

جامعة غرداية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

شعبة الشريعة

محاضرات في الفقه المقارن

لطلبة السنة الثالثة فقه وأصول

إعداد أساذ المادّة

د. علي بن البار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

هذه محاضرات في الفقه المقارن انتخبت من كلام الفقهاء مبتدأة بمقدمة في أسباب خلاف الفقهاء رحمهم الله؛ ليكون الطالب على علم مسبق ودراية كافية تنير له الطريق، وتوضح له الأسباب التي كانت سببا لاختلاف الفقهاء؛ ولئلا يتصور الطالب تصورا خاطئا لهذا الاختلاف، ويذهب فكره بعيدا، ويسيء الظن بالسابقين، وتمكن منه شبهات المضلين .

من جراء هذه الذرائع، مهدت للموضوع بمقدمة تربل هذا اللبس المتوقع من الطلاب .

والمحاضرات هي مسائل في بابين كبيرين من أبواب فقهننا الإسلامي

-باب البيوع

-باب الأنكحة

وأضفت لها مسألة من باب القضاء وهي القضاء بالقرائن

المحاضرة الأولى

أسباب اختلاف الفقهاء

تعريف الفقه:

لغة:

الفِقْهُ: يقال: فُقِّهَ الرَّجُلُ يَفْقَهُ فِقْهًا فهو فَقِيهٌ. وَفَقِهَ يَفْقَهُ فِقْهًا إِذَا فَهِمَ، وَأَفْقَهُتُهُ: بَيَّنْتُ لَهُ¹.

قال تعالى:(واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي)[طه:27-28]، وقال تعالى:(قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول)[هود:91].

اصطلاحا:

الفِقْهُ العِلْمُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْعَمَلِيَّةِ الْمَكْتَسَبِ مِنْ أَدْلَتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ². والفقيه عند العرب هو العالم الفهامة لا فرق عندهم بين علم وآخر، فكل من علم علما فهو فقيه فيه. فلما جاء الإسلام غلب الفقه على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله.

وكان علم الدين قاصرا على الكتاب والسنة، فالفقيه عندهم هو فقه دين الله من الكتاب والسنة، وفي الحديث عن زيد بن ثابت قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول " نضر الله امرأ سمع منا حديثا فحفظه حتى يبلغه فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه ورب حامل فقه ليس بفقيه " ³.

مقدمة:

¹ العين:3/370؛ مختار الصحاح:1/517؛ مشارق الأنوار على صحاح الآثار:2/162 للقاضي عياض

² تخريج الفروع على الأصول:1/50

³ رواه أبو داود (3660) قال الشيخ الألباني : صحيح

إن الخلاف في التشريعات الوضعية التي تحكم تصرفات العباد يكاد يكون الخلاف فيه ظاهرة طبيعية؛ لأن الناس تختلف أهواؤهم وطبائعهم ومصالحهم وعقولهم، لذلك كان من الطبيعي أن تختلف نتائج حكمهم على الأشياء، فلما اختلفت المبادئ والأسس والمقاصد التي قامت عليها هذه التشريعات، اختلفت نتائجها.

قال تعالى: {أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا} [البقرة 82]. وهذا في الشرائع الوضعية، أما فيما كان من عند الله فقد خفت حدة هذا الاختلاف، وتقلص إلى حد كبير، فقد جاءت نصوص كثيرة في القرآن والسنة محل إجماع من العلماء، واتفق جمهور الفقهاء على مسائل كثيرة من الفقه الإسلامي.

فوائد دراسة الفقه المقارن:

- 1- التعرف على الطريق الذي يؤصل الملكة الفقهية ويؤهل للنبوغ الفقهي.
 - 2- دراسة علم الفقه المقارن يخرج من ريقه التقليد والتعصب المذموم
 - 3- يتبين دراس الفقه المقارن مدى قوة الخلاف وضعفه
 - 4- اطلاع الطلبة على أدلة أهل العلم وأقوالهم.¹
 - 5- دارس الفقه المقارن يتعرف على أقوال الفقهاء بدء بصحابة رسول الله والتابعين إلى الأئمة المجتهدين، ويلمس عن قرب التراث الضخم الذي يتمتع به المسلمون في مراحل تاريخهم. وقبل أن نلج هذا المبحث لا بد أن نقرر أموراً بديهية في أسباب اختلاف الفقهاء:
- إنَّ اختلاف الفقهاء رحمهم الله لم يكن لأجل هوى في نفوسهم، ولم يكن لنصرة آراء مسبقة في أذانهم يريدون نصرتها والتعصب لها، والدفاع عنها، بل كان نتيجة طبيعية لما

¹ مسائل في الفقه المقارن ص: 13

وصلهم بطريق صحيح من الأدلة الشرعية؛ ولما أداهم إليه اجتهادهم في فهمها، وبناء الأحكام عليها.¹

- أن واقع الصحابة ومن بعدهم من الفقهاء الأوائل كان يقتضي هذا الاختلاف، لأن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن قد دوت، ولم يجمعها كتاب حافظ، ومن حفظها كانوا قد انتشروا في الأمصار المفتوحة، وتباعدت بهم الديار، أو أنها وصلتهم بطرق لا يوثق بها؛ لذلك كانت قاعدة الجميع إذا صح الحديث فهو مذهبي.

وأسباب الاختلاف بين الفقهاء كثيرة عديدة متنوعة، إلا أنه يمكن أن يميز رجوعها إلى ثلاثة أسباب رئيسة، تدرج تحتها تفاريع ومسائل كثيرة، سأتناول في هذا البحث أهمها على النحو التالي:

المبحث الأول: أسباب تعود إلى رواية السنن، وأهم ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

1- عدم الاطلاع على الحديث.

2- الشك في ثبوت الحديث.

3- نسيان الحديث.

المبحث الثاني: أسباب تعود إلى فهم النص، وتفاوت عقول المجتهدين في ذلك، وأهم ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

1- اختلاف المجتهدين في فهم النصوص.

2- اختلاف المجتهدين في استنباط الأحكام فيما لا نصّ فيه.

¹ لكن هذا في الجملة، ووجدت بعض الحالات الخاصة التي تنم عن تعصب للمذهب، وانتصار للرأي، وهذا ما ينزّه عنه الأئمة الذين كانوا على ورع وتقوى وعلم بالله يمنهم من هذا الصنيع، فقد كانوا رحمهم الله على شيء عظيم من العلم بالله وأحكامه؛ لذلك منعهم هذا من القول على الله بغير علم، وعصمهم مما كان بعدهم في العصور المتأخرة، التي ركذ فيها الفقه، وقل الاجتهاد حتى ادعي غلق باب الاجتهاد.

3- اختلاف المجتهدين في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة.

4- اختلاف المجتهدين في القواعد الأصولية.

المبحث الثالث: أسباب تعود إلى اللغة، وأهم ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

1- الاشتراك اللفظي.

2- دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز.

3- اختلاف القراءات.

المبحث الأول

أسباب تعود إلى رواية السنن

وهذا النوع من الأسباب متعدد الجوانب، مختلف الآثار، وإليه ترجع معظم الاختلافات الفقهية التي وقعت بين العلماء.

وأهم ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

1- عدم الاطلاع على الحديث.

2- الشك في ثبوت الحديث.

3- نسيان الحديث.

وسأوضحها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: عدم الاطلاع على الحديث:

كان هذا السبب مردّ اختلاف الأحكام بين الصحابة ومن بعدهم انتهاءً بالفقهاء

المجتهدين؛ ذلك أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن يصل ويبلغ الجميع، فربما وصل

إلى قوم ، ولم يصل آخرين، فمن وصله عمل به، ومن لم يصله ولم يعلم بروايته اجتهد في ظل ما عنده ، وما وصله وحفظه من سنن المصطفى عليه الصلاة والسلام.

