6]، بأن النبيﷺ حكم ببطلان الشرط الفاسد رأسا؛ فهو في حكم المعدوم، فلا أثر له إذن في إبطال العقد، والقاعدة عندهم: أن النهي عن الشيء لا يستلزم بطلانه[7].

2 – مذهب المالكية: أما التعليق فإنه يبطل عقد النكاح عندهم؛ فإن قال: إن مضى شهر فأنا أتزوجك فهو من تعليق النكاح، والتعليق فيه لا يصح؛ لذا قال القائل منهم: لا يقبل التعليق بيع ونكاح؛ ونقل عن مالك ما نصه: "وإن قال إن جئتني بخمسين فقد زوجتك ابنتي لا يعجبني ولا تزوج له"[8].

أما الشروط التي تقترن بعقد الزواج فهي نوعان: شروط صحيحة، وشروط فاسدة[9].

والشروط الصحيحة: قد تكون جائزة، وقد تكون مكروهة.

---

1) متفق عليه.

2) الجناوني، كتاب النكاح (مع الحاشية لعلي يحي معمر)، ص136؛ ابن الهمام، فتح القدير، 217/5.

3) قوله لا يحل ظاهر في تحريم ذلك وهو محمول على ما إذا لم يكن هناك سبب يجوز ذلك كريبة في المرأة لا ينبغي معها أن تستمر في عصمة الزوج ويكون ذلك على سبيل النصيحة المحضة أو لضرر يحصل لها من الزوج أو للزوج منها. فتح الباري، 220/9.

4) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط التي لا تحل في النكاح، 21/7، ر5152.

5) رواه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، 332/3، ر3596، ورواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في الصلح بين الناس، 634/3، ر1352.

6) رواه ابن ماجه، باب المكاتب، 842/2، ر2521، وأحمد، 515/42، ر25786.

7) السرخسي، المبسوط ،105/5؛ السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، 20/1؛ البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ص89.

8) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 427/1.

9) ابن رشد، بداية المجتهد، 125/2؛ الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 384/2.

– **الشروط الصحيحة الجائزة: هي التي يقتضيها العقد:** كاشتراط النفقة، أو حسن معاشرة، أو أن تطيع الرجل ولا تخرج من البيت إلا بإذنه، فإن وجودها وعدمها سواء.

– **الشروط الصحيحة المكروهة: هي التي لا يقتضيها العقد، ولا تنافي المقصود منه:** مثل: أن تشترط عدم إخراجها من بلدها، أو عدم السفر بها، أو عدم التزوج عليها، ونحوها، فهذه الشروط لا يفسخ العقد بها مطلقا، ويستحب له ديانة الوفاء بها؛ ما لم يكن التزمها بيمين فيجب عليه حينئذ الوفاء بها، لقولهﷺ: «إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[1].

وقالوا: إنما كره الشرط لما في ذلك من التحجير والتضييق على أحد المتعاقدين، وكذا يستحب الوفاء مراعاة لخلاف من أوجب ذلك[2].

– **الشروط الفاسدة: فهي التي تنافي مقتضى العقد أو المقصود من الزواج،** مثل أن يشترط ألا يقسم بينها وبين ضَرَّتها، أو تشترط المرأة عند زواجها بمحجور عليه أن تكون نفقتها على وليه، أو يشترط الزوج أن نفقته عليها، وكذا لو شرطت أن ينفق على ولدها من غيره، أو على أبيها.

فإنها شروط مناقضة لمقصود الزواج، لأن الأصل أن نفقة الزوجة على زوجها، فشرط خلافه مضر، وحكم هذه الشروط أنه لا يجوز الوفاء بها، وتوجب فسخ العقد قبل الدخول، أما إن دخل بها ثبت العقد في الراجح، بصداق المثل، وبطل الشرط.

فحكم العقد هنا أنه موقوف فإن تبعه دخول نفذ، وإن لم يقع دخول فسخ، فالفسخ إنما هو فرع عن الصحة، فالنكاح ليس باطلا بذاته، ويدل هذا على ما استظهره ابن رشد في البداية: "وكأن هذا راجع عنده – أي عند مالك – إلى قوة دليل الفسخ وضعفه، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبل الدخول وبعده[3]، ومتى كان ضعيفا فسخ قبله ولم يفسخ بعده"[4].

---

1) سبق تخريجه.

2) العبدري، التاج والإكليل، 566/3.

3) كوقوعه بغير ولي أو كان الولي صبيا أو أنثى أو رقيقا، أو وقع العقد في العدة أو الإحرام، أو وقع لأجل، أو كان صريح شغار، فإنه يفسخ ولو بعد الدخول، لكن المتفق على فساده بغير طلاق والمختلف فيه بطلاق، فإن فسخ قبل البناء لا شيء فيه. "و" أما إذا "فسخ بعد البناء ففيه المسمى" إن كان وهو حلال، وإلا فصداق المثل إذا كان الزوج ممن يعتبر دخوله وبناؤه.
النفراوي، الفواكه الدواني، 968/3.

4) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/ 60.

قال الدردير: "اعلم أنه لا يفسد العقد إلا بالاشتراط لهذه الأشياء في صلب العقد، وأما إن حصل منها شيء بعد العقد وهي في العصمة فلا ضرر في ذلك، فلها أن تسقط حقها في القسمة، ولها أن تنفق عليه، وله أن ينفق على أولادها من غيره وأبيها، ومكارم الأخلاق لا تضر"[1].

3 – مذهب الشافعية:

الشروط التعليقية: تبطل الزواج من أساسه، إلا إن كان التعليق لفظيا كقول الولي مثلا: إن كانت بنتي حية فقد زوجتكها، بأن كانت مريضة أو غائبة[2].

أما الشروط التقييدية: فحكمها كالآتي:

أ . الشروط التي توافق مقتضى عقد النكاح، وتتلاءم مع طبيعته: كاشتراط الجمال، وشرط النفقة أو القسم بين زوجاته، فإن كلا من الشرط والعقد صحيح.

ب . الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا تنافي مقتضاه؛ لكن فيه مصلحة لأحدهما: كشرط ألا يتزوج عليها، أو ألا يسافر بها، أو يشترط ألا يقسم لها مع نسائه، أو على أن تخفف عنه نفقتها وكسوتها، أو ألا تكلم أباها؛ وكذا لو شرط الرجل ألا ترثه، أو أنه لا يرثها، أو أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة على غير الزوج؛ وحكمها: أن الزواج يصح لعدم الإخلال بمقصوده، ويفسد الشرط، ويلغو الصداق؛ ولها صداق المثل؛ لأن في ذلك تضييق على أحد الزوجين أو على كليهما، ولقولهﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[3].[4]

ج– وأما الشروط التي تخالف مقتضى عقد النكاح وجوهره: كأن شرطت ألا يطأها الزوج ، أو شرطت المرأة أن يطلقها ولو بعد الوطء، فهنا يبطل الشرط ويبطل الزواج؛ لأنه شرط ينافي المقصود من العقد فأبطله.

– لأن القاعدة عندهم تنص: على أن النهي عن الشيء إذا كان عائدا إلى المنهي عنه بذاته، أو عائدا إلى صفة متعلقة به لا يمكن أن تنفك عنه فهو يقتضي البطلان. أما إذا كان عائدا إلى صفة غير متعلقة به، ويمكن أن تنفك عنه فهو لا يقتضي البطلان[5].

4 – مذهب الحنابلة:

أما التعليق على الشرط: فإنه يبطل الزواج من أصله: مثل أن يقول الولي: زوجتك إن رضيت أمها.

ويستثنى من ذلك تعليقه على أمر ماض معلوم كقوله : زوجتكها إذا كانت بنتي؛ وهو أمر معلوم[6].

---

1) ينظر: الدردير، الشرح الصغير (مع حاشية الصاوي)، 496/4؛ الأبي الأزهري، جواهر الإكليل، 284/1.

2) الشربيني، مغني المحتاج، 141/2.

3) سبق تخريجه.

4) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، 337/16.

5) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، 223/7؛ الشربيني مغني المحتاج 141/2.

6) ابن قدامة، المغني، 14/7.

أما الشروط التقييدية: فهي عندهم ثلاثة أنواع:

أ– الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها، وفيها منفعة لأحد العاقدين، ولم يرد في الشرع ما ينهى عنها: فما دامت لا تخل بالمقصود من العقد، فحكمها أنه يجب الوفاء بها، لما فيها من منفعة وفائدة؛ ويثبت لأحدهما حق الفسخ إن لم يف بها الطرف الآخر، **مثل:** أن تشترط المرأة على الرجل أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها، ومثل أن يشترط الرجل في المرأة أن تكون بكراً أو متعلمة؛ ودليل لزوم الوفاء بهذه الشروط:

– قول الرسولﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»[1]، وحديث «المسلمون على شروطهم»[2].

– وروى الأثرم بإسناده: «أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر، فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذن تطلقين؟ فقال عمر: لها شرطها والمسلمون على شروطهم، ومقاطع الحقوق عند الشروط»[3].

– و أما المعقول فإن كل شرط اتفق عليه المتعاقدان وليس فيه المخالفة لنص شرعي فلا مانع من الوفاء به.

– وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه، وهذا مشروع[4].

ب– الشروط التي تنافي مقتضى العقد، أو ورد في الشرع النهي عنها: فهذه الشروط تبطل، ويبقى العقد صحيحا: مثال الشروط التي تنافي مقتضى العقد: أن يشترط الرجل ألا ينفق عليها، أو تشترط المرأة على الرجل ألا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قَسم صاحبتها أو أكثر؛ فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح.

والتي ورد في الشرع النهي عنها: كأن تشترط عليه أن يطلق ضرتها، فلا يصح الشرط، لنهي الشرع عنه، لما روى أبو هريرة قال: «نهى النبيﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها»[5].

---

1) تقدم تخريجه.

2) أخرجه الترمذي، 626/3، وقال: حديث حسن صحيح.

3) هذا من قول عمر. علقه البخاري. ينظر: ابن حجر، فتح الباري (ط السلفية)، 217/90، ووصله سعيد بن منصور في سننه، 662/3، وإسناده صحيح. ينظر: ابن حجر، تغليق التعليق (ط المكتب الإسلامي)، 419/4.

4) ابن قدامة، المغني، 448/7.

5) متفق عليه.

ج– الشروط التي تنافي جوهر العقد، ومقصوده الأصلي: فهذه تبطل، وتبطل الزواج من أصله؛ كأن يشترط الخيار في الزواج لهما أو لأحدهما، ومنها أن يجعل صداقها تزويج امرأة أخرى، وهو نكاح الشغار؛ أو يشترط تحليلها لمطلقها ثلاثا[1].

اعتمدوا في القسمين الأخيرين على القاعدة التي تنص: على أن النهي عن الشيء إذا كان عائدا إلى المنهي عنه بذاته، أو صفة متعلقة به لا يمكن أن تنفك عنه فهو يقتضي البطلان، أما إذا كان عائدا إلى صفة غير متعلقة به، ويمكن أن تنفك عنه فهو لا يقتضي البطلان.

الخلاصة: أن الفقهاء اتفقوا على صحة الشروط التي يقتضيها العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة.

تأثير الشرط الفاسد على العقد

عند **الحنفية**: الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يلغو الشرط وحده، ويصح العقد. **والمالكية** فصلوا بين حصول الدخول وعدمه، فقالوا يفسخ قبله ويثبت بعده.

بينما يبطل العقد عند **الشافعية والحنابلة**.

– واختلفوا في الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد، ولا تنافي حكماً من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين:

1– الفقهاء غير الحنابلة: لا يلزم الوفاء بها على النحو الآتي:

الحنفية: هي شروط لا مانع من الوفاء بها، بل يستحب والعقد صحيح.

والمالكية: هي شروط مكروهة من المشترط، ويستحب الوفاء بها؛ إلا إذا علقت على يمين فيلزم الوفاء بها.

والشافعية: هي شروط باطلة، لا يجوز العمل بها، لكنها لا تبطل الزواج.

2– الحنابلة: هي شروط صحيحة يلزم الوفاء بها؛ ويثبت للمشترط حق الفسخ إن لم يف بها المشترط عليه.

الرأي المختار

يمكن اختيار رأي الحنابلة للأدلة التي ذكروها، ولأن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد دليل على الحظر، وفي ذلك إمضاء لرغبة المتعاقدين أو أحدهما، وما دام الشرط متفق عليه فقد وجب الوفاء به ديانة وقضاء، وبذلك أخذت معظم القوانين المعاصرة.

1) ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، 39/3؛ ابن قدامة، المغني، 448/7.

الدرس الثالث: نكاح التحليل

تمهيد

ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمُ أَن تَاخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا اِلاَّ أَنْ يَّخَافَآ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِن خِفْتُمُ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اَفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَّتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ(229) فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230/229].

يفهم من هذا أن الرجل إذا طلق امرأته فله أن يراجعها ما دامت في عدتها، فإن طلقها الثانية فله أن يراجعها كذلك، فإن طلقها الثالثة فليس له عليها سبيل، وتحرم عليه بإجماع مؤقتا حتى تنكح زوجا غيره، نكاحا صحيحا، ويطأها وطأ صحيحا –ولم يخالف في ذلك سوى **ابن المسيب** فلم يشترط الوطء بل يكفي مجرد العقد– فإن طلقها الزوج الثاني وخرجت من عدتها منه، فهنا يجوز للزوج الأول أن يتزوجها بعقد جديد[1].

هذا الأمر له حكم منها: – إبطال ما كان يفعل في الجاهلية، حيث كان الرجل يطلق امرأته، فإذا قربت نهاية العدة راجعها، ثم يطلقها، ثم يراجعها، وهكذا حتى تبقى كالمعلقة، فلا هي ذات زوج، ولا هي مسرحة فتحل للأزواج، فأبطل الله ذلك، وهذا التشريع فيه رحمة بالمرأة، وإزالة لجور الأزواج.

– وهو كذلك أدعى للزوج لأن يتروى في الطلاق؛ فلا يسرف فيه ولا يقدم عليه إلا لضرورة؛ لأنه يعلم أنه بعد الثلاث يشترط كي تحل له أن تبعد عنه، فتكون ذات زوج آخر، وربما أمسكها فلا تعود إليه أبدا.

إذا كان ذلك فهل يجوز لرجل أن يتزوج المبتوتة ليحلها لزوجها الأول؟ وهو ما يسمى بنكاح المحلل.

تعريف نكاح التحليل

هو نكاح الرجل مطلقة غيره ثلاثاً بقصد إحلالها لهذا المطلق.

حكم نكاح التحليل عند الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها

اختلف الفقهاء فيه بحسب اختلاف صوره كما يأتي:

1– ذهب الحنفية باستثناء أبي يوسف إلى أن التحليل لا يبطل النكاح، فيبقى معه العقد صحيحا، وميزوا بين صورتين:

الصورة الأولى: إذا نوى المحلل التحليل وأضمره في قلبه؛ فلم يشترطه في صلب العقد؛ فإن العقد صحيح عندهم **باتفاق**؛ ولا يستحق اللعن إجماعا؛ وقالوا: إن اشتراط التحليل في العقد، هو محمل اللعن في الحديث لأن

1) ابن قدامة، المغني، 471/8.

عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد إجماعا؛ وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة؛ ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة؛ بل منهم من قال: بل إنه مأجور إذا قصد الإصلاح، ولم يأخذ أجرا[1].

الصورة الثانية: إذا اشترط ذلك عند إنشاء العقد، بأن صرح أنه يحلها، بأن يقول: تزوجتك على أن أحللك له، أو تقول هي ذلك؛ فاختلفوا فيما بينهم:

- **قال أبو حنيفة وزفر**: يصح النكاح ويلغو الشرط[2]؛ وتحل به للزوج الأول؛ لكنه مكروه كراهة تحريمية[3] للأول والثاني، وقيل: ينبغي أن يزاد المرأة، بل هي أولى من الأول في الكراهة، وقيل: لفظ الحديث يشمل الكل إذ المحلل له يصدق على المرأة أيضا[4].

- **قال محمد بن الحسن**: "يصح النكاح ولا تحل به للأول؛ لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث؛ والقاعدة: أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، كما في قاتل المورث، فلا يرثه عقابا له"[5].

أجيب: هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: 230] فالحل مغيا بنكاح زوج غيره، فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا بها، والقياس فاسد؛ لأن قاتل المورث استعجل الإرث بطريق محظور.

– أما أبو يوسف: فيرى فساد النكاح إذا اشترط التحليل أثناء العقد؛ لأنه في معنى النكاح المؤقت، ولا تحل به لزوجها الأول لفساده[6].

أجيب: المفسد في النكاح المؤقت هو التوقيت نصا، ولم يوجد هنا التوقيت نصا فلا يفسد؛ وإلا فكل نكاح بهذا الاعتبار مؤقت فإنه يتوقت بالطلاق أو بالموت أو غير ذلك[7].

– احتج جمهور الحنفية على عدم فساد نكاح التحليل بقولهم:

---

1) البابرتي، العناية شرح الهداية، 433/5.

2) وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه، ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل –بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح– أن تقول: زوجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها وتطلق متى أرادت.

ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 183/4؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 259/2؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 414/3.

3) الحنفية لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي, فإذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب.

4) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 183/4؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 259/2؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 414/3.

5) البابرتي، العناية شرح الهداية، 434/5؛ الحدادي، الجوهرة النيرة، 197/4.

6) المرغيناني، الهداية شرح البداية، 11/2.

7) الزيلعي، تبيين الحقائق، 259/2.

– هذا عقد استوفى الشروط والأركان المطلوبة في عقد الزواج، فهو عقد لا بطلان فيه ولا موجب لفساده؛ أما الشروط الفاسدة لا تبطل عقد الزواج، بل يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا؛ فتحل به للزوج الأول[1].

– ولأن عموم النكاح في قوله تعالى: ﴿حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه﴾ [البقرة: 230] يقتضي الجواز من غير تفصيل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لم يشترط، فكان النكاح بهذا الشرط صحيحاً ويدخل فيه؛ إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط؛ لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن وذلك يقف على الدوام على النكاح؛ ولا يلزم من كونه مكروها تحريما أنه غير صحيح؛ فلا تلازم بين الحرمة والفساد؛ وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم كالصلاة في الأرض المغصوبة، وكالبيع وقت الجمعة[2].

– ويدل على صحة الزواج أن الرسولﷺ في قوله: «لعن الله المحلل والمحلل له»[3]، قد سمى الزوج الثاني محللا، والأول محللا له ومعناه، أنه أثبت الحل لهما؛ ولا يكون ذلك إلا باعتبار صحة العقد.

أجيب عنه: سمي في الحديث محللا؛ لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل، ونظيره كما في قول الله تعالى: ﴿يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا﴾ [التوبة:37]، وكقولهﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»[4]؛ ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له، لم يكونا ملعونين[5].

أما معنى إلحاق اللعن فقالوا:

* إلحاق اللعن بالزوج الثاني وهو المحلل: ويحمل على الشارط، وهو مكروه لما فيه من إعارة للنفس، وهو هتك وإخلال بالمروءة[6]؛ لذلك شبه بالتيس المستعار في حديث: «ألا أنبئكم بالتيس المستعار، قيل من هو؟ قال المحلل»[7].

– وقالوا: ربما اللعن يلحق من أخذ الأجرة على ذلك، وقد نهى الرسولﷺ عن عَسْب الفحل في الحيوان؛ فكيف بالإنسان[8].

---

1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 414/3.

2) ابن الهمام، فتح القدير، 182/4.

3) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في التحليل، 188/2، ر2078، ورواه الترمذي بلفظ (لعن الله المحل والمحلل له) وقال: حسن صحيح، كتاب النكاح، باب المحل والمحلل له، 428/3، ر1120.

4) رواه الترمذي في سننه وقال عنه: هذا حديث ليس إسناده بالقوي، كتاب فضائل القرآن، الباب العشرون، 180/5، ر2918.

5) مجموعة من علماء نجد، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، 196/8؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 449/9.

6) البابرتي، العناية شرح الهداية، 434/5؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 259/2.

7) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، 623/1، ر1936. قال الألباني: حسن، وذكر الترمذي أنه ذكر للبخاري فاستنكره، وأعله أبو حاتم بالإرسال. وقال عبد الحق في "أحكامه": إسناده حسن. ينظر: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، 239/3.

8) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 415/3.

– ومنهم من قال: يتعلق اللعن بمن كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر؛ لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير؛ ولو أراد تعليق اللعن به بمرة لقال المحل من أحلها (بهمزة التعدية).

أجيب: وهذا يرده قول ابن عمر: «كنا نعده سفاحا في عهد رسول اللهﷺ» جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص، كما سنذكر.

* أما إلحاق اللعن بالزوج الأول، وهو المحلل له، فإما: لأنه سبب لمباشرة الزوج الثاني هذا النكاح وقصد التحليل دون البقاء، إذ لولاه لما وقع فيه الثاني والمسبب شريك المباشر في الإثم والثواب.

2– ذهب الشافعية : إلى التفرقة بين حالتي الإظهار والإضمار على النحو الآتي:

الصورة الأولى: لو نكح مريد التحليل واشترط عليه في صلب العقد أنه إذا وطئ بانت منه، أو أنه إذا وطئ فلا نكاح بينهما، أو نحو ذلك؛ فهنا يبطل النكاح؛ لمنافاة الشرط فيها لمقتضى العقد، وعلى هذا يحمل حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له».

الصورة الثانية: إذا تواطأ العاقدان قبل العقد على التطليق بعد الدخول بها، ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط، أو أنه لم يشترط عليه التحليل لكنه أضمر في نفسه أنه متى دخل بها طلقها لتحل لزوجها الأول.

إن إضمار التحليل لا يؤثر في صحة العقد، وتحل به للأول، لكن مع الكراهة[1].

واحتجوا لذلك بقولهم:

– يكره خروجاً من خلاف من أبطله؛ ولأن القاعدة عندهم: أن كل ما لو صرح به أبطل، يكره إضماره[2]. (أي كل ما يبطل العقد إذا صرح به، فيكره إضماره).

– واستدلوا بما روي عن ابن سيرين قال: «قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار، وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثا، فقال لها: هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي؟ قالت: نعم إن شئت، فأخبروه بذلك، قال: نعم، فتزوجها فدخل بها، فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار، ويقول: يا ويله غلب على امرأته، فأتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي، قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين، قال أرسلوا إليه، فلما جاءه الرسول قالت المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال ليس بموضعي بأس، قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك: أتطلق امرأتك؟ فقل: والله لا أطلقها فإنه لا يكرهك، وألبسته حلة، فلما رآه عمر من بعيد قال: الحمد لله الذي شرف ذا الرقعتين فدخل عليه فقال له: أتطلق امرأتك؟ قال: لا والله لا أطلقها، قال عمر: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط»[3] فهذا الأثر يفيد أنه قد تقدم فيه شرط التحليل على العقد، وأجاز عمر العقد

---

1) الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، 332/9، المطيعي، تكملة المجموع، 253/16.

2) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 156/3.

3) أخرجه بهذا اللفظ البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب من عقد النكاح مطلقا لا شرط فيه...، 209/7، ر14582.

مع الكراهة. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه مختصراً ونصه: «عن ابن عمرو بن سيرين قال: جاءت امرأة إلى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها الأول، فأمره عمر بن الخطاب أن يقيم عليها ولا يطلقها وأوعده أن يعاقبه إن طلقها»[1].[2]

فالحاصل عندهم: أنهم يبطلون النكاح في صورة واحدة وهي: إذا صرح بنيته، في صلب العقد، أما إذا اشترط عليه ذلك قبل العقد، وأضمره أثناء العقد، فلا يبطل العقد ولا يحرم، ولكنه يكره.

3- ذهب المالكية والحنابلة إلى أن التحليل متى كان مشروطا في العقد أو منويا؛ فالنكاح باطل، يفسخ قبل الدخول وبعده.

- مذهب المالكية: وصوره عندهم كما يلي:

الصورة الأولى: قالوا: إن تزوج رجل امرأة أبتَّها زوجها بنية إحلالها للأول، أو بنية الإحلال والإمساك إن أعجبته، (نوى التحليل إن لم تعجبه، وإمساكها إن أعجبته)، فإن نكاحه باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، بطلاق بائن، ولا تحل بوطئه لمبتِّها؛ وذلك لانتفاء نية الإمساك على الدوام المشترطة شرعاً؛ لما خالطها من نية التحليل إن لم تعجبه، فلما انتفت نية الدوام وهي المقصود من النكاح، وجب التفريق بينهما قبل البناء وبعده[3].

الصورة الثانية: لو شرط عليه أثناء العقد أن يحلها لزوجها الأول، ووافق على ذلك ظاهراً، ونوى إمساكها على التأبيد فالنكاح صحيح لحصول المقصود منه وهو الإمساك على الدوام[4].

- مذهب الحنابلة: وصوره عندهم كما يلي:

الصورة الأولى: أن يشترط ذلك في العقد بأن يقول الولي للرجل: زوجتكها إلى أن تطأها، أو يشترط عليه أنه إذا حلها فلا نكاح بينهما، أو يشترط عليه التحليل قبل العقد، ولم يذكره في العقد لكن نوى التحليل في العقد، أو نواه من غير شرط، فالنكاح باطل في كل ذلك.

الصورة الثانية: إذا شرط عليه قبل العقد أن يحلها، فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة؛ فإن العقد صحيح.

واستدلوا على بطلان العقد وحرمته في حالة الاشتراط و في حالة الإضمار بأدلة منها:

---

1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب التحليل، 267/6، ر10786.

2) الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، 332/9.

3) المواق، التاج والإكليل، 469/3؛ الدردير، الشرح الكبير، 258/2.

4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 258/2.

– عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول اللهﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»[1]، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعونان على لسان محمد صلى الله عليه وسلم[2].

– وعن عقبة بن عامر أن رسول اللهﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له»[3].[4]

قال الشوكاني: "والأحاديث المذكورة تدل على تحريم التحليل لأن اللعن إنما يكون على ذنب كبير؛ وما دام المرء يستحق به اللعن فلا يكون نكاحا صحيحا"[5].

– عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما»[6]، فسئل ابنه عن ذلك فقال: «كلاهما زان وإن مكثا كذا وكذا ذكر عشرين سنة إذا كان الله يعلم أنه يريد أن يحلها له»[7].

– ماروي عن نافع أن رجلاً سأل ابن عمر فقال: «إن خالي فارق امرأته، فدخله من ذلك هم وأمر وشق عليه، فأردت أن أتزوجها ولم يأمرني بذلك ولم يعلم به، فقال ابن عمر، لا إلا نكاح غبطة، إن وافقتك أمسكت، وإن كرهت فارقت، وإلا فإنا كنا نعد هذا في زمان رسول اللهﷺ سفاحاً»[8].

– ما روي: «جاء رجل إلى ابن عباس فقال له: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً أيحلها له رجل، قال: من يخادع الله يخدعه»[9].

– ومن المعقول: قالوا: هو باطل؛ لأنه نكاح إلى مدة، أو فيه شرط يمنع بقاءه، فأشبه نكاح المتعة؛ ولأن الدافع له على تزوجها ليس نكاح الرغبة ولكنه مجرد التحليل.

واستدلوا على صحة النكاح إذا شرط عليه قبل العقد، أو أثناءه أن يحلها، لكنه قصد نكاح رغبة بما يلي:

– لأنه عقد خلا عن نية التحليل وشرطه فصح؛ وإذا لم ينو الزوج الثاني التحليل، فلا يقع عليه اللعن.

وإن قصدت المرأة التحليل، أو وليها دون الزوج؛ لم يؤثر ذلك في العقد؛ لأن الزوج هو الذي إليه المفارقة والإمساك، فمتى نوى نكاح رغبة صح[10].

---

1) سبق تخريجه.

2) الأبي الأزهري، الثمر الداني، 461/1؛ البهوتي، كشاف القناع، 94/5.

3) تقدم تخريجه.

4) النفراوي، الفواكه الدواني، 999/3؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، 77/7.

5) الشوكاني، نيل الأوطار، 196/6.

6) رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلل، 208/7، ر13969.

7) مصنف عبد الرزاق، كتاب النكاح، باب التحليل، 266/6، ر 10778.

8) قال الهيثمي: "رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح". الهيثمي، مجمع الزوائد، 491/4.

9) رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب التحليل، 266/6، 10779.

10) ابن رشد (الجد)، البيان والتحصيل، 386/4؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 58/2؛ ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، 39/3؛ ابن قدامة، المغني، 574/7.

وأجابوا: عن قصة ذي الرقعتين التي استدل بها المخالفون بأنه ليس لها إسناد؛ لأن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر، فقال أبو عبيد هو مرسل، ولأنه ليس فيها أن ذا الرقعتين نوى التحليل، فلم تتناول محل النزاع.

والمحلل له يستحق اللعن إذا علم بالتحليل، ورجع به إلى مطلقته، فكانا بذلك زانيان، لذلك اشترط بعض الفقهاء أن يخبر المحلل المحلل له بفعله التحليل إذا تاب منه[1].

فالحاصل عندهم: أن العبرة بالنية أو الشرط في صلب العقد، فإذا نوى التحليل، أو اشترط عليه ذلك في صلب العقد فالنكاح باطل.

الرأي المختار

يمكن إرجاع سبب الاختلاف فيه بين الجمهور والحنفية إلى أمرين:

1- اختلافهم في زاوية النظر: فمن رأى جهة العقد - وهم جمهور الحنفية- قالوا: هذا عقد استوفي الشروط والأركان المطلوبة في عقد الزواج، فهو عقد شرعي لا بطلان فيه ولا موجب لفساده ومنعه.

ومن رأى إلى المقصود من النكاح هو التحليل -وهم المالكية والحنابلة- وأن قصد الزوج ليس هو حقيقة الزواج، فلم يدخل على نية التأبيد والبقاء، وإنما قصده إحلالها للزوج الأول، فقالوا هو نكاح فاسد.

2- اختلافهم في مفهوم قولهﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له»؛ فمنهم من فهم من اللعن التأثيم فقط؛ فقال النكاح صحيح والشرط فاسد، ومن فهم منه التأثيم وفساد العقد فقال النكاح فاسد؛ وهذا الأخير أولى بالدليل؛ لأن رسول اللهﷺ لعن فاعله، وشبهه بالتيس المستعار، فإذا صحح العقد الذي شرط فيه التحليل لم يكن لنهي رسول اللهﷺ ولا لعن فاعله فائدة؛ فتصحيحه إهدار للنص.

- المقصود من النكاح إقامة العشرة الزوجية الأبدية فإن هذا مفقود في التحليل، كيف وإن الذين قالوا بصحة نكاح التحليل أبطلوا نكاح المتعة وهو ربما أخف منه؛ إذ لم يرد فيه من الذم واللعن ما ورد في نكاح التحليل؛ والعلة التي أبطلوا بها نكاح المتعة -وهي التأقيت- موجودة في نكاح التحليل وزاد نكاح التحليل بأنه مخالف لنهي رسول اللهﷺ فهو أولى بالمنع وأحرى بالبطلان.

فالحاصل لو اشترط عليه التحليل ونوى نكاح رغبة، أو لم يشترط ذلك ونوي الإمساك؛ فإن العقد يكون صحيحا باتفاق الفقهاء؛ لخلوه عن نية التحليل وشرطه، والعبرة بنية الزوج الثاني فقط؛ لأنه هو الذي إليه المفارقة والإمساك، فمتى كان الدافع له على النكاح الرغبة صح؛ ومتى لا فلا.

---

1) ابن قدامة، الشرح الكبير، 534/7؛ البهوتي، كشاف القناع، 95/5.

الدرس الرابع: زواج المسلم بالكتابية

تحرير محل النزاع

انقسم العلماء في حكم زواج المسلم بالكتابية عموما إلى فريقين؛ فريق أجاز ذلك عموما، وفريق منعه مطلقا؛ واختلف فريق المجيزين بعد ذلك فيما بينهم؛ فمنهم من أجازه مطلقا، ومنهم من أجازه مع الكراهة، ومنهم من فصل بين الكتابية الذمية والحربية، فأجازه في الأولى، ومنعه في الثانية، وتفصيل كل ذلك يأتي، ونتناول بداية انقسام العلماء إلى مجيزين لنكاح الكتابية، ومانعين منه:

فريق المجيزين: ذهب جمهور فقهاء الإسلام من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإباضية والظاهرية، إلى إباحة زواج المسلم بالكتابية عموما، وهو قول راجح عند الزيدية، ومرجوح عند الإمامية[1]، وقد روي ذلك عن جماعة من الصحابة منهم: عمر، وعثمان، وطلحة، وحذيفة، وجابر بن عبد الله ﷺ وغيرهم من السلف، وقال ابن المنذر: "ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك"[2]، وهو ما عليه أيضا أغلب فقهاء التابعين كسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن، ومجاهد، وطاوس، وعكرمة، والشعبي، والضحاك، وغيرهم من فقهاء الأمصار[3].