وقد يؤدّية اجتهاده إلى خلاف ما جاء في السنة، ويكون لهذا الرأي أتباع، ويشيع العمل به حتى إذا جاءت السنة، ظُن أن الحديث منسوخ، أو غير معمول به؛ لاعتبار من الاعتبارات. وهذا من التعصب الممقوت الذي لا ينبغي أن يترك له الحديث، كما الشيخ علي الخفيف.¹

المطلب الثاني: الشك في ثبوت الحديث:

كان اعتمادهم قبل تدوين السنة على حفظهم؛ لذلك كان يعترهم السهو والنسيان وهذا كما قال ابن تيمية يرد في الكتاب (أي نسيان الآية) والسنة، مثل الحديث المشهور عن عمر -رضي الله عنه- أنه سئل عن الرجل يجنب في السفر فلا يجد الماء؟ فقال: لا يصلي حتى يجد الماء، فقال له عمار بن ياسر -رضي الله عنه-: يا أمير المؤمنين أما تذكر إذ كنت أنا وأنت في الإبل، فأجنبنا، فأما أنا فتمرغت كما تمرغ الدابة، وأما أنت فلم تصل، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنما يكفئك هكذا وضرب بيديه الأرض، فمسح بهما وجهه وكفيه. فقال له عمر: اتق الله يا عمار، فقال: إن شئت لم أحدث به. فقال: بل نوليك من ذلك ما توليت.²

فهذه سنة شهدها عمر -رضي الله عنه- ثم نسيها، حتى أفتى بخلافها وذكره عمار -رضي الله عنه- فلم يذكر. وهو لم يكذب عمارا، بل أمره أن يحدث به. وأبلغ من هذا أنه خطب الناس فقال: لا يزيد رجل على صداق أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وبناته إلا رددته. فقالت له امرأة: يا أمير المؤمنين لم تحرمنا شيئا أعطانا الله إياه؟ ثم قرأت: {وآتيتم إحداهن

قنطارا} [النساء: 20]

¹ أسباب اختلاف الفقهاء ص: 57-58

² رواه مسلم (846)

فرجع عمر إلى قولها، وقد كان حافظاً للآية ولكن نسيها. وكذلك ما روي أن علياً ذكر الزبير يوم الجمل شيئاً عهدته إليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكره حتى انصرف عن القتال. وهذا كثير في السلف والخلف.¹

المبحث الثاني: أسباب تعود إلى فهم النص، وتفاوت عقول المجتهدين في ذلك.

تتفاوت عقول المجتهدين في فهم نصوص الشريعة، وإسقاطها على الواقع الذي يراد إيجاد الحل له، أو معالجته؛ وذلك كأن يكون النص عاماً أو خاصاً، أو مجملاً، أو فيه لفظ مشترك يحتمل معانٍ، فيحمله كل مجتهد على معنى غير المعنى الذي حمّله عليه مجتهد آخر، أو يكون أحد المجتهدين ممن يراعي المقاصد الشرعية في فتواه، ويكون الثاني ممن يسرع إلى الأخذ بالظاهر.

وأهمّ ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

المطلب الأول: اختلاف المجتهدين في فهم النصوص.

فقد يقف ببعض المجتهدين النظر إلى ظاهر النص وما يفيد حرفياً، وقد يهتدي آخرون إلى فهم العلل والغايات والبواعث على تشريع الحكم مثال ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم في غزوة بني قريظة لصحابته (لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة)²

ففي بعض الصحابة أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما يريد بهذا القول الإسراع، ولم يتعرض لوقت صلاة العصر.

وفهم آخرون اللفظ على ظاهره وأن صلاة العصر تكون في بني قريظة أدركنا الوقت في الطريق أو تأخرنا، لكنه لما أخبر صلى الله عليه وسلم بما فعل الصحابة لم يعنف أحداً، وهذا

¹ رفع الملام عن الأئمة الأعلام ص: 22 وما بعدها.

² رواه البخاري (946)

دليل على وجود الخلاف في الفهم حتى بين الصحابة وهم أهل اللغة والفهم - وهم من عاين التأويل وشهد التنزيل، فغيرهم من باب أن يحدث بينهم مثل ذلك.

ومن هذا القبيل اختلافهم في القيام للجنائز وتعليل ذلك إذا مرت بالعبد - وهو جالس - فقال قوم القيام لتعظيم هول الموت، وقيل إن القيام منسوخ، وقيل بالتخيير في القيام والترك، وقيل باستحباب القيام.¹

قال صلى الله عليه وسلم: (إذا رأيتم الجنائز فقوموا لها حتى تُخَلَّفَكم أو توضع)².

المطلب الثاني: اختلاف المجتهدين في استنباط الأحكام فيما لا نصّ فيه.

إذا كان الخلاف جارياً مع وجود النص فكيف يكون الحال في عدم وجود النص فالقياسات والإلحاقات تتباين جداً، لأنه مع وجود النص الخلاف يكون في الفهم فقط، أما مع عدمه، فالأصل مفقود، ومعلوم أن النصوص منتهية والحوادث غير منتهية فيلجأ العلماء للأقيسة المختلفة التي تتباين فيما بينها. أما من لا يعمل بالقياس كالظاهرية فإنهم قد يستصحبون أصلاً معيناً.

وهذا ما سار عليه الصحابة رضي الله عنهم فلما كانت تعرض لهم المسائل كانوا يسألون عمن حفظ عن رسول الله فيها شيئاً، فإذا أعياهم أن يجدوا ذلك، كان الخليفة يجمع فقهاء الصحابة ويستشيرهم، فما رأوه قضى به، وسار من بعدهم من الفقهاء على منوالهم فإذا لم يجدوا في الكتاب والسنة نظروا إلى إجماعات من سبقهم، فإن لم يكن ثمة إجماع اجتهدوا آراءهم، فإن تبين غلطها رجعوا عنها إلى الصواب.³

¹ الفقه الإسلامي وأدلته: 2/1543

² رواه البخاري (1703) ومسلم (958)

³ أسباب اختلاف الفقهاء للسايس ص: 173 وما بعدها

ومن الأمثلة على ذلك:مسألة قتل الجماعة بالواحد:

عن المغيرة بن حكيم الصنعاني عن أبيه، أن امرأة، بصنعاء غاب عنها زوجها وترك في حجرها ابنا له من غيرها، غلام يقال له: أصيل فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلا، فقالت لخليها: إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله، فأبى، فامتنعت منه فطاوعها، واجتمع على قتله الرجل ورجل آخر والمرأة وخادمها، فقتلوه ثم قطعوه أعضاء، وجعلوه في عيبة من آدم فطرحوه في ركية في ناحية القرية، وليس فيها ماء ثم صاحت المرأة فاجتمع الناس فخرجوا يطلبون الغلام قال: فمر رجل بالركية التي فيها الغلام فخرج منها الذباب الأخضر، فقلنا: والله إن في هذه لجيفة، ومعنا خليلها، فأخذته رعدة، فذهبنا به فحبسناه وأرسلنا رجلا فأخرج الغلام، فأخذنا الرجل فاعترف فأخبرنا الخبر فاعترفت المرأة والرجل الآخر وخادمها، فكتب يعلى، وهو يومئذ أمير بشأنهم، فكتب إليه عمر رضي الله عنه بقتلهم جميعا، وقال: " والله لو أن أهل صنعاء شركوا في قتله لقتلتهم أجمعين.¹

فهذه الحادثة والحكم فيها من عمر رضي الله عنه ليس فيه أية ولا حديث، ولكن عمر اجتهد فيها فأداه اجتهاده إلى قتل الجماعة بالواحد؛ لأنه وسيلة لحفظ الدماء؛ ولئلا يتجرأ من يريد القتل على الاجتماع عليه، ويخلص بذلك من العقوبة.

وعمر رضي الله عنه هو فقيه مراعاة المصالح، كما يشهد بذلك تصرفه في غير ما حادثة، كجمعة الناس في صلاة التروايح على إمام واحد، واتخاذ الدواوين وغيرها من المصالح التي جدت للمسلمين في عصره.²

المطلب الثالث: اختلاف المجتهدين في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة.

¹ رواه البيهقي في السنن الكبرى (15976)؛ وشرح السنة للبخاري (2535)

² روضة الناظر: 297/2؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 196/1؛ الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح: 390/1.

الدارس للفقهاء الإسلامي يعلم كثرة النصوص قرآنا وسنة وتعارضها في الظاهر، وهذا ما يدفع المجتهد إلى التوفيق بين هذه النصوص المتعارضة في الظاهر؛ ليخلص إلى الحكم المراد، ونتيجة لهذا الإعمال الفكري، والأسس التي يبنى عليها المجتهد اجتهاده في التوفيق بين النصوص يختلف المجتهدون في دفع هذا التعارض بين النصوص.

ومن الأمثلة على هذا صلاة الكسوف وهل تصلى على كيفية معينة، أو أنها ركعتان كسائر الصلوات؟.

فذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمد إلى أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان، وذهب أبو حنيفة والكوفيون إلى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة. والسبب في اختلافهم الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك أنه ثبت من حديث عائشة أنها قالت: خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع، ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت أيضا من هذه الصفة في حديث ابن عباس أعني من ركوعين في ركعة. قال أبو عمر: هذان الحديثان من أصح ما روي في هذا الباب فمن أخذ بهذين قبل النقل قال: صلاة الكسوف ركعتان في ركعة. وورد أيضا من حديث أبي بكر وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير أنه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد. قال أبو عمر بن عبد البر: وهي كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقته للقياس: أعني موافقتها لسائر الصلوات قال: صلاة الكسوف ركعتان: قال القاضي: خرج مسلم حديث سمرة. قال أبو عمر: وبالجملة فإنما صار كل فريق منهم إلى ما ورد

عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبري قال القاضي: وهو الأولى فإن الجمع أولى من الترجيح.¹

المطلب الرابع: اختلاف المجتهدين في القواعد الأصولية.

والقواعد الأصولية هي تلك الأسس والمبادئ التي يضعها المجتهد أمام ناظرية عند استنباط الأحكام، ومن العسر بمكان حصر أسباب اختلاف الفقهاء الناشئ عن الاختلاف في هذه القواعد والأسس؛ وذلك لكثرتها واختلاف الأصوليين حولها، ولما اختلفت هذه الأسس كان ما يبنى عليها من الفروع والمسائل محل اختلاف.

ومما يدخل في هذه القواعد مباحث دلالات الألفاظ، والعام والخاص والمطلق والمقيد، والقواعد الخاصة بمباحث القرآن والسنة وثبوتها، وكذا ما يتعلق بالإجماع والقياس والأدلة التبعية من مصالح مرسلة واستحسان واستصحاب ... وغيرها من الأدلة.

ومن الأمثلة على هذا النوع من الأسباب:

مسألة: بيع الثمر الذي على النخل بخرصه تمرأ.

وهي مبنية على اختلاف العلماء في تعارض العام مع الخاص، ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع الثمر الذي على النخل بخرصه تمرأ على قولين:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز هذا النوع من البيوع، سواء أكان أقل من خمسة أوسق أو أكثر، لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم من النهي عن بيع المزبنة، فعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة، والمزبنة بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالكرم كيلاً).

ولأنه مال ربوي، فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما، كما لو كانا موضوعين على الأرض .

¹ بداية المجتهد: 210/1

فأبو حنيفة استشهد بعموم النصوص التي فيها النهي عن بيع المزبنة، وبعموم النصوص التي تحرم الربا في أموال معينة، ولم يأخذ بالنص الخاص الذي فيه جواز بيع العرايا، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (رخص النبي صلى الله عليه وسلم في بيع العرايا بخرضها من التمر فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك الراوي في ذلك).

وكثير من الحنفية أخرج بيع العرايا من باب البيوع، وفسر العريّة بالعطيّة، وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ، وهو بيع مجاز لأنه لا يملكه فيكون بُراً مبتدأ. القول الثاني: ذهب الجمهور إلى جواز بيع الثمر الذي على النخل بخرصه تمراً، واستدلوا بحديث الترخّص ببيع العرايا، وقالوا بأن هذا الحديث يخصّص عموم النهي عن بيع المزبنة وعموم ما ورد في تحريم الربا في أصناف معينة، ولكنهم اختلفوا في تفسير العرايا التي جاء الترخّص بها: فذهب الشافعي إلى أنّ العرايا هي: بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض، أو العنب في الشجر بزبيب، فرخص في ذلك بشرط أن لا يزيد عن خمسة أوسق، فقال: " ولا يجوز أن يبيع صاحب العريّة من العرايا إلا خمسة أوسق أو دونها ".

وذهب أحمد إلى أنّ العرايا هي: بيع الرطب في رؤوس النخل، خرصاً بمثله من التمر كيلاً، فيما دون خمسة أوسق، إلا أنّ ذلك خاص عند حاجة المشتري، بدليل ما روي أنّ زيد بن ثابت عندما سئل: (ما عراياكم هذه؟ فسّمى رجالاً محتاجين من الأنصار، شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّ الرطب يأتي، ولا نقد بأيديهم يتعاون به رطباً، وعندهم فضولٌ من التمر، فرخص لهم أن يتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم، يأكلونه رطباً)

المحاضرة الثانية (يتبع أسباب اختلاف الفقهاء)

المبحث الثالث

أسباب تعود إلى اللغة

والأسباب التي ترجع إلى اللغة هي ما يتعلق بدلالات الألفاظ، وهي لب، وأسُّ أصول الفقه، ومردّ هذه الأخيرة إلى اللّغة وأساليبها المعروفة لدى العرب، وهي ليست مسألة دينية جاء بها الدين، بل مسألة لغوية صرفة. وأهم ما يندرج تحت هذا النوع من الأسباب:

1- الاشتراك اللفظي.

من أهم أسباب الخلاف بين الفقهاء والمجتهدين وجود الاشتراك اللفظي في اللغة في ألفاظها وحروفها.

والمشترك: هو اللفظ الواحد الموضوع لعدة معان وضعا أولا.¹

وذلك مثل لفظ القرء في قوله تعالى: (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) [البقرة: 228] فقد اختلف الفقهاء في المراد به هل هو الطهر أو الحيض؟

هذا في الألفاظ، ومثل هذا الاختلاف وقع في الحروف ، وذلك كالخلاف الواقع في مسألة مسح الرأس، فقد كان من أسباب الخلاف فيها الخلاف الوارد في حرف (الباء) في قوله تعالى: {وامسحوا برؤوسكم} [المائدة: 6]

قال ابن رشد رحمه الله: "وأصل هذا الاختلاف الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب، وذلك أنها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى: {تنبت بالدهن} [المؤمنون: 20] على قراءة من قرأ " تنبت " بضم التاء وكسر الباء من " أنبت "، ومرة تدل على التبويض مثل قول القائل: أخذت بثوبه

¹ بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: 161/1 محمود بن عبد الرحمن شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)

وبعضده، ولا معنى لإنكار هذا في كلام العرب (أعني كون الباء مبعضة) وهو قول الكوفيين من النحويين.

فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ؛ ومعنى الزائدة هاهنا كونها مؤكدة، ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه.¹

2- دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز

تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز، التي هي: إما الحذف، وإما الزيادة، وإما التقديم، وإما التأخير، وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة.² هذا من أسباب الخلاف بين الفقهاء، وذلك كالخلاف في قوله تعالى: {أو لامستم النساء} [النساء: 43] في مسألة لمس المرأة وهل ينقض الوضوء أو لا ينقضه؟ فإن سبب خلافهم هو ما المراد باللمس الحقيقة أو المجاز؟

قال ابن رشد بعدما ذكر مذاهب الفقهاء في المسألة:

وسبب اختلافهم في هذه المسألة: اشتراك اسم اللمس في كلام العرب، فإن العرب تطلقه مرة على اللمس الذي هو باليد، ومرة تكني به عن الجماع؛ فذهب قوم إلى أن اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى: {أو لامستم النساء} [النساء: 43] وذهب آخرون إلى أنه اللمس باليد، ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخاص، فاشتراط فيه اللذة، ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه، ومن اشترط اللذة فإنما دعاه إلى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته.

وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبي ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه قبل بعض نساءه، ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ، فقلت: من هي إلا أنت؟ فضحكت».¹

¹ بداية المجتهد: 12/1

² بداية المجتهد: 12/1

وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد، وينطلق مجازا على الجماع، وأنه إذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز، فالأولى أن يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز. ولأولئك أن يقولوا: إن المجاز إذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الأرض الذي هو فيه حقيقة.

قال ابن رشد: والذي أعتقده أن اللمس وإن كانت دلالة على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء أنه أظهر عندي في الجماع وإن كان مجازا؛ لأن الله - تبارك وتعالى - قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما في معنى اللمس، وأما من فهم من الآية اللمسين معا فضعيف، فإن العرب إذا خاطبت بالاسم المشترك إنما تقصد به معنى واحدا من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها، وهذا بين بنفسه في كلامهم.²

3- اختلاف القراءات.

القراءات: جمع قراءة، وهي: مذهب من مذاهب التّطق في القرآن يذهب به إمام من القراء مذهبها يخالف غيره، مع الموافقة لرسم المصحف، وثبوت الإسناد إلى النبي صلى الله عليه وسلم.³

وقد كان اختلاف القراءات سببا في اختلاف الفقهاء في عديد من الأحكام الفقهية

ومثال ذلك الخلاف الوارد في فرض الرجلين في الوضوء الغسل أو المسح؟

وقد ساق ابن رشد رحمه الله وذكر مذاهب الفقهاء فيها مبينا أن سبب خلافهم هو

اختلاف القراءات.

¹ رواه أحمد (25766) والترمذي (86) وابن ماجه (502). قال أبو عمر: هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون، وإلى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر، قال: وروي هذا الحديث أيضا من طريق معبد بن نباتة، وقال الشافعي إن ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللمس وضوءا.

² بداية المجتهد: 44/1

³ المقدمات الأساسية في علوم القرآن: 171/1 لعبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي؛ مباحث في علوم القرآن: 162/1 لمناع القطان

اتفق العلماء على أن الرجلين من أعضاء الوضوء، واختلفوا في نوع طهارتهما، فقال قوم: طهارتهما الغسل، وهم الجمهور، وقال قوم: فرضهما المسح، وقال قوم: بل طهارتهما تجوز بالتوعين: الغسل والمسح، وأن ذلك راجع إلى اختيار المكلف.

وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء: أعني قراءة من قرأ (وأرجلكم) بالنصب عطفًا على المغسول، وقراءة من قرأ: (وأرجلكم) بالخفض عطفًا على الممسوح، وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل، وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل، فمن ذهب إلى أن فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين إما الغسل وإما المسح ذهب إلى ترجيح ظاهر إحدى القراءتين على القراءة الثانية، وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية إلى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده.

ومن اعتقد أن دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء، وأنه ليست إحداها على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك، وبه قال الطبري وداود.

وللجمهور تأويلات في قراءة الخفض، أجودها أن ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى، إذ كان ذلك موجودا في كلام العرب مثل قول الشاعر:

لعب الزمان بما وغيرها... بعدي سواي المور والقطر
بالخفض، ولو عطف على المعنى لرفع "القطر".

وأما الفريق الثاني، وهم الذين أوجبوا المسح، فإنهم تأولوا قراءة النصب على أنها عطف على الموضوع كما قال الشاعر:

فلسنا بالجبال ولا الحديد

وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه - عليه الصلاة والسلام - إذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء: «ويل للأعقاب من النار»¹

قالوا: فهذا يدل على أن الغسل هو الفرض؛ لأن الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب.²

¹ رواه البخاري (60)

² بداية المجتهد: 15/1

خاتمة

هذا ما يتعلق بأسباب خلاف الفقهاء رحمهم الله، وقد تعددت دراسة الدارسين لهذه القضية، واختلف تناولهم لها من حيث التبويب والتقسيم، وإن كانت كلها ترجع إلى الخلاف في قواعد أصول الاستدلال؛ فالخلاف في الفروع نتيجة خلاف في الأصول، وهذا ما زاد الفقه الإسلامي ثراءً ونضجاً وتوسّعا، والله سبحانه أعلم وأحكم، والحمد لله أولا وآخرا .

المحاضرة الثالثة

الولاية في النكاح

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

تعريف الولي: القرب والدنو، والولي الاسم منه، وكل من ولي أمر واحد فهو وليه، ومن أسماء الله الولي وهو الناصر، وقيل المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها. والولي يطلق على من يتولى شؤون اليتيم، وشؤون المحجور عليه لسفه. ووالي البلد ناظر أمور أهله، ومنه ولي الكاح.

قال ابن منظور: ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفائته. وولي المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها **تستبد بعقد** النكاح دونه.¹ والولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل. اختلف الفقهاء في الولاية هل هي شرط من شروط صحة النكاح؟ أم ليست بشرط؟

المذهب الأول (الجمهور)

فروي 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 وروي عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وأبي يوسف: قالوا لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي، فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته.² وهو مذهب مالك.³

أي أن النكاح لا يكون إلا بولي، وأنه شرط في الصحة في رواية أشهب عنه⁴، وبه قال الشافعي⁵، وأحمد¹

¹ لسان العرب: 40/15

² المغني/9/345

³ بداية المجتهد: 9/2

⁴ 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 رجلاً من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب

مالك، أعني أنهم يقولون: إنما من شروط الصحة لا من شروط التمام بداية المجتهد: 9/2

⁵ الأم: 13/5؛ مختصر المزني/8/265؛ الحاوي الكبير: 9/86

المذهب الثاني:

وقال أبو حنيفة، وزفر، والشعبي، والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي، وكان كفؤاً جاز².
وفرق داود بين البكر والثيب، فقال باشرط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب.³
وأبو حنيفة يشترط الولي في النكاح إذا كان المولى عليه صغيراً أو صغيرة أو مجنوناً سواء كانت الصغيرة بكرة أو ثيباً، والولاية على الحرة الكبيره البالغة عند أبي حنيفة ولاية ندب واستحباب لا ولاية حتم وإيجاب فإذا زوجت المرأة نفسها رجلاً انعقد النكاح سواء كان الزوج كفؤاً أم لم يكن رضي الأولياء أم لم يرضوا. إلا أن لهم حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً، أو كان المهر أقل من مهر المثل.
دليل الجمهور:⁴

1- قال تعالى: {فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن} [البقرة 232].