فريق المانعين: ذهب إلى تحريم زواج المسلم بالكتابية، ابن عمرﷺ فيما يروى عنه، والإمامية في أشهر الأقوال عندهم[4]، وذلك في الابتداء دون الاستدامة، ومعناه: أنه يحرم على المسلم نكاح الكتابية لكن لو أسلم زوج الكتابية فالنكاح بحاله ولا يبطل[5]، وسيأتي تفصيل ذلك، وفي قول آخر رجحه بعضهم: أنه يحرم في النكاح الدائم، ويجوز في المتعة[6]،[1] واختلف القول فيه عن الزيدية أيضا؛ فقيل: إن تحريمه هو المختار[2]، وقيل إن الصحيح جوازه[3].

---

1) ابن الهمام، فتح القدير، 229/3؛ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 218/2؛ الشافعي، الأم، 7/5؛ المرداوي، الإنصاف، 135/8؛ ابن حزم، المحلى، 13/9؛ اطفيش، شرح النيل، 36/6؛ الصنعاني، التاج المذهب، 11/2؛ الحلي، شرائع الإسلام، 238/2.

2) المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، 233/16؛ ابن قدامة، المغني، 449/7.

3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 68/3.

4) وتصل الأقوال عندهم في ذلك إلى ستة. ينظر: الطباطبائي، رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، 525/6.

5) ينظر: الحلي، شرائع الإسلام، 238/2.

6) نكاح المتعة أو المؤقت: قال ابن نجيم: "هناك من فرق بينهما بأن يذكر في الموقت لفظ النكاح أو التزويج مع التوقيت وفي المتعة لفظ أتمتع بك أو أستمتع، والتحقيق كما في فتح القدير: أن النكاح الموقت من أفراد المتعة". ابن نجيم، البحر الرائق، 116/3.

أدلة المذاهب

1)– أدلَّة الفريق الأوَّل:

استدل هذا الفريق لما ذهبوا إليه من إباحة نكاح الكتابيات بأدلة منها:

1 – قول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [سورة المائدة، الآية:5]، فالله تعالى أحل بهذه الآية نكاح المحصنات من أهل الكتاب، وروي عن قتادة أنه قال: ذكر لنا أن ناسًا من المسلمين قالوا: كيف نتزوّج نساءهم (يعني: نساء أهل الكتاب) وهم على غير ديننا؟ فأنزل الله عز ذكره: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [سورة المائدة، الآية:5] فأحل الله تزويجهن على علم[4].

واختلف هؤلاء في تفسير: "المحصنات" من قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾، فقد روي عن ابن عباسﷺ أن المراد بالمحصنات: العفيفات العاقلات، وقال مجاهد: إن المراد بهن الحرائر، وقال القرطبي: وهذا القول الذي عليه جلة العلماء[5]، ولم يخالف فيه إلا الحنفية[6] حيث أخذوا بتفسير ابن عباس.

وقال ابن قدامة: "هو أن يتزوج المرأة مدة، مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهرا، أو سنة، أو إلى انقضاء الموسم، أو قدوم الحاج، وشبهه، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة". ابن قدامة، المغني، 137/7، وهو جائز عند الإمامية فقط، وعرّفوه: "أن يخاطب الرجل المرأة الخالية من زوج أو عدة أو حمل فيقول لها: تمتعيني نفسك على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وآله، كذا وكذا بكذا وكذا، يبين المهر والأجل، على أن لا ترثيني ولا أرثك، وعلى أن الأجل إذا انقضى كان عليك عدة خمسة وأربعين يوما، فإذا أنعمت، قال لها: قد متعتيني نفسك ويعيد الشروط، لأن الأول خطبة، وينعقد الزواج بالثاني، وإذا كان بينهما ولد فليس له أن ينكره". ينظر: علي بن بابويه، فقه الرضا، ص222؛ الشيخ الصدوق، الهداية، ص264.

وهو باطل عند غير الإمامية، ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 12/2؛ الشربيني، مغني المحتاج، 232/4؛ اطفيَّش، شرح النيل، 319/6؛ الصنعاني، التاج المذهب، 30/2.

1) الحلي، شرائع الإسلام، 238/2؛ الحلي، قواعد الأحكام، 38/3.

2) الصنعاني، التاج المذهب، 186/2؛ ابن مفتاح، المنتزع المختار من الغيث المدرار، المعروف بـ: شرح الأزهار، 483/4.

3) السياغي، الروض النضير، 63/4.

4) الطبري،جامع البيان، 9/ 594.

5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 79/6؛ مالك، المدونة، 220/2؛ الشافعي، الأم، 276/4؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 42/3؛ ابن قدامة، المغني، 77/9؛ أطفيَّش، شرح النيل، 344/7.

6) ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 229/3.

ومرجع ذلك الخلاف: أن الإحصان في كلام العرب عبارة عن المنع، ومعنى المنع يحصل بالعفة، كما يحصل بالحرية، أوالإسلام، أوالنكاح؛ لأن كلاً من ذلك يمنع المرأة من ارتكاب الفاحشة، وقد يتناول معناها كل ذلك، والحاصل أن كلا من الفريقين أباح نكاح الكتابية بالآية، ولم يقل بالمنع من نكاحهن إلا من فسر المحصنات هنا بالمسلمات كما سيأتي.

2 – ومن السنة: ما روي عن جابر بن عبد الله ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوَّجون نساءَنا»[1]، وهو صريح في دلالته على مشروعية تزوج نساء أهل الكتاب.

3 – وقد صح عن عمرﷺ أنه قال: «يَنكِحُ المسلمُ النّصرانية ولا ينكح النَّصرانيُّ المسلمةَ»[2].

4– ويدلُّ على الحل أيضا إتفاق الصحابة عليه، سوى ابن عمرﷺ، ويؤكده كذلك تزوج بعض الصحابة من الكتابيات؛ من اليهوديات والنصرانيات، فقد تزوج عثمانﷺ في خلافته نائلة بنت الفرافصة الكلبية، وهي نصرانية، وأقام عليها حتى قتل عنها، وتزوج حذيفة بن اليمان ﷺفي خلافة عمر بن الخطابﷺ يهودية فولدت له، وتزوج طلحة بن عبيد اللهﷺ يهودية بالشام، وكذا كعب بن مالكﷺ، ولم ينكر عليهم ذلك أحد، كما خطب المغيرة بن شعبةﷺ هندا بنت النعمان بن المنذر وكانت نصرانية؛ وجواز الخطبة يدل على جواز ما تستتبعه وهو الزواج[3].

هذا وقد قال القرافي في سبب إباحة التزوج من الكتابيات دون غيرهن من الكافرات: "لما تشرف أهل الكتاب بالكتاب، ونسبتهم – في المخاطبة– إليه من رب الأرباب في قوله: ﴿يَا أَهْلَ الْكِتَابِ...﴾ [سورة آل عمران:64]؛ أبيح نساؤُهم وطعامُهم، وفات غيرَهم هذا الشرفُ بحرمانهم"[4].

2)–: **أدلّة الفريق الثاني**: استدل هذا الفريق لقوله بعدم إباحة نكاح الكتابيات بأدلة وهي:

---

1) أخرجه الطبري في تفسيره، 367/4، وقال عنه: "فهذا الخبر وإن كان في إسناده ما فيه فالقول به، لإجماع الجميع على صحة القول به"، وقال عنه العلامة المحدث أحمد محمد شاكر: وهذا الحديث لم أجده في شيء من دواوين الحديث غير هذا الموضع، ونقله عنه ابن كثير، 508/1، ثم نقل كلام الطبري الذي عقبه، ثم قال: "كذا قال ابن جرير رحمه الله"، وتعقيب ابن جرير بأنه"وإن كان في إسناده ما فيه" لعله يشير رحمه الله إلى القول بأن الحسن البصري لم يسمع من جابر، ثم قال: ومعنى هذا الحديث ثابت عن جابر، موقوفا عليه من كلامه.

2) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب: ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، وتحريم المؤمنات على الكفار،برقم: 13763، 7/ 172، وأخرجه عبد الرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403)، في كتاب المغازي، باب: نكاح نساء أهل الكتاب، برقم: 1586، 1/ 78.

3) ابن الهمام، فتح القدير، 229/3؛ السرخسي، المبسوط، 211/4؛ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 218/2؛ ابن قدامة، المغني، 449/7؛ الشربيني، مغني المحتاج، 321/4.

4) القرافي، الذخيرة، 323/4.

1- قول الله تعالى: ﴿وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [سورة البقرة:221]، قالوا نزلت هذه الآية مرادًا بها تحريم نكاح كل مشركة على كلّ مسلم، من أيّ أجناس الشِّرك كانت، عابدةً وثن كانت، أويهودية، أو نصرانية، أو مجوسية أو غير ذلك من أصناف الشرك[1]؛ ذلك أن الجمع المحلى بـ "أل" يفيد العموم[2].

2- ماروي عن ابن عمرﷺ أنه كان إذا سئل عن نكاح النصرانية، أواليهودية، قال: «إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى؛ وهو عبد من عباد الله»[3].

3- وقال المانعون من الشيعة: لا ريب في دلالة آية البقرة، على المنع من تزوج المشركات مطلقا؛ والكتابيات منهن؛ وذلك لما يأتي:

- لأنه قد عهد من الشارع إطلاق لفظ الشرك على أهل الكتاب، وهو ما نلحظه في كثير من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهِئُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ قَاتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَاباً مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهاً وَاحِداً لا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [سورة التوبة:31/30].

ولأن الشارع علق النهي في الآية على الغاية التي هي الإيمان في قوله تعالى:﴿ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾، فيدل على اشتراطه في النكاح، وهو منتف عن اليهوديات والنصرانيات[4].

وكذا تعقيب النهي في الآية نفسها بقوله: ﴿ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾ [سورة البقرة:221]، يقتضي كونه علةً للمنع؛ فإن الزوجين ربما أخذ أحدهما من دين صاحبه، فيؤدي ذلك إلى دخول النار، وهو معنى مطرد في جميع أقسام الكفر، ولا يختص بالشرك، بمعنى أننا لو سلمنا بأن اللفظ خاص بمن هم دون أهل الكتاب؛ فإن هذه العلة تجمعهم وتعمهم، وهذا يدل على عدم تخصيصهم[5].

4- وتمسّكوا أيضا بقوله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [سورة الممتحنة:10]، والعِصَم جمع العصمة، والمراد بالعصمة هنا النكاح، والكوافر جمع كافرة؛ ففي الآية تحريم من الله عز وجل على عباده المؤمنين نكاح

---

1) الطبري، جامع البيان، 362/4؛ ابن قدامة، المغني، 500/7.

2) ابن العلامة، إيضاح الفوائد، 22/3.

3) رواه البخاري في صحيحه، في كتاب الطلاق، باب: قول الله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن، 48/7، ر5285.
ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 583/1؛ ابن فهد الحلي، المهذب البارع، 296/3.

4) الطوسي، الخلاف،312/4.

5) الجصاص، أحكام القرآن، 185/1؛ النجفي، جواهر الكلام، 29/30.

المشركات، أوالاستمرار معهن، حيث كان الكفار يتزوجون المسلمات، والمسلمون يتزوجون المشركات، ثم نسخ ذلك في هذه الآية[1]، فطلق المسلمون نساءهم الكافرات.

وجه الاستدلال من الآية؛ هو أنه متى ثبت انقطاع العصمة الثابتة بالنكاح السابق، فإنه يلزم منه عدم جواز اللاحق بالأولى؛ فإن قيل: إنها نزلت في المشركات خاصة، فيقال: إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[2].

5- احتجوا بما روي عن علي بن أبي طلحة ﷺ قال: «أراد كعب بن مالك ﷺأن يتزوج امرأة من أهل الكتاب، فسأل رسول الله ﷺ، فنهاه وقال له: إنها لا تحصنك»[3]، وظاهر النهي في قوله ﷺ يقتضي الفساد[4].

6- إن مودةَ الكفار منهي عنها شرعا بنص الآية في قول الله تعالى: ﴿لا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [سورة المجادلة:22]، والتزوج بهن يستلزم المودة بنصِّ قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [سورة الروم:21]؛ وما يؤدي إلى حرام فهو حرام[5].

مناقشة أدلة المذاهب

أ/ مناقشة أدلة المجيزين:

رد المانعون من نكاح نساء أهل الكتاب على ما احتج به المجيزون بما يلي:

1- أما عن قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[سورة المائدة، الآية:5]، فقد سئل عنها أبو جعفر ﷺ فقال نسختها: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾، وقال غيره منهم: هي منسوخة بآية: ﴿وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [سورة البقرة:221][6].

ولو سلمنا بعدم النسخ فإن الآية دليل لنا؛ لأن المحصنات فيها يراد بهن المسلمات، كما فسره بذلك ابن عمر، فيكون المراد بـ:﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، هن اللائي كن في الأصل مسلمات، والمراد بـ:

---

1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 65/18؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم 94/8.

2) النجفي، جواهر الكلام، 30/30؛ الطوسي، الخلاف، 312/4.

3) أخرجه الدارقطني، كتاب الحدود، 3/ 148، ر201، وقال: "أبو بكر بن أبي مريم ضعيف وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا"، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب: من قال من أشرك بالله فليس بمحصن، 8/ 216، ر16718، وقال: ورواه أيضا بقية بن الوليد عن أبي سبأ عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب وهو منقطع.

4) الجصاص، أحكام القرآن، 495/1.

5) الطباطبائي، رياض المسائل، 521/6؛ ابن العلامة، إيضاح الفوائد، 22/3.

6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 67/3؛ النجفي، جواهر الكلام، 29/30؛ الحلي، تذكرة الفقهاء، 645/2.

﴿الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾، اللائي أسلمن منهن، حيث كان المسلمون يتحرجون ويأنفون عن نكاح من أسلمت عن كفر؛ فبين الله ﷻ أنه لا حرج فيه[1].

وقال بعض الشيعة: إذا سلمنا بعدم النسخ في الآية فإننا نخصه بنكاح المتعة فهو جائز عندنا[2].

2- أما عن دعوى اتفاق الصحابة وعدم المنكِر فيهم؛ فهو غير صحيح؛ إذ قد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ «أنه غضب غضبًا شديدًا، لما نكح طلحة بن عبيد الله ﷺ يهودية، ونكح حذيفة بن اليمان ﷺ نصرانية، فقالا: نحن نطلِّق يا أمير المؤمنين، ولا تغضب! فقال: لئن حل طلاقُهن لقد حل نكاحهن، ولكن أنتزعهن منكم صَغَرة قِمْأة»[3].[4]

ب/ **مناقشة أدلة المانعين:**

رد المجيزون أدلة المانعين بما يأتي:

1- أما عن قوله تعالى: ﴿وَلا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [سورة البقرة:221]، فظاهر لفظ الشرك فيه إنما يتناول عبدة الأوثان دون أهل الكتاب، لأن معظم المفسرين على أن لفظ المشركين في القرآن، إذا أطلق فإنه لا يتناول أهل الكتاب؛ ومن ذلك قوله سبحانه: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ [سورة البينة:1]، ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ﴾ [سورة البينة:7]، وقوله: ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا﴾ [سورة المائدة: 82]، وهكذا فإن الله ﷻ فصل في الآيات بين لفظ المشركين، وبين لفظ أهل الكتاب، ويعطف أحدهما على الآخر، والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، وفي هذا دليل على أن لفظة المشركين في إطلاقها لا تتناول أهل الكتاب[5].

وعن سبب وصف أهل الكتاب بالشرك قال ابن تيمية: فأما وصفهم بأنهم مشركون في قوله تعالى: ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَاباً مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهاً وَاحِداً لا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [سورة التوبة:31]، فسببه أن أصل دينهم الذي أنزل الله به الكتب وأرسل به الرسل ليس فيه شرك، كما قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ مِنْ رَسُولٍ إِلَّا نُوحِي إِلَيْهِ أَنَّهُ لا إِلَهَ إِلَّا أَنَا فَاعْبُدُونِ﴾ [سورة

---

1) النجفي، جواهر الكلام،30/30.

2) الطوسي، الخلاف، 312/4؛ النجفي، جواهر الكلام، 30/30.

3) قمأ: قِمْأَةً، وقَماءةً وقُمْأَةً، أي: ذَلَّ وصَغُرَ. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 19/1.

4) الطبري، جامع البيان، 346/4. وقال ابن كثير بعد روايته الخبر: "هو حديث غريب جدًّا، وهذا الأثر غريب عن عمر". ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 583/1.

5) السرخسي، المبسوط، 212/4؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 69/3؛ ابن قدامة، المغني، 500/7.

الأنبياء:25]، ولكنهم بدلوا وغيروا، فابتدعوا من الشرك ما لم ينزل به الله سلطانا، فصار فيهم شرك باعتبار ما ابتدعوا لا باعتبار أصل الدين[1].

فإذا ثبت ذلك؛ فإن قوله تعالى: ﴿الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾، ثابت الحكم؛ إذ ليس بين الآيتين أي تعارض[2].

هذا ولو سلمنا بأن إطلاق لفظ المشركات يدخل فيه كل مشركة من كتابية، ووثنية، فقد خَص من ذلك نساء أهل الكتاب بقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة:5].

وروي عن ابن عباس في قوله: ﴿وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [سورة البقرة:221]؛ أن الله استثنى من ذلك نساء أهل الكتاب، وهو قول مجاهد، وعكرمة، وسعيد بن جبير، ومكحول، والحسن، والضحاك، وغيرهم، وهو أيضا قول الحنفية، والمالكية، وأحد قولي الشافعي[3]، ورواية عند الحنابلة رجحها ابن قدامة، وبه قالت الإباضية والظاهرية[(4)]، وهو ما عبر عنه ابن حزم بقوله: إنه لو لم تأت إلا هذه الآية لكان القول قول ابن عمر، لكن وجدنا الله تعالى يقول: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[سورة المائدة:5]؛ فكان الواجب الطاعة لكلتا الآيتين[5]، وأن لا تترك إحداهما للأخرى؛ ولا سبيل إلى ذلك إلا بأن يستثنى الأقل من الأكثر، فوجب استثناء إباحة المحصنات من أهل الكتاب بالزواج، من جملة تحريم المشركات، ويبقى سائر ذلك على التحريم بالآية الأخرى[(6)].

1- أما قولهم بأن العلة في تحريم نكاحهن الدعاء إلى النار، وأن هذه العلة مطردة في جميع الكفار، فإنه يحتمل أن يرجع ذلك إلى الرجال خاصة، كما هو الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ

---

1) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 162/1.

2) الجصاص، أحكام القرآن، 461/2؛ السرخسي، المبسوط، 212/4.

3) والقول الآخر له: "أن هذه الآية إنما نزلت في جماعة مشركي العرب الذين هم أهل الأوثان فحرم نكاح نسائهم كما حرم أن تنكح رجالهم المؤمنات قال فإن كان هذا هكذا فهذه الآيات ثابتة ليس فيها منسوخ".
الشافعي، الأم، 7/5؛ الشافعي، أحكام القرآن، 188/1؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 582/1.

4) الجصاص، أحكام القرآن، 455/1؛ ابن الهمام، فتح القدير، 341/1؛ الطبري، جامع البيان، 362/4؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 67/3؛ الباجي، المنتقى، 331/3؛ ابن العربي، أحكام القرآن، 218/1؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 582/1؛ ابن قدامة، المغني، 100/7؛ أطفيش، تيسير التفسير، 285/1.

5) يشير بذلك إلى آيتي البقرة والمائدة.

6) ابن حزم، المحلى، 13/9.

أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾، لأنه لا حكم للمرأة على الزوج في الأصل، ولو سلم عمومها لجميع من سبق، فلا يمنع أن تكون العلة في الشرع عامة، والحكم خاصا، أو أزيدَ من العلة[1]؛ فوجب أن يكون حكم التحريم مقصورا على المشركات دون غيرهن، ويكون ذكر دعائهم إيانا إلى النار تأكيدا للحظر في المشركات غير متعدٍّ به إلى سواهنّ؛ لأن الشرك والدعاء إلى النار، هما علتا تحريم النكاح وذلك غير موجود في الكتابيات[2].

2- أما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [سورة الممتحنة:10]، فالجواب عنه: أن المراد بالكوافر هنا، هم عبدة الأوثان، ومن لا يجوز ابتداء نكاحها، فهي خاصة بالكوافر من غير أهل الكتاب، ولو سلمنا أنها عامة، فقد خُصَّ منهن نساء أهل الكتاب[3]، قال أهل التفسير: أمر الله تعالى من كان له زوجة مشركة أن يطلقها، وقد كان الكفار يتزوجون المسلمات والمسلمون يتزوجون المشركات، ثم نسخ الله ذلك في هذه الآية وغيرها[4].

3- أما دعوى النسخ فهي باطلة، ولو قدر عموم المشركات والكافرات في آيتي البقرة والممتحنة، فإن آية المائدة خاصة، وهي كذلك متأخرة في النزول؛ إذ أنَّ نزول سورة المائدة كان بعد نزول سورتي البقرة، والممتحنة باتفاق العلماء، حتى قال ابن عباس، والحسن، وغيرهما عن سورة المائدة: إنه لا منسوخ فيها. فالخاص المتأخر إذن يقضي على العام المتقدم، باتفاق علماء المسلمين[5].

4- أما ما رووه من حديث علي بن أبي طلحة ﷺ، فهو كما تقدم في تخريجه، ضعيف ومنقطع[6]؛ فلا يجوز الاعتراض بمثله على ظاهر القرآن، في إيجاب نسخه ولا تخصيصه، وإن ثبت؛ فجائز أن يحمل على وجه الكراهة، لا على وجه التحريم، كما روي عن عمر ﷺ كراهته لحذيفة ﷺ تزوج اليهودية. وقوله ﷺ: «لا

---

1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 69/3؛ ابن العربي، آيات الأحكام، 185/1.

2) قال الجصاص: "ونظير ذلك قوله: (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله) فذكر ما يحدث عن شرب الخمر من هذه الأمور المحظورة وأجراها مجرى العلة; وليس بواجب إجراؤها في معلولاتها لأنه لو كان كذلك لوجب أن يحرم سائر البياعات، والمناكحات، وعقود المداينات؛ لإرادة الشيطان إيقاع العداوة، والبغضاء بيننا في سائرها وأن يصدنا بها عن ذكر الله، فلما لم يجب اعتبار المعنى في سائر ما وجد فيه، بل كان مقصور الحكم على المذكور دون غيره، كان كذلك حكم سائر العلل الشرعية المنصوص عليها منها والمقتضية والمستدل عليها". الجصاص، أحكام القرآن، 498/1.

3) الجصاص، أحكام القرآن، 463/2؛ ابن قدامة، المغني، 101/7؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 661/2؛ البهوتي، كشاف القناع 84/5.

4) الطبري، جامع البيان، 332/23؛ ابن العربي، آيات الأحكام، 197/4؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 66/18.

5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 350/6؛ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 162/1.

6) الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، 368/7.

تحصنك»؛ دليل عليهم في الحقيقة؛ لأن نفي التحصين غير موجب لفساد النكاح؛ فالصغيرة لا تحصِن، ويجوز نكاحها مع ذلك، ولو كانت محرمة لبيَّنه ولوضحه توضيحا شافيا؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن الحاجة[1].

5- أما ما قالوه عن النهي عن مودة الكفار في قول الله تعالى: ﴿لا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [سورة المجادلة:22]، وأن التزوج بهن يستلزم المودة، فالجواب عنه: أن المحادة هي أن يكون كل واحد منهما في حد غير حد صاحبه، وظاهر ذلك يقتضي أن يكون المراد به أهل الحرب؛ لأنهم في حد غير حدِّنا، فذلك يدل على كراهة مناكحة أهل الحرب وإن كانوا من أهل الكتاب، وبه استدل ابن عباس ﷺ على حرمة نكاح الكتابيات إذا كانوا حربًا - كما سيأتي-[2].

6- وأما عن تفسير المحصنات بـ: المسلمات، فغير مسلم؛ لأن ذلك يفيد أن يقول: أُحل لكم المسلمات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فيقال: إن كن قد انقرضن؛ فلا فائدة حيث لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء، وإن كن أحياء ودخلن في دين نبينا محمد ﷺ فالحل حينئذ معلوم من حكم المسلمات، المعلوم بالضرورة من الدين، ثم يصير المعنى في قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [سورة المائدة:5]، هو: والمسلمات من المؤمنات، وهو بعيد في عرف الاستعمال؛ بخلاف تفسيره بالعفائف، أو بالحرائر، ولو حملنا الآية على المسلمات فلن يكون لتخصيص الكتابية بالذكر أي معنى؛ فإن غير الكتابية أيضا إذا أسلمت حل نكاحها[3].

7- أما عن غضب عمر وما كان منه مع صاحبيه الجليلين حذيفة وطلحة رضي الله عنهما، فقال عنه ابن عطية: "هذا لا يستند جيدا"[4]، بالإضافة إلى أن ذلك لم يكن ربما لعدم الحل، وإنما كان لأمور أخرى ربما تقتضيها المصلحة العامة؛ كالخوف من بوار المسلمات، أو خشية مواقعة المومسات منهن، كما ورد فيما روي عنه أنه: «كتب إلى حذيفة لما تزوج يهودية؛ خلِّ سبيلها. فكتب إليه: أتزعُمُ أنها حرامٌ؛ فأخلي سبيلها؟، فقال: لا أزعم أنها حرام، ولكن أخاف أن تعاطوا المومسات منهن)[(5)]، أو ربما مراعاة للمصلحة الخاصة، كخوف الفتنة على الولد؛ لأنه في صغره ألزم لأمه.

---

1) الجصاص، أحكام القرآن، 495/1؛ المرتضى، البحر الزخار، 42/4.

2) الجصاص، أحكام القرآن، 642/3.

3) السرخسي، المبسوط، 211/4، ابن الهمام، فتح القدير، 229/3.

4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 68/3.

5) قال ابن كثير: إسناده صحيح. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 583/1.

هذا وقد روي عنه رضي الله عنه، وبإسناد أصح القول بما ينافي ذلك وهو قوله: «المسلم يتزوج النصرانية، ولا يتزوج النصراني المسلمة»[1].

الترجيح

بعد هذا العرض لأهم الأدلة التي استند إليها كل من الفريقين وبعد مناقشتها، يتبين لنا جليا قوة أدلة الفريق الأول، ووضوحها في إباحة الزواج بالكتابيات عموما، ويبدو أن أقوى ما تمسك به المانعون هو ما روي عن ابن عمر من التحريم، وهو غير مسلم به على إطلاقه، حيث قد روي عن ميمون بن مهران أنه قال: «قلت لابن عمر ﷺ: إنا بأرض يخالطنا فيها أهل الكتاب، فننكح نساءهم ونأكل طعامهم؟ قال: فقرأ علي آية التحليل، وآية التحريم، قال: إني أقرأ ما تقرأ فننكح نساءهم ونأكل طعامهم؟، قال: فأعاد علي آية التحليل وآية التحريم»، فقيل: إن عدولَه عن الجواب بالإباحة والحظر إلى تلاوة الآية؛ دليل على أنه كان واقفاً في الحكم، غير قاطع فيه بشيء، فلما لم يبلغه النسخ توقف، كما أنه لم يؤخذ عنه ذكر النسخ، وإنما تُؤُوِّل عليه، وليس يؤخذ الناسخ والمنسوخ بالتأويل. وما ذكر عنه قد يحمل على الكراهة، إذ ليس فيه ما يدل على أنه يحمل على وجه التحريم قطعا، ولو سلمنا بذلك كله، فهو اجتهاد خاص به، لا يقوى على معارضة ما تقدم والله أعلم[2].

1) قال عنه الشيخ أحمد محمد شاكر: الحديث إسناده صحيح، متصل إلى عمر، وهذا الخبر رواه البيهقي في السنن الكبرى، 172/7، من طريق سفيان الثوري بهذا الإسناد، وذكره ابن كثير في تفسيره، وصحح إسناده. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 583/1. ينظر: الطبري، جامع البيان، 366/4.

2) الجصاص، أحكام القرآن، 455/1؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 62/2.

الدرس الخامس: التفريق بسبب الإعسار

تعريف الفُرْقة

الفرقة لغة: الفُرْقة (بضم الفاء) اسم من المفارقة، ومعناها: المباينة، وأصلها من الفرق بمعنى الفصل.

الفرقة اصطلاحاً: هي انحلال رابطة الزواج، وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب[1].

أنواع الفرق باعتبار القضاء

الفرق باعتبار القضاء نوعان: **فُرَق تتوقف على القضاء، وفرق لا تتوقف على القضاء.**

التفريق بحكم القاضي: قد يكون بناء على طلب أحد الزوجين لسبب من الأسباب: كالشقاق، والعيب، والإعسار، والغيبة، والضرر وغير ذلك، أو بدون طلب من أحدهما بل حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين.

ويظهر أثر التوقف على القضاء وعدمه في بعض الأحكام، كالإرث، فإن وجد سبب الفرقة، ثم مات أحد الزوجين قبل صدور حكم قضائي، فإن احتاجت الفرقة إلى القضاء، فإن الآخر لا يرثه، وإن لم تحتج إلى قضاء فيرثه الآخر، لانتهاء الزوجية بمجرد وجود سبب الفرقة.

التفريق القضائي: قد يكون طلاقاً: كالتفريق بسبب الإعسار، أو للعلل أو للشقاق بين الزوجين أو للغيبة أو للحبس أو للتعسف، **وهي محل خلاف.**

وقد يكون فسخاً: للعقد من أصله كما هو حال التفريق في العقد الفاسد،كالتفريق بسبب الردة وإسلام أحد الزوجين.

وستناول بالبحث هنا التفريق للإعسار بالنفقة.

تعريف الإعسار

الإعسار في اللغة: مصدر أعسر، وهو ضد اليسار، والعسر: هو الضيق، والشدة، والصعوبة، قال تعالى: ﴿سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق:7]، وقال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ﴾ [البقرة:280]، والعسرة: قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار[2].

الإعسار في الاصطلاح: الإعسار بالنفقة: هو عدم القدرة على النفقة، أو أداء ما عليه بمال ولا كسب[3].

---

1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 327/9.

2) ابن منظور، لسان العرب، مادة (عسر)، 563/4؛ الجوهري، الصحاح، مادة (عسر)، 308/2.

3) الشيرازي، المهذب، 1662/2.

الفرق بينه وبين الإفلاس: أن الإفلاس لا ينفك عن دين، أما الإعسار فقد يكون عن دين أو عن قلة ذات اليد[1] .

النفقة الواجبة للزوجة

ذهب الفقهاء إلى أن النفقة الواجبة للزوجة على زوجها تشمل الطعام والكسوة والمسكن، وما لا غنى لها عنه؛ كالدواء، أو الخادم.

تقدير نفقة الزوجة

للفقهاء فيما تقدر به نفقة الزوجة ثلاثة اتجاهات:

– الأول: تقدر بحال الزوجين جميعا؛ فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه لها نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين فعليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فلها نفقة المتوسطين، سواء كان هو الموسر أو هي؛ وهذا هو المفتى به عند **الحنفية والمعتمد عند المالكية وهو مذهب الحنابلة**[2].

– الثاني: تقدر بحال الزوج وحده؛ وهو ظاهر الرواية عند الحنفية، وصححه في البدائع، وهو مذهب الشافعي، وقول عند المالكية[3].

ويستدل له بقول الله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا اِلاَّ مَآ ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق:7].

الثالث: تقدر بحال الزوجة؛ وهو قول بعض الحنفية[4].

أخذا بدلالة قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:233].

وبحديث هند إذ قال لها رسول اللهﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[5].

---

1) قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على منهاج الطالبين، 70/4.

2) ابن الهمام، فتح القدير، 220/4؛ الجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (المعروف بحاشية الجمل على شرح المنهج)، 510/4؛ الدردير، الشرح الكبير، 522/2– 523؛ ابن أبي تغلب، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، 117/2؛ ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، 303/2– 304؛ ابن قدامة، المقنع، 319/3.

3) الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، 509/2؛ الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، 488/4؛ ابن قدامة، المغني، 564/7.

4) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 645/2.