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : وهذه آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي؛ لأنه نهي الولي عن المنع، وإنما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده⁵.

2- حديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وإذا دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها لا وكس، ولا شطط فإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له»^{6 7}

3- وفي الحديث المشهور أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا نكاح إلا بولي»^{8 1}

¹ المغني: 345/9

² المبسوط: 11/5

³ بداية المجتهد: 39/3؛

⁴ تنظر أدلة الجمهور في : بداية المجتهد: 39/3؛ المغني: 6/7؛ المجموع شرح المذهب: 148/16.

⁵ أحكام القرآن للشافعي: 174/1

⁶ رواه وأحمد 24417 وأبو داود 2083؛ والترمذي 1102 وابن ماجه 1880 قال شعيب الأرنؤوط : حديث صحيح

وهذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة

⁷ بداية المجتهد: 37/3

⁸ رواه مالك في الموطأ (542) وأحمد (2260) والترمذي (1101)

- 4- حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل»²
- 5- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها»³
- 6- أن عائشة - رضي الله عنها - كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول اعقدوا فإن النساء لا يعقدن.

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 المعاوزات، فلاظهار خطره تجعل 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 وعلى قول الشافعي - رحمه الله تعالى - لا ينعقد العقد بعبارتها أصلاً كما لا ينعقد التصرف بعقدها الصغيرة عنده، والدليل عليه ثبوت حق الاعتراض للأولياء إذا وضعت نفسها في غير كفاء، 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 تطالب الولي به، والدليل على اعتبار نقصان عقلها أنه لم يجعل إليها من جانب رفع العقد شيء بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق.⁴

دليل المخالفين:

¹ بداية المجتهد: 37/3

² روى البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم (13815) عن قتادة، عن ابن عباس 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 مرفوعاً والمشهور عنه موقوف، وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه آخر.

³ رواه ابن ماجه 1882 والبيهقي في السنن الكبرى 13632 والدارقطني 3535

⁴ المبسوط: 11/5؛ بدائع الصنائع: 247/2.

وأما من جوز النكاح بغير ولي من الحنفية ومن وافقهم فاستدلوا:
بقوله تعالى {فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن} [البقرة: 234]
وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها.

قالوا: وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل، فقال تعالى {حتى تنكح زوجا غيره}
[البقرة: 230]

وقال تعالى {أن ينكحن أزواجهن} [البقرة: 232]

فلما أضاف العقد إليهن في هذه الآيات دلّ أنها تملك المباشرة، والمراد بالعضل المنع
حسباً بأن يجلسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج، وهذا خطاب للأزواج فإنه قال في أول الآية:
{وإذا طلقتم النساء} [البقرة: 231]¹.

دليلهم من السنة:

وأما من السنّة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة
والسلام: "الأم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها" وبهذا الحديث
احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى.²
وحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الأم أحق بنفسها من وليها واليتيمة
تستأمر وإذنها صماتها».^{3 4}

ومعنى الحديث أنها أحق بنفسها في أنه لا ينعقد عليها إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها
في أن تعقد عليها عقدة نكاح دون وليها. قال ابن المنذر: "ولا أعلم أحدا من أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم 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 روى عن عائشة خلاف هذا، وهو ما رواه مالك
في الموطأ أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن وهو غائب، فلما قدم قال: مثلى يفتأت عليه في

¹ بداية المجتهد: 11/2؛ المبسوط: 11/5.

² بداية المجتهد: 11/2

³ اللباب في الجمع بين السنة والكتاب 656/2

⁴ رواه مالك 888 وأحمد 1888 ومسلم 1421

بناته؟ وهذا يدل أن مذهبها جواز النكاح بغير ولي. قيل: لا حجة لكم في هذا الخبر، وليس معنى قوله: زوجت بنت أخيها، إلا الخطبة، والكلام في 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 رجلا من بنى أخيها، فضربت بينهم بستر، ثم تكلمت حتى لم يبق إلا العقد، أمرت رجلا 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 كثيرا من تصرفات الرجال، وعدم علم ما يصلح لها حالا ومآلا؛ لأنه ربما يجرها حب الزواج لما لا تحمد عقباه ولا يرضى مآله من جزاء الانجرار وراء الوعود الكاذبة، والتمنيات، والتطمينات المفتعلة من بعض الرجال. والله أعلم.

¹ شرح البخاري لا بن بطلان: 243/7

² بداية المجتهد: 111/2

المحاضرة الرابعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدار المحرم من الرضاع

تعريف الرضاع:

الرضاع - بكسر الراء وفتحها - في اللغة: مصدر رَضَعَ أمه يَرْضِعُها بالكسر والفتح
رضعا ورضاعا ورضاعة أي امتص ثديها، أو ضرعها وشرب لبنه. وأرضعت ولدها فهي مرضع
ومرضعة، وهو رضيع.

والرضاع في الشرع: اسم لوصول لبن امرأة أو ما حصل من لبنها في جوف طفل
بشروط.¹

الألفاظ ذات الصلة:

الحضانة: هي في اللغة: الضم مأخوذ من الحضن وهو الجنب. سميت بذلك لضم الحضنة
المحضون إلى جنبها.

¹ التعريفات: 111/1؛ شرح حدود ابن عرفة: 223/1؛ أنيس الفقهاء: 54/1

وشرعا: حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه.
والحاضنة قد تكون هي المرضعة، وقد تكون غيرها.¹

دليل مشروعية الرضاع:

الأصل في مشروعيته قوله تعالى: {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين} [البقرة:233] وقوله سبحانه وتعالى: {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} [الطلاق:6]

حكم الإرضاع:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب إرضاع الطفل ما دام في حاجة إليه، وفي سن الرضاع. واختلّفوا في من يجب عليه (الأب أو الأم).²

الأحكام التي تترتب على الرضاع:

يترتب على الرضاع بعض أحكام النسب:

أ- تحريم النكاح سواء حصل الرضاع في زمن إسلام المرأة أو كفرها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب"³. وسيأتي تفصيل ذلك.

ب - ثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر، والخلوة، وعدم نقض الطهارة باللمس عند من يرى ذلك من الفقهاء.

أما سائر أحكام النسب كالميراث، والنفقة، والعتق بالملك، وسقوط القصاص، وعدم القطع في سرقة المال، وعدم الحبس لدين الولد، والولاية على المال أو النفس فلا تثبت بالرضاع، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.⁴

المقدار المحرم من الرضاع

تحرير موضع النزاع

¹ الموسوعة الفقهية:238/22.

² الفواكه الدواني:3/944

³ رواه البخاري رقم (2645) وغيره

⁴ تهذيب المدونة:2/445؛ التلقين:1/120.

اتفق الفقهاء على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب، أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب. واتفقوا على أن خمس رضعات فصاعدا يحرم. واختلفوا فيما دونها.¹ واختلفوا في مسائل كثيرة تتعلق بالرضاع...

ومنها مسألة المقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد، وهو مذهب الجمهور من (الحنفية والمالكية وأحمد في رواية عنه) وكثير من الصحابة والتابعين كعلي، وابن مسعود وهو قول ابن عمر، وابن عباس، إلى أن قليل الرضاع وكثيره يحرم وإن كان مصة واحدة، فالشرط في التحريم أن يصل اللبن إلى جوف الطفل مهما كان قدره.²

دليل الجمهور:

واحتجوا بقوله تعالى:

1- (وأمهاتكم اللائي أرضعنكم) [النساء:23].

وقالوا: إن الله سبحانه وتعالى علق التحريم باسم الرضاع، فحيث وجد وجد حكمه، وورد الحديث موافقا للآية، واسم الإرضاع ينطلق على قليل الرضاع وكثيره.

2- قوله صلى الله عليه و سلم في بنت حمزة (لا تحل لي، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هي بنت أخي من الرضاعة)³

3- عن عائشة أم المؤمنين قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من خال أو عم أو ابن أخ"⁴

وفي رواية للنسائي: «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»¹

¹ التلقين:120/1

² الكافي في فقه أهل المدينة المالكي:2/540؛ المبسوط للسرخسي:5/132؛ الهداية على مذهب الإمام أحمد لأبي الخطاب الكلوزاني:1/409

³ البخاري (2645)

⁴ رواه أحمد (24756) وقال شعيب الأرناؤوط: حديث صحيح

حيث أطلق الرضاع ولم يذكر عددا.

4- عن عقبه بن الحارث، - قال: وقد سمعته من عقبه لكني لحديث عبيد أحفظ - قال: تزوجت امرأة، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت: أرضعتكما، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم، فقلت: تزوجت فلانة بنت فلان، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت لي: إني قد أرضعتكما، وهي كاذبة، فأعرض عني، فأتيته من قبل وجهه، قلت: إنها كاذبة، قال: «كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، دعها عنك».²

ولم يستفصل عن عدد الرضعات.

وذهب الشافعية والحنابلة في القول الصحيح عندهم إلى أن ما دون خمس رضعات لا يؤثر في التحريم. وروي هذا عن عائشة، وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال عطاء وطاوس.

دليلهم:

1- استدلو بما ورد عن عائشة، قالت: كان فيما أنزل من القرآن (عشر رضعات معلومات يحرم) ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن.³

والمعنى أن نسخ تلاوة ذلك تأخر جدا حتى إنه توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعض الناس لم يبلغه نسخ تلاوته، فلما بلغهم نسخ تلاوته تركوه وأجمعوا على أنه لا يتلى مع بقاء حكمه، وهو من نسخ التلاوة دون الحكم، وهو أحد أنواع النسخ.⁴

2- قوله صلى الله عليه وسلم لسهلة في شأن سالم مولى أبي حذيفة: أرضعيه خمس رضعات، فكان بمنزلة ولده من الرضاعة.⁵

¹ رواه النسائي (3303)

² البخاري (5104)

³ مسلم (3587)

⁴ صحيح مسلم بتعليق محمد فؤاد عبد الباقي: 27/10.

⁵ عن عائشة، أن أبا حذيفة، تبنى سالما - وهو مولى لامرأة من الأنصار - كما تبنى النبي صلى الله عليه وسلم زيدا، وكان من تبنى رجلا في الجاهلية دعاه الناس ابنه، وورث من ميراثه، حتى أنزل الله عز وجل {ادعوهم لأبائهم، هو أقسط

وذهبت طائفة ممن قال بتحديد قدر الرضاع المحرم إلى أنه لا تحرم المصّة ولا المصتان، وتحرم
الثلاث رضعات فما فوقها، وبه قال أبو عبيد، وأبو ثور. وقالت طائفة: عشر رضعات.

سبب الاختلاف:

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في
التحديد، ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا.

فأما عموم الكتاب فقولته تعالى: {وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم} [النساء: 23]، وهذا
يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع.

والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى:

أحدهما: حديث عائشة وما في معناه أنه قال - عليه الصلاة والسلام - : «لا تحرم المصّة
ولا المصتان، أو الرضعة والرضعتان»¹ خرجته مسلم من طريق عائشة، ومن طريق أم الفضل، ومن
طريق ثالث، وفيه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «لا تحرم الإملاجة ولا
الإملاجتان» .

والحديث الثاني حديث سهلة في سالم أنه «قال لها النبي - صلى الله عليه وسلم - :
أرضعيه خمس رضعات» . وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت: «كان فيما نزل من القرآن
عشر رضعات معلومات، ثم نسخن بخمس معلومات. فتوفي رسول الله - صلى الله عليه وسلم
- وهن مما يقرأ من القرآن» .

فمن رجع ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال: «تحرم المصّة والمصتان».

ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية، وجمع بينها وبين الآية، ورجح مفهوم دليل الخطاب (مفهوم
المخالفة) في قوله - عليه الصلاة والسلام - : «لا تحرم المصّة ولا المصتان» على مفهوم دليل

عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم ، فإخوانكم في الدين ومواليكم } ، فردوا إلى آباءهم ، فمن لم يعلم له أب ، فمولى وأخ في
الدين ، فجاءت سهلة فقالت : يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا يأوي معي ، ومع أبي حذيفة ويراني فُضُلا وقد أنزل الله عز
وجل فيهم ما قد علمت ، فقال : أرضعيه خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولده من الرضاعة. رواه أحمد(25650). وغيره

¹ رواه مسلم (1450)

الخطاب في حديث سالم - قال: الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم، وذلك أن دليل الخطاب في قوله: «لا تحرم المصّة ولا المصتان» - يقتضي أن ما فوقها يحرم، ودليل الخطاب في قوله: «أرضعيه خمس رضعات»¹ - يقتضي أن ما دونها لا يحرم. والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب.²

الترجيح:

الناظر في دلائل المختلفين يجد أنهم منقسمون إلى فريقين؛ فريق يرى قليل الرضاع وكثيره يحرم، وفريق يرى التحريم بتحديد الرضاع بخمس رضعات؛ فالأولون استندوا إلى عموم القرآن، وعموم الأحاديث المطلقة في التحريم بالرضاع قليله وكثيره، ومن رأى التحديد بعدد معين دليله الأحاديث الدالة على ذلك العدد والأحاديث مختلفة في تحديد العدد المحرم، كحديث لا تحرم المصّة والمصتان، والإملاحة والإملاجتان، وحديث التحريم بخمس رضعات، وعمل المجتهد والمفتي في الترجيح بين هذه الأدلة وتقديم بعضها على بعض.

ولعلّ الأحوط لدين العبد أن يتعد عن الزواج بمن ثبت رضاعها؛ لأن التحريم فيه ثابت بمطلق القرآن والحديث، لكن من تزوج ودخل وولد له لعله يكون من الصعب أن يُفتى له بهذا المذهب؛ لأن المال يكون فيه تفكك الأسرة، وتشتت الأولاد، ومحاذير كبيرة، اعتماداً على رأي فيه خلاف شهير بين الفقهاء، كما سبق، فمراعاة لهذا يكون من المصلحة الإبقاء على هذا الزواج حتى يثبت عدد الرضاع المحرم.

وهذا الاختيار فيه مراعاة للخلاف في أحد الجوانب.

¹ سبق تخريجه

² بداية المجتهد: 60/3.

المحاضرة الخامسة

نكاح الشغار

تعريف نكاح الشغار:

لغة: تقول شَعَرَ البلد: خلا من الناس، وشعر الكلب إذا رفع رجله للبول وخلا مكان رجله عنها. وتقول شاعرتة شغاراً ومشاعرة؛ أي زوجته ابنتي على أن يزوجني ابنته أو أختي على أن يزوجني أخته. كما سيأتي

اصطلاحاً:

الشُّغَارُ (بالكسر) نكاح كان في الجاهلية وهو: أن يقول الرجل لآخر زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه.