5) أخرجه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ...، 65/7، ر5364.

تحرير محل النزاع

– اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح، فإذا امتنع الزوج عن دفع هذه النفقة لمانع من الزوجة كنشوزها لم يجبر عليها، أما إذا لم يقم الزوج بها لغير مانع من الزوجة بل بسبب إعسار الزوج عن النفقة، فهل يكون للزوجة حق طلب التفريق منه؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

والإعسار عن الإنفاق: يشمل هنا الطعام والكساء باتفاق؛ لأن الحياة لا تقوم بدونهما.

أما الإعسار بالمسكن:

– فقد ذهب الحنفية والشافعية: إلى أن الأصح أن لها طلب الفسخ بسبب الإعسار بالسكن.

– أما الحنابلة: فعندهم في التفريق للإعسار بالمسكن وجهان: الأول: أن لها التفريق به كالطعام والكساء. والثاني: لا تفريق لها به؛ لأن البنية تقوم بدونه، وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي.

– وأما المالكية فلا يرون التفريق للعجز عن المسكن قولا واحدا؛ لأنه غير ضروري.

1– مذهب الجمهور: من المالكية والشافعية والحنابلة: أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فالزوجة بالخيار، إن شاءت بقيت على الزوجية واستدانت عليه، وإن شاءت رفعت أمرها للقاضي طالبة فسخ نكاحها، والقاضي يجيبها إلى ذلك حالا، أو بعد التلوم للزوج[1] رجاء مقدرته على الإنفاق، على اختلاف بينهم في ذلك، وهذا القول هو المروي عن عمر، وعلي، وأبي هريرة رضي الله عنهم وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم[2] .

2– مذهب الحنفية، والظاهرية: أنه ليس للزوجة هنا طلب التفريق، والقاضي يأمر من تجب عليه نفقتها – لولا زوجها– بإقراضها، فإن امتنع حبسه وعزره حتى يقرضها، ثم يعود بذلك على زوجها إذا أيسر إن شاء، وهو مذهب عطاء، والزهري ، وابن شبرمة، وحماد بن أبي سليمان، وغيرهم[3].

أدلة المذاهب ومناقشتها

أدلة المذهب الأول:

1) التلوّم لغة: الانتظار، وفي الاصطلاح: هو بهذا المعنى. وقال المالكية: هو تصبر الزوجة يوما أو يومين أو أكثر بأمر القاضي برجاء يسار الزوج بالنفقة.

2) الحصكفي، الدر المختار، 2/903؛ الدردير، الشرح الصغير، 745/2 وما بعدها؛ الشربيني، مغني المحتاج: 3/ 442–446؛ ابن قدامة، المغني، 7/ 573–577؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 51/2؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص215؛ المحقق الحلي، مختصر فقه الإمامية، ص204؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير، 418/2.

3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 656/2.

– احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾ [البقرة:231]، وإمساك المرأة بدون إنفاق عليها إضرار بها، وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة:229]، وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها، فيتعين التسريح، فإذا طلبت دفع ذلك عنها فعلى القاضي أن يدفعه بالتفريق.

– وبحديث: «لا ضرر ولا ضرار»[1] حيث إن عدم الإنفاق أشد ضرراً على المرأة من سبب العجز عن الاتصال الجنسي، حيث يمكن البقاء بدونه وقد ثبت التفريق به، فيكون لها الحق في طلب التفريق بسبب الإعسار أو العجز عن الإنفاق من باب أولى.

– بما روي عن أبي الزناد أنه قال: "سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ماينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت له: سنَّة؟ قال: سنَّة". وقول سعيد: سنَّة، يعني سنة رسول اللهﷺ، وذكر مالك الأثر مختصرا وقال: "وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا"[2]، وهذا نص في محل النزاع إلا أنه من مراسيل سعيد وهي قوية، وقد اعتضد بفتيا بعض الصحابة.

– «كتب عمر رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم: يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى»[3]، فعله عمر ولم ينكر عليه أحد من الصحابة.

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها:

– يقول الله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا اِلاَّ مَآ ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق:7]، فالزوج إما معسر أو موسر، فإن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق وإذا لم يكن ظالماً فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه، وإن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق.

اعترض: بأنه قد يتعين التفريق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عن الزوجة.

– قد ثبت في صحيح مسلم: «أنهﷺ لما طلب أزواجه منه النفقة قام أبو بكر وعمر إلى عائشة وحفصة فوجآ أعناقهما وكلاهما يقول: تسألن رسول اللهﷺ ما ليس عنده» الحديث. قالوا: فهذا أبو بكر وعمر يضربان بنتيهما بحضرتهﷺ لما سألتاه النفقة التي لا يجدها فلو كان الفسخ لهما وهما طالبتان للحق لم يقر النبيﷺ الشيخين على ما فعلا ولبين أن لهما أن تطالبا مع الإعسار بالفسخ.

---

1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 77/3، ر288.

2) مالك، الموطأ: هامش الزرقاني، 219/3.

3) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، 93/7، ر12346.

أجيب: بأن فعل أبي بكر وعمر لا يدل على عدم جواز الفسخ للإعسار بالنفقة، ولم يرد أن أزواج النبي طلبن الفسخ أصلا، ومعلوم أنهن لا يسمحن بفراقه فإن الله تعالى قد خيرهن فاخترن رسول اللهﷺ والدار الآخرة فلا دليل فى القصة، كما أنه لم يثبت أن النبيﷺ أعسر بالنفقة كليا في يوم، بل ربما كان ذلك لأمر زائد عن النفقة الضرورية.

– ولأنه كان في الصحابة المعسر بلا ريب ولم يؤثر عن النبيﷺ أنه مكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها.

أجيب: بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، وربما لم تطلب الصحابيات التفريق.

مناقشة أدلة الجمهور والرد عليها:

– أما الآية فقد نزلت فيمن كان يطلق فإذا قاربت العدة على الانتهاء راجع ليضر بالمرأة وبأن الآية نزلت فيمن اعتدى والزوج غير معتد لأنه لا يد له في فقره.

أجيب: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولم نقل بأن الزوج معتديا بسبب فقره، وإنما اعتداؤه بسبب امساكه مع عدم القدرة على النفقة، وعدم رضا الزوجة بذلك فهو معتد من هنا.

– اعترض ابن حزم على قول سعيد: إنه سنة؛ أنه لا يلزم منه أن يكون سنة رسول اللهﷺ؛ فقد يحتمل أنه أراد سنة عمر.

أجاب الصنعاني: قول الراوي سنة قد يراد به سنة الخلفاء لو لم يسأل أما إنه سئل فلا يراد به إلا سنة النبيﷺ لا غيره[1].

– أما كتاب عمر فقد اعترض عليه ابن حزم بأن عمر قال ذلك في رجال أغنياء وليس في خبر عمر ذكر حكم المعسر، بل صح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج.

أجيب: ليس في الخبر ما يدل على أنه يخص به الأغنياء، كما أنه لم يصح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج؛ إلا ما ذكر من خبر أزواج النبيﷺ وقد تقدمت الإجابة عنه.

الرأي المختار

إذا كان عدم الانفاق بسبب إعسار الزوج، ننظر فإن كانت الزوجة قد غرر بها وأوهمها الزوج بأنه موسر ثم تبين الإعسار فللزوجة الحق في المطالبة بالفسخ كما يقول ابن القيم، للغش، وما كان عن طريقه فليس له حرمة.

أما إن كانت عالمة بإعساره، أو كان موسرا فافتقر فهنا ننظر هل يوجد من قرابتها من ينفق عليها دون إهانة كالأب ونحوه فإن وجد فلا حق لها في طلب الفسخ، وقد يرشد إلى ذلك قول عمر لابنته حفصة: « لا

---

1) الصنعاني، سبل السلام، 224/3.

تستكثري على رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تراجعيه في شيء ولا تهجريه واسأليني ما بدا لك[1]»، ولم ير الناس قديما وحديثا أن مواساة الأسر بعضها لبعض شيئا مهينا، فهو أولى من التلاعب بالرابطة العظيمة والميثاق الغليظ.

– فإن لم يكن من ينفق عليها ممن ذكر ننظر هل لها مال تنفقه على نفسها فإن كان فلا فسخ، وتحتسب ذلك عليه إلى حال إيساره بالاتفاق معه أو بإلزام القاضي والله يقول: ﴿ وَإِن كَان ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ﴾ [البقرة:280]

– فإذا انسدت كل السبل أمامها فتكون قد دخلت مرحلة الضرورة، فلم يبق إلا أن نجيز لها أن تطلب الفسخ والرسولﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار»[2].

شروط التفريق لعدم الإنفاق عند من يقول به

يشترط له شروط هي[3]:

أ – أن يثبت إعسار الزوج بالنفقة، وذلك بتصادقهما أو بالبينة، وذلك في الأظهر عند الشافعية والحنابلة.

أما المالكية، وهو قول آخر للشافعية والحنابلة فلا يرد هذا الشرط عندهم.

ب – أن يكون الإعسار أو الامتناع الموجب للفرقة هو امتناع عن أقل النفقة، وهي نفقة المعسرين، ولو كانت الزوجة غنية، أو الزوج الممتنع غنيا أيضا؛ لأن التفريق إنما يثبت هنا ضرورة دفع الهلاك عن الزوجة، وهو إنما يتحقق بالعجز عن نفقة المعسرين، لا النفقة المستحقة لها مطلقا.

ج – أن لا يكون للزوج مال ظاهر حاضر يمكنها أخذ نفقتها منه بنفسها أو بطريق القاضي، وإلا لم يكن لها التفريق بالاتفاق.

د – أن يكون امتناع الزوج عن النفقة الحاضرة بعد وجوبها عليه، فإذا امتنع عن النفقة الماضية دون الحاضرة لم يكن لها الفسخ بالاتفاق، لأنها دين كسائر الديون، وليست ضرورية للإبقاء على الحياة.

هـ – أن لا تكون قد رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه مطلقا، صراحة أو ضمنا، أو شرط عليها ذلك في العقد أو بعده ورضيت به، فإن كان ذلك لم يكن لها حق في طلب التفريق لدى المالكية والحنابلة في قول.

وذهب الشافعية والحنابلة في قول ثان إلى أن لها طلب فسخ النكاح إذا أعسر الزوج بالنفقة ولو رضيت به قبل ذلك، لأن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم[1].

---

1) رواه البخاري في صحيحه، باب الغرفة والعلية المشرفة...، 133/3، ر2468.

2) سبق تخريجه.

3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 60/29.

نوع الفرقة بالامتناع عن الإنفاق

– ذهب المالكية: إلى أنها طلاق رجعي، ولهذا كان للزوج حق مراجعتها في العدة عندهم، إلا أن المالكية اشترطوا هنا لصحة الرجعة أن يجد الزوج يسارا لنفقتها الواجبة عليه، وليس النفقة الضرورية التي فرق من أجلها، فإذا راجعها دون ذلك لم تصح الرجعة[2].

– **ذهب الشافعية والحنابلة:** إلى أن الفرقة لعدم الإنفاق **فسخ** ما دامت بحكم القاضي، فإن طلب القاضي من الزوج طلاقها فطلقها كانت طلاقا رجعيا ما لم يبلغ الثلاث، أو يكن قبل الدخول، وإلا فبائن[3].

---

1) ابن قدامة، المغني، 249/9.

2) التسولي، البهجة، 1/ 637؛ العبدري، التاج والإكليل، 4/ 25.

3) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، 196/2؛ الماوردي، الحاوي، 454/11؛ المرداوي، الإنصاف، 283/9؛ ابن مفلح، الفروع، 9/ 303.

الدرس السادس: الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أنواع الطلاق الثلاث

الطلاق الثلاث منه سني وبدعي:

الطلاق السني: اتفق الفقهاء على أن الطلاق الثلاث السني المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقاً، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة، لظاهر قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة:229] أي أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة.

ثم اختلفوا في الكيفية:

– قال مالك و الشافعي وأحمد والأوزاعي وأبو عبيد: طلاق السنة واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض.

– وقال أبو حنيفة و الثوري: السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة[1].

الطلاق البدعي: وهو أن يطلقها حائضا، أو في طهر أصابها فيه، أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم.

حكم جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد

في كلمة واحدة، بأن يقول لها: طلقتك ثلاثا، أو في جمل متتالية بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. **اختلفوا فيه على قولين:**

1- يكون بدعياً محظوراً في قول **الحنفية والمالكية وأحمد في رواية مرجوحة وهو قول ابن تيمية وابن القيم.**

– لما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: «أخبر رسول اللهﷺ عن رجل طلَّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله»[2]

– ولأنه ضرر بنفسه وبامرأته من غير حاجة؛ فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراما أو بحيلة لا تزيل التحريم، ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياما يسيرة، أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل؛ فإن ضرر جميع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة.

حديث ابن عمر قال: «قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثا؟ قال: إذن عصيت ربك، وبانت منك امرأتك».

---

1) ابن قدامة، المغني، 236/8.

2) رواه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، 142/6، ر3401. قال ابن كثير: إسناده جيد، وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام: رواته موثوقون. الشوكاني، نيل الأوطار، 227/6.

فإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد، يكون آثماً مستحقاً لعقوبة يراها القاضي.

2- وقال **الشافعية والحنابلة في الراجح** من الروايات، وكذا أبو ثور وداود الظاهري، **هو طلاق للسنة** وإنما يكون تاركاً للاختيار والفضيلة[1].

- لأن عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فقد طلقها ثلاثا. ولم ينقل إنكار النبيﷺ. متفق عليه

أجيب: أما حديث المتلاعنين فغير لازم؛ لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعانهما[2].

- وعن عائشة: (أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله فقالت يا رسول الله: إن رفاعة طلقني فبت طلاقي). متفق عليه؛.

أجيب عنهما: أن حديث امرأة رفاعة جاء فيه: أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات. متفق عليه. وفي حديث فاطمة بنت قيس: «أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات»[3] ؛ فليس في شيء من ذلك جمع الثلاث[4].

الراجح: هو ما استدل به الأكثرون : بأن القرآن العظيم يدل على أن الله لم يبح إلا الطلاق الرجعي، وإلا الطلاق للعدة، كما في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ وهذا إنما يكون في الرجعي. وقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ يدل على أنه لا يجوز إرداف الطلاق للطلاق حتى تنقضي العدة أو يراجعها؛ لأنه إنما أباح الطلاق للعدة: أي: لاستقبال العدة، فمتى طلقها الثانية والثالثة قبل الرجعة بنت على العدة ولم تستأنفها باتفاق جماهير المسلمين.

---

1) ابن قدامة، المغني، 241/8.

2) ابن قدامة، المغني، 241/8.

3) متفق عليه.

4) ابن قدامة، المغني، 241/8.

أقوال الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحد

للفقهاء في جمع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أربعة أقوال وهي:

القول الأول: قول الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية: يقع به **ثلاث طلقات** مطلقا، (دخل بها أو لم يدخل)، وهو منقول عن أكثر الصحابة ومنهم الخلفاء الراشدون غير أبي بكر، والعبادلة الأربعة (ابن عمر، وابن عمرو، وابن عباس، وابن مسعود) وأبو هريرة وغيرهم، ومنقول عن أكثر التابعين.

القول الثاني: قال به عكرمة وابن إسحاق وابن تيمية وابن القيم وهو قول الزيدية: يقع به واحدة، ولا تأثير للفظ فيه، وأخذت به **معظم القوانين**.

القول الثالث: وهو قول الإباضية، وبه قال عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والحسن البصري وغيرهم يقع في المدخول بها ثلاثا، وفي غير المدخول بها واحدة.

القول الرابع: عدم وقوع الطلاق مطلقا، قاله الحجاج بن أرطأة وبعض الإمامية.

أدلة الأقوال ومناقشتها

أدلة القول الأول: مذهب القائلين بوقوع الثلاث بلفظ واحد:

استدل فقهاء المذاهب الأربعة وموافقوهم على وقوع ثلاث طلقات بما يأتي من الكتاب والسنة والإجماع والآثار والقياس والمعقول:

الكتاب:

1- يقول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو في أطهار، فلو كان الحكم يختلف لبينه، فهو يدل على وقوع الثلاث معاً مع كونه منهياً عنه؛ لأن قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، تنبيه إلى الحكمة من التفريق، ليتمكن من المراجعة، فإذا خالف الرجل الحكمة، وطلق اثنتين معاً، صح وقوعهما[1].

2- وقوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى أن قال تعالى: ﴿ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه﴾ فيه دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة، إذ لو لم يقع لم يكن ظالماً لنفسه بإيقاعه لغير العدة.

3- وقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ معناه أن المطلق قد يحدث له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة؛ فلو كانت الثلاث لا تقع، لم يقع طلاقه إلا رجعيا؛ فلا يقع ندم[2]، ولذلك قال علي بن أبي طالب كرم الله وجهه: لو أن الناس أصابوا حد الطلاق ما ندم رجل طلق امرأته.

السنة:

---

1) المطيعي، تكملة المجموع، 87/17.

2) النووي، المجموع، 165/18.

1- حديث سهل بن سعد في الصحيحين في **قصة لعان عويمر العجلاني**، وفيه: فلما فرغا قال عويمر: «كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتها، هي طالق ثلاثا»؛ فقال النبيﷺ: لا سبيل لك عليها، فموضع الدليل أن العجلاني لم يعلم أنها قد بانت منه باللعان فطلقها ثلاثا بحضرة النبيﷺ، فلو كان محرما أو كان لا يقع لا نكره، ومعنى قوله: لا سبيل لك عليها، أي لا سبيل لك عليها بالطلاق، لانها قد بانت باللعان[1].

وأجيب: إنما لم ينكره عليهﷺ؛ لأنه لم يصادف محلاً مملوكاً له ولا نفوذاً.

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأنه لو كان الثلاث محرما لأنكر عليه، وقال له: كيف ترسل لفظ الطلاق الثلاث مع أنه حرام.

2- **حديث رفاعة القرظي وامرأته** فإن فيه: « فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي...»[2]، وجه الدلالة هو أن قولها: (فبت طلاقي) ظاهر في أنه قال لها: أنت طالق البتة، وكلمة (بت) عند الإطلاق تدل على أن الثلاث وقعن في كلمة واحدة، وقد أخرجه البخاري تحت ترجمة (باب من أجاز الطلاق الثلاث)

3- حديث فاطمة بنت قيس: (أن أبا حفص بن المغيرة طلقها البتة وهو غائب)، فذكرت ذلك لرسول اللهﷺ فقال لها: ليس لك نفقة. وقد جاء تفسير (البتة) بأنها ثلاث كما سبق؛ وجه الدلالة: أن لفظ البتة جاء مفسرا بأنه طلقها ثلاثا وأنها مجموعة في مجلس واحد، فدل على اعتبار وقوع الثلاث مجموعة؛ إذ لو لم يكن ذلك واقعا لبينﷺ بقاءها في عصمة زوجها فتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز في حقهﷺ.

رد: بأن بعض الروايات الصحيحة فعلا دلت على أنها ثلاث مفرقة لا مجموعة كما في رواية مسلم: «أنها طلقها زوجها **آخر ثلاث تطليقات** فلم يجعل لها رسول اللهﷺ نفقة ولا سكنى»[3].

رد الاعتراض: وفي المسند أن هذه الثلاث كانت جميعا فروي من حديث الشعبي: « أن فاطمة خاصمت أخا زوجها إلى النبيﷺ لما أخرجها من الدار ومنعها النفقة، فقال: ما لك ولابنة قيس، قال: يا رسول الله إن أخي طلقها ثلاثا جميعا»[4].

---

1) النووي، المجموع شرح المهذب، 87/17.

2) أخرجه الشيخان: صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، 42/7، ر5260، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره...، 1055/2، ر1433.

3) رواه مسلم، كتاب الطلاق، باب في المطلقة ثلاثا قال ليس لها سكنى ولا نفقة، 1119/2، ر1480.

4) رواه أحمد في مسنده، 53/45، ر27100.

4- **حديث ركانة بن عبد يزيد** المتقدم أنه طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبيﷺ، وقال: والله ما أردتُ إلا واحدة، فقال رسول اللهﷺ: «والله ما أردتَ إلا واحدة؟ قال ركانة: والله ما أردتُ إلا واحدة، فردها إليه رسول اللهﷺ»[1].

وهو من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، لقول ركانة واستحلاف النبيﷺ له على أنه لم يرد بلفظ (البتة) إلا واحدة، فهو يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت.

ونوقش الحديث: بأنه حديث ضعَّف الإمام أحمد جميع طرقه، كما ذكر المنذري، وكذلك ضعفه البخاري، وأن قصة ركانة أنه طلقها البتة لا ثلاثاً.

رد: قال ابن قدامة بعد أن ساق الحديث: "رواه الترمذي والدارقطني وأبو داود وقال: الحديث صحيح، فلو لم تقع الثلاث لم يكن للاستحلاف معنى"[2]، وحديث ركانة هذا وإن تكلم فيه بعض أهل العلم فقد قبله غير واحد منهم، قال ابن ماجه في سننه: "سمعت أبا الحسن علي بن محمد الطنافسي[3] يقول: ما أشرف هذا الحديث"[4].

5- حديث عبادة بن الصامت قال: « طلق بعض آبائي امرأته ألفا، فانطلق بنوه إلى رسول اللهﷺ فقالوا: يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفا، فهل له من مخرج فقال: إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا، بانت منه بثلاث على غير السنة، وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه»[5].

وأجيب: بأنه ضعيف، فقد قال الدارقطني عقب إخراجه: "رواته مجهولون وضعفاء، إلا شيخنا وابن عبد الباقي"[6]. وبأن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام، فكيف بجدِّه؟

6- **حديث ابن عمر** الذي طلق امرأته في أثناء الحيض فقال: «يا رسول الله، أرأيت لو طلقتُها ثلاثاً، أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تبين منك، وتكون معصية»[7] ، قال ابن حبان:"لم يشافه الحسن ابن عمر، قال الذهبي: فقد صرح هنا بمشافهته وهذا إسناد قوي"[8].

---

1) رواه الشافعي وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم

2 الكافي 2 \ 786 .

3 كبار الآخذين عن تبع الأتباع، توفي سنة 233 هـ، قال عنه ابن حجر: ثقة.

4 سنن ابن ماجه 1 \ 632 ، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير - (8 / 104

5 سنن الدارقطني - (4 / 20(

6 سنن الدارقطني - (4 / 20(

7 رواه الدارقطني عن الحسن عن ابن عمر، لكن في إسناده ضعيف (نيل الأوطار: 6/227-228).

8 تنقيح كتاب التحقيق في أحاديث التعليق للذهبي - (2 / 205

الآثار: نقل عن كثير من الصحابة رضي الله عنهم أنهم أوقعوا الطلاق الثلاث ثلاثاً، منها:

1- ما روى أبو داود عن مجاهد، قال: «كنت **عند ابن عباس**، فجاءه رجل، فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، فسكت حتى ظننت أنه ردها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الأحموقة، ثم يقول: يا ابن عباس، وإن الله قال: (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً)، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك»[1].

قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس: «كان الطلاق الثلاث على عهد رسول اللهﷺ وأبي بكر وعمر واحدة بأي شيء تدفعه؟ فقال برواية الناس عن ابن عباس: أنها ثلاث»[2].

- وفي الصحيحين قول **ابن عمر** للمطلق ثلاثا: «حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك، وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك»[3]، وهذا تفسير منه للطلاق المأمور به، وتفسير الصحابي حجة، وقال الحاكم: هو عندنا مرفوع.

2- ما روى مالك في الموطأ أن رجلاً جاء إلى **ابن مسعود**، فقال: «إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات، فقال: ما قيل لك؟ فقال: قيل لي: بانت منك، قال: هو مثل ما يقولون»[4].

3- ما روي: أن رجلا قال لعبد الله بن عباس: إني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي؟ فقال له ابن عباس: طلقت منك لثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزؤا»[5].

4- وروي أيضاً: أن رجلاً جاء إلى **علي بن أبي طالب** فقال: «إني طلقت امرأتي ألفاً، فقال: بانت منك بثلاث...»[6].

الإجماع: أجمع السلف على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً؛ قال الشافعي: "الإجماع أكثر من الخبر المنفرد، وذلك أن الخبر مجوز الخطأ والوهم على رواية بخلاف الإجماع فإنه معصوم"، وممن حكى الإجماع على

---

1) رواه أبو داود وصححه الألباني، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، 225/2، ر2199.

2) ابن القيم، إعلام الموقعين، 35/3.

3) رواه الشيخان: البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب{وبعولتهن أحق بردهن} في العدة...، 85/7، ر5332، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها...، 1093/2، ر1471.

4) مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، 550/2، ر1147.

5) مالك، الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في البتة، 550/2، ر1146.

6) رواه الدارقطني في سننه، 21/4، ر56، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ اِمْرَأَتَهُ مِئَةَ ، أَوْ أَلْفًا فِي قَوْلٍ وَاحِدٍ، 13/5، ر18101.

لزوم الثلاث في الطلاق بكلمة واحدة: أبو بكر الرازي والباجي وابن العربي وابن رجب، أو هو على الأقل إجماع الصحابة ويدل عليه رضاهم بما عمله عمر وقاله[1].

وأجيب: بأنه لم يثبت الإجماع، فقد روى أبو داود عن ابن عباس أنه يجعل الثلاث واحدة، وبأن طاوساً وعطاء قالا: «إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، فهي واحدة»، وقد أورد ابن القيم مخالفة عدد كبير من المخالفين في كل الطبقات، بما يثبت عدم وقوع الإجماع[2].

القياس: إن النكاح ملك يصح إزالته متفرقاً، فصح مجتمعاً كسائر الأملاك.

رده ابن القيم: بأن المطلّق إذا جمع ما أمر بتفريقه، فقد تعدى حدود الله وخالف ما شرعه[3].

من المعقول: أو من اللغة: وقال القرطبي: "وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جداً: وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعاً، وما يتخيل من الفرق صوري ألغاه الشارع اتفاقا في النكاح والعتق والأقارير، فلو قال الولي: أنكحتك هؤلاء الثلاث في كلمة واحدة انعقد كما لو قال: أنكحتك هذه وهذه وهذه، وكذا في العتق والإقرار وغير ذلك من الأحكام"[4].

ونوقش: بأن من قال: (أحلف بالله ثلاثاً) لا يعد حلفه إلا يميناً واحدة، فليكن المطلق مثله.

ورد عليه: باختلاف الصيغتين، فإن عدد الطلاق ثلاث، وأما الحلف فلا أمد لعدد أيمانه، فافترقا.

أدلة القول الثاني: القائلين بوقوع طلاق الثلاث واحدا: استدلوا بالكتاب، والسنة، والمعقول:

الكتاب: 1- يقول الله ﷻ: ﴿الطلاق مرتان﴾ أي أن المشروع تفريق الطلاق مرة بعد مرة، ولم يقل: الطلاق طلقتان، فالطلاق كله دفعة واحدة ليس مشروعاً.

فإذا قال لامرأته: أنت طالق اثنتين، أو ثلاثا، أو عشرا، أو ألفا، لم يكن قد طلقها إلا مرة واحدة والمطلّق بلفظ الثلاث مطلق بواحدة، لا مطلق ثلاثا.

كما إذا قيل للرجل: سبح مرتين، أو سبح ثلاث مرات، أو مائة مرة. فلا بد أن يقول: سبحان الله، سبحان الله؛ حتى يستوفي العدد، فلو أراد أن يجمل ذلك فيقول: سبحان الله مرتين، أو مائة مرة. لم يكن قد سبح إلا مرة واحدة.

ورد عليه: بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع أو المباح، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقاً، فيكون المرجع إلى السنة، والسنة بينت أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً.

---

1) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 69/4.

2) ابن القيم، إغاثة اللهفان، 329/1.

3) ابن القيم، المغني، 7/105.

4) ابن حجر، فتح الباري، 9/365.

2- يقول الله ﷻ: ﴿إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:1]، أي: لاستقبال العدة، فإن الآية إذا دلت على منع إرداف الطلاق الطلاق في طهر أو أطهار قبل رجعة أو عقد؛ لأنه يكون مطلقا لغير العدة؛ فلأن تدل على تحريم الجمع أولى وأحرى.

أجيب: بأن الآية تبين أن الطلاق المشروع هو ما يعقبه عدة، وهو منتف في إيقاع الثلاث جملة واحدة، ولكن ليس فيها ما يمنع وقوعه.

السنة:

1- **ما رواه ابن طاوس عن ابن عباس** قال: «كان الطلاق على عهد رسول اللهﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، طلاقُ الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليه، فأمضاه عليهم»[1] فهو واضح الدلالة على جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة، وعلى أنه لم ينسخ لاستمرار العمل به في عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر؛ وبأن عمر أمضاه من باب المصلحة والسياسة الشرعية؛ فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة[2].

وبأن عمر رضي الله عنه رأى أن المفسدة تندفع بإلزامهم، فلما تبين له أن المفسدة لم تندفع بذلك وما زاد الأمر إلا شدة، كان الأولى عدوله إلى تحريم الثلاث الذي يدفع المفسدة من أصلها، كما كان عليه الأمر في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، وأول خلافة عمر رضي الله عنهما.

وأجيب عنه: - المراد بالأناة أنهم كانوا يتأنون في الطلاق فلا يوقعون الثلاث في وقت واحد، ومعنى استعجالهم أنهم صاروا يوقعونها بلفظ واحد؛ كما قال الباجي: (ومعنى الحديث أنهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات؛ ويدل على صحة هذا التأويل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة؛ فأنكر عليهم أن أحدثوا في الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة، فلو كان حالهم ذلك من أول الإسلام في زمن النبيﷺ ما قاله وما عاب عليهم أنهم استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ويدل على صحة هذا التأويل ما روي عن ابن عباس من غير طريق أنه أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لمن أوقعها مجتمعة)[3].

- أو بأنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات، بأن يقول: (أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق) فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع، فكان الناس على عهد رسول اللهﷺ

---

1) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، 1099/2، ر1472.

2) ابن القيم، إعلام الموقعين، 35/3.

3) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 238/3.

وأبي بكر على صدقهم وسلامتهم وليس فيهم خب ولا خداع كانوا يصدقون في إرادة التوكيد، فلما رأى عمر في زمانه أموراً ظهرت، وأحوالاً تغيرت، وفشا إيقاع الثلاث جملة بلفظ لا يحتمل التأويل، ألزمهم الثلاث في صورة التكرير، إذ صار الغالب عليهم قصدها.

– أما كون عمر كان يعلم أن رسول اللهﷺ كان يجعل الثلاث بلفظ واحد واحدة فتعمد مخالفة رسول اللهﷺ وجعلها ثلاثا ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فلا يخفى بعده.

2– حديث ابن عباس عن رُكانة: «أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، فسأله النبيﷺ، كيف طلقتها؟ قال: ثلاثاً، فقال: في مجلس واحد؟ قال: نعم، فقال لهﷺ: إنما تلك واحدة فارتجعها»[1].

وأجيب عنه بأجوبة:

منها: أن في إسناده محمد بن إسحاق، ورد بأنهم قد احتجوا في غير واحد من الأحكام مثل هذا الإسناد.

ومنها: معارضته لفتوى ابن عباس، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثاً.

رد: بأن المعتبر روايته لا رأيه.

ومنها: أن أبا داود رجح أن ركانة إنما طلق امرأته البتة، كما تقدم لدينا، ويمكن أن يكون من روى «ثلاثاً» حمل «البتة» على معنى الثلاث، وفيه مخالفة للظاهر، والحديث نص في محل النزاع.

ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه[2]

– حديث محمود بن لبيد وفيه أن النبيﷺ أخبر عن رجل طق امرأته ثلاث تطليقات جميعا؛ فغضب وقال: «أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم؟» هذا يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون عملا محرما، ويكون عاصياً في إيقاع الطلاق الثلاث بدليل غضب النبيﷺ، وهذا يدل على بطلان المنهي عنه، وهو ما زاد عن الطلقة الواحدة فيكون النهي منصبا عليهما دون الواحدة.

وأجيب: بأنه حديث مرسل؛ لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول اللهﷺ، وإن كانت ولادته في عهدهﷺ. **وهذا مردود:** لأن مرسل الصحابي مقبول، وله حكم الوصل؛ وجل روايته عن الصحابة.

3– عن عائشة رضي الله عنها، عن النبيﷺ أنه قال: (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) وقد قال الله ﷻ: ﴿الطلاق مرتان﴾؛ فبين أن الطلاق الذي شرعه الله للمدخول بها هو الطلاق الرجعي؛ وهذا يدل على بطلان المنهي عنه، وهو ما زاد عن الطلقة الواحدة فيكون النهي منصبا عليهما دون الواحدة.

---

1) أخرجه أحمد في مسنده، 215/4، ر2387، وأبو يعلى، 397/4، ر2500 وصححه. الشوكاني، نيل الأوطار، 232/6.

2) ابن قدامة، المغني، 241/8.

الترجيح

يظهر لي رجحان رأي الجمهور وهو وقوع الطلاق ثلاثاً إذا طلق الرجل امرأته دفعة واحدة، لكن إذا رجح الحاكم رأياً ضعيفاً صار هو الحكم الأقوى، فإن صدر قانون، كما هو الشأن في بعض البلاد العربية بجعل هذا الطلاق واحدة، فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذاً للحل، ومراجعة الزوجة.

الدرس السابع: خيار المجلس

تمهيد في الخيارات

تعريف الخيار لغة: هو اسم مصدر من الاختيار، وهو الاصطفاء والانتقاء، وقول القائل: أنت بالخيار، معناه: اختر ما شئت، وخيره بين الشيئين معناه: فوض إليه اختيار أحدهما.

وفي الاصطلاح: تعريفه في الغالب يتناول هذا اللفظ مقرونا بلفظ آخر لأنواع الخيارات، على أنه يمكن استخلاص تعريف للخيار من خلال تعريفات أنواع الخيار بأن يقال: **هو حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه، لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي**[1].

أنواع الخيار: الخيارات في الشريعة الإسلامية أنواع متعدّدة؛ أوصلها بعضهم إلى سبعة عشر خيارًا، وبعضهم إلى حوالي ثلاثين خيارا؛ وهي مبسوطة في كتب الفقه، أهمها: خيار المجلس، والشرط، والغَبن، والعَيب، والتدليس، والنجش، وخيار القَبول، وخيار اختلاف المتبايعين، والتعيين، والرؤية، والنقد، والوصف، والخيانة...إلخ.

إلاّ أنّ بعض الفقهاء أرجعها إلى أربعة خيارات فقط: مجلس، وشرط، ورؤية ، وعَيب.

أقسامه: ينقسم الخيار بحسب طبيعته إلى:

خيار حكمي: ما ثبت بمجرد حكم الشارع، فينشأ الخيار عند وجود السبب الشرعي وتحقق الشرائط المطلوبة، فهذه الخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها، بل تنشأ بمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به، ومثاله: خيار العيب، خيار الرؤية، خيار المجلس.

خيار إرادي: هو الذي ينشأ عن إرادة العاقد، فالخيارات الإرادية ثلاثة: خيار الشرط، خيار النقد، خيار التعيين، أما باقي الخيارات فهي من الخيارات الحكمية.

الحكمة من مشروعية الخيارات: شرعت الخيارات **في العقود اللازمة**[2] فتصبح به **قابلة للفسخ** بتراضي الطرفين، أو بإلزام الشارع، فهو إذن فرصة للعاقد يحتاط فيها لنفسه لاستدراك ندم يقع فيه أحد المتعاقدين أو كلاهما، فالحكمة تكمن في المحافظة على مصلحة المتعاقدين، وضمان رضاهما، ودفع الضرر الذي قد يلحق بأحدهما؛ أو بكليهما، ذلك أنّ العقد قد يكون سببًا للإيقاع في الندم، والندم يحوج إلى النظر؛ فهي مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها.

---

1) الموسوعة الفقهية الكويتية، 47/20.

2) العقد اللازم: هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله.

العقود التي تدخلها الخيارات[1]: هي العقود اللازمة من الجانبين، القابلة للفسخ[2]؛ وتتمثل في **عقود المعاوضات المالية**: كالبيع بأنواعه، والإجارة، وصلح المعاوضة؛ لأن الدليل المثبت له وهو الحديث ورد في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات[3].

تعريف خيار المجلس

تعريف المجلس: المجلس مصدر ميمي من مادة: جلس، يجلس جلوسا، وترد في اللغة اسما للزمان، واسما للمكان، واستعماله هنا هو أنه اسم للمكان، أي موضع الجلوس، ويقصد به (مجلس العقد) خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي عهدية للدلالة على المعهود في الذهن؛ وهو مكان التبايع أو التعاقد.

فخيار المجلس: هو حق العاقد في إمضاء العقد أو رده منذ التعاقد إلى التفرق، أو التخاير.

فما دام المكان الذي يضم كلا العاقدين واحدا، فلهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل، أو يتخايرا.

فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر أو أقل، أو قاما وتماشيا مسافة، فهما على خيارهما.

---

1) ينقسم العقد إلى عقد لازم وغير لازم:

اللازم: هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الآخر، كالبيع والإجارة، وهو الأصل في العقود.

وغير اللازم أو الجائز: هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضا الآخر، إما عملاً بطبيعة العقد نفسه كالوكالة والإعارة والإيداع، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار.

2) العقود بالنسبة إلى اللزوم وقابلية الفسخ وعدمه أربعة أنواع:

– عقود لازمة للطرفين تقبل الفسخ: أي تقبل الإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين، وهي عقود المعاوضات المالية: كالبيع والإيجار والصلح على مال، والمزارعة والمساقاة ونحوها، وهذه العقود يثبت فيها الخيار.

– عقود لازمة للطرفين لا تقبل الفسخ: كل ما لا يقبل الفسخ لا يثبت فيه خيار؛ لأن الخيار يعطي حق الفسخ صاحبه، كالزواج لا يقبل الفسخ، ولو باتفاق العاقدين بطريق الإقالة أي لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، وإنما يقبل الإنهاء بطرق شرعية كالطلاق والخلع، والتفريق القضائي لعدم الإنفاق أو للعيب أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة ونحو ذلك.

الطلاق ليس فسخاً للزواج، بل إنهاء له بوضع حد لحكمه وآثاره، والخلع: هو إنهاء الزواج لقاء مال تدفعه الزوجة لزوجها. والطلاق أو الخلع أو التفريق ليست إلغاء للعقد، وإنما هي إنهاء بدليل بقاء حرمة المصاهرة وثبوت النسب بعد الإنهاء.

– عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن والكفالة: فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة للدائن المرتهن، والمكفول له؛ لأن العقد لمصلحتهما الشخصية توثيقاً للحق، فلهما التنازل عنه.

– عقود غير لازمة للطرفين: وهي التي يملك كل من العاقدين فيها حق الفسخ ، كالإيداع والإعارة والوكالة والشركة والمضاربة والوصية والهبة، فالعقود الخمسة الأولى يجوز لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء، والوصية والهبة على خلاف.

ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 40/1.

3) النووي، المجموع، 186/9 ومابعدها.

– بعضهم يسميه: **خيار المتبايعين**، ولعلها مأخوذة من حديث: « **المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا**».

انتهاء خيار المجلس

المجلس يبدأ من وقت صدور الإيجاب والقبول وينتهي هذا الخيار **بالتفرق بالأبدان، أو بالتخاير، باتفاق القائلين به، واختلفوا** في انتهائه **بالتصرف في المبيع، أو بالموت**.

التفرق: ينتهي خيار المجلس بالتفرق وهو سبب متفق عليه بين المثبتين له، ويحد طبيعة التفرق: العرف الشائع بين الناس في التعامل،كما قال النووي: (والرجوع في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا).

التخاير: وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو فسخه، فاختيار لزوم العقد يسقط به الخيار على أن يحصل ذلك من العاقدين كليهما؛ بأن يقولا: اخترنا لزوم العقد أو أمضيناه أو ألزمناه أو نحوه. وإذا قال أحد المتعاقدين: اخترت لزم العقد ولم يقل الآخر بطل خيار القائل فقط .

وقد يكون التخاير باختيار فسخ العقد: سواء حصل الفسخ للعقد من العاقدين أو من أحدهما فإن العقد ينفسخ بصدوره من أحدهما ولو تمسك الآخر بإجازة العقد؛ ذلك أن الفسخ مقدم على الإجازة، ولأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة.

أقوال الفقهاء في خيار المجلس

اختلف الفقهاء في ذلك على فريقين:

الفريق الأول: ذهب **الشافعية والحنابلة، وجمهور الفقهاء من السلف، وبعض المالكية كابن حبيب، والمازري، وابن عبد البرّ** إلى **إثباته**؛ فإذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد **جائزاً أي غير لازم**، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه، ما داما مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبدانهما، أو يتخايرا[1].

الفريق الثاني: **ذهب الإباضية والحنفية وجمهور المالكية وبعض فقهاء السلف** كالثوري والليث إلى نفي خيار المجلس، واعتبار العقد لازما من فور انعقاده بالإيجاب والقبول[2].

أدلة الأقوال ومناقشتها

أدلة الفريق الأول: استدل القائلون بخيار المجلس بأدلة منها:

1) النووي، المجموع شرح المهذب، 169/9؛ ابن قدامة، المغني، 482/3.

2) ابن الهمام، فتح القدير، 81/5؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 228/5؛ الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 310/4؛ ابن حزم، المحلى بالآثار، 409/8؛ الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، 197/5.

1- بما رواه ابن عمر أن رسول اللهﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن خير أحدهما فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع وجب البيع»[1].

2- بما رواه ابن عمر أن رسول اللهﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» وربما قال: «أو يكون بيع خيار»، «إلا بيع الخيار» وفي رواية أخرى : «أو يخير أحدهما الآخر»[2].

3- بما رواه حكيم بن حزام أن رسول اللهﷺ قال: «البيعان بالخيار مالم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعها»[3].

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث ثبوت خيار المجلس من الشرع للمتبايعين دلالة واضحة، وهما متبايعان بعد تمام البيع بالإيجاب والقبول، أما قبل ذلك فهما متساومان، حتى يتفرقا بعد انعقاد البيع بأبدانهما ولا يمكن عد التفرق هنا هو التفرق بالأقوال، بل يعد التفرق بالأقوال تطابق والتئام،.

4- بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيﷺ قال: «البائع والمبتاع بِالخِيَارِ حتى يَتَفَرَّقَا إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةُ خِيَارٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَه خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ». رواه الخمسة وحسنه الترمذي.

وجه الدلالة هو قوله:« وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَه»، والمعنى المقصود منه هو التفرق بالأبدان ولا يمكن أن يراد به التفرق بالأقوال؛ لأنه جائز كما هو مسلم.

5- وبرواية البيهقي: «حتى يَتَفَرَّقَا من مكانهما»، قال ابن عبد البر: "وإذا ثبت لفظ مكانهما لم يبق للتأويل مجال، وبطل بطلانا ظاهرا حمله على تفرق الأقوال".

6- استدلوا من السنة الفعلية بأنه: «صلى الله عليه وسلم خير أعرابيا بعد البيع». أي قال له: «اختر». لكي ينبرم العقد، وذلك مصرح به في الحديث بروايته الأخرى: « أنه عليه الصلاة والسلام بايع رجلا فلما بايعه قال له : اختر ثم قال: هكذا البيع».

7- وبفعل ابن عمر: قال نافع: «كان إذا بايع رجلا فأراد أن يقيله قام فمشى هنيهة ثم رجع إليه» (مسلم)، فاتباعه أولى؛ لأن فهمه أولى من فهم غيره.

8- واستدلوا له أيضا بالمعقول وهو حاجة الناس الداعية إلى مشروعيته؛ لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم؛ فبالخيار الثابت له يمكنه التدارك ما دام في المجلس.

---

1) متفق عليه.

2) متفق عليه. قال ابن رشد المالكي: "وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها، وأثبت ابن حزم في المحلى تواتره أي رواية جمع غفير له". ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 170/2.

3) متفق عليه.

أدلة النافين لخيار المجلس ومناقشتها:

1- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ، فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد، ولم يقل عن تراض منكم مع تفرقكم؛ والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول، فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

فيترتب عليه جواز الأكل في المجلس قبل التفرق أو التخاير، وعند القائلين بخيار المجلس إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح له الأكل فكان ظاهر النص حجة عليهم.

– أجيب: اشتراط الرضا لا ينافي خيار المجلس بل هو من تمامه، وتمام الشيء منه.

2- وبقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، يستدل بالآية على وجوب الوفاء بالعقد بعد تمامه بتبادل الإيجاب والقبول، فالعقد يصبح ملزماً واجب الوفاء، والخيار مناف لذلك، فإن الراجع عن العقد لم يف به .

– أجيب: أن وجوب الوفاء إنما يكون بعد اكتساب صفة اللزوم، ولا يتحقق ذلك إلا بعد التفرق بالأبدان فلا تعارض.

3- وبقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، فإنّ الله عزّ وجلّ أمر بالتوثّق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد في البيع، وهذا لا يتمّ إذا اعتبر خيار المجلس، إذ لو وقع الإشهاد قبل التفرق لم يصادف محله، وإن وقع بعد التفرق لم يصادف محله كذلك.

– أجيب : لا تتنافى آية الإشهاد مع خيار المجلس، إذ تظهر فائدة الإشهاد إذا وقع من وقت إبرام العقد ممتدا إلى زمن التفرق، فيكون مطابقا للأمر مصادفا لمحله.

4- واحتجوا من السنة بقولهﷺ: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه»[1] فدل على أنه لا تقييد بالتفرق، فلو كان قيدا لذكره كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام.

5- كما أنهم تمسكوا بإحدى روايات حديث المتبايعين التي فيها: «فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»، فهي تدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الإقالة، والإقالة في الحقيقة فرع عن لزوم البيع ونفوذه، ولو كان له الفسخ قبل التفرّق جبرًا وحتمًا لم يحتج إلى أن يستقيله، ولا تحمل الاستقالة على الفسخ لأنّ ذلك بعيد عن مقتضاها في اللسان.

---

1) متفق عليه.

أجيب: بأن المراد هنا هو طلب الإقالة من العقد الجائز غير اللازم، أو بأن المراد هنا هو المعنى الأعم من الإقالة وهو الفسخ، ولو كانت الإقالة بالمعنى الذي قلتم فهي تقع قبل التفرق وبعده، ولا تتعلق بالمجلس؛ فلا معنى لقوله: ولا يحل له أن يفارقه.

– وإن قلتم: إنّ الأصل في الكلام الحقيقة لا المجاز، فالجواب: لا بد إذن من حمل التفرق على التفرق بالأبدان لا بالأقوال.

– وإن قلتم: فلم يعمله ابن عمر وهو منهي عنه، فالجواب: أن النهي هنا محمول على الكراهة، فلا يليق أن يفعل ذلك ليسقط حقه في خيار المجلس، ولأنه ربما لم يبلغه النهي وإلا لانتهى عنه.

6- واستدلوا بحديث: **النهي عن بيع الغَرر**، ووجه الدلالة منه أن كلّ واحد منهما لا يدري المجلس كم هو؛ فهو خيار بمجهول، لأن مدة المجلس مجهولة، فأشبه ما لو شرطا خيارا مجهولا، والجهالة الفاحشة ممنوعة في الشرع؛ لذلك قال مالك في الموطأ عقب رواية الحديث: "وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه".

أجيب: أنّه شابه خيار الشرط الذي يكون بعد الافتراق مع إمكان إمضاء البيع أو فسخه بالقول أو بالفعل، ولا قائل بأن في ذلك غرر، وبأنّ المدّة غير مجهولة بل هي معلومة بالافتراق، وذلك يحكمه العرف والعادة، وإذا زالت الجهالة جاز جيار المجلس.

7- أنّ الخيار لو ثبت للزم إبطال النصوص المتقدمة، وهذا محال والمخلَص من هذا كلّه أن نقول: تمام العقد يكون قبل الافتراق بالأبدان ويقتصر فيه على الإيجاب والقبول إذ التراضي شرعًا لا يتمّ إلاّ به فثبتت الملكية لكلّ واحد منهما، فإذا كان الفسخ من أحدهما بعد ذلك فهو إبطال لحقّ الآخر بلا رضاه فلا يجوز.

8- وقاسوا البيع ونحوه من المعاملات المالية في هذا على النكاح والخلع، والإجارة، والعتق على مال وكل منها عقد معاوضة، يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذلك البيع.

– **أجيب**: أنّ هذا القياس مخالف للأثر، والأصل الحديث لا القياس إذا كان معارضا للنص، وهو قياس كذلك مع الفارق؛ لأن عقد النكاح لا يقع غالبا إلا بعد روية ونظر، لما يترتب على الرد فيه من مضرة وابتذال المرأة ، ولأن البيع فيه نقل ملكية الرقبة والمنفعة، وهذا لا يحصل في العتق والإجارة والنكاح.

9- احتج المالكية **بعمل أهل المدينة** لا يأخذون بخيار المجلس، وعمل أهل المدينة مقدم على النص إذا تعارض معه.

– أجيب : فإن إجماعهم ليس بحجة بل النص الصحيح حجة عليهم، وهو مردود بأن غالبية أهل المدينة من الصحابة والتابعين يرون الخيار.

مناقشة أدلة المثبتين وردها: ردّوا الحديث الْمُثبِت لخيار المجلس بعدة أمور نجملها فيما يلي:

– جعلوا حديث ابن عمر رضي الله عنه مرجوحًا وقدّموا عليه ما هو راجح.

– مخالفته لعموم الآيات القرآنية، وللأحاديث المتقدمة، وإذا تعارض المقطوع مع المظنون، فالمقطوع أولى بالتقديم.

– أجيبَ: أنّ هذا لا يعارضه إلاّ مع توهّم العموم فيه، والأَوْلَى أن ينبني هذا على هذا، كما سبق وبه ينتفي التعارض ويحصل الجمع وهو أولى من الترجيح، فيبنى العام على الخاص كما هو مقرر.

– دعوى النسخ: قالوا عن الحديث إنه منسوخ بالآية والأحاديث المتقدّمة، ولا يجوز العمل بالمنسوخ. لأنّ من تقدّم لا يتّهمون بمخالفة هذا الحديث إلاّ أنّهم علموا بالناسخ له فتركوه لأجله.

– **أجيب:**بان الأصل في الأحكام الشرعية هو عدم النسخ ولا يثبت بالاحتمال.

– حديث : البيعان بالخيار، مضطرب لمجيئه بألفاظ مختلفة، فلا يحتج به.

– **أجيب:** بان شرط الاضطراب هو أن يتعذر الجمع بين ألفاظ المضطرب، وهنا الجمع ممكن دون تكلف فلا يضره الاختلاف.

– الحديث من مرويات مالك ولم يعمل به، وهذا يدل على وهن المروي عنده.

– **أجيب:** بأن الحجة فيما نقله الراوي لا فيما عمل، وبأن عمله مبني على اجتهاده، وقد يظهر له ما هو أرجح في نظره مما رواه وإن لم يكن راجحا في نفس الأمر، أما قاعدة أن: "الراوي أعلم بما روى" إنما هي خاصة بالصحابة عند أكثر الأصوليين دون من بعدهم، ومالك ليس منهم، قال الشافعي: "لا أدري هل أتهم مالكا نفسه أو نافعاً؟" ثم إن القاعدة نفسها تلزمهم فإن ابن عمر كان يفارق ببدنه ليجب البيع.

– انه خبر آحاد فلا يعمل به فيما تعم به البلوى.

– **أجيب:** بأن خبر الواحد حجة فيما تعم به البلوى وفيما تخص، على ما ترجح عند جمهور الأصوليين.

– أمّا الطريق الثاني: فهو تأويلهم للحديث المثبت لخيار المجلس.

– المتبايعان يقصد بهما المتساومان: وإنّما ذكرهما النبيﷺ بالمتبايعين هنا مجازا أي تجوّزًا لأنّهما متشاغلان بالبيع، وهذا هو حقيقة المساومة، وهذا له نظير في الشرع كقولهﷺ: «لاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»[1] يريد لا يسم على سومه، فالبيعان معناه المتساومان قبل العقد، إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقداه.

– أجيب: أنّ هذا على خلاف الأصل، والأصل حمل الكلام على الحقيقة، ثمّ إنّ هذا لا وجه له لأنّه لا يكون حينئذٍ في الكلام فائدة؛ لأنّه معقول أنّ كلّ واحد في ماله وسلعته بالخيار أثناء السوم، وما دام قبل

1) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...، 1154/3، ر1412.

الشراء متساومًا حتى يمضي البيع ويعقده ويرضاه، وهذا معلّق بالعقل والفطرة والشريعة، وإذا كان هذا كذلك بَطَلَت فائدة الخبر وقد جلّ رسول الله صلى الله عليه وسلَّم أن يخبر بما لا فائدة فيه.

– حملهم الحديث المثبت لخيار المجلس على الافتراق بالأقوال لا بالأبدان، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، وللآخر الخيار، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهو مستعمل في عرف الشارع كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتَابَ إِلاَّ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ البَيِّنَةُ﴾ يريد تفرّقهم في العقائد والأديان، – وقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِن سَعَتِهِ﴾ والمراد به لفظ المطلق بالطلاق ويكون بالقول،– ومنه قوله صلى الله عليه وسلَّم: «افْتَرَقَتِ اليَهُودُ عَلَى اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً وَسَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلاَثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً...»[1].

– أجيب: لا يمكن عد التفرق هنا هو التفرق بالأقوال، وليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا باعتقاد، بل بينهما إيجاب وقبول، ولم يحصل بهما افتراق بل تطابق والتئام، واتفاق على الثمن والمبيع؛ والأصل حمل الكلام على الظاهر وخصوصا أن هناك ما يرجحه وهو رواية البيهقي: حتى يتفرقا من مكانهما، ويوضحه فعل ابن عمر.

– قالوا: ولو سلمنا أن المراد به التفرق بالأبدان فهو محمول على أحد وجهين: إما على الاستحباب، وإما على الاحتياط خروجا من الخلاف.

– أجيب: بأن حمله على الاحتياط أو الاستحباب هو حمل له على خلاف الظاهر ولا يصار إلى ذلك إلا بدليل صحيح يقتضي ذلك.

1) رواه أبو داود في سننه، كتاب السنة، باب شرح السنة، 323/4، ر4598.

الدرس الثامن: خيار الشرط

تعريف خيار الشرط

خيار الشرط اصطلاحا: هو حق أحد العاقدين أو كليها في فسخ العقد أو إمضائه، خلال مدة معلومة بعد اشتراطه ذلك ورضا الطرف الآخر.

لخيار الشرط أسماء أخرى منها: الخيار الشرطي: والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار الحكمي الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط، كخيار العيب. **بيع الخيار:** وهذا الاسم واقع على العقد، يستعملها المالكية أكثر. **خيار التروي:** وهذه يستعملها المالكية والشافعية أكثر[1].

صورته: أن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام.

الحكمة من خيار الشرط

شرع كغيره من الخيارات للحاجة إليه، ولدفع الغبن عن العاقد، ولتفادي الندم حيث يعطي للمشترط فرصة التروي والاختبار والاستشارة قبل إمضاء العقد.

أقوال الفقهاء في خيار الشرط وأدلتهم ومناقشتها

اختلف فيه على قولين:

1 – ذهب جمهور الفقهاء إلى الأخذ بخيار الشرط: واستدلوا على مشروعيته بالسنة والإجماع[2].

فأما السنة: فاستدلوا:

– بما روي عن محمد بن إسحاق، قال: أخبرنا نافع، أن عبد الله بن عمر حدثه: «أن رجلا من الأنصار كان بلسانه لوثة، وكان لا يزال يغبن في البيوع، فأتى رسول اللهﷺ فذكر ذلك له، فقال: إذا أنت بايعت فقل لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فاردد»[3].

– وبما روي عن محمد بن يحي بن حَبَّان قال: «هو جدي منقذ بن عمرو، كان رجلا قد أصابته آمّة[4] في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع ذلك التجارة، فكان لا يزال يغبن فأتى النبيﷺ فذكر ذلك له فقال: إذا

---

1) الدّسوقي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، 91/3؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 3/4.

2) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 124/2؛ ابن الهمام، فتح القدير، 111/5؛ النووي، المجموع شرح المهذب، 190/9، 225.

3) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 55/3، ر220.

4) أي شجة في الدماغ.

أنت بايعت فقل: لا خلابة؛ ثم أنت في كل سعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها»[1].

– واحتج بعضهم بإحدى روايات حديث: «المتبايعان كل منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا» التي ورد فيها قولهﷺ: (إلا بيع الخيار) وفي رواية: (إلا صفقة خيار)، فحمل هؤلاء ذلك الاستثناء على حالة اشتراط الخيار، وقالوا في معناه: هو خيار كل من المتعاقدين في الإقدام على العقد، أو الإحجام عنه قبل التفرق، فيمكن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشترطا فيه خيار.

وأما الإجماع: فاستدل به على جواز خيار الشرط كثيرون، قال النووي: (وقد نقلوا فيه الإجماع)، وقال ابن الهمام: (وشرط الخيار مجمع عليه)[2].

– من المعقول ما ذكر في الحكمة منه وهو دفع الغبن عن العاقد، وتفادي الندم الذي قد يقع في بعض العقود.

2- **ذهب الثوري وابن أبي شبرمة وبعض أهل الظاهر**: إلى عدم مشروعية خيار الشرط، وعمدتهم:

– أنه غرر؛ وقد «نهى رسول اللهﷺ عن بيع الغرر»، (مسلم)، وجه الدلالة أن العقد مع خيار الشرط فيه غرر؛ لأنه يحتمل الإمضاء والفسخ، فيبقى العقد معلقا غير لازم.

– الأصل في البيع اللزوم، إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك من كتاب أو سنة، ولم يثبت ذلك.

مناقشة أدلة الجمهور:

– ردوا حديث ابن عمر: «أن رجلا من الأنصار...»، بأنه ضعيف وأعلوه بمحمد بن إسحاق.

رد عليهم: بما قال النووي عن الحديث: "هذا الحديث حسن رواه البيهقي بهذا اللفظ بإسناد حسن، وكذلك رواه ابن ماجة بإسناد حسن وكذا رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقد بن عمرو باسناد صحيح إلى محمد بن اسحق؛ ومحمد بن اسحق المذكور في اسناده هو صاحب المغازى والاكثرون وثقوة؛ وانما عابوا عليه التدليس، وقد قال في روايته: حدثنى نافع، والمدلس إذا قال: حدثنى أو اخبرني أو سمعت ونحوها من الالفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير وهو مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين وجمهور من يعتد به وانما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه: عنه"[3].

– وردوا حديث محمد بن يحي بن حبان بن منقذ من وجهين: * بأنه مرسل لا يحتج به، لأن محمد بن يحي بن حبان لم يدرك النبيﷺ وهو تابعي فثبت أنه وقع هنا مرسلا[4].

---

1) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، 789/2، ر2355.

2) ابن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، 111/5؛ النووي، المجموع شرح المهذب، 9/ 190، 225.

3) النووي، المجموع شرح المهذب، 9/ 190.

4) النووي، المجموع شرح المهذب، 9/ 189.

* وأنه خاص به لما اشتكى إلى النبيﷺ؛ أي قضية عين لا عموم لها.

- **أجيب:** *هو حديث مرسل، إلا أن النووي بين أن هذا المرسل مما يحتج به؛ لأنه اعتضد بإجماع الأمة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام.

* أما القول بأنه حديث خاص؛ فالجواب عنه أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛ لذلك روى الدارقطني والطبراني من طريق محمد بن طلحة أنه كلم عمر في البيوع فقال عمر: «ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول اللهﷺ لحبان بن منقذ جعل له عهدة ثلاثة أيام فإن رضي أخذ وإن سخط ترك»[1].

مناقشة أدلة النافين لخيار الشرط:

- أما حديث النهي عن بيع الغرر فهو عام، وحديث حبان بن منقذ خاص، فيحمل العام على الخاص.

ما يثبت فيه خيار الشرط

العقود التي يمكن فيها وقوع خيار الشرط هي العقود اللازمة القابلة للفسخ[2]؛ لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط، أما العقود غير اللازمة فهي بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط الخيار فيها.

والبيع هو المجال الأساسي لخيار الشرط؛ لأنه هو العقد الذي وردت فيه أخبار مشروعيته، واستثني من البيع: بيع السلم، والصرف، وبيع الربوي بجنسه، وكل بيع يشترط فيه التقابض لصحته.

وذهب **المالكية** إلى جوازه في السلم إلى ثلاثة أيام، وتفصيل ذلك في السلم.

شروط قيام الخيار

يقوم خيار الشرط على شروط أهمها:

التوقيت ومعلومية المدة: اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة؛ واختلفوا في مقدارها.

مدة الخيار الجائزة:

ليس لمدة خيار الشرط حد أدنى؛ فتجوز المدة مهما قلت، لأن جواز الأكثر يدل بالأولوية على جواز الأقل.

أما الحد الأقصى للمدة فقد اختلفت فيه المذاهب، ويمكن حصر اختلافهم في ثلاثة اتجاهات:

1-التفويض للمتعاقدين مطلقا 2- التفويض لهما في حدود المعتاد 3- التحديد بثلاثة أيام.

---

1) ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 148/2.

2) ويثبت فقط في العقود اللازمة القابلة للفسخ، ولو كان لزومها من جانب واحد، وذلك كالكفالة والحوالة، والرهن إذا اشترطه الراهن للزوم العقد من جانبه، ولا حاجة للمرتهن لاشتراطه؛ لأن العقد بالنسبة إليه غير لازم.

أما العقود غير اللازمة كالوكالة والإعارة والإيداع والهبة والوصية فلا حاجة فيها لاشتراط الخيار؛ لأنها بطبيعتها غير لازمة.

وأما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع والطلاق فلا يصح اشتراط الخيار فيها؛ لأنه يتعذر فسخها.

الاتجاه الأول: التفويض للمتعاقدين: مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط على أي مدة مهما طالت، بشرط أن تكون معلومة؛ لكن لا تكون خارجة عن العادة: كألف سنة، ومائة سنة لأنه سيفضي إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وهذا المنع مناف للعقد الذي جعله الشارع إرفاقا بالمتعاقدين؛ **وهذا مذهب الحنابلة، وبعض الشافعية والصاحبين محمد بن الحسن وأبي يوسف**.

– لما روي أن رسول اللهﷺ قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»، وهو عام يشمل خيار الشرط، لما في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصيل.

– ولأن الخيار حق للعاقد فرجع إليه في تقديره، ولأنه إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى أكثر من ثلاثة أيام.

الاتجاه الثاني: التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد: فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظرا لاختلاف المبيعات، فللعاقد تعيين المدة التي يشاء على أن لا يجاوز الحد المعتاد في كل نوع، ويضرب من الأجل أقل ما يمكن؛ تقليلا للغرر؛ **وهو مذهب مالك**.

– قال ابن رشد: (وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو **اختبار المبيع**)، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيع ومبيع، وقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر: العقار: زمن الخيار للعقار شهر وستة أيام، الدواب: وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسعرها فأقصى مدته خمسة أيام، وإن كان لركوبها فيومان، وكذا بقية الأشياء: وتشمل: الثياب، والعروض، والمثليات، الخضر والفواكه لهما حكم خاص بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتهما الخاصة من تسارع التلف إليهما، فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيهما بقدر الحاجة، أو بعبارة أخرى المدة التي لا تتغير فيها.

– النص الوارد في تحديد الخيار بثلاثة أيام، إنما ورد للتنبيه على هذا المعنى؛ فهو من الخاص الذي يراد به العام.

الاتجاه الثالث: التحديد بثلاثة أيام: مهما كان المعقود عليه، مع المنع من مجاوزتها. **وهو مذهب أبي حنيفة وزفر، والشافعية في المعتمد عندهم**، واحتجوا لهذا التحديد:

– بما جاء في حديث حبان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام، «ثم أنت بالخيار ثلاثة ليال، فإذا رضيت فأمسك، وان سخطت فاردد».

– وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول اللهﷺ لحبان، جعل له الخيار ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك».

– القياس على المحفلة؛ فيما روي عن رسول اللهﷺ أنه قال: «من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام؛ إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير»، قال الشافعي: "الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا، ولكن لما شرط رسول اللهﷺ في المصراة خيار ثلاث في البيع، وروي عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع، انتهينا إلى ما قالﷺ".

– كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة، فيقتصر على القليل منه، وآخر القلة ثلاث، والزيادة عليها غرر وهو منهي عنه.