وقيل هو مأخوذ من قولهم بلدة شاعرة أي خالية عن الأنيس، سمي به لخلوه عن

الصداق.¹

أنواع الشغار:

للشغار صوره ثلاثة:

النوع الأول: صريح الشغار: وصورته أن يقول لآخر: زوجني بنتك على أن أزوجك بنتي، يشترط أن لا يسمى لواحدة منهما صداقاً وأن يكون تزويج إحداهما تزويج الأخرى، وأن يجعل تزويج كل منهما مهراً للأخرى، فهذا النكاح فاسد ويفسخ أبداً، أي قبل الدخول وبعده، وفسخه يكون بطلاق بائن، للاختلاف في صحته، (فإنه قيل بصحته بعد الوقوع)، بناء على القاعدة الكلية وهي: كل نكاح اختلف في صحته ففسخه بطلاق بائن.²

¹ الكليات: 995/1؛ طلبة الطلبة: 110/2؛ لسان العرب: 417/4؛ مختار الصحاح باب الشين شرح حدود ابن عرفة: 459/1.

² البهجة شرح التحفة: 431/1؛ الثمر الداني: 442/1 وما بعدها؛ الشرح الكبير: 308/2؛ الموسوعة الفقهية: 326/41.

النوع الثاني (وجه الشغار): وصورته أن يقول الرجل لآخر: زوجني بنتك أو أختك بمائة من الدنانير، على أن أزوجك بنتي أو أختي بمائة من الدنانير، ويسمى هذا النكاح عند المالكية: وجه الشغار، وهو فاسد ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصدّاق المثل، سواء تساويا في المهر أم لم يتساويا.

ومدار الفساد فيه على توقف تزويج إحداهما على تزويج الأخرى، فلو لم يقع ذلك على وجه الشرط، بل على وجه المكافأة من غير توقف نكاح إحداهما على نكاح الأخرى، أو وقع على سبيل الاتفاق من غير توقف نكاح إحداهما على نكاح الأخرى جاز .

وإنما سمي هذا وجه الشغار؛ لأنه شغار من وجه دون وجه، فمن حيث إنه سمي لكل منهما صدّاقا فليس بشغار، لعدم خلو العقد عن الصدّاق، ومن حيث توقف زواج إحداهما على زواج الأخرى (حيث شرط تزويج إحداهما بالأخرى) فهو شغار، فكانت التسمية فيهما كلا تسمية¹.

النوع الثالث: المركب منهما (أي من صريح الشغار ووجه الشغار)

وصورته: أن يقول أحدهما للآخر: زوجني ابنتك أو أختك بمائة من الدنانير، على أن أزوجك ابنتي أو أختي بلا مهر، ويسمى هذا بالمركب من صريح الشغار ومن وجه الشغار. فالمسمى لها تعطى حكم وجه الشغار فيفسخ نكاحها قبل البناء ولا شيء لها، ويثبت نكاحها بعد البناء بالأكثر من المسمى وصدّاق المثل، وغير المسمى لها تعطى حكم صريح

ولهذا فالتحريم بهذا النكاح كالتحريم بالنكاح الصحيح، فالمرأة تحرم على أصول الرجل وفصوله، ويحرم عليه أصولها، لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، لا فصولها، لأن العقد على الأمهات لا يحرم البنات، فإذا دخل بالأُم حرمت البنت ونحوها من الفصول. ويحصل بهذا النكاح كذلك الإرث بين الزوجين إذا مات أحدهما قبل الفسخ بناء على قاعدة أخرى عند المالكية: كل نكاح مختلف فيه، ولو كان هذا الخلاف خارج المذهب، ولو في مذهب انقرض إذا كان قويا فهو كالنكاح الصحيح في التحريم والإرث، وفسخه بطلاق، أما إذا مات أحدهما بعد الفسخ فلا إرث بينهما، ولو دخل بها أو كانت العدة باقية، لأنه طلاق بائن.

¹ البهجة شرح التحفة: 431/1؛ الثمر الداني: 442/1 وما بعدها؛ الشرح الكبير: 308/2؛ الموسوعة الفقهية: 326/41.

الشغار فيفسخ نكاحها أبداً، أي قبل البناء وبعد البناء، ولها بعد البناء صداق المثل ولا شيء لها قبله، ويلحق به الولد إذا دخل بها في جميع الأنواع الثلاثة، كما يدرأ عنها الحد¹.

خلاف الفقهاء:

اتفق الفقهاء على أنّ نكاح الشغار غير جائز؛ لثبوت النهي عنه في الأحاديث - كما يأتي² - واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا؟ فقال مالك: لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده، وبه قال الشافعي إلا أنه قال: إن سمي لإحدهما صداقاً أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل. والمهر الذي سمياه فاسد.

أدلة النهي عن نكاح الشغار:

- 1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق.³
 - 2- حديث أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا شغار في الإسلام".⁴
 - 3- حديث عمران بن حصين رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا جلب ولا جنب⁵ ولا شغار في الإسلام".⁶
- وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل، وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري.⁷

¹ البهجة شرح التحفة: 431/1؛ الثمر الداني: 442/1 وما بعدها؛ الشرح الكبير: 308/2؛ الموسوعة الفقهية: 326/41.

³ البخاري: (5112) ومسلم (1415)

⁴ البيهقي في الكبرى (14519)؛

⁵ الجلب: لا يقرب العامل أموال الناس إليه لما فيه من المشقة عليهم

الجنب: أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجنب

⁶ رواه أحمد (5654) وأبو داود (1593) والنسائي (4415)

⁷ بداية المجتهد: 57/2؛ المبسوط: 105/5، بدائع الصنائع: 278/2.

دليل الحنفية ومن معهم:

- فساد المهر لا يقتضي فساد العقد بدليل لو كان العقد على خمر أو خنزير
- أنه عقد اقترن بشرط غير صحيح، فيصح العقد ويلغو الشرط، كما هو الشأن في كل عقد زواج اقترن بشرط غير صحيح.
- وقالوا بوجوب المهر لكل منهما لأنه يجب عند خلو العقد من تسمية المهر تسمية صحيحة، وبإيجاب مهر المثل لا يكون شغاراً.
- أن النهي عن نكاح الشغار ليس لذاته وإنما لمعنى تعلق به، وهو الشرط الباطل، أما العقد فيبقى أثره صحيحاً.¹

سبب الخلاف:

وسبب اختلافهم هو هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض، أو غير معلل؟ فإن قلنا غير معلل لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول. ويكون فيه مهر المثل، وكأن مالكا رضي الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد، والنهي يدل على فساد المنهي².

علة النهي عن الشغار:

¹ المبسوط: 105/5؛ بدائع الصنائع: 278/2.

² بداية المجتهد: 57/2.

فائدة: أكثر الأصوليين والفقهاء يرون أن النهي يدل على فساد المنهي عنه إلا ما خرج بدليل منفصل . وحتتهم أن الصحابة والتابعين كانوا يقولون بفساد أنكحة وبيع لورود النهي عنها ولم ينكر بعضهم على بعض الاستدلال بذلك بل ربما عارض بعضهم بعضاً بأدلة أخرى ، وأن النهي ليس إلا لدرء مفسدة في المنهي عنه سواء كان في العبادات أو في المعاملات والمتضمن للمفسدة فاسد .

وعلى هذا الأصل اختلف الفقهاء في نكاح الشغار هل يفسخ أم لا ؟

مع اتفاقهم على نهي النبي (عنه . فمن رأى النهي يدل على فساد المنهي عنه حكم بفسخه ، ومن رآه لا يدل على فساده لم يحكم بفسخه . الوجيز الميسر في أصول الفقه محمد عبد الغني الباجقي ص: 25.