حكم العقد عند الزيادة عن مقدار مدة خيار الشرط

– **ذهب الحنفية** إلى فساد العقد مع إمكان تصحيحه: أما أبو حنيفة: إن شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع فاسد، لكن لو أبطل صاحب هذا الخيار المفسد خياره في الأيام الثلاثة التالية للعقد انقلب العقد صحيحا؛ لأنه بذلك أزال المفسد قبل تقرره

– أما الصاحبان ينقلب صحيحا ولو حذف المفسد بعد ثلاثة أيام؛ لأنهما يجيزان الزيادة عن الثلاثة.

– **وذهب الشافعية** إلى بطلان العقد **عند** الزيادة عن مدة ثلاثة أيام، ولو بلحظة، ولا ينقلب صحيحا.

– **وذهب المالكية** إلى أن الزيادة اليسيرة لا تؤثر في صحة البيع، أما الكثيرة فتفسد البيع ولا ينقلب صحيحا بإزالة الشرط المفسد، والقليل والكثير مرجعه إلى العرف.

حكم العقد إذا كان خيار الشرط غير مؤقت (مطلق عن المدة)، أو مؤقت بمجهول:

والجهالة سواء أكانت متفاحشة، كهبوب الرياح، وقدوم فلان، أم متقاربة، كالحصاد، وقدوم الحاج، فقيه اتجاهات متعددة:

– **ذهب الحنفية** إلى فساد العقد مع إمكان تصحيحه، كما تقدم سابقا.

– **أما المالكية** فقالوا: **يبطل** العقد إذا كانت المدة **مجهولة**، أما إذا كان الخيار **مطلقا** فيصح العقد **مع تعديل الشرط**؛ ويرجع إلى القاضي في تحديد المدة المألوفة في العادة لاختبار مثل السلعة التي هي محل العقد.

– **أما الشافعية والمعتمد عند الحنابلة: يبطل العقد والشرط** بتلك الشروط المفسدة، (الإطلاق، أو الجهالة).

– **وروي عن أحمد وبعض الفقهاء أنه يصح العقد إذا كان خيار الشرط مطلقا**، وهما على خيارهما أبدا إلى أن يقطعاه، لقول النبيﷺ: (المسلمون على شروطهم).

أثر الخيار على انتقال الملك

إذا كان البيع غير لازم بسبب خيار الشرط، فقد اختلف الفقهاء في انتقال ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع.

– الحنفية:

– إذا كان الخيار للمتعاقدين: فملك **المبيع للبائع؛** ولا يدخل في ملك المشتري، **والثمن للمشتري** أيضا، ولا يدخل في ملك البائع؛ فلا تغيير يحصل في قضية الملك للبدلين، لأن المانع من الانعقاد وهو الخيار موجود من الجانبين.

– إذا كان الخيار لأحدهما:

إذا كان الخيار للبائع: فملك المبيع له؛ لأن اشتراط الخيار منه إبقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشتري، ويخرج الثمن من ملك المشتري؛ لأن البيع بات في حقه؛ وهل يدخل الثمن في ملك البائع أم لا؟ محل خلاف بينهم:

عند أبي حنيفة: لا يدخل الثمن في ملك البائع؛ لأن المبيع لم يخرج عن ملكه؛ وإلا أدي لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد، وهو يخالف معنى المعاوضة، ولا أصل له في الشرع.

عند الصاحبين: يدخل الثمن في ملك البائع؛ لأن الثمن إذا خرج من ملك المشتري فينبغي دخوله في ملك البائع؛ كي لا يبقى مالا مباحا بلا مالك؛ ولا عهد لنا به في الشرع.

– إذا كان الخيار للمشتري: فالثمن ملك له، ولا يزول عنه؛ لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع، فيخرج المبيع من ملكه؛ وهل يدخل في ملك المشتري أم لا؟ محل خلاف بينهم:

عند أبي حنيفة: لا يدخل المبيع في ملك المشتري؛ لأن الثمن ملك له، وإلا أدي إلى اجتماع الثمن والمبيع عنده في عقد مبادلة وهو لا يكون.

عند الصاحبين: يدخل المبيع في ملك المشتري؛ لأن المبيع إذا خرج من ملك البائع فينبغي دخوله في ملك المشتري كي لا يبقى مالا مباحا بلا مالك.

– الشافعية: في الأظهر: قائم على التفصيل:

– إذا كان الخيار للبائع: فملك المبيع له؛ لأن اشتراط الخيار منه إبقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشتري.

– إذا كان الخيار للمشتري: فملك المبيع، حيث لا مانع في جهته؛ لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع. ويمكن التعبير بأن الملك لمن له الخيار.

– إذا كان الخيار للمتعاقدين: فالملك موقوف بانتظار انقضاء مدة الخيار لعدم أولوية أحدهما، فإن فسخ العقد ظهر عنده أن الملك للبائع من حين العقد، وإن تم ظهر أن الملك انتقل للمشتري منذ العقد.

– المالكية:

لا فرق بين أن يكون الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما: فملك المبيع باق للبائع كما كان قبل حصول العقد، وقد عبر المالكية عن هذه المسألة بقولهم: إن بيع الخيار منحل لا منعقد، **فالإمضاء ناقل للملك لا مقرر**، وكذا الأمر في **ملكية الثمن للمشتري**.

واحتجوا: بأن العقد الذي وقع فيه الخيار عقد غير لازم، فلم يترتب عليه حكم.

– الحنابلة:

سواء أكان الخيار للمتعاقدين أم لأحدهما: فالملك للمشتري مطلقا؛ لأن البيع تمليك ونقل، **فالإمضاء تقرير لا نقل**، بدليل: قول البائع له: ملكتك، وجواز فسخه لا يمنع نقل الملك كالمبيع المعيب، فإن ملكه للمشتري مع إمكان فسخه، وامتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون، ملكيته للراهن ولا يملك التصرف فيه.

انتهاء خيار الشرط

العقد المشتمل على الخيار غير لازم، وبانتهاء الخيار إما أن يزول العقد، أو يصبح لازماً. وينتهي الخيار بأحد الأمور التالية:

1 – إمضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار، سواء أكان ذلك بالقول أم بالفعل كما تقدم.

2 – مضي مدة الخيار دون إجازة (إمضاء) أو فسخ.

3– هلاك المعقود عليه أو تعيبه في يد صاحب الخيار: فإن كان الخيار للبائع مثلاً بطل البيع وسقط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع، ولكن يسقط الخيار، ويلزم البيع، ويجب على المشتري دفع الثمن، سواء أكان الهلاك أو التعيب بفعل المشتري أو بفعل البائع، أو بآفة سماوية.

4 – موت المشروط له الخيار عند الحنفية والحنابلة: لأن خيار الشرط كخيار الرؤية لا يورث عندهم لأنه حق شخصي خاص بصاحبه، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر.

وقال المالكية والشافعية: لا يسقط الخيار بالموت، بل ينتقل إلى الورثة؛ لأنه حق متعلق بالمال وهو المعقود عليه، وليس من الحقوق الشخصية، والحقوق المالية يجري فيها الإرث، لقوله ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته»[1].

1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4/ 612.

الدرس التاسع: علة الربا

تعريف الربا

الربا لغة: الزيادة، يقال: ربا المال، إذا زاد، ومنه قوله تعالى: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾ أي يزيد المال الذي أخرجت منه الصدقة ويبارك فيه[1].

ويقال له: الرماء، أو الرما، وفي الحديث: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الرماء»، وأصل الرماء: زيادة الشيء على الشيء، يقال منه: أرمى فلان على فلان في القول إذا زاد عليه في القول، وأربى عليه كذلك، فهو يُرمي إرماء.

الربا في الشرع: عرفه الفقهاء تعريفات متعددة منها:

عرفه الحنفية: "فضل مال بلا عوض، ولو حكما"؛ فالأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض[2].

وعرفه الشافعية بأنه: "عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما"[3].

وعرفه الحنابلة بأنه: "تفاضل في أشياء، ونساء في أشياء، مختص بأشياء، ورد الشرع بتحريم الربا فيها نصا في البعض، وقياسا في الباقي منها"[4].

وعرفه المالكية بأنه: لا نكاد نجد نصاً صريحاً للمالكية في تعريف الربا باصطلاحهم، لكن قال العدوي: "وجوه الربا هي: الزيادة من العد أو الوزن محققةً أو متوهمة والتأخيرُ"[5].

أنواع الربا

ينقسم الربا إلى قسمين: ربا البيوع، وربا الديون.

ربا البيوع: ينقسم إلى قسمين: ربا الفضل، وربا النسيئة.

ربا الفضل[6]: هو بيع ربوي بمثله مع زيادة في أحد المثلين.

ربا النسيئة: هو بيع الجنس الواحد ببعضه، أو بجنس آخر مع الزيادة في نظير تأخير القبض.

---

1) الزمخشري، الكشاف، 349/1.

2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 168/5.

3) الشربيني، مغني المحتاج، 21/2.

4) البهوتي، كشاف القناع، 251/3.

5) العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، 56/5.

6) سماه ابن القيم الربا الخفي الذي كان تحريمه من باب سد الذرائع كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلّى الله عليه وسلم : «لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرِّماء» أي الربا.

ربا الديون: وينقسم إلى نوعين: "أنظرني أزدك"، و"ضع وتعجل".

حكمه: الربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع، وهو من الكبائر، فلا يترتب عليه أي أثر، وفاسد عند الحنفية:

– أما من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾.

– ومن السنة: قال رسول اللهﷺ: «الربا ثلاث وسبعون بابا؛ أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه»[1]. وحديث: «لعن رسول اللهﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده»[2]، وروى البيهقي قولهﷺ: «درهم ربا يأكله ابن آدم أشد عند الله إثما من ست وثلاثين زنية»[3].

خلاف العلماء في علة تحريم ربا البيوع

– اتفق الفقهاء على ثبوت الربا في الأعيان المنصوص عليها في الأحاديث التي رويت عن النبيﷺ ومنها:

* ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبيﷺ 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 سواء»[4].

* وعن عبادة بن الصامت قال قال رسول اللهﷺ : «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»[5].

– أما غير هذه الأصناف الستة: فقد اختلف الفقهاء في جريان الربا فيها على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه أن الربا محصور في الأصناف الستة المذكورة، وقد انتصر لهذا الرأي نفاة القياس من الظاهرية، وبعض القائلين بالقياس كطاووس وقتادة وابن عقيل من الحنابلة والصنعاني[6]، وحجتهم:

– أن الظاهرية قالوا: إن الشارع خص الأصناف المذكورة بالحرمة، فيبقى ماعداها على أصل الإباحة؛ لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ .

---

1) رواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، 37/2، ر2259، وقال: إنه صحيح على شرط الشيخين.

2) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب لعن آكل الربا ومؤكله، 2118/3، ر1597.

3) البيهقي، شعب الإيمان، في قبض اليد عن الأموال المحرمة...، 363/7، ر5130.

4) رواه الشيخان.

5) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، 1211/3، ر1587.

6) ابن قدامة، المغني، 322/7؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، 156/2؛ الصنعاني، سبل السلام، 38/3.

– أما القياسيون: فاحتجوا بأن علل الفقهاء في مسألة الربا علل ضعيفة؛ ومما يدل على ضعف القياس عدم اتفاق العلماء على علة واحدة، واختلافهم فيها.

القول الثاني: جمهور الفقهاء عدا من ذكر قالوا: الربا ليس مقصوراً على هذه الأصناف الستة، بل يلحق بها غيرها مما يشترك معها في العلة، واتفقوا على أن **علة الذهب والفضة واحدة، وعلة الأعيان الأربعة واحدة،** ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما على مذاهب.

1– مذهب الحنفية:

علة ربا الفضل تتحقق باجتماع وصفين هما: **القدر (الكيل أو الوزن) مع الجنس؛** أي الكيل في المكيلات، والوزن في الأثمان والمثمنات[1].

– فالعلة في الذهب والفضة هي **الوزن مع الجنس،** ويقاس عليهما كل ما يباع بالوزن كالرصاص والنحاس[2].

– وفي باقي الأشياء الأخرى **الكيل أو الوزن مع الجنس،** سواء كان مطعوماً كالأرز، أم غير مطعوم كالحناء والصابون.

فخرج كل ما ليس بمكيل أو موزون:من المذروعات، والمعدودات؛ كالقماش والفواكه والحيوانات ونحو ذلك.

المعتبر في الموزون والمكيل: عند جمهور الحنفية: ما كان عليه عرف المسلمين في صدر الإسلام لما روى أبو داود والنسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال: «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة» وهو رأي الشافعية.

ويرى أبو يوسف أن المقياس المعتبر في الأصناف الربوية هو المقياس العرفي الحاضر وأنه يتبدل بتبدل العرف؛ وهو رأي المالكية.

أما علة ربا النسيئة: فتتحقق بتوفر أحد الأمرين: **اتحاد الجنس، أو القدر** (الكيل أو الوزن). فيحرم النَّساء في بيع الحنطة بالشعير لأن كليهما من المكيلات؛ ويحرم النَّساء في تفاحة بتفاحتين لأن الجنس متحد، ويحرم ولو كان البدلان متساويين، كتفاحة بتفاحة، وإذا باع شاة بشاة نسيئة لا يجوز[3].

---

1) السمرقندي، تحفة الفقهاء، 25/2.

2) قال ابن عابدين: "قال في الفتح فإن الوزن فيها مختلف فإنه في النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفي الزعفران بالأمناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين" حاشية ابن عابدين، 173/5، لذلك لو أسلم الدنانير أو الدراهم في زعفران أو حديد: فإنه يجوز بالاتفاق لانعدام علة الربا: وهي اتحاد القدر أو الجنس. أما الجنس فواضح، وأما القدر المتفق فغير متحقق أيضاً؛ لأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن، فلم تتحد العلة، ولا يتحقق الربا.

3) الحدادي، الجوهرة النيرة، 299/2.

2- مذهب المالكية والمتأخرين من الإباضية: علة ربا الفضل: - في الذهب والفضة: هي غلبة الثمنية، وقيل: مطلق الثمنية[1].

- أما الأصناف الأربعة الأخرى هي الاقتيات والادخار مع الجنس؛ والاقتيات معناه ما به قيام بنية الآدمي بحيث لا تفسد بالاقتصار عليه، وفي معنى الاقتيات ما يصلح به القوت كالملح والتوابل.

ومعنى الادخار: عدم فساده بالتأخير إلى الأجل المبتغى منه عادة، ولا حد له فالمرجع فيه للعرف، ولا بد من أن يكون الادخار معتادا، ولا عبرة بالادخار لا على وجه العادة[2].

أما العلة في ربا النسيئة: فهي مجرد الطعم على غير وجه التداوي: أي أن الأدوية لا تدخل في تعريف الطعام؛ فيحرم النساء في كل مطعوم بمطعوم سواء أكان ربويا أم غير ربوي؛ كأنواع الخضر والفواكه؛ وتخرج من ذلك عقاقير الأدوية.

وسواء أكان البدلان متفقان في الجنس أم لا؛ فلا يجوز التأخير في شيء من ذلك كله، بل يكون يدا بيد[3].

يتصور الربا في غير النقدين والطعام: من العروض والحيوان وسائر التملكات **باجتماع ثلاثة أوصاف: التفاضل، والنسيئة، واتفاق المنافع؛** كما في بيع ثوب بثوبين إلى أجل، أو بيع فرس للركوب بفرسين للركوب إلى أجل، فإن كان أحدهما للركوب دون الآخر جاز؛ لاختلاف المنافع.

3- مذهب الشافعية: علة تحريم ربا الفضل: - في الذهب والفضة هي الثمنية غالبًا، قال النووي: (وقولنا غالبًا احترازا من الفلوس إذا راجت رواج النقود، ويدخل فيه الأواني والتبر وغير ذلك)[4].

- أما علة الأصناف الأربعة الباقية فهي الطعم مع الجنس؛ فيجري الربا في كل ما يطعم؛ سواء أكان ذلك الطعام قوتاً أم فاكهةً أم دواءً، سواء كانت مكيلة كالأرز والذرة، أم موزونة كاللحم والسمك أم معدودة كالفواكه أم لم تكن مكيلة ولا معدودة كالبيض والجوز، وخرج بذلك كل ما ليس بمطعوم كالصابون، والحيوان مطلقا لأنه لا يعد للأكل على هيئته، الماء المالح، فإنه ليس ربويا بخلاف الماء العذب فهو ربوي.

- وعلة ربا النسيئة: هي مجرد الطعم؛ فلا يباع مطعوما مطلقا بمطعوم نسيئة.

4- مذهب الحنابلة: في المشهور: وافقوا الحنفية تماما.

---

1) إذا قيل: مطلق الثمنية فيلحق بذلك ما كان ثمنا كالفلوس وغيرها، وإذا قيل غلبة الثمنية فتخرج الفلوس وغيرها. يقول الإمام مالك في الفلوس: (لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة. ولا يجوز فلس بفلسين، ولا تجوز الفلوس بالذهب والفضة ولا بالدنانير نظرة)، المدونة: 395/3.

2) المالكية قالوا: إذا اختلفت عوائد الناس في الكيل أو الوزن اعتبرت عادة البلد الذي تم فيه التعاقد.

3) ابن جزي، القوانين الفقهية، 168.

4) النووي، المجموع، 395/9.

– **أما الرواية الثانية:** فقد وافقوا فيها الشافعية تماما.

– **أما الرواية الثالثة:** وهي اختيار ابن تيمية وهي مذهب الشافعي في القديم: – علة الأصناف الأربعة كونها مطعوماً مما يكال أو يوزن، مع الجنس لتحقق ربا الفضل؛ فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن،كالتفاح والرمان والخوخ والبيض.

أما النسيئة فيتحقق في كل مطعوم مما يكال أو يوزن، ولو اختلف الجنس.

أدلة الأقوال

1– أدلة الحنفية والحنابلة في المشهور: استدلوا بالكتاب و السنة والمعقول:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وأوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسطاس المستقيم﴾ .

وقوله تعالى: ﴿ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾ .

قال صاحب البدائع: (فقد جعل حرمة الربا في المكيل والموزون مطلقا من شرط الطعم، فدل على أن العلة هي الكيل والوزن.... وألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره)[1].

من السنة:– ما ذكر في حديث عبادة من الأصناف الستة هو إما مكيل أو موزون، وأنهﷺ شرط التماثل بقوله: (مثلا بمثل) والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير.

– ما روي من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أنهما قالا: (أن رسول اللهﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب، فقال رسول اللهﷺ: (أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول اللهﷺ: (لا تفعلوا، و لكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بقيمته هذا، وكذلك الميزان) ، متفق عليه، محل الشاهد في قولهﷺ: (وكذلك الميزان)، بمعنى الموزون، فيمنع التفاضل في كل موزون.

– ما روي عن عبادة وأنس مرفوعا: (ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا، وما كيل مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به)[2]، وجه دلالة الحديث أنه أوجب التماثل والمساواة في كل من المتبادلين من جنس واحد إذا وزن أو كيل، وذلك تصريح ظاهر بأنهما علة التحريم.

– بما روى ابن عمر قال: قال رسول اللهﷺ: (لا تبيعوا الدينار، بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرِّماء)، (والرماء: هو الربا)[3].

---

1) الكاساني، بدائع الصنائع، 184/5.

2) رواه الدارقطني عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك (راجع نيل الأوطار: 5/193).

3) رواه أحمد والطبراني في الكبير بنحوه. قال الهيثمي: "وفيه أبو جناب وهو ثقة ولكنه مدلس".

راجع: ابن الأثير، جامع الأصول، 469/1؛ الهيثمي، مجمع الزوائد، 113/4؛ الزيلعي، نصب الراية، 56/4.

من المعقول: – أن الأصل في تحريم الربا هو عدم إضرار الناس بدفع الغبن عنهم وذلك بتحقيق المساواة، وهي لا تتحقق إلا بالكيل أو الوزن، فإن الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة، والجنس يسوي بينهما معنى؛ لذلك يصلحان علة للربا.

– وجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم؛ بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة، فإنه جائز إذا تساويا في الكيل.

واستدلوا على صلاحية الجنس وحده كعلة لربا النسيئة بما يلي:

– عن الحسين عن سمرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[1].

– حديث جابر رضي الله عنه مرفوعا: « الحيوان اثنان بواحد لا يصح **نسيئا**، ولا بأس به يدا بيد»[2].

وجه دلالة الحديثين: أنهما يفيدان عدم جواز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مطلقا، مع تجويز الحديث الثاني التفاضل بشرط التقابض ولم يكن بين النوعين سوى الجنس الذي يعد وحده علة لربا النسيئة.

2– أدلة المالكية: استدل المالكية على أن علة تحريم الربا في النقدين هي غلبة الثمنية:

– قالوا: لما جاز إسلام الذهب والفضة في غيرهما من الأموال، دل ذلك على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما؛ حيث إن كل شيئين جمعتهما علة الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر، وهي كونهما من جنس الأثمان غالبا.

– التعليل بالثمنية مناسب إذ بها قوام الأموال، ولو لم يمنع الربا فيها لأدى ذلك إلى قلتها فيتضرر الناس.

– أما الأعيان الأربعة: فاستدلوا على اعتبار الادخار والاقتيات كعلة لتحريم التفاضل فيها بما يلي:

– قالوا: العلة في حديث الربا لا تخرج عن أحد أمرين: إما مطلق الطعم، أو الطعم الموصوف بالاقتيات والادخار، ولو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى الحديث بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من الأعيان السابقة، غير أنه لما ذكر منها عددا من الأصناف يجمعها كلها الاقتيات والادخار، علم أنه قصد بكل واحد منهما التنبيه على ما في معناه، فالبر: للتنبيه على كل مقتات في حال السعة كالأرز والعدس، والشعير: للتنبيه على كل مقتات في حال الشدة، والتمر: على كل مقتات وفيه حلاوة كالعسل والزبيب، والملح: على ما يصلح به الطعام من التوابل المدخرة.

– ولما كانت علة التحريم هي دفع الغبن عن الناس والحفاظ على أموالهم، وجب أن يكون ذلك في أصول المعائش وهي الأقوات المدخرة لشدة حاجة الناس إليها.

---

1) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، 538/3، ر1237، وقال: حديث سمرة حديث حسن صحيح وسماع الحسن بن سمرة صحيح هكذا قال علي بن المديني وغيره والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

2) رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، 539/3، ر1238 وقال: حسن صحيح.

– **أما في ربا النسيئة** فالعلة هي الطعم على غير جهة التداوي، وهي أوسع من علة الفضل، لأن ربا النساء أوسع بابا من الفضل، إذ الفضل يجري في الجنس الواحد، والنساء يجري في الجنس الواحد، وفي الجنسين.

3– أدلة الشافعية والحنابلة في الرواية الثانية: استدلوا على أن غلبة الثمنية في الذهب والفضة علة تحريم الربا فيهما بما استدل به المالكية.

– أما الأصناف الأربعة الباقية فقد جعلوا العلة فيها الطعم واستدلوا بما يلي:

– بما روي عن معمر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال إني كنت أسمع أن النبيﷺ قال: (الطعام بالطعام مثلا بمثل)[1]؛ ووجه الاستدلال أن الطعام لفظ عام يشمل كل طعام، ولأن الطعام وصف مناسب؛ لأن حياة النفوس بالطعام، وهو اسم لكل ما يطعم من مأكول أو مشروب كالماء بدليل حديث عائشة رضي الله عنها قالت: (مكثنا مع رسول اللهﷺ سنة مالنا طعام إلا الأسودان التمر والماء).

والقاعدة أن اقتران الحكم باسم مشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، وهي الطعم هنا، كما في قوله سبحانه:﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾، ففهم أن السرقة هي علة قطع اليد.

– استدلوا على علية الطعم بدليل الدوران، فيقولون إننا عند التأمل نجد أنه كلما وجدت صفة الطعم وجدت الحرمة، وكلما اختفت صفة الطعم من هذه الأصناف المنصوص عليها فقدت حرمة الربا فيها؛ فالحب مادام مطعوما يجري فيه الربا، فإذا زرع وخرج نباتا بطل فيه الربا، وجاز فيه التعاوض بمختلف الوجوه، فإذا انعقد الحب وعاد مطعوما عادت إليه الحرمة، وهذا هو الدوران الذي يعتبر مسلكا من مسالك العلة الصحيحة.

4– أدلة الحنابلة في الرواية الثالثة: استدل أصحاب الرواية الثالثة بما يلي:

– بما روي عن ابن المسيب أن رسول اللهﷺ قال: (لا ربا إلا فيما كيل أو وزن، مما يؤكل أو يشرب)[2]، ووجهه ظاهر في إبراز علة التحريم فلا يمكن تحققها إلا مع توفر الجمع المكون من الطعم مع الكيل أو الوزن.

– استدلوا بوجوب الجمع بين الأحاديث الواردة بهذا الخصوص وتقييد بعضها بالآخر ليتم تحقيق مقصود الشارع، فيجمع بين حديث: (نهى النبيﷺ عن بيع الصاع بالصاعين)، وحديث: (الطعام بالطعام مثلا بمثل)، فالأول يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل أو الوزن، والثاني يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه.

– كما استدلوا بأن الأصل في الأعيان والأشياء وسائر المكاسب الحل والإباحة، ولا يصار إلى التحريم إلا عند قيام دليل قوي، ومجرد الطعم أو الوزن لا يقوي دليلا للحرمة في مقابل الإباحة الأصلية؛ لذلك كان الجمع بين العلتين أوفق وأقوى.

---

1) رواه مسلم وأحمد عن معمر بن عبد الله.

2) قال ابن حجر في الدراية: "رواه الدارقطني من مرسل ابن المسيب، وهو في الموطأ من قول ابن المسيب وهو أشبه".

مناقشة أدلة الأقوال

ناقش كل مذهب أدلة المذاهب المخالفة بما يمكن تلخيصه فيما يلي:

1- مناقشة الحنفية والحنابلة في المشهور:

- إن الظاهر من الآيات التي استدلوا بها على اعتبار الكيل والوزن علة للربا هو النهي عن الغش والخداع في البيع، فكان الاستدلال بها على علة الربا تكلف دون دليل، واستدلالهم خارج عن محل النزاع.

- الاستشهاد بلفظ: (وكذلك الميزان) يحتمل: أن يكون معناها (وكذلك الميزان) لا يجوز التفاضل فيما كان منه ربويا، أو أن تكون الزيادة مدرجة من كلام أبي سعيد الخدري رضي الله عنه[1]؛ والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

- أما حديث عبادة وأنس الذي رواه الدار قطني: (ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا، وما كيل مثلا بمثل ....)، قال الشوكاني عنه: (في إسناده الربيع بن صبيح، وإن وثقه أبو زرعة، فقد ضعفه جماعة)، ومع التسليم بصحته فإن المكيل يمكن تقييده بالمطعوم توفيقا بين الأحاديث.

- ولو أراد المكيل فقط لاقتصر على ذكر واحد منها لتساوي الأصناف الأربعة في هذا الوصف.

أجيب: كذلك يلزمكم في الطعم، فلو كانت علة لاكتفى بذكر واحد منها.

رد بأن: الكيل في الأربعة لا يختلف؛ أما الطعم فمختلف، فذكر أنواعا منه.

- التعليل بالوزن مقتضاه أن لا يجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع.

أجيب: بل هناك فرق بين الأمرين فإن الوزن في النقود وفي تلك الأموال مختلف، فإنه في النقود توزن بالمثاقيل والدراهم بالصنجات، وفي الزعفران بالأمناء[2]، والقبان[3]، وهذا اختلاف في الصورة، وبينهما اختلاف آخر معنوي، وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين[4].

- أما الجواب عن المعقول: أن الأصناف المذكورة في الحديث إما مكيلة أو موزونة وهو يسوي الصورة، والتجانس يسوي المعنى...فالواقع أن في هذا الكلام مطعناً، فلِم كان المعبِّر عن المماثلة الكيل والوزن فحسب! ولِم لمْ يشمل المعيار العدَّ والذرع لتكون المعدودات التي لا تتفاوت آحادها والمذروعات من قبيل الأموال الربوية.

---

1) النووي، المجموع، 393/9.

2) جمع المن، والمن= رطلان، والرطل يساوي 408 جرامات، فالمن مقداره بالجرام 816 جراما. بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية الى المقادير المعاصرة، 1/ 23.

3) القَبَّانُ: الذي يُوزَنُ به لا أَدري أَعربيّ أَم معرَّب. ابن منظور، لسان العرب، 13/ 329.

4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 5/ 173.

– أما استدلالهم بحديث الحسن عن سمرة على كون اتحاد الجنس علة تحريم النساء، فيرده أن رجاله مع أنهم ثقات، غير أن أهل الحديث اختلفوا في اتصاله وإرساله في الحسن عن سمرة.

– أما حديث جابر فهو وإن حسنه الترمذي، إلا أن في سنده الحجاج بن أرطأة وهو مدلس وقد عنعن؛ قال ابن معين: ليس بالقوي وهو صدوق يدلس، وقال النسائي: ليس بالقوي وقال الدار قطني: لا يحتج به.

وعلى فرض صحته وثبوته فهو محمول على أن يكون نسيئة من الطرفين معا فيكون من باب بيع الكالئ بالكالئ وهو لا يصح عند الجميع، والحامل على التأويل أحاديث جواز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[1].

أجيب: أن أحاديث المنع تقدم على أحاديث الإباحة، لأن المحرم مقدم على المبيح، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا.

2- مناقشة أدلة المالكية والشافعية: علة غلبة الثمنية في النقدين:

– هي منقوضة بعدم الدوران؛ وهو الطرد والعكس؛ فليست مطردة لأنه وجدت العلة وانعدم الحكم كالفلوس مثلا فإنه لا يجري فيها الربا عندكم مع أنها أثمان، وليست منعكسة لأنه وجد الحكم مع فقدان العلة كالحلي وأواني الذهب والفضة، يشملها الربا وليست أثمانا.

أجيب: علة جنس الأثمان غالبا سليمة من عدم الطرد والعكس، لأن الفلوس ليست أثمان غالبا، وإنما نادرا والنادر لا حكم له، والحلي وأواني الذهب والفضة؛ فإنها وإن لم تكن ثمنا صريحا إلا أنها نوع من جنس الأثمان ولو قلنا العلة الثمنية للزمنا ما قلتم.

– غلبة الثمنية علة قاصرة لا تصلح للتعليل بها لأن العلة إنما تستخرج لمعرفة الحكم في غير المنصوص والأولى التعليل بالعلة المتعدية.

أجيب: العلة القاصرة لها فوائد منها: – معرفة الحكمة والمصلحة من إناطة الحكم الشرعي بها وذلك أدعى للانقياد والامتثال.– ربما يحدث شيء آخر له وصف العلة القاصرة فيعدى إليه الحكم، (وهو ما حصل بوجود الأوراق المالية).

– **أما علة الأصناف الأخرى عند المالكية**: وهي الادخار والاقتيات: – فإنها غير مطردة في جميع الأجناس فقد وردت أجناس ربوية بالنص كالرطب وليست مدخرة.

أجيب: بأن الرطب يجري فيها الربا مع أنها ليست مدخرة لذلك ورد فيها نص خاص بها، أو لأنها تؤول إلى حال الادخار.

---

1) ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما:« أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا ببعيرين إلى أجل» وهذا يكون سلما. وعن ابن عمر «أنه باع بعيرا بأربعة إلى أجل». وعن علي رضي الله عنه «أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا إلى أجل».

– والقول بأن ذكر الأصناف الأربعة إنما ورد على سبيل التنبيه لكل منها على ما فيه معناه، وكلها يجمعها الادخار والاقتيات، فإن هذا الاستنباط جاء ما يعارضه ويعلقه على الطعم كما صح من حديث معمر بن عبد الله المتقدم: «الطعام بالطعام مثلا بمثل» فعلم أن ذكر الأصناف الأربعة إنما على سبيل التمثيل لا على سبيل التنبيه على غيرها.

– **أجيب:** أنه لو أراد النبيﷺ المطعوم أو المكيل أو المطعوم مما يكال لاقتصر على ذكر واحد منها، ولما ذكر أكثر من واحد، فدل أنه ذكرها لفائدة، وهي التنبيه على أنواع المقتات المدخر.

– كما أن اشتراط الطعم وحده في ربا النسيئة هو تحكم في الفرق من غير مستند؛ إذ أن الأجناس المذكورة في النص التي استنبطت منه علة الاقتيات في ربا الفضل هي نفسها في ربا النسيئة فلا موجب للفصل بينهما.

أجيب: العلة في ربا النسيئة هي الطعم على غير جهة التداوي، وهي أوسع من علة الفضل، لأن ربا النساء أوسع بابا من الفضل، إذ الفضل يجري في الجنس الواحد، والنساء يجري في الجنس الواحد، وفي الجنسين.

3– مناقشة الشافعية: في تعليل ربا الأصناف الأربعة بمطلق الطعم بأنه معارض للأحاديث القاضية بعلية الوزن والكيل مع وحدة الجنس، كما أن التعليل بما منه الاشتقاق يكون علة إذا كان له أثر في الحكم كالزنا والسرقة، أما الطعم فليس مؤثرا بل الكيل هو المؤثر.

– ونوقش الحديث بأن الراوي معمر قال عقبه: (وكان طعامنا يومئذ الشعير) فيختص الحكم به؛ لأن من القواعد المقررة أن العرف المقارن للخطاب من مخصصات النص العام.

4– مناقشة الحنابلة في الرواية الثالثة: في التعليل بالطعم فيما يكال أو يوزن بأن حديث: «لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل ويشرب»؛ لا يصح رفعه بل هو من إرسال سعيد بن المسيب، قال الدارقطني: "هذا مرسل، ووهم المبارك عن مالك برفعه إلى النبيﷺ وإنما هو من قول سعيد بن المسيب"[1]، قال ابن القطان: "وليست هذه علته وإنما علته أن المبارك بن مجاهد ضعيف، ومع ضعفه فقد انفرد عن مالك برفعه، والناس رووه عنه موقوفا"[2].

الموازنة والاختيار

– في الذهب والفضة: فإننا نختار التعليل بغلبة الثمنية، وهذا القول هو المروي عن الشافعي وأحد الروايات عن أحمد وقال مالك في الفلوس: (لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق, ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود

1) ابن قدامة، المغني، 447/7.

2) الزيلعي، نصب الراية، 37/4.

حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة)[1]، وهو اختيار المحققين من العلماء المعاصرين حيث ألحقوا بعلة الثمنية الأوراق المالية المتداولة اليوم وعدوها أجناسا.

قال ابن تيمية: (والتعليل بالثمنية تعليل بوصف مناسب، وإن المقصود من الإثمان أن يكون معيارا للأموال يتوصل به إلى معرفة مقادير الأموال ولا يقصد الانتفاع بعينها، فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية، واشتراط الحلول والتقابض فيها هو تكميل لمقصودها من التوسل بها إلى تحصيل المطالب فان ذلك إنما يحصل بقبضها لا بثبوتها فى الذمة، مع أنها ثمن من طرفين فنهي الشارع أن يباع ثمن بثمن إلى أجل، فاذا صارت الفلوس أثمانا صار فيها المعنى فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل[2]).

وعليه القول بالثمنية علة لتحريم الربا في النقدين يعد مناطا جامعا مانعا متفقا مع الحكمة في جريان الربا في الذهب والفضة وينتج عن هذا التعليل ما يلي:

إدخال الأوراق المالية والنقود الرائجة فيجري فيها الربا بنوعيه وتجب فيهما الزكاة كجريانهما في الذهب والفضة؛ جاء في المدونة: "قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق, ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة.."[3].

جريان الربا في الحلي المصنوعة من الذهب والفضة؛ لأن الصناعة لم تنقلها من وصف الثمنية على القول المشهور. أما بالنسبة للأصناف الأربعة: فيبدو أن الراجح هو ما علل به المالكية إنما كان الاقتيات والادخار علة حرمة الربا في الطعام وفي أصول المعايش منه لشدة الحاجة إليه .

---

1) مالك، المدونة، 5/3.

2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 29/ 472.

3) مالك، المدونة، 5/3.

الدرس العاشر: حكم بيع وشرط

تحرير محل النزاع

– اتفق العلماء على أن الشروط التي يقتضيها العقد (أي تجب بالعقد من غير شرط) صحيحة، والبيع صحيح؛ لأنه تقرير لما أوجبه الشارع؛ كشرط تسليم السلعة وتسلم الثمن، والرد بالعيب.

– واتفقوا على بطلان الشروط المخالفة والمناقضة لمقتضى العقد: كأن يبيعه دارا على أن لا يسكنها، أو ثوبا على أن لا يلبسه.

– واتفقوا على أن الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولكن تلائمه جائزة وكذا الشروط التي هي من مصلحة العقد، وتدعو الحاجة إليه؛ كالشرط الذي يرجع إلى صفة في الثمن أو المبيع؛ كالخيار والأجل، والرهن، والكفيل، وجودة المبيع.

– ولكنهم اختلفوا فيما سوى ذلك من الشروط التي **فيها مصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما**؛ وليست من مصلحة العقد كأن يشترط البائع نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهرا، أو حملان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري حمل السلعة إلى بيته والبيت معلوم، أو خياطة الثوب أو تفصيله.

حاصل هذا الاختلاف هو الأقوال الآتية:

1- جمهور الحنفية والشافعية: يبطل البيع والشرط معا[1].

2- المالكية: أجازوا الشرط في الزمن اليسير دون الكثير؛ كأن يبيع له دارا على أن يسكنها شهرا[2].

كما أبطلوا الشرط الذي يقتضي التحجير على المشتري؛ مثل: أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب.

قال ابن رشد: (وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل ويثبت البيع... وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما: الربا والغرر، وإلى قلته، وإلى التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع)[3].

والجدير بالذكر عند المالكية هو أنه: إن أسقط الشرط المخل بالعقد، سواء أكان شرطا يناقض المقصود من البيع كاشتراط عدم بيع المبيع، أم كان شرطا يخل بالثمن كاشتراط السلف من أحد المتبايعين، فإنه يصح

---

1) الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5؛ ابن الهمام، فتح القدير، 76/6؛ المحلي، شرح المحلي على المنهاج، 177/2.

2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص259؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 5/169 .

3) ابن رشد، بداية المجتهد، 160/2.

البيع؛ ولا يشترط في هذه الحال سوى أن يكون الإسقاط مع قيام السلعة؛ فعللوا صحة البيع هنا بزوال المانع.

3- الحنابلة في المشهور، وبعض الشافعية، والأوزاعي، وإسحاق: يصح العقد بشرط واحد، ولا يصح بشرطين، كشرط حمل الحطب وتكسيره، أو خياطة الثوب وَتَفْصيله، ونحو ذلك.

4- ابن أبي ليلى ومن وافقه: يصح البيع ويبطل الشرط.

5- رواية عن أحمد، وهو رأي ابن شبرمة: يصح البيع وتصح جميع الشروط المعلومة؛ إلا الشروط المنافية لمقتضى العقد، أو التي ورد النهي عنها خصوصا، (اختارها ابن تيمية وابن القيم)[1].

أدلــة الأقوال

1) أدلة جمهور الحنفية والشافعية: القائلين بعدم صحة العقد والشرط والشرطين:

من السنة: – ما رواه أبو حنيفة مرفوعا: «أن النبيﷺ نهى عن بيع وشرط»[2]. والنهي يقتضي فساد المنهي، فيدل على فساد كل بيع وشرط إلا ما خص من عموم النص؛ ولأن هذه الشروط تؤدي إلى جهالة الثمن[3]، وفيها منفعة زائدة ترجع إلى أحد العاقدين، أو كليهما[4]، وزيادة منفعة مشروطة دون عوض في عقد البيع فيه شبهة الربا، وهي مفسدة للبيع، كحقيقة الربا، وفيه كذلك شبهة بيعتين في بيعة وهو منهي عنه كما سيأتي.

– واحتجوا بحديث: «نهى عن بيعتين في بيعة»[1]، وحديث: «نهى رسول اللهﷺ عن صفقتين في صفقة»[2]، كما لو باع دارا على أن يقرضه المشتري دراهم، أو على أن يهدي له هدية؛ وكما لو باع دارا على أن

---

1) يوضح هذا القصة التي رويت عن عبد الوارث بن سعيد قال: "قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة: ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا؟، قال: البيع باطل والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته، فقال: البيع جائز والشرط باطل. ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائز والشرط جائز؛ فقلت: يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم علي في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن النبيﷺ نهى عن بيع وشرط»، البيع باطل، والشرط باطل. ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: «أمرني النبيﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها، وإن أشترط أهلها الولاء فإنما الولاء لمن أعتق»، البيع جائز، والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالا، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال: «بعت النبيﷺ ناقة، وشرط لي حملانها إلى المدينة»، البيع جائز والشرط جائز".

أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد، 85/4، والخطابي في معالم السنن، 145/3-146، والحاكم في علوم الحديث،ص128.

2) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط، ونقل الزيلعي في نصب الراية عن ابن القطان أنه ضعيف. الزيلعي، نصب الراية، 18/4.

3) المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي، 427/4.

4) واستثنى الحنفية من شرط المنفعة المفسد، ما جرى به العرف، وتعامل به الناس من غير إنكار، ومثلوا له بشراء حذاء بشرط أن يضع له البائع نعلا أو كعبا فهذا ونحوه من الشروط الجائزة ويلزم الشرط استحسانا، للتعامل الذي جرى به عرف الناس والقياس فساده.

يسكنها؛ لأنه لو كانت السكنى يقابلها شيء من الثمن تكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما شيء يكون إعارة في بيع.

– وعن جابر رضي الله عنه: (**أن النبيﷺ نهى عن المحاقلة[3] والمزابنة[4] والمخابرة[5] وعن الثنيا**)، (رواه مسلم) الثنيا: الاستثناء؛ وصورته أن يبيع شيئا ويستثني بعضه، وما دام الاستثناء ممنوعا، فلا يصح للبائع أن يستثني نفعا معلوما، وذلك يكون بالاشتراط.

– وما أخرجه أصحاب السنن وأحمد والحاكم وغيرهم، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص: (أن رسول اللهﷺ بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة فنهاهم عن أربع: **عن بيع وسلف، وعن شرطين في بيع، وربح ما لم يضمن، وبيع ما ليس عندك**)[6]، قال ابن الهمام: (ومعنى السلف في البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين)[7]، ووجه الفساد في الشرطين هو ما يستلزم ذلك من الجهالة الموجبة للغرر المنهي عنه[8].

ومن المعقول: قال النووي: (لأنه شرط يمنع كمال التصرف فأبطل البيع؛ كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض)[9].

2) أدلة المالكية:

– عن جابر بن عبد الله: (أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيبه، قال: فلحقني النبيﷺ فدعا

---

1) قال ابن حجر في التلخيص: "رواه الشافعي وأحمد والترمذي والنسائي... قال الترمذي: حسن صحيح). ابن حجر، تلخيص الحبير، 31/3.

2) أخرجه أحمد، 398/1، والبزار، 90/2، ر1277، وأخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع، 87/4، عن ابن مسعود مرفوعا: لا تحل صفقتان في صفقة.

3) المحاقلة: بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا، لا يختلف الفقهاء، في أن بيع المحاقلة غير جائز، وهو فاسد عند الحنفية، باطل عند غيرهم، الموسوعة الفقهية الكويتية 138/9.

4) المزابنة: بيع الرطب على النخيل بتمر، مثل كيله خرصا، اتفق الفقهاء على أنه بيع فاسد، ولا يصح. الموسوعة الفقهية، 139/9.

5) المخابرة: هي المزارعة على بعض ما يخرج من الأرض، ذهب الجمهور إلى أنها جائزة بشروط، ومنع الشافعية المزارعة بعقد منفرد، أما إذا أدخلت مع عقد المساقاة، وذلك بأن يكون بين النخل بياض، فتصح المزارعة عندهم، ولكن بشروط. الموسوعة الفقهية، 239/36.

6) رواه الخمسة وصححه الترمذي وابن خزيمة والحاكم. الصنعاني، سبل السلام، 16/3.

7) ابن الهمام، فتح القدير، 446/6.

8) الحدادي، الجوهرة النيرة، 262/2.

9) النووي، المجموع، 377/9.

لي وضربه فسار سيرا لم يسر مثله؛ قال: بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته بأوقية واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت، أتيته بالجمل فنقدني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أثري فقال: أتراني ماكستك لآخذ جملك خذ جملك ودراهمك فهو لك). (متفق عليه).

قال ابن رشد: (ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه في المدة القليلة، ولم يجزه في الكثيرة...لأن المدة التي استثناها جابر كانت مدة قليلة، والجمع بين الأدلة أولى من الترجيح)، ولأن المدة اليسيرة لا يتغير المبيع في مثلها.

3) أدلة الحنابلة في المشهور، والأوزاعي، وإسحاق ، وأبي ثور: المجيزين للشرط الواحد فقط:

– حديث جابر السابق: (واستثنيت حملانه إلى أهلي)، متفق عليه، وفي لفظ قال: (على أن لي ظهره إلى المدينة)، رواه مسلم، ففيه جواز الشرط الواحد.

– وما أخرجه أصحاب السنن وأحمد والحاكم والبغوي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص: «أن رسول اللهﷺ بعث عتاب بن أسيد إلى أهل مكة فنهاهم عن أربع: عن بيع وسلف، وعن شرطين في بيع، وربح ما لم يضمن، وبيع ما ليس عندك»[1]، وجه دلالة الحديث أن النهي فيه مجزوم بشرطين، ومفهومه جواز شرط واحد في العقد.

– ما أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجة عن جابر رضي الله عنه: «أن النبيﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، وعن الثنيا إلا أن تعلم»[2]، الثنيا: الاستثناء وصورته أن يبيع ويستثني بعضه، والشرط المذكور معلوم، فيصح.

– حديث بريرة المتفق عليه ومحل الشاهد فيه هو قولهﷺ: في رواية «خذيها واشترطي لهم الولاء»[3]، والحديث يدل على بطلان كل شرط يخالف مقتضى العقد، وجواز شرط واحد.

4) أدلة ابن أبي ليلى ومن وافقه: صحة البيع وبطلان الشرط.

– حديث بريرة؛ فعن ابن عمر: «أن عائشة أرادت أن تشتري بريرة فتعتقها؛ فقال لها أهلها: نبيعكها علي أن ولاءها لنا؛ فذكرت ذلك لرسول اللهﷺ فقال: لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق»؛ ومحل الشاهد فيه هو قولهﷺ: «فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل

---

1) رواه الخمسة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

2) رواه أبو داود.

3) اشترطي الولاء عليهم، واللام تذكر بمعنى على؛ كما قال الله تعالى: (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار).

وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[1]، فكل شرط ليس في كتاب الله أي ليس منصوصا عليه فهو باطل؛ فهو يدل على بطلان الشرط وصحة البيع[2].

5) أدلة الحنابلة: المجيزين للشروط في البيع مطلقا:

– حديث عمرو بن عوف مرفوعا: «المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالا أو أحل حراما»[3]، وجه الدلالة في الحديث أن الأصل في الشروط الإباحة ما لم يمنعها الشرع، أو تخالف النصوص الشرعية.

– حديث جابر الذي شرط على النبيﷺ ظهر جمله إلى المدينة في قوله: «واستثنيت حملانه إلى المدينة»، وفي رواية: «وشرط ظهره إلى المدينة»، وحديث بريرة الذي فيه: «واشترطي لهم الولاء»، تدل على جواز الاشتراط.

– ما رواه أبو داوود وغيره حديث جابر بن عبد الله: «أن النبيﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»، وجه الدلالة أن حديث الثنيا السابق مطلق في النهي عنها، وهذا يقيده بجواز الثنيا إذا كانت معلومة، فيحمل المطلق على المقيد.

– الأصل في العقود والمعاملات الإباحة والحل ولا يصرف عنها إلا بدليل شرعي، وهذه الشروط لا تحتوي على أية مفسدة، بل فيه مصلحة للمشترط.

مناقشات أدلة الأقوال وردودها

مناقشة المانعين للشروط مطلقا وهم الجمهور من الحنفية والشافعية:

– أما حديث: (نهى رسول اللهﷺ عن بيع وشرط)، ليس به احتجاج لضعفه، قال الزيلعي بعد ذكره القصة: (قال ابن القطان: وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث)[4]، وقال ابن حجر: (في إسناده مقال، وهو قابل للتأويل)[5] أي قابل لأن يحمل على الشرط الذي يخالف مقتضى العقد.

قال ابن تيمية: (قد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع العلماء المعروفون من غير خلاف أعلمه من غيرهم أن اشتراط صفة في البيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتبا أو صانعا أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك شرط صحيح)[6].

---

1) متفق عليه.

2) النووي، المجموع، 322/9.

3) أخرجه الترمذي وقال: حسن صحيح.

4) الزيلعي، نصب الراية، 4/ 18.

5) ابن حجر، فتح الباري، 135/5.

6) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 132/22.

وقال ابن قدامة: "لم يصح نهي النبيﷺ عن بيع وشرط، وإنما نهى عن شرطين في بيع؛ فمفهومه إباحة الشرط الواحد".

وعلى فرض صحته فهو محمول كما ذكر ابن حجر على الشرط المنافي لمقتضى العقد، كأن يشترط في الدار ألا يسكنها، أو في الدابة ألا يركبها ونحو ذلك.

– وعلى فرض فهو عام يخص بحديث بريرة، وحديث جابر في جواز الاشتراط.

– أما حديث الثنيا فقد تقدم أن المنهي عنه منها يختص بما إذا كانت مجهولة، أما إذا كانت معلومة فلا تدخل في النهي.

– أما حديث: «نهى عن شرطين...» فهو بنفس معنى حديث: «نهى عن بيعتين في بيعة» قال الألباني: "ويظهر أن اللفظين بمعنى واحد إذ رواه بعض الرواة عن عمرو بن شعيب بهذا وبعضهم بهذا"[1]، وقد اختلف العلماء في تأويله على أقوال:

. ما روي عن علي زين العابدين وأبي حنيفة: يحمل على بيعتين في بيعة، وقد روي عن أبي هريرة: «نهيﷺ عن بيعتين في بيعة»[2]، وهو كقوله: بعتك هذا بألف نقدا، وبألفين نسيئة، لما فيه من الإبهام.

رد: بأنها صفقة واحدة بأحد الثمنين؛ والإبهام يزول بتعيين المشتري أحد الثمنين.

. وقيل: بعتك هذه على أن تبيعني تلك، لما فيه من التعليق على أمر غير محقق الوقوع.

رد: بأنه مجزوم بشرط واحد لا بشرطين.

. وقيل: أن يبيع السلعة على أن لا يبيعها المشتري ولا يهبها، وهو ضعيف؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى البيع.

. وقيل: أن يقول: بعتك هذه السلعة بألف نسيئة، على أن أشتريها منك بثمانمائة نقدا.

ويظهر أن هذا هو الراجح، وهو من بيع العينة، وهو يطابق قولهﷺ: «من باع بيعتين في بيعة؛ فله أوكسهما أو الربا»[3]، فإما أن يأخذ الثمن الأول فيربي، أو الثاني وهو أوكسهما، وهو يناسب جمعه مع النهي عن سلف وبيع؛ لأن كليهما ربا.

رد الحنفية: لا يخصصه حديث بريرة، ولا حديث جابر للتعارض؛ بناء على أصلهم أن العام يعارض الخاص، ولا يخصص به، فيطلب إذن سبب للترجيح، والراجح هنا العام؛ لكونه مانعا، والخاص مبيح، فيقدم العام المانع على الخاص المبيح، لأنه أحوط، أو يحمل المبيح على ما قبل النهي.

وردوا: أحاديث الشرط بقولهم: ربما لم يقع الشرط في الأحاديث المذكورة في صلب العقد فلم يفسد.

---

1) الألباني، إرواء الغليل، 151/5.

2) رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح.

3) رواه أبو داود وابن حبان وصححه الحاكم.

وردوا حديث جابر: أنه لم يكن ذاك مع جابر بيعا مقصودا: لرواية سالم بن أبي الجعد أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه الثمن ورد عليه الجمل، وقال: (أتراني إنما ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك ودراهمك فهما لك)؛ فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد منفعته لا مبايعته.

وردوا استدلال من أجاز البيع وأبطل الشرط بحديث بريرة، بأن معنى قوله: واشترطي لهم الولاء؛ أي: عليهم، كما قال تعالى: (لهم اللعنة) أي: عليهم اللعنة. على أنه صلى الله عليه وسلم أراد بهذا الشرط إبطال الولاء لغير المعتق لتقرر الشرط عليه وإن شرطه.

مناقشة المجيزين للشرط الواحد:

– أما حديث جابر الذي شرط على النبيﷺ ظهر جمله إلى المدينة في قوله: (واستثنيت حملانه إلى المدينة)، وفي رواية: (وشرط ظهره إلى المدينة)، وحديث بريرة الذي فيه: (واشترطي لهم الولاء)، تدل على جواز الاشتراط، وليس فيها ما يدل على التقييد بجواز الشرط الواحد.

– وما ذهبوا إليه من إجازة شرط واحد وإبطال أكثر منه لا وجه له؛ لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة فينبغي أن يجوز وإن كان مائة شرط، وإن كان فاسدا فينبغي أن يبطل، وإن كان شرطا واحدا.

– والجواب عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم اللقب، والصحيح الذى عليه الاكثرون أنه لا يدل على نفى الحكم عما عداه؛ فلا يلزم النهى عن بيع وشرطين جواز شرط واحد[1].

مناقشة المانعين للشروط المجيزين للعقد:

– أما حديث بريرة الذي فيه: كل شرط ليس في كتاب الله...، فمعناه أن كل شرط لا يوافق الشرع فهو باطل، لا يجوز اشتراطه ولا يلزم الوفاء به؛ قال ابن خزيمة: (ليس في كتاب الله؛ أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه، لا أن كل من شرط شرطا لم ينطق به الكتاب يبطل؛ لأنه قد يشترط في البيع الكفيل فلا يبطل الشرط، وعلى هذا إذا لم يكن الشرط منصوصا على جوازه فيكفي لحله أن يكون مسكوتا عنه غير مخالف لشرع الله الذي كتبه على العباد، إذ الأصل في الشروط الصحة واللزوم؛ إلا ما دل الدليل على خلافه)[2].

مناقشة أدلة المجيزين للشروط مطلقا من الحنابلة:

– المانعون منهم مطلقا ناقشوا حديث جابر الذي فيه: (وشرط ظهره إلى المدينة)، باختلاف الرواة في ألفاظه وذلك ما يمنع الاحتجاج به، وقد ورد عند البخاري بألفاظ متغايرة وروايات مختلفة وفي رواية: (أفقرني رسول اللهﷺ ظهره إلى المدينة)، والإفقار لغة هي الإعارة، وفي رواية: (بعته واشترطت حملانه)، وفي رواية: (ولك ظهره

1) النووي، المجموع شرح المهذب، 9/ 377.

2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 22/ 346؛ الصنعاني، سبل السلام، 10/2.

إلى المدينة)، وغيرها من الروايات وهذا يدل على اضطراب متنه الأمر الذي يحول دون الاحتجاج به. ويمكن تأويلها بأنه لم يجر بينهما بيع حقيقي، لانتفاء التسليم والقبض؛ وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر ، والدليل عليه قصة الحديث.

رد المجيزون على هذا الاعتراض: (اضطراب حديث جابر)؛ أنه إذا ترجحت الروايات القوية وجب المصير إليها وترك ما عداها؛ قال ابن دقيق العيد ردا على دعوى الاضطراب: (هذا صحيح ولكن بشرط تكافؤ الروايات أو تقاربها، أما إذا كان الترجيح واقعا في بعضها، إما لأن رواته أكثر أو أحفظ فينبغي العمل بها؛ إذ الأضعف لا يكون مانعا من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يدفع التمسك بالراجح)[1]، (يعلل بالاضطراب عندما لا يعرف الراجح وإلا يصار إليه)؛ وقد رجح البخاري روايات الاشتراط وقال: (الاشتراط أكثر وأصح عندي).

وقولهم أن الافقار هو الإعارة لا يمنع من وقوع الاشتراط في البيع قبلها، أو وقوع البيع بشرط الإعارة كما في قوله: (فبعته على أن لي فقار ظهره).

أما قولهم بأن التبايع لم يكن حقيقيا، فهو مندفع بالألفاظ الصريحة الدالة على وقوعه.

– أما حديث: (المسلمون على شروطهم)، فهو عام مخصوص بما ذكر من الأدلة المقيدة أو المانعة من الاشتراط، أو يكون المراد بها الشروط الجائزة؛ وهي الشروط التي يقتضيها العقد أو تلائم مقتضى العقد، أو فيها مصلحة للعقد؛ وليس اشتراط ما فيه منفعة لأحدهما أو لكليهما.

– قولهم: إن الأصل في المعاملات الإباحة تمسك بالأصل واستصحاب له، لكن ذلك إنما يتم عند عدم وجود أدلة ناقلة من الإباحة إلى التحريم، وقد ذكرنا أدلة تمنع من الاشتراط مطلقا وأدلة تجيز شرطا واحدا.

1) ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، 3/ 172.

الدرس الحادي عشر: انتفاع الراهن بالرهن

تعريف الرهن

الرهن لغة: له معنيان:

– المعنى الأول: الثبوت والدوام يقال: ماء راهن: راكد دائم، ونعمة راهنة: أي ثابتة دائمة.

– المعنى الثاني: الحبس واللزوم؛ كما في قوله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسِۢ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المدثر:38]؛ أي محبوسة بكسبها وعملها، ومنه حديث: «نفس المؤمن مرهونة – أي محبوسة – بدينه حتى يقضى عنه دينه»[1].

وجمع الرهن: رهون، ورهان، ورُهُن بضمتين.

الرهن اصطلاحا: "جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه"[2].

ويطلق كذلك الرهن على الشيء المرهون من باب تسمية المفعول بالمصدر.

فالمعنى الشرعي مأخوذ من المعنى اللغوي؛ لبقاء الرهن في يد المرتهن وحبسه عند حيازته.

مشروعية الرهن

الرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

– من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:231].

– ومن السنة: حديث عائشة رضي الله عنها: «أن رسول اللهﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه»[3].

– وقد أجمعت الأمة على مشروعية الرهن، وتعاملت به، ولم ينكره أحد[4].

الحكم التكليفي للرهن

قال ابن قدامة: "وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفا لأنه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة، وقول الله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ إرشاد لنا لا إيجاب علينا؛ بدليل قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ اَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الذِي اِوتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ [البقرة:231]، ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها"[5].

---

1) أخرجه الترمذي، (3 / 380 . ط الحلبي) وقال عنه: (حديث حسن).

2) الشربيني، مغني المحتاج، 297/7.

3) متفق عليه. يفهم منه أنه يجوز معاملة الكفار، ويجوز رهن السلاح لأهل الذمة دون أهل الحرب؛ فقد عامل النبي عليه السلام اليهودي دون الميسورين من الصحابة لبيان أنه جائز، أو لضيق حالهم في ذلك الظرف، أو لعدم إحراجهم فقد لا يأخذون منه ثمنا.

4) ابن قدامة، المغني، 362/4؛ المطيعي، تكملة المجموع، 177/13؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 352/5.

5) ابن قدامة، المغني، 414/9.

الرهن جائز في الحضر والسفر: عند الجمهور للحديث، خالف في ذلك مجاهد والضحاك وأهل الظاهر، فقالوا بجوازه في السفر دون الحضر للآية، وقال ابن حزم: "يجوز في الحضر إذا تبرع به الراهن ولم يشترطه المرتهن للأحاديث"[1].

– أجاب الجمهور: بأن التقييد بالسفر في الآية خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، مع أنّ السنّة أثبتت وقوع الرهن من الرسولﷺ ومن أصحابه في الحضَر، والسفر مظنة فقد الكاتب؛ فلا يحتاج إلى الرهن غالبا إلا فيه[2].

قبض الرهن

– قال الجمهور غير المالكية: القبض ليس شرطَ صحة وإنما هو شرط لزوم الرهن؛ فلا يلزم الرهن إلا بالقبض، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد، وإذا سلمه الراهن للمرتهن وقبضه، لزم الرهن[3].

– وقال المالكية: وأما القبض فليس بشرط في انعقاد الرهن ولا في صحته ولا في لزومه؛ فينعقد ويصح ويلزم بالقول ثم يطلب المرتهن الإقباض، فإن تراخى المرتهن في المطالبة به، أو رضي بتركه في يد الراهن، بطل الرهن[4].

ضمان الرهن إذا هلك بنفسه

اختلف في ضمان الرهن إذا هلك بنفسه على أقوال:

1– لا يضمنه المرتهن؛ وبهذا قال الشافعي والإمام أحمد؛ لقولهﷺ: «لا يغلق الرهن»[5].[6]

2– هو من ضمان المرتهن؛ والذين قالوا بهذا القول انقسموا إلى قسمين:

الأول: ومنهم أبو حنيفة: أنه مضمون بالأقل من قيمته وقيمة الدين؛ لما روي من طريق عطاء: «أن رجلا رهن رجلا فرسا فنفق في يده، فقال النبيﷺ للمرتهن: ذهب حقك»[7].[8]

---

1) ابن حزم، المحلى، 88/9.

2) ابن عاشور، التحرير والتنوير (الطبعة التونسية)، 121/3.

3) السرخسي، المبسوط، 325/18؛ الشربيني، مغني المحتاج، 129/2؛ ابن قدامة، المغني، 401/4.

4) عليش، منح الجليل، 419/5؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 89/6.

5) أخرجه مالك في موطئه، باب لا يجوز من غلق الرهن، 728/2، ر1411. والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، باب، 32/3، ر126، وابن ماجة في سننه، كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن، 816/2، ر2441.

6) الشافعي، الأم، 167/3؛ ابن قدامة، المغني، 478/4.

7) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يرهن الرهن فيهلك، 183/7، ر23233. ورواه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ "حقه"، كتاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون، 40/6، ر11556، وقال: حديث مرسل وفيه من الوهن ما فيه.

8) المارغيناني، بداية المبتدي، 230/1؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 265/8.

الثاني: أنه مضمون بقيمته قلت أو كثرت، وممن قال به: علي ابن أبي طالب وعطاء وإسحاق؛ لأن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[1].[2]

3- التفرقة بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه: فإن كان مما يغاب عليه من العروض فهو ضامن، وإن كان مما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار فليس بضامن، وممن قال بهذا مالك والأوزاعي وعثمان البتي.
ومستندهم الاستحسان، ومعناه: أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه[3].

نماء الرهن

اتفق الفقهاء على أن النماء ملك للراهن، لأنه مالك للأصل، وهذا نماء ملكه؛ لكنهم اختلفوا هل هل النماء يدخل في الرهن أم لا؟

والخلاصة: أن مذهب **الحنابلة** موسع، يلحق نماء الرهن وزياداته في الرهنية مطلقاً.

ثم يليهم الحنفية الذين يلحقون بالرهن النماء المتولد كالثمر واللبن والصوف، أو منفصلة عنه كالولد، دون غير المتولد كالأجرة، وغلة الأرض.

ثم يليهم المالكية الذين يلحقون بالرهن النماء المنفصل الذي ليس في معنى الغلة كالولد وفسيل النخل، دون المتولد المنفصل الذي فيه معنى الغلة.

ثم يليهم الشافعية الذين يلحقون بالرهن الزيادة الوصفية فقط، ولا يدخل في الرهنية أي زيادة منفصلة[4].

أقوال الفقهاء في مسألة انتفاع الراهن بالمرهون

في مسألة انتفاع الراهن بالرهن ثلاثة آراء:

1- **الحنفية والحنابلة:** قالوا بعدم جواز انتفاع الراهن بالعين المرهونة إلا بإذن المرتهن.

- قال الحنفية: ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً أو ركوباً أو لبساً أو سكنى وغيرها، إلا بإذن المرتهن ودليلهم: أن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام، وهذا يمنع الاسترداد، فإن انتفع الراهن من غير إذن

1) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 32/3، ر124. وفي رواته رجل يدعى إسماعيل قال عنه إنه يضع الحديث.

2) ابن قدامة، المغني، 478/4.

3) العبدري، التاج والإكليل، 6/5؛ الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، مجلة البحوث الإسلامية، 54/24.

4) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 162/6.

المرتهن، فشرب لبن البقرة المرهونة، أو أكل ثمر الشجر المرهون، ونحوهما، ضمن قيمة ما انتفع به؛ لأنه تعدى بفعله على حق المرتهن[1].

– وقال الحنابلة: لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن المرتهن، وتُعطَّل منافعه على كره من الشرع، إذا لم يتفقا على انتفاع الراهن، فتغلق الدار مثلاً حتى يفك الرهن؛ لأن الرهن عين محبوسة، فلم يجز للمالك أن ينتفع بها، كالمبيع المحبوس لدى البائع حتى يوفى ثمنه[2].