فقال المالكية في علة النهي: هي خلو النكاح عن الصداق وهو قول عند الشافعية كذلك.¹
واختلفت أقوال الشافعية في متعلق النهي عن الشغار ، فذهب أكثرهم إلى أن علة النهي
الاشترار في البضع، لأن بضع كل منهما يصير مورد العقد، وجعل البضع صداقا مخالف لإيراد
عقد النكاح ومقتضاه ، فالنهي متوجه إلى النكاح دون الصداق، لأن فساد الصداق لا يوجب
فساد النكاح، لأن النكاح يصح بدون تسمية الصداق، وكما لو تزوجها على خمر أو خنزير أو
نحوهما.

وقيل : العلة في بطلان نكاح الشغار : التعليق والتوقيف، فكأنه يقول: لا ينعقد لك نكاح بنتي
حتى ينعقد لي نكاح بنتك؛ لأن فيه تزويج كل من الوليين بنته لآخر بشرط أن يزوجه بنته.
وضعف إمام الحرمين المعاني كلها وعول على الخبر ، قال الشريبي : وهو أسلم .
وصورة نكاح الشغار المتفق على بطلانها عند الشافعية أن يقول الولي لآخر: زوجتك
بنتي مثلا على أن تزوجني ابنتك وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى فيقبل الآخر بقوله:
تزوجتها وزوجتك بنتي على ما ذكرت.²

وأما الحنابلة فذكروا أن من صور نكاح الشغار الباطلة : أن يقول للآخر: زوجتك وليتي على أن
تزوجني وليتك وسكت عن المهر ، فأجابه الآخر بمثل كلامه .
ومنها : أن يقول : زوجتك وليتي على أن تزوجني وليتك ولا مهر لهما.
ومنها: أن يقول: زوجتك وليتي على أن تزوجني وليتك وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى.

¹ بداية المجتهد: 57/2.

² قال ابن حجر: قال شيخنا في شرح الترمذي : ينبغي أن يزداد: ولا يكون من البضع شيء آخر ، ليكون متفقا على تحريمه
في المذهب . الموسوعة الفقهية: 330/41.

قال الماوردي بعد أن استدلل على فساد نكاح الشغار بالأحاديث وبالقياس: ومعناه أنه ملك الزوج بضع بنته بالنكاح ثم
ارتجعه منه بأن جعله ملكا لبنت الزوج بالصداق ، وهذا موجب لفساد النكاح كما لو قال : زوجتك بنتي على أن يكون
بضعها ملكا لفلان، ولأنه جعل المقصود بالعقد لغير المعقود له، وجعل المعقود عليه معقودا به فوجب أن يكون باطلا ،
ولأن العين الواحدة إذا جعلت عوضا ومعوضا فبطل أن تكون عوضا بطل أن تكون معوضا كالثمن والمثل في البيع ، كأن
يقول : بعثك ثوبي مثلا بألف درهم على أن يكون ثمننا لبيع دارك. الحاوي الكبير: 825/9

وذهب الحنفية إلى صحة نكاح الشغار، وصورته عندهم: أن يزوج الرجل بنته أو أخته أو غيرها على أن يزوج الآخر بنته أو أخته من غيرها على أن يكون بُضْعُ كل منهما صداقَ الأخرى ولا مهر بينهما إلا هذا، فيصح النكاح ويجب مهر المثل؛ لأنه سمي فيه ما لا يصلح صداقا (وهو البضع) ، وهو منهى عنه لخلوه عن المهر؛ لأن متعلق النهي عند الحنفية مسمى الشغار، فأصل الشغور الخلو، والنهي الوارد فيه إنما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية، فوجب مهر المثل لكل واحدة منهما، كما إذا تزوجها بما ليس بمال أو لا يصلح أن يكون مهرا كالخمر والميتة والدم ونحوها . فإذا وجب مهر لم يبق شغار، أو النهي محمول على الكراهة ، والكراهة لا توجب الفساد .

أما إذا لم يخل النكاح من الصداق، أو لم يجعل بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى بأن قال مثلا: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك فقبل الآخر أو قال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر ذلك بل زوجه بنته ولم يجعل لها صداقا، أو سميا لكل منهما صداقا لم يكن هذا النكاح شغارا ، بل نكاحا صحيحا اتفاقا.¹

¹ المبسوط: 105/5، بدائع الصنائع: 278/2.

المحاضرة السادسة

بسم الله الرحمن الرحيم

نكاح المحلل

ذهب الفقهاء إلى أن من طلق زوجته طلقة رجعية أو طلقتين رجعيتين جاز له إرجاعها في العدة.

وإذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى، فحكم ما دون الثلاث من الواحدة البائنة والشتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق (أي لا يبقى الزوج يملك ثلاث طلقات بل تنقص بعدد طلاقه البائن) وزوال ملك الاستمتاع، حتى لا يجوز وطؤها إلا بنكاح جديد، ويجوز نكاحها من غير أن تتزوج بزواج آخر مادامت البينونة صغرى؛ لأن ما دون الثلاث - وإن كان بائنا - فإنه يوجب زوال ملك الاستمتاع، لا زوال حل المحلية.

أما إذا طلق زوجته ثلاثا (أي بينونة كبرى)، فإن الحكم الأصلي للطلقات الثلاث هو زوال ملك الاستمتاع وزوال حل المحلية أيضا، حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزواج آخر؛ لقوله تعالى: { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } [البقرة: 229]. بعد قوله تعالى: { الطلاق مرتان } [البقرة: 229]. ومعنى الآية فإن طلقها أي الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

وإنما تنتهي حرمة المطلقة ثلاثا، وتحل للزوج الأول بشروط:

1- النكاح :

أول شروط التحليل: **النكاح**، لقوله تعالى: { حتى تنكح زوجا غيره }. الآية سبقت. فقد نفى حل المرأة لمطلقها ثلاثا، وحدّ النفي إلى غاية التزوج بزواج آخر. والحكم المحدود إلى غاية لا ينتهي قبل وجود الغاية، فلا تنتهي الحرمة قبل التزوج، فلا تحل للزوج الأول قبله ضرورة. وعلى هذا يخرج ما إذا وطئها إنسان بالزنى أو بشبهة أنها لا تحل لزوجها لعدم النكاح¹.

¹ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: 533/2؛ بداية المجتهد: 87/2؛ المغني: 574/7؛ البحر الرائق: 64/4؛

المهذب: 46/2؛ الموسوعة الفقهية: 254/10

2- صحة النكاح:

يشترط في النكاح الثاني لكي تحل المرأة للأول: أن يكون صحيحا، ولا تحل للأول إذا كان النكاح فاسدا، حتى لو دخل بها ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، ومطلق النكاح ينصرف إلى ما هو نكاح حقيقة.

ولو كان النكاح الثاني مختلفا في فساده، ودخل بها ، لا تحل للأول عند من يقول بفساده لما قلنا.¹

3- الوطء في الفرج :

ذهب الجمهور إلى أنه يشترط مع صحة الزواج: أن يطأها الزوج الثاني في الفرج، فلو وطئها دون الفرج ، أو في الدبر لم تحل للأول؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم علّق الحلّ على ذوق العسيلة منهما، فقال لامرأة رفاعة القرظي: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك².

ولا يحصل هذا إلا بالوطء في الفرج، وقال سعيد بن المسيب: تحلّ بنفس العقد ، لحمه النكاح في الآية على العقد دون الوطء، وعامة العلماء حملوا الآية على الوطء. وأدنى الوطء تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به، وذلك بشرط الانتشار (الإنعاض) لأن الحكم يتعلق بذوق العسيلة، ولا تعقل من غير انتشار.

ولم يشترط الإنزال