2- **المالكية**: قالوا بعدم جواز الانتفاع ولو بالإذن؛ بل قرروا أن مجرد إذن المرتهن للراهن بالانتفاع مبطل للرهن ولو لم ينتفع؛ لأن الإذن بالانتفاع يعد تنازلاً عن حقه في الرهن[3].

وبما أن منافع الرهن مملوكة للراهن، فله أن ينيب المرتهن في أن ينتفع بالرهن نيابة عنه ولحساب الراهن، حتى لا تتعطل منافع الرهن؛ فإن عطل المرتهن استغلال المرهون، كإغلاق الدار، ضمن عند بعض المالكية أجرة المثل في مدة التعطيل؛ لأنه ضيعها عليه، وقال بعضهم: لا يضمن، إذ ليس عليه أن يستغل للراهن ماله[4].

3- **الشافعية**: قالوا للراهن كل انتفاع بالرهن ما لم يضر بالمرتهن، وما لم يترتب عليه نقص المرهون[5]؛ أما ما يترتب عليه نقص قيمة الرهن كالبناء والغرس في الأرض المرهونة، فلا يجوز للراهن إلا بإذن المرتهن مراعاة لحقه؛ فيجوز الركوب، والاستخدام، والسكنى، واللبس، والحمل على الدابة أو السيارة؛ لأن منافع الرهن ونماءه ملك للراهن، ولا يتعلق بها الدين عندهم، ولخبر الدارقطني والحاكم: «الرهن مركوب ومحلوب»[6].

– ومما فيه ضرر بالمرتهن: إذا كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به في السفر لم يجز لأن السفر لا يوثق به.

– ومما يترتب عليه نقص قيمة الرهن: البناء والغرس في الأرض، أو لبس الثوب لأنه ينقص قيمته؛ فلا يجوز للراهن إلا بإذن المرتهن مراعاة لحقه[7].

---

1) الكاساني، البدائع، 146/6؛ الحصكفي، الدر المختار، 425/3 وما بعدها؛ لذلك ابتكر بعض فقهائهم بيع الوفاء وأجازوه للتخلص من منع المرتهن من الانتفاع بالمرهون: (وهو البيع بشرط أن المشتري متى رد الثمن رد البائع إليه المبيع)؛ خلافا لبقية الفقهاء الذين منعوه لما فيه من الجهالة، والجهالة نوع من الغرر في المدة، والثنيا منهي عنها إلا أن تكون معلومة.

2) ابن قدامة، المغني، 390/4.

3) الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 3/241 وما بعدها.

4) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 274/1.

5) الشيرازي، المهذب، 311/1.

6) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 34/3، ر136.

7) الشربيني، مغني المحتاج، 132/2؛ النووي، روضة الطالبين، 79/4.

الدرس الثاني عشر: انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

تحرير محل النزاع

– اتفق العلماء على أن عقد الرهن ليس عقد تمليك عين ولا منفعة، وأن عين الرهن ومنافعه ونماءه ملك للراهن.

– واتفقوا على أن الرهن قسمان: ما يحتاج إلى مؤنة[1]، وما لا يحتاج إليها.

ما لا يحتاج إلى مؤنة مثاله الدار والمتاع؛ لا يجوز للمرتهن أن ينتفع به إلا بأمرين:

أ) بإذن الراهن، باتفاق.

ب) إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون، ففيه تفصيل.

أقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بالرهن غير المحتاج إلى مؤنة وأدلتهم ومناقشتها

– **الحنفية:** يجوز مطلقاً عند بعضهم، ومنهم من منعه مطلقاً؛ لأنه ربا أو فيه شبهة الربا، ومنهم من فصل فقال: إن شرط الانتفاع على الراهن في العقد، فهو حرام؛ لأنه ربا، وإن لم يشرط في العقد، فجائز؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن. والاشتراط كما يكون صريحاً، يكون متعارفاً، والمعروف كالمشروط؛ والغالب من أحوال الناس أنهم عند دفع القرض إنما يريدون الانتفاع، ولولاه لما أعطوا الدراهم، وهذا بمنزلة الشرط؛ وهو مما يُعيِّن المنع، كما قال ابن عابدين[2].

المالكية يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن وذلك إذا: اشترط المنفعة، وكان الدين غير قرض، وكانت المدة معلومة، فهنا يجوز؛ لأنه بيع وإجارة. **مثل:** أن يقول شخص لغيره: بعتك حصاني بمئة بشرط أن ترهنني بها دارك، وأن تكون منفعتها لي سنة، فبعض الحصان مبيع، وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار.

أما في دين القرض فانتفاع المرتهن ممنوع في صوره الأربع، وهي: المنفعة معينة أم لا؛ مشترطة أو متطوع بها.

---

1) **مؤنة المرهون:** – **ذهب جمهور الفقهاء:** إلى أن مؤنة المرهون على الراهن؛ كعلف الحيوان، وسقي الأشجار، وجذاذ الثمار، وأجرة مكان الحفظ، والحارس، ورعي الماشية وأجرة الراعي ونحو ذلك، لقولهﷺ: (عليه غرمه، وله غنمه)، ولأنه ملكه، فوجب عليه ما يحتاج لبقاء الرهن.

– **الحنفية فصلوا:** فما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه أو تبعيته كعلف الدابة، وأجرة الراعي، وسقي البستان فعلى الراهن، أما ما يحتاج لحفظ المرهون كمأوى الماشية، وأجرة الحفظ فعلى المرتهن، لأن حبس المرهون له.

الامتناع عنها: – **قال الجمهور:** إذا امتنع من وجبت عليه مؤنة المرهون أجبره الحاكم عليه، فإن أصر فعله الحاكم من ماله بقدر الحاجة. وإن قام المرتهن بالمؤنة بغير إذن الحاكم صار متطوعا فلا يرجع على الراهن بشيء، وإن قام بالمؤنة بإذن الحاكم، رجع بما أنفقه عليه.

– **وقال المالكية:** يرجع المرتهن على الراهن بما أنفقه وإن لم يأذن له الحاكم أو الراهن.

2) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، 482/6.

– لأنه قرض جر نفعاً، ولا يجوز الانتفاع وإن تبرع الراهن بالمنفعة؛ لأنها هدية مدين، وقد نهى عنها النبيﷺ؛ فعن أنس عن النبيﷺ قال: «إذا أقرض فلا يأخذ هدية» أي قبل الوفاء[1].[2]

والشافعية: ليس للمرتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق فيمنع من كل تصرف أو انتفاع بالعين المرهونة[3].

– الحنابلة: إن كان دين الرهن من قرض وأذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض لم يجز؛ لأنه قرض جر منفعة، وذلك حرام.

أما إن كان الانتفاع بعوض، كأن يستأجر الدار المرهونة من الراهن بأجرة مثلها في غير محاباة فجائز؛ لأنه لم ينتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن شرط في صلب العقد أن ينتفع بها المرتهن فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد.

وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك[4].

أقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بالرهن المحتاج إلى مؤنة وأدلتهم ومناقشتها

اختلف الفقهاء فيما يحتاج إلى مؤنة: إذا كان محلوبا ومركوبا هل يجوز للمرتهن الانتفاع بالعين المرهونة بغير إذن الراهن أم لا على قولين:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي وجمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن، إلا بعد إذن الراهن[5].

القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى القول بأن الرهن **إذا كان محلوبا أو مركوبا؛** فللمرتهن أن ينتفع بالركوب والحلب ولو بغير إذن الراهن لكن بقدر نفقته، ومتحريا للعدل في ذلك، ولا ينتفع بشيء سوى ذلك، سواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن، لغيبته أو لامتناعه، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن، واستئذانه[6].

أدلة الجمهور: استدلوا بأدلة من السنة والإجماع والمعقول:

من السنة: ما روي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول اللهﷺ قال: «لا يغلق[7] الرهن من يد

---

1) قال الشوكاني: رواه البخاري في تاريخه. الشوكاني، نيل الأوطار، 231/5.

2) الدردير، الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي)، 246/3.

3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 185/23.

4) ابن قدامة، المغني، 467/4.

5) الكاساني، بدائع الصنائع، 146/6؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، 213/1؛ الشربيني، مغني المحتاج، 138/2.

6) المرداوي، الإنصاف، 130/5؛ ابن قدامة، المغني، 467/4.

7) غَلِقَ الرهنُ يَغْلَقُ غُلُوقاً إذا لم يوجد له تخلص، وبقي في يد المرتهن ولم يقدر راهنه على تخليصه، والمعنى: أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يَسْتَفِكَّه صاحبُه وكان هذا من فعل الجاهلية أن الراهن إذا لم يُؤدِّ ما عليه في الوقت المعين مَلَكَ المرتهنُ الرَّهْنَ فأبطله الإسلام.

صاحبه الذي رهنه، له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ»[1]، يستفاد من الحديث أن منافع الرهن للراهن، لقولهﷺ: «له غنمه»، كما أن النفقة عليه لقوله: «وعليه غرمه»، ولا شك أن من المنافع الحلب والركوب، وهي للراهن ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بهما إلا بإذنه[2].

الإجماع: قالوا: استقر الإجماع على أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه، ومستند الإجماع الأحاديث المتواترة منها قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[3]، وما دامت العين المرهونة باقية في ملك الراهن فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بها، ولا الإنفاق عليها، كغير الرهن.

من المعقول: ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكنى ولا لبساً ولا قراءة، إلا بإذن الراهن؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع[4].

أدلة الحنابلة: استدل الحنابلة بالسنة والقياس والمعقول:

من السنة: – ماروي عن أبي هريرة قال: قال رسول اللهﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[5]، فجعل للمرتهن منفعة الرهن بنفقته.

قوله: بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه ليسا بسبب الركوب وشرب الدر بل بسبب الملك[6].

– وعن أبي هريرة قال: قال رسول اللهﷺ: «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب نفقتها ويركب»[7]، وجه الاستدلال من الحديث أنه يدل على جواز أن ينتفع المرتهن بالعين المرهونة فيما خصه الدليل وهو الركوب والحلب بقدر العلف دون زيادة[8].

ابن منظور، لسان العرب، مادة: غلق، 291/10.

1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، باب، 32/3، ر126، وابن ماجة في سننه، كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن، 816/2، ر2441، وابن حبان في صحيحه، كتاب الرهن، 258/13، ر3934، والحاكم في مستدركه، 51/2، ر2317، والبيهقي في الكبرى، باب ما جاء في زيادات الرهن، 39/6، ر11541.

2) القرافي، الذخيرة، 76/8؛ الآبادي، عون المعبود، 321/9.

3) رواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 26/3، ر91.

4) البابرتي، العناية، 472/14؛ الحدادي، الجوهرة النيرة، 390/2.

5) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الرهن مركوب ومحلوب، 143/3، ر2511.

6) ابن قدامة، المغني، 468/4.

7 رواه أحمد في مسنده، 23/12، ر7125، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 34/3، ر135، والطحاوي في شرح معاني الآثار، 99/4، ر5883.

8) ابن قدامة، المغني، 468/4.

من القياس: نفقة الحيوان واجبة على الراهن وللمرتهن فيه حق، وقد أناب عن المالك فيما وجب عليه، وأمكنه استيفاء حقه من منافعه فجاز ذلك، كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق على نفسها وولدها[1].

من المعقول: استدلوا على أن المرتهن إنما ينتفع بالرهن عن طريق المعاوضة، والمعاوضة تمت بالإنفاق مع الانتفاع من طرف المرتهن[2].

مناقشة الجمهور لأدلة الحنابلة:

1- حديث أبي هريرة في الحلب والركوب معارض من وجوه عدة:

* حديث الباب: «لا يغلق الرهن من يد صاحبه، له غنمه، وعليه غرمه»[3]، والمتضمن لقاعدة الغنم بالغرم فما دامت نفقة الرهن واجبة على الراهن فكذلك منافعه تعود له[4].

* حديث ابن عمر: حيث قال ابن عبد البر عن حديث الحلب والركوب: "هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها، ويدل على نسخه حديث ابن عمر، الذي رواه البخاري: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه»"[5].

* ذهب الطحاوي في شرح معاني الآثار أيضا إلى نسخ حديث أبي هريرة في الركوب والحلب؛ وقال: إنه محمول على ما كان قبل تحريم الربا بجميع أشكاله؛ لأنه من قبيل قرض جر نفعا؛ حيث إن الدائن (المرتهن) إنما ينتفع بالعين المرهونة نظير دينه فهو قرض جر نفعا، وكل قرض جر منفعة ربا، فارتفع بهذا التحريم ما أبيح في هذا الحديث للمرتهن[6].

* ونوقش حديث أبي هريرة في الركوب والحلب أيضا؛ بما ورد في كلام الشافعي من أن فاعل الركوب والشرب هو الراهن، وقال: إن المراد بالحديث ألا يمنع المرتهن الراهن من ظهرها ودرها لكونه مالك العين.

فإن قيل: قد نص على أنه المرتهن، فيقال: أن الحديث قد ذكر ابن حزم أن إسماعيل بن سالم الصائغ تفرد به عن هشيم بالزيادة وأنها من تخليطه[7].

* ونوقش أيضا بمخالفته للقياس والأصول المجمع عليها فيما يلي:

---

1) ابن قدامة، المغني، 468/4.

2) ابن قدامة، المغني، 468/4.

3) سبق تخريجه.

4) الملا علي القاري، مرقاة المفاتيح، 356/9.

5) ابن حجر، فتح الباري، 144/5.

6) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 99/4.

7) ابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار، 642/6.

. تجويز الركوب والحلب لغير المالك من غير إذن المالك.

. تضمينه قيمة الركوب والحلب بالنفقة لا بالقيمة، والقياس يقتضي أن يكون الضمان بالقيمة.

2- أما القياس فهو قياس مع الفارق؛ لأن الراهن لم يمتنع عن الإنفاق كما في مسألة الزوجة مع الزوج.

3- المعاوضة تستدعي التساوي بين البدلين، ولم يتساو البدلان هنا كما سبق.

مناقشة الحنابلة لأدلة الجمهور:

1- الحديث الذي استدل به جمهور العلماء وهو حديث: «لا يغلق الرهن...»[1]، والذي اعتذر به الجمهور عن الأخذ بحديث الركوب والحلب يناقش من وجهين:

* الحديث مرسل فقد قال ابن حجر في التلخيص: "وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة"، والمرسل ضعيف لا يحتج به عند كثير من المحدثين والفقهاء.

وقال الحافظ ابن حجر: "وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق[2] وصله"[3].

وقال صاحب عون المعبود: "أخرجه الشافعي والدارقطني وقال: هذا إسناد حسن متصل عن أبي هريرة ... وأخرجه أيضا الحاكم والبيهقي وابن حبان في صحيحه وأخرجه أيضا ابن ماجه من طريق أخرى"[4].

الجواب: أنه مع التسليم بأنه موصول، فإن الأقوى سندا يرجح على ما دونه في القوة.

* لفظة: (له غنمه، وعليه غرمه) قيل: إنها مدرجة من قول ابن المسيب؛ قال ابن عبد البر: "هذه اللفظة اختلف الرواة في رفعها ووقفها، فرفعها ابن أبي ذئب ومعمر وغيرهما... ووقفها غيرهم، وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده وبين أن هذه اللفظة من قول سعيد بن المسيب... ثم قال: إلا أن معمرا قد ذكره عن ابن شهاب مرفوعا، ومعمر من أثبت الناس في ابن شهاب..."[5].

- الحديث لم يشترط إذن الراهن، وأن نفقة الحيوان إن كانت على الراهن، فإن للمرتهن حق المطالبة بها بحفظ المرهون، ولا يمكن للمرتهن أن يمكن الراهن من الركوب لأن القبض شرط، ولذلك أنفق المرتهن ما وجب على الراهن فيكون قد أدى عنه واجبا، وله الحق بذلك في الانتفاع ببدله، ومنفعة الركوب والحلب تصلح بدلا،

---

1) سبق تخريجه.

2) عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله الأزدي الإشبيلي، أبو محمد، المعروف بابن الخراط. من علماء الأندلس، المتوفى 581 هـ، له ثلاثة كتب في الأحاديث التي تبنى عليها الأحكام وسماها: الأحكام الكبرى، والوسطى، والصغرى.

3) ينظر: ابن حجر، تلخيص الحبير، 97/3؛ ابن عبد البر، التمهيد، 425/6؛ ابن عبد البر، الاستذكار، 95/22؛ ابن الخراط، الأحكام الوسطى، 279/3.

4) الآبادي، عون المعبود، 321/9.

5) ابن عبد البر، التمهيد، 427/6.

فكان من مقتضى القياس، ومصلحة الراهن والمرتهن ومصلحة الحيوان أيضا أن يكون الانتفاع مقابل النفقة فلو لم يرد نص لكان القياس يقتضيه.

رد الحنابلة على الجمهور:

– أما حديث ابن عمر رضي الله عنه فلا ينسخ حديث أبي هريرة؛ لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال للجهل بالتاريخ، ولا يصار إلى النسخ أيضا إلا مع تعذر الجمع، والجمع ممكن ولا يتعذر وذلك:

. بتخصيص النهي بغير المرهونة؛ لأن الأول عام والثاني خاص، والعام يبنى على الخاص.

. أو بما ذهب إليه الأوزاعي والليث وأبو ثور من حمله على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق فيباح للمرتهن الإنفاق وجعل له في مقابلة نفقته الانتفاع[1].

– أما قول الشافعي أن فاعل الركوب والحلب هو الراهن فمردود بقرينة العوض، وبما ذكر في أدلة الحنابلة من نصوص تحدد فاعل الركوب والشرب نصا وهو المرتهن.

– وقولهم بأن حديث أبي هريرة في الركوب والحلب قد تفرد به إسماعيل بن سالم عن هشيم وأنه من تخليطه فجوابه كما قال الحافظ في الفتح: "... وطريق هشيم المذكور زعم ابن حزم أن إسماعيل بن سالم الصائغ تفرد عن هشيم بالزيادة وأنها من تخليطه، وتعقب بأن أحمد رواها في مسنده عن هشيم، وكذلك أخرجه الدارقطني من طريق زياد بن أيوب عن هشيم"، وقال: "ورواه حماد بن سلمة في جامعه: «إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر ثمن علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا»"[2].

– أما قولهم بأنه يخالف الأصول فالجواب عنه: أن الحديث أصل بذاته فلا ترده الأصول؛ كما قال الشوكاني: "ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول: بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع"[3]؛ ولأن الأصول لا يضرب بعضها ببعض، وإنما الواجب اتباعها كلها، ويقر على كل واحد في موضعه، لذلك تجد الشارع جعل قيمة الركوب والحلب النفقة، كما جعل عوض اللبن صاع تمر في بيع المصراة، كما حكم ببيع الحاكم على الممتنع بغير إذنه، وغير ذلك من المسائل التي تعتبر أصولا مستقاة من السنة وهي على خلاف القياس.

موازنة واختيار

حاول ابن القيم في أعلام الموقعين أن يبرز أن ما ذهب إليه الحنابلة أقوى وأرجح وأوفق بقواعد العدل والمصلحة بقوله: "والصواب ما دل عليه الحديث، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه، فإن الرهن إذا كان حيوانا

1) المباركفوري، تحفة الأحوذي، 386/4.

2) ابن حجر، فتح الباري، 144/4.

3) الشوكاني، نيل الأوطار، 290/5.

محترما في نفسه بحق الله سبحانه، وللمالك فيه حق الملك ، وللمرتهن حق الوثيقة، وقد شرع الله سبحانه الرهن مقبوضا بيد المرتهن، فإذا كان بيده فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلا، وإن مكن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه، وإن كلف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه شق عليه غاية المشقة، ولا سيما مع بعد المسافة، وإن كلف المرتهن بيع اللبن وحفظ ثمنه للراهن شق عليه، فكان مقتضى العدل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب، ويعوض عنهما بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين وتوفير الحقين، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أنفق عليه أدى عنه واجبا وله فيه حق فله أن يرجع ببدله، ومنفعة الركوب والحلب يصح أن يكونا بدلا، فأخذها خير من أن تهدر على صاحبها باطلا، ويلزم بعوض ما أنفق المرتهن، وإن قيل للمرتهن لا رجوع لك كان فيه إضرار به، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشريعة هو الغاية التي ما فوقها في العدل والحكمة والمصلحة شيء يختار"[1].

إلا أننا مع ذلك يمكن عد ما ذهب إليه الأوزاعي والليث وأبو ثور أرجح منه لما فيه من الجمع بين الأحاديث كلها وهو حمل حديث أبي هريرة في الركوب والحلب على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان ولو بدون إذنه؛ حفظا لحياته ولإبقاء المالية فيه، ويحق له في مقابلة نفقته الانتفاع بالركوب أو بشرب اللبن، كما يجوز للمرأة أن تأخذ من مال زوجها عند امتناعه عن نفقتها بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق على نفسها، بشرط أن لا يزيد قدر ذلك على ثمن علفه أو قيمته؛ فرارا من الوقوع في الربا فكان هذا القول أوفق والله أعلم.

1) ابن القيم، إعلام الموقعين، 42/2.

الدرس الثالث عشر: القضاء بشاهد ويمين

تمهيد

الأصل العام في توزيع طرق إثبات الحق بين الخصمين المتنازعين أمام القضاء: أن يطالب المدعي بالبينة أو الشهادة، ويطالب المدعى عليه باليمين فالبينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، لقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر»[1].

التمييز بين المدعي والمدعى عليه لا بد منه؛ والفائدة المترتبة على ذلك هي تعيين الطرف الذي يقع عليه **عبء الإثبات**، وهو واجب ثقيل، لأن فيه تهديد ضمني له، إذ لو لم يستطع إقامة البينة وفشل في ذلك حكم القاضي عليه وسلب الحق منه، وبرئ المدعى عليه، وله حق التأجيل دون المدعى عليه.

وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده، إذ بعد تحققه لا يبقى على القاضي سوى تطبيق القواعد المعروفة في البينات والترجيح.

– الشارع جعل عبء الإثبات في الدعوى على المدعي، وجعل عبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يستطع المدعي إثباتها بالبينة وطلب ذلك وأجازه القاضي، ولا شك في أن العبء الأول أثقل من العبء الثاني، فإن أخطأ القاضي في التمييز بينهما، فإنه سيحمل المدعى عليه العبء الأثقل، ويجعل على المدعي العبء الأخف، مما قد يؤدي إلى الخطأ في الحكم والظلم في القضاء، وقد روي عن ابن المسيب أنه قال: (أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما)[2].

اتجاهات الفقهاء في كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه وأدلتها

– اجتهد الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القضاة على معرفة المدعي والمدعى عليه ويمكن حصر أقوالهم في هذه المسألة في ثلاثة اتجاهات:

1– الاتجاه الأول: ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية: واعتمدوا فيه على النظر إلى جنبة كل من الطرفين المتنازعين: فمن كانت **جنبته قوية** بأمر يصدقه كان **هو المدعي عليه**، ويكون الآخر مدعيا أي هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه.

ثم اختلفوا في تفسير الأمر المصدق على النحو الآتي:

---

1) حديث: «البينة على المدعي...»، جزء من حديث رواه البيهقي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، وأصله في الصحيحين بلفظ «اليمين على المدعى عليه». ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 175/2؛ الزيلعي، نصب الراية، 95/4 – 96.

2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2/ 318.

أولا: ذهب معظم فقهاء المالكية: إذا اعتضد جانب أحد المتخاصمين بأحد شيئين: الأصل أو الظاهر[1] كان دليلا على أنه هو المدعى عليه.

ثانيا: ذهب معظم فقهاء الشافعية إلى أن المدعي هو: من يلتمس خلاف الظاهر، والمدعى عليه هو: من يتمسك بالظاهر[2].

2- الاتجاه الثاني: ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، وبعض الفقهاء كالماوردي والغزالي من غيرهم وهو تعريف **المدعي أنه: من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها**، والمدعى عليه: من إذا تركها يجبر عليها[3].

3- الاتجاه الثالث: ذهب إليه كثير الحنابلة، وبعض الفقهاء من غيرهم، إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها: فالمدعي هو منشئ الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى[4].

اليمين القضائية الموجهة من القاضي أو نائبه لفصل الخصومة والنزاع: تكون باتفاق الفقهاء **على نية المستحلف** وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية، ولا ينفع الاستثناء، لقوله صلّى الله عليه وسلم : «يمينك على ما يصدّقك به صاحبك» وفي لفظ: «اليمين على نية المستحلف» قال النووي: أما إذا حلف بغير استحلاف، وورّى، فتنفعه التورية، ولا يحنث، سواء حلف ابتداء من غير تحليف، أو حلفه غير القاضي أو غير نائبه في ذلك، ولا اعتبار بنية المستحلف غير القاضي.

شروط اليمين

اشترط الفقهاء بالاتفاق ستة شروط في اليمين القضائية، واختلفوا في شرطين؛ أما المتفق عليها فهي ما يأتي:

1- أن يكون الحالف مكلفاً (بالغاً عاقلاً) مختاراً: فلا يحلف الصبي والمجنون، ولا تعتبر يمين النائم والمستكره.

2 - أن يكون المدعى عليه منكراً حق المدعي: فإن كان مقراً فلا حاجة للحلف.

3 - أن يطلب الخصم اليمين من القاضي وأن يوجهها القاضي إلى الحالف

4 - أن تكون اليمين شخصية: فلا تقبل اليمين النيابة، لصلتها بذمة الحالف ودينه، فلا يحلف الوكيل أو ولي القاصر، ويوقف الأمر حتى يبلغ.

5 - ألا تكون في الحقوق الخالصة لله تعالى كالحدود والقصاص.

---

1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/ 123؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 288؛ التسولي، البهجة في شرح التحفة، 28/1.

2) الغزالي، الوجيز، 260/2؛ الشربيني، مغني المحتاج، 4/ 464.

3) السرخسي، المبسوط، 31/17؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 224/6؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 291/4؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 124/1؛ الغزالي، الوجيز، 260/2؛ ابن قدامة، المغني، 272/9.

4) ابن قدامة، المغني، 272/9.

6 – أن تكون في الحقوق التي يجوز الإقرار بها: للحديث المتقدم: «واليمين على من أنكر» فلا تجوز اليمين في الحقوق التي لا يجوز الإقرار بها، فلا يحلف الوكيل والوصي؛ لأنه لا يصح إقرارهم على الغير.

وأما المختلف فيه من الشروط فهو اثنان:

1 – العجز عن البينة أو فقدها عند **الجمهور غير الشافعية:** ودليلهم على هذا الشرط الحديث السابق: «بيِّنتك وإلا فيمينه» فإن حق المدعي في اليمين مرتب على عجزه عن إقامة البينة.

ولم يشترط الشافعية هذا الشرط، عملاً بحديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فاليمين حق المدعي وواجبة على المدعى عليه، ولأنه يحتمل أن يقر المدعى عليه، فيستغني المدعي عن إقامة البينة.

2 – الخلطة بين المتخاصمين بالتعامل **في رأي المالكية:** حتى لا يتطاول السفلة على أصحاب المكانة والفضل، باستدعائهم إلى المحاكم، وطلب اليمين منهم أو الحكم عليهم بالنكول، وتثبت الخلطة بشهادة اثنين على التعامل مرتين أو ثلاثاً.

حكم اليمين

– حكم يمين المدعى عليه: يترتب على حلف اليمين من المدعى عليه **باتفاق الفقهاء:** إنهاء النزاع بين المتداعيين وسقوط الدعوى، وكذا انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال، **لا مطلقاً، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة،** فلا تبرأ ذمة المدعى عليه من الحق، وتظل مشغولة به إلى أن يتمكن المدعي من إثبات دعواه بوسيلة أخرى من وسائل الإثبات **في رأي الجمهور غير المالكية.**

وقال المالكية: يترتب على يمين المدعى عليه **سقوط الدعوى مطلقاً،** فليس للمدعي أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين، إلا لعذر كنسيان وعدم علم بالشهادة، ثم علم بها، فتقبل منه، ويحلف يميناً على عذره.

مذاهب الفقهاء في القضاء بالنكول واليمين المردودة

القضاء بالنكول: اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا قدم شاهدين على دعواه وقبلت شهادتهما، حكم له بما ادعى، وعلى أنه إذا عجز عن البينة وطلب تحليف المدعى عليه، وحلف، رفضت دعواه.

واختلفوا بعدئذ على رأيين فيما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، هل يقضى للمدعي بنكول صاحبه عن اليمين، أم ترد اليمين إلى المدعي، فيقضى له بيمينه وشاهد واحد يقدمه للشهادة؟

والنكول: أن يقول: أنا ناكل، أو يقول: لا أحلف.

قال الحنفية والحنابلة في المشهور: يقضى بالنكول في الأموال، لكن ينبغي للقاضي أن يقول له: (إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك) لاحتمال خشية القضاة ومهابة المجلس في المرة الأولى.

وقال المالكية والشافعية: لا يقضى بالنكول، وترد اليمين على المدعي. استدلوا على ذلك:

بالحديث المتقدم: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» فإنه جعل البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول، فلو كان حجة المدعي لذكره.

ولأن النكول يحتمل كونه كاذباً في الإنكار، ويحتمل كونه صادقاً، تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال.

مذاهب الفقهاء في القضاء بشاهد ويمين المدعي

اتفق الفقهاء على جواز القضاء برجلين أو برجل وامرأتين، في مجال المال، وما يقصد به المال، كالبيع والشراء وتوابعهما من اشتراط صفة في المبيع، أو نقد غير نقد البلد، والإجارة والجعالة، والغصوب، والعواري، والوديعة، والقرض، والصداق، وعوض الخلع، وتسمية المهر..واختلفوا في ثبوت هذه الحقوق بشاهد ويمين على قولين:

1. الجمهور غير الأحناف: قالوا بجواز القضاء بشاهد ويمين.

2. **الأحناف:** قالوا بمنع القضاء بشاهد ويمين.

أدلة المذاهب

أدلة الحنفية: استدل الحنفية على عدم مشروعية القضاء بشاهد ويمين بالكتاب والسنة والمعقول.

1- الكتاب: وهو قوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء} [البقرة:2/282] وقوله سبحانه: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق:65/2] الله سبحانه طلب إشهاد اثنين ولم يذكر الشاهد واليمين، فقبولهما زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، ونسخ القرآن لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور، ولا يجوز بخبر الواحد، وليس خبر رد اليمين متواتراً أو مشهوراً، وإنما هو خبر آحاد.

2 – السنة: – حديث مسلم وأحمد «ولكن اليمين على المدعى عليه» وحديث البيهقي «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، فقد جعل النبيﷺ جميع أفراد البينة على المدعي، وجميع أفراد اليمين على المنكر، والقسمة تنافي اشتراك الخصمين فيما تمت فيه القسمة.

– حديث الأشعث بن قيس قال: « كان بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاختصمنا إلى رسول اللهﷺ ، فقال: (شاهداك أو يمينه).

فقد ذكر رسول اللهﷺ طريقين للحكم، ولو كان ثمة طريق ثالث إلى الحكم لبينها ولقال: (أو يمينك وشاهد).

3 – المعقول: الأصل أن مال الغير لا يجوز أن يقبل فيه قول غيره، ويسلم إلى المدعي، إلا في موضع اتفق الناس عليه، ولم يتفق على الشاهد الواحد واليمين، فإن اليمين قول المدعي فلا يقضى له.

أدلة الجمهور: استدل الجمهور غير الحنفية على جواز القضاء بشاهد ويمين المدعي:

1- بما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أن رسول اللهﷺ قضى باليمين مع الشاهد»[1] وفي رواية لأحمد: « إنما كان ذلك في الأموال».

قال الشافعي: «وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم، لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده» وقال الترمذي عنه: حسن غريب، وقال النسائي: إسناده جيد. قال ابن عبدالبر: لا يطعن أحدٌ في إثباته. وعده السيوطي متواتراً.

2- فقد قضى به عمر, وعلي, وأبو بكر, وأبي بن كعب, ولم يخالفهم فيه أحد, فكان هذا إجماعاً.

مناقشة الأدلة

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور والرد عليها:

رد الحنفية هذه الأحاديث؛ من وجهين: 1- بأنها مخالفة لأدلة القرآن الكريم.

– **أجيب**: وأجاب ابن حجر عن ذلك بقوله: قلت: والجواب – بعد ثبوت العمل بالشاهد واليمين – أنها زيادة صحيحة، ويتعين المصير إليها، لثبوت ذلك بالمنطوق، وإنما يستفاد نفيه من حديث الباب بالمفهوم، وهو عين ما قاله الشافعي: القضاء بشاهد ويمين، لا يخالف نص القرآن، لأنه لم يمنع أن يجوز أقل مما نص عليه، يعني والمخالف لذلك لا يقول بالمفهوم، فضلا عن مفهوم العدد.

على أن الآية إنما جاءت في التحمل لا في الأداء، وقد نقل عن ابن تيمية قوله: إن القرآن لم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر هذين النوعين من البينات، في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه، قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}، {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ}.

فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم ثم أمر من له الحق أن يستشهد، وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر.

– **وردّ المانعون** حديث الباب: أنّ فيه عمرو بن دينار, وهو ضعيف.

ردّ المجوّزون: بأنّ هذا الحديث جاء من طريق آخر, كما أنّ عمرو بن دينار ثبت لنا صدقه.

مناقشة أدلة الحنفية:

---

1) رواه مسلم وأحمد والشافعي وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه. وذكر ابن الجوزي عدد رواة هذا الحديث بما يزيد على عشرين صحابياً. ورواه أيضاً أحمد والترمذي وابن ماجه عن جابر. ورواه أيضاً أحمد والدارقطني والبيهقي ومالك والشافعي عن علي رضي الله عنه، وأخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه والشافعي عن أبي هريرة رضي الله عنه. وأخرجه ابن ماجه عن سرَّق. وأخرجه أبو داود والبيهقي والطبراني عن الزبيب بن ثعلبة.

أ. أنّ دلالة الآية على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إنّما هو بالمفهوم المخالف, والحنفيّة لا يقولون به.
ب. أنّ الزيادة على النص ليست نسخاً عند الجمهور, بل هي بيان وهنا الحديث مبيّن للكتاب, لأنّ الله قال: ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه﴾. وقد اتّفق المسلمون على كثير من الأحكام التي جاءت بها السنّة زائدة على القرآن, مثل الجمع بين المرأة وعمّتها والمرأة وخالتها, وقد أخذ بها الحنفيّة أنفسهم لأنّها مبيّنة للكتاب.
– أما استدلالهم بحديث: (البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر)، فالجواب عنه من وجوه:
1. أنّ الحكمة في جعل البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر: أن البينة على من حجته ضعيفة، واليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين، فلأنّ جانب المدّعي ضعيف, فكلّف بالحجّة القويّة وهي البيّنة, فإذا شهد له شاهد فقد قوي جانبه على المدّعى عليه المتمسّك بالبراءة الأصليّة, فيكلف بعدها باليمين؛ لأن اليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين.
2. وإذا سلّمنا بكون اليمين على المدّعى عليه بالحديث الذي ذكرتموه: فإنّ اليمين التي على المدّعى عليه هي اليمين الدافعة, وهذه لا نحولّها إلى المدّعي, فاليمين مع الشاهد من نوع آخر وهي اليمين الجالبة. فاليمين الأولى من المدّعى عليه للنفي, ومن المدّعي للإثبات.
3. منع الجمع بين الشاهد واليمين مأخوذٌ من مفهوم المخالفة للنصوص, والحنفيّة لا يقولون بمفهوم المخالفة كما سبق, على أنّ المفهوم إذا عارضه منطوق لم يعمل به, والقضاء بشاهد ويمين ثابتٌ صراحة عن النبي ﷺ وعن طريق عدد كبير من الصحابة.
4. نص الحديث " البيّنة على المدّعي" فلفظ (البيّنة) اسم لكلِّ ما يبيّن الحق ويظهره, فيكون الشاهد واليمين داخلاً تحت اسم البيّنة.

أقوال الفقهاء في حكم القضاء بامرأتين ويمين

اختلف جمهور الفقهاء –من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة – القائلون بجواز القضاء بشاهد ويمين المدّعي في جواز القضاء بامرأتين ويمين:
1. فقال المالكيّة, والحنابلة في قول عندهم. بالجواز
2. وقال الشافعيّة, والحنابلة في قولهم الآخر. بالمنع

أدلة الأقوال

أدلّة المجوّزين:

القياس حيث قاسوا المرأتين على الرجل, بجامع قبول شهادة كلّ منهما, فكما يجوز شهادة الرجل ويمين المدّعي فكذلك المرأتين مع اليمين. وقالوا: الدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: 282]. وقوله ﷺ " شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل". كما أنّه ليس في الكتاب والسنّة والإجماع ما يمنع ذلك.

أدلّة المانعين: أنّ شهادة المرأتين ضعيفة, فانجبرت بانضمام الرجل إليها, كما أنّ الإثبات باليمين ضعيف, فالإثبات بامرأتين ويمين معناه ضمُّ الضعيف إلى ضعيف, فلا يقبل.

والدليل على ضعف المرأتين:

1. من ناحية أنّ الرجل مع الرجل أقوى من الرجل مع المرأتين, لقبول شهادة الرجلين في الحدود, ولا كذلك في الرجل والمرأتين, وهذا محل اتّفاق.

2. عدم قبول أربع نسوة في مقام الرجلين في بعض الحقوق, بخلاف الرجلين.

والدليل على ضعف اليمين أنّ الشهادة عامّة تقدّم على اليمين في الإثبات, لأنّ اليمين لا تكون بعد نكول المدّعى عليه, فاليمين ضعيفة لا ترقى إلى مرتبة الشاهد.

الدرس الرابع عشر: شفعة الجار

تعريف الشفعة

الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع، وهو الزوج خلاف الوَتْر، تقول كانَ وَتْراً فَشَفَعْتُه: صيَّرته زَوْجا.

وتأتي بمعنى: طلب التجاوز عن الذنوب، واسْتَشْفَعَهُ إلى فلان: سأله أن يشفع له إليه، و تَشَفَّعَ إليه في فلان فَشَفَّعهُ فيه. فالشفعة معناها: الزيادة، وطلب التجاوز.

الشفعة اصطلاحا: اختلف الفقهاء في تعريف الشفعة تبعا لاختلافهم في موجباتها،

تعريف الحنفية: (هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه)[1].

وقال الشافعية: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه)[2].

فقوله : الشريك؛ قيد خرج به الجار والشريك في حق المبيع. وقوله : بمثل العوض المسمى؛ خرج به الموهوب والموروث وما كان صداقا أو عوض خلع أو نحوهما.

وبمثل ذلك عرفها المالكية الحنابلة[3].

المناسبة بين المعاني اللغوية والمعنى الشرعي واضحة: فالشفعة في الملك فيها معنى الزيادة؛ لأن الشفِيع يضم المبيع إلى ملكه وهو زيادة، ويَشْفَعُه به فكان واحداً وتراً فصار زوجاً شفعاً.

مشروعية الشفعة

لم يختلف العلماء في مشروعيتها لثبوتها بالسنة والإجماع والمعقول، إلا ما ذكر عن أبي بكر الأصم من إنكارها، ولا عبرة بقوله لمخالفته النص والإجماع المنعقد قبله.

الحكمة من الشفعة

لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، وكان الخلطاء كثيرا ما يبغي بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين: إما بالقسمة واستحداث المرافق وغيرها وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، أو ببيع نصيبه لأجنبي، وكلاهما لا يخلوان من مضرة، فشرعت بالشفعة لدفع الضررين وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد.

---

1) ابن نجيم، البحر الرائق، 143/8.

2) الشربيني، مغني المحتاج، 296/2.

3) الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 377/3؛ ابن قدامة، المغني، 255/5.

أركان الشفعة

تتمثل أركان الشفعة في: **الشفيع** (الآخذ)؛ **المشفوع منه** (المأخوذ منه)، **المشفوع فيه** (المأخوذ)، **المشفوع به** المأخوذ به من الثمن أو القيمة.

1- **الشفيع**: وهو الآخذ، ويشترط ملكيته لما يشفع به: وقت شراء العقار المشفوع فيه، فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار جعلها مسجدا أو وقفا، وقد روي عن مالك جواز الشفعة بالكراء.

2- **المشفوع منه**: وهو المأخوذ منه، وهو المشتري الذي يطالبه الشفيع، اتفق الفقهاء على أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة؛ المالية وغير المالية؛ الأول: كعقد البيع وما في معناه، والثاني: كالنكاح (كأن يكون المشفوع فيه مهرا)، والخلع (بأن يكون بدل الخلع).

فلا تثبت الشفعة في عقود التبرع كالهبة والصدقة، ولا في الميراث أو الوصية؛ لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة.

وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمته.

3- **المشفوع فيه**: محل الشفعة

- قال جمهور الفقهاء لا شفعة إلا في العقار من دور أو أراضين، وما يتبعها من بناء وبئر وشجر؛ فلا شفعة في منقول: كالحيوان والثياب والعروض لحديث: «أن النبي صلّى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط..»[1].

- أما الظاهرية فقد أجازوها في العقار والمنقول أيضاً كالحيوان والعروض، لحديث: (الشفعة في كل شيء)[2].

أقوال الفقهاء في السبب الموجب للشفعة

اختلف الفقهاء في السبب الموجب للشفعة على مذاهب هي:

1- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى ثبوت الشفعة بسبب **الشركة في عين المبيع**، ويقصد به الشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع ما لم يقسم، فإذا قسم المبيع، فلا شفعة.

2- تثبت الشفعة **للشريك في عين المبيع، وللشريك في حق المبيع**[3]، ولا تثبت بسبب الجوار، قال به فقهاء البصرة وهي رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة[1]؛ عملا بلفظ حديث جابر: قال رسول اللهﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا)[2].

---

1) رواه مسلم والنسائي وأبي داود.

2) رواه الطحاوي وقال ابن حجر: إسناده لا بأس به.

3) حقوق المبيع أي حقوق الارتفاق: كالشِّرْب (النصيب من الماء)، والطريق الخاصين؛ فإن لم يكونا خاصين، فلا يستحق بهما الشفعة.

3- بينما ذهب الحنفية إلى ثبوت الشفعة بسبب **الشركة في نفس المبيع**، فإن لم يأخذ ثبتت **للخليط في حق المبيع** كالشرب والطريق؛ كأن لو كان الطريق مشتركا، كدرب لا ينفذ، فتثبت الشفعة لجميع أهل الدرب، الأقرب بابا فالأقرب، فإن لم يأخذوا، ثبتت **للجار للملاصق** من درب آخر خاصة[3].

4- وهناك من قال بثبوت الشفعة للجار مطلقا الأقرب فالأقرب، قال به شريح ومن وافقه.

أقوال الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار وأدلتهم

سنتناول بالدراسة هنا مسألة ثبوت الشفعة **للجار الملاصق**، وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء على مذهبين وهما:

مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة: ذهبوا إلى عدم ثبوت الشفعة للجار.

مذهب الحنفية: قالوا بثبوت الشفعة للجار الملاصق كثبوتها للشريك.

أدلة الجمهور: احتجوا بأدلة من السنة والمعقول منها:

– من السنة: حديث جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[4]، وروي بلفظ: «قضى رسول اللهﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم؛ ربعة أو حائط[5]، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[6].

– حديث أبي هريرة أن رسول اللهﷺ قال: «إذا قسمت الأرض وحدت، فلا شفعة فيها»[7]، وجه الدلالة في الحديثين هو أنه إذا كانت الشفعة غير ثابتة للشريك المقاسم، فهي أحرى ألا تثبت للجار، لأن نفي الشفعة كان بسبب حصول الحدود وصرف الطرق، والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية فيها كذلك.

والشرب الخاص كنهر صغير مشترك بين قوم، تسقى أراضيهم منه، فإذا بيعت أرض منها، فلكل أهل الشِّرْب من ذلك النهر الخاص الشفعة؛ أما لو كان النهر عاماً، فالشفعة فقط للجار الملاصق، والطريق الخاص: أن يكون غير نافذ، فإن كان نافذاً فليس بخاص، والطريق الخاص، كل أهله شفعاء.

1) ابن قدامة، المغني، 461/5؛ ابن القيم، إعلام الموقعين، 124/2.

2) رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن.

3) المرغيناني، الهداية، 24/4.

4) متفق عليه واللفظ للبخاري.

5) ربعة: الدار، الحائط: البستان.

6) متفق عليه واللفظ لمسلم.

7) رواه ابن ماجه، وأبو داود.

– وقد ورد الحديث بلفظ: «إنما جعل رسول اللهﷺ الشفعة فيما لم يقسم»[1]، وهذا دليل على حصر ثبوت الشفعة للشريك ما لم تحدث قسمة، فلا تثبت للشريك الذي قاسم، عملا بمفهوم الحصر: إنما.

الإجماع: يؤيد ذلك إجماع العلماء، قال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط".

المعقول: – لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر مؤنة القسمة، وهو غير متحقق في الجار، وإن قلتم إن الشرع يقصد بها رفع الضرر عن الجار، فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري، لأنه في حاجة إلى دار يسكنها، فإذا سلط الجار على انتزاع داره منه أضر به ضررا بينا، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا، ووجود دار لا جار لها كالمتعذر عليه، فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضا.

– ولأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل؛ لأنها تؤخذ كرها من المشتري، ولأن فيها دفع ضرر بضرر، أي دفع الضرر عن الجار بإلحاق الضرر على المشتري، فيقتصر فيها على مورد النص، وهو ثبوتها للشريك فقط.

أدلة الحنفية: استدل الحنفية بالسنة والمعقول كما يلي:

– من السنة:– ما روي عن عمرو بن الشريد قال: «وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبيﷺ فقال: يا سعد ابتع مني بيتيَّ في دارك، فقال: سعد والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال: سعد والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة، أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت النبيﷺ يقول: الجار أحق بسقبه[2]، ما أعطيتكها بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمس مائة دينار فأعطاها إياه»[3]، بسقبه: بالسين وبالصاد، ويجوز فتح القاف وإسكانها، والمراد الصَّقَب: الملاصَقَة والقُرْب.

– حديث: عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن النبيﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»[4].

– حديث سمرة ولفظه: (جار الدار أحق بالدار)[5]، ورواه أبو داود بلفظ: (جار الدار أحق بدار الجار).

– حديث الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول اللهﷺ: «أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال: الجار أحق بسقبه»[1].

---

1) رواه البخاري.

2) (بسقبه): بالسين وبالصاد، ويجوز فتح القاف وإسكانها، والمراد الصَّقَب: الملاصَقَة والقُرْب.

3) رواه البخاري، وأبو داود، حط من ثمن البيتين رغبة فى العمل بالسنة..

4) رواه أبوداود والنسائي وابن ماجه.

5) رواه أحمد و أبو داوود والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

هذه الأحاديث وغيرها تدل بمنطوقها صراحة على ثبوت الشفعة بسبب الجوار.

من المعقول: أن العلة الموجبة للشفعة هي دفع الضرر الدائم عن الشريك، الذي يلحق المرء بسبب سوء العشرة على الدوام، وهذا يتحقق في الجار أكثر مما يتحقق في الشريك، ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد، ولأن الشريك يمكن له رفع الضرر أما الضرر بسبب الجوار فلا يمكن رفعه إلا بالرحيل أو القوة أو الصبر، فتثبت الشفعة به من باب أولى، وحكمة مشروعية الشفعة ظاهرة فيهما؛ وهو دفع الضرر عنهما.

مناقشة أدلة الجمهور:

– أما حديث جابر وهو أصل الباب فقالوا عنه: إنه أثبت بمنطوقه الشفعة للشريك قبل القسمة ونفاها عن الشريك بعد القسمة، معناه أن الشفعة بسبب الشركة انتهت بعد القسمة؛ ولا يمنع الشفعة بسبب آخر؛ فلم يتعرض فيه لشفعة الجار، ولم يستفيدوا منعها إلا بمفهومه، ونحن نثبت شفعة الجار بمنطوق نصوص أخرى.

– أما احتجاجهم بأداة الحصر إنما: فمدلوله أن الشفعة للشريك تختص بما لم يقسم أي بالمشاع، أما بعد القسمة فلا شفعة بالشركة، لكنها ثبتت بغيرها كالخلطة والجوار، أو أن أعظم الشفعة فيما لم يقسم، وهو كما ذكر في حديث : (إنما الربا في النسيئة)، وقولهم إنما العالم زيد فلا يدل على الحصر.

– أما الإجماع فليس في محل النزاع، والخلاف في ثبوت الشفعة بسبب الجوار.

– أما استدلالهم بالمعقول فلا يسلم إذ لا محل للنظر مع ورود النص؛ وقولهم بأنها شرعت لدفع ضرر مؤنة القسمة فهو غير صحيح، والصحيح أنها شرعت أيضا لدفع ضرر الأذى وهو متوقع بسبب الجوار كذلك.

وقولهم أنها خلاف الأصل فهو غير صحيح؛ لأنها قد ثبتت بالسنة وهي أصل بذاتها.

مناقشة أدلة الحنفية:

– أما حديث أبي رافع: (الجار أحق بصقبه)؛ فليس صريحا في الشفعة، لأن الجار قد يحمل على الشريك، ويحتمل أن يراد به أنه أحق بالبر والمعونة، ويؤيد ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (قلت يا رسول اللهﷺ إن لي جارين فإلى أيهما أهدي، قال: إلى أقربهما منك بابا)؛ وخبر جابر صريح فيقدم عليه.

أجيب: قولهم: أن الجار هو الشريك فغير صحيح، ويرده حديث: (أن رجلا قال: يارسول الله أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال: الجار أحق بسقبه)، فهو ينفي حمل الجار على الشريك؛ كما أن حديث أبي رافع ورد برواية أخرى وهي: (الجار أحق بشفعته)[2].

أما الاحتمال الثاني فغير مسلم لأن الحديث وارد في قوم احتكموا إلى الرسولﷺ بشأن أرض بيعت كما ورد.

---

1) أخرجه النسائي وإسناده حسن.

2) الزيلعي، نصب الراية، 174/4.

– أما بقية الأحاديث ففي سندها مقال: فحديث سمرة الذي تقدم فيه اضطراب؛ وهو ضعيف إذ يرويه سمرة عن الحسن وهو لم يسمع منه إلا حديث العقيقة، فيتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشركة، فيكون لفظ الجار مرادا به الشريك.

أجيب: دعوى الاضطراب غير مسلم بها؛ لأن النصوص وإن اختلفت ألفاظها إلا أن مؤداها واحد؛ وهو إثبات الشفعة للجار، والحديث صححه الترمذي، وقد صحح ابن حبان وابن القطان هذا الحديث عن أنس[1].

– لا يمكن للحنفية التمسك هنا بالقياس، (أي قياس الجار على الشريك)؛ لأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل لمعنى معلوم في الشركة، وهو أن الشريك ربما أدخل عليه شريكه من تأذى به، فدعت الحاجة إلى الشفعة، أو إلى المقاسمة، فإذا حصلت المقاسمة، فلا تبقى شفعة لزوال الضرر.

أجيب: بما استدلوا عليه من ثبوت الشفعة للجار من جهة المعقول.

الترجيح:

قد يترجح قول الحنفية لصحة النصوص المثبتة لشفعة الجار من جهة، ولمراعاة الحكمة من تشريع الشفعة؛ وهي دفع الضرر عن الجار، لكن ما يثلب ذلك هو مظنة حصول الضرر على المشتري بالتضييق عليه، والتقليل من خياراته، والحد من حريته في اختيار ما يناسبه إذ قلما تخلو دار من جار، ولكن يقال بأن درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، ومصلحة الجار مقدمة على مصلحة المشتري لكونها متقررة وهي أقدم.

وقت المطالبة بالشفعة

على الشفيع أن يظهر رغبته بمجرد علمه بالبيع بما يسميه الفقهاء طلب المواثبة، ثم يؤكد هذه الرغبة ويعلنها ويسمى هذا طلب التقرير والإشهاد، فإذا لم تتم له الشفعة تقدم للقضاء بما يسمى بطلب الخصومة والتملك.

وقت طلب المواثبة: هو وقت علم الشفيع بالبيع، بسماعه بالبيع بنفسه، أو بإخبار غيره له، ولكن هل يجب على الفور أم على التراخي؟ اختلف فيه الفقهاء إلى مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية في المعتمد، والأظهر عند الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة؛ أن الشفعة يجب طلبها على الفور، أي أن يكون طلب المواثبة من فور العلم بالبيع إذا كان قادرا عليه، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حقه في الشفعة.

– لما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (الشفعة كحل العقال)[1]، ومعناه أنها تفوت إن لم يبتدر إليها كالبعير الشرود يحل عقاله؛ وفي لفظ أنه قال: (الشفعة كنشطة العقال، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها).

1) انظر: الزيلعي، نصب الراية، 172/4.

– ولأنها حق ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب.

– ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه.

واستثنى القائلون بوجوب المواثبة حالات يعذر فيها بالتأخير: كما إذا سمع بالبيع في حال سماعه خطبة الجمعة، أو كان هناك ما يحول دون المطالبة كالخوف أو غيره من الموانع، (كأن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصبح، أو قضاء حاجة، أو ليقيم بالصلاة وسننها، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها)، لم تبطل شفعته؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها، فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة، إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة؛ لأن هذا لا يشغله عنها، ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا.

المذهب الثاني: ذهب المالكية، والشافعية في قول، وهي رواية عن أحمد إلى أن الشفعة ليست على الفور بل وقت وجوبها متسع.

واختلف قول مالك في سعة الوقت والأشهر أنه سنة؛ كما يقول ابن رشد، ومذهب المدونة أنها لا تسقط إلا بمضي سنة وما قاربها كشهر بعدها، ويحسب له سنة بعد الحضور والعلم.

– لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه، فلم يسقط بالتأخير، كحق القصاص، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة، من غراس أو بناء، فله قيمته.

أجيب: بأنه قد لا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها، مع تعب قلبه فيها.

المذهب الثالث: أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة، فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت، حكي عن ابن أبي ليلى، والثوري، وهو قول للشافعية.

– أن المدة مقدرة بثلاثة أيام، قياسا على خيار الشرط وقياسا على المحفلة؛ فيما روي عن رسول اللهﷺ أنه قال: (من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام).

– كما احتجوا له من المعقول بأن الشفعة على خلاف القياس وقد جازت للحاجة، فيقتصر على القليل منه، وآخر القلة ثلاث، والزيادة عليها غرر وهو منهي عنه.

أجيب: والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والشفعة قد ثبتت بالسنة وهي أصل بذاتها، والقياس باطل بخيار الرد بالعيب فهو يجوز ولو بعد ثلاثة أيام.

---

1) أخرجه ابن ماجه، 2/ 835، وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة.

خاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

في ختام هذه المطبوعة التي تحوي دروسا في الفقه المقارن لا بدّ أن ننوّه مجددا بأهمية هذه المادة لطالب تخصص الشريعة وتخصص الفقه أو الفقه المقارن؛ نظرا لما تفتحه من آفاق بحثية معرفية للطالب في هذا التخصص، وما هذه المطبوعة إلا مسائل متنوعة مقررة على طلبة السداسي السادس من السنة الثالثة والمتخصصين في الفقه والأصول، وهي تتناول بعض المواضيع المتعلقة بمجالين من أهم المجالات الفقهية وهما: فقه الأسرة أو الأحوال الشخصية، وكذا المعاملات المالية.

لذا نوصي الطالب المجدّ أن لا يقف عند حدود هذه الدروس وإنما يطالع المسائل الكثيرة المبثوثة في كتب الفقه –والتي قد أشرنا إليها خلال الدروس وفي قائمة المصادر والمراجع–

لأن هذه مواضيع لا تمثل إلا نماذج قليلة من مواضيع كثيرة لا يمكن الاستغناء عنها او جهلها لطالب متخصص في الفقه الإسلامي.

مع ذلك كله تبقى لهذه الدروس المنجزة أهميتها في التعرف على أهم المواضيع العملية كما أن الهدف الأساسي منها هو تقوية الملكة الفقهية وترسيخها، ولأجل ذلك على طالب العلم أن يمرن عقله بحسن النظر في أوجه استدلال الفقهاء من الأدلة المختلفة، ثم فهم المناقشات الواردة على تلكم الاستدلالات وكذا استيعاب الردود الواردة على تلكم المناقشات وذلك كله بغية التوصل إلى الحكم الراجح في المسألة المدروسة.

في الأخير –وبعد هذه الجولة العلمية في رياض الفقه– نسأل الله تعالى القبول والتوفيق والسداد وأن يفتح علينا من أبواب علمه ورحمته إنه سميع مجيب الدعاء، والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

1- آبادي، محمد شمس الحق، **عون المعبود شرح سنن أبي داود، عون المعبود شرح سنن أبي داود**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415

2- الأنصاري، أبو يحيى زكريا الأنصاري ، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، المطبعة اليمنية، القاهرة.

3- **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، الطبعة اليمنية.

4- البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمود (ت786هـ)، **العناية على الهداية**، دار الفكر، بيروت، 1977م.

5- الباجي، سليمان بن خلف (ت474هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**؛ دار الكتاب العربي، بيروت.

6- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله،(ت:256هـ) **صحيح البخاري**، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، ط(3)، 1407هـ، 1987م، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت.

7- ابن بركة: أبو محمدبن عبد الله، **كتاب الجامع**، تحقيق: عيسى يحي الباروني، (المطبعة الشرقية،، وزارة التراث القومي، مسقط، عمان)

8- البهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، بيروت،1983م

9- ــ، **شرح منتهى الإرادات**؛ دار عالم الكتب، بيروت.

10- البيهقي أحمد بن الحسين، (ت:458)، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز مكة المكرمة، 1414

11- البوطي، محمد سعيد رمضان، **محاضرات في الفقه المقارن**، دار الفكر المعاصر دمشق، ط2، 1981.

12- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي (ت273هـ)، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد شاكر، وآخرون، (دار إحياء التراث العربي، بيروت)

13- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، (ت728هـ)، **الفتاوي الفقهية الكبرى**، دار الكتب العلمية.

14- ـــ، **مجموع الفتاوى**، جمع: عبد الرحمن بن محمد، وابنه محمد، مكتبة المعارف، الرباط.

15- الجرجاني، على بن محمد الشريف (ت816هـ)، **التعريفات**، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ.

16- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (370هـ)، **أحكام القرآن**، دار الفكر.

17- الجمل، سليمان بن عمر العجيلي (ت1204هـ)، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب**، دار القلم، دمشق.

18- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق، مصطفى عبد القادر عطا، مع الكتاب: تعليقات الذهبي في التلخيص، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1990)

19- ابن حبان، أبو حاتم البستي (ت543هـ)، **الصحيح**، تحقيق، شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

20- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت852هـ)، **تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير**،ت: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني،(المدينةالمنورة،1964)

21- ـــ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ

22- ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن محمد (ت974هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

23- ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد (ت456هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الكتب العلمية، بيروت،1988م.

24- الحصكفي، (1088هـ)، **الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، مع حاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية.

25- الحطاب، محمد بن محمد (ت954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر، بيروت.

26- ابن حنبل، أحمد بن حنبل، (ت241هـ)، **المسند**، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها، مؤسسة قرطبة، القاهرة 1980.

27- الخرشي، أبو عبد الله حجر بن عبد الله (ت1101هـ)، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت.

28- الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، (388هـ)، **معالم السنن، شرح سنن أبي داود**، (دار الكتب العلمية، بيروت،1993)

29- الدارقطني، علي بن عمر(ت385هـ)، **السنن**، تحقيق عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة، بيروت، 1966م.

30- داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (ت1078هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.

31- داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني،(ت:275هـ)، **السنن**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر،

32- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد (1201هـ)، **الشرح الكبير**، مع حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت.

33- الدريني، فتحي الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط2، 2008.

34- ــ، **الشرح الصغير، مع بلغة السالك للصاوي**، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، 1972.

35- الدّسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**؛ دار إحياء الكتب العربية، 1980.

36- الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد(ت:748هـ)، **تذكرة الحفاظ**، (دار الكتب العلمية، بيروت)

37- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، تحقيق: محمود خاطر، 1995م، بيروت.

38- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد(ت: 595هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق: ماجد الحموي، ط5، 1995م. دار ابن حزم بيروت.

39- الرصاع، محمد بن محمد، (ت 803هـ)، **شرح حدود ابن عرفة**، المكتبة العلمية.

40- الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد (ت1002هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، 1984م

41- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت1213هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي، 1966م.

42- الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط، 31، دمشق 2009.

43- الزَّيلعي، جمال الدِّين عبد الله بن يوسف(ت762هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقيق: محمد يوسف البنوري دار الحديث، مصر، 1990م.

44- الزَّيلعي، فخر الدين بن علي (ت543هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

45- السَّرخسي، أبو بكر بن أحمد بن سهل (ت483هـ)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، 1978م.

46- السفاريني، محمد بن أحمد، **غذاء الألباب شرح منظومة الآداب**، طبعة مؤسسة قرطبة.

47- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت 204هـ)، **الأُم**، ط2، دار الفكر، بيروت.

48- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد (ت977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.

49- الشوكاني، محمد بن علي (ت1250هـ)، **نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار**، مؤسسة التاريخ العربي، الطبعة الأخيرة.

50- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله (ت235هـ)، **المصنف**، تحقيق، كمال الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.

51- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (ت476هـ)، **المهذب في فقهه الإمام الشافعي**، دار القلم، دمشق، 1992م.

52- الصاوي، أحمد بن محمد (ت1241هـ)، **بلغة السلك لأقرب المسالك**، دار المعارف، القاهرة،1965م.

53- الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح الأمير، **سبل السلام في شرح بلوغ المرام**، دار الحديث.

54- اطفيش، محمد بن يوسف،(ت:1914م)، **تيسير التفسير**، (وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، عمان)

55- ـــ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ، مكتبة الإرشاد ، جدة، السعودية، ط 3، 1985.

56- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر، بيروت،1996م.

57- ـ، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، ط1، مكتبة المؤيد، 1387.

58- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، **مصنف الآثار**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403)،

59- العدوي، علي الصعيدي، **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني**، دار الفكر، بيروت.

60- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله الأندلسي، ، **أحكام القرآن**، دار الكتب العلمية، بيروت.

61- عليش، محمَّد بن أحمد، (ت1299هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**؛ دار الفكر، بيروت.

62- ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة**، دار الفكر، بيروت، 1979م.

63- فركوس، محمد علي، مختارات من نصوص حديثية في المعاملات المالية، دار العواصم، الجزائر، ط 4، 2015

64- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، إعداد محمد المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت،ط(1)، 1997م.

65- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (ت770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المطبعة الكبرى الأميرية، 1906هـ.

66- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت: 630هـ)، **المغني**، دار الفكر بيروت، ط(1)1405هـ 1985م.

67- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(ت684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق، سعيد أعراب وآخرين، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.

68- القرطبي، محمد بن أحمد،(ت671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967م.

69- ــ، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ط1، دار التقوى، القاهرة، 2000.

70- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب الإسلامي، بيروت،1984م .

71- ابن ماجه، محمد بن يزيد ، **السنن**، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (دت).

72- مالك، ابن أنس (ت179هـ)، **الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي**، اعتنى به محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

73- ــ، **المدوَّنة الكبرى**؛ دار الكتب العلمية، بيروت.

74- المرداوي، أبو الحسن بن سليمان الدمشقي(ت885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1980م.

75- المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، (ت:593هـ)، **هداية المهتدي، شرح بداية المبتدئ**، المكتبة الإسلامية.

76- مسلم، أبو الحسين القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

77- ابن مفلح، أبو عبد الله محمد بن مفلح (ت763هـ)، **الفروع**، دار عالم الكتب، بيروت،1965م.

78- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي، **لسان العرب المحيط**، ط1، دار الصادر، بيروت .

79- المؤَّاق، أبو الوليد محمد بن يوسف العبدوي (ت897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت.

80- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**؛ دار الكتاب الإسلامي.

81- النسائي، أبو عبد الله أحمد بن علي بن شعيب (ت303هـ)، **المجتبى من السنن**، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1365هـ.

82- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المالكي،(ت 1125هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الفكر.

83- النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف (ت676هـ)، **روضة الطالبين، وعمدة المفتين**، المكتب الإسلامي، دمشق، 1985م.

84- النووي، **المجموع شرح المهذب** (مع تكملته للمطيعي)، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، 1925م.

85- **المنهاج مع مغني المحتاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.

86- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت861هـ)، **فتح القدير**، دار الفكر، بيروت،1977م.

87- وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، الكويت، الطبعة الأولى، 1988م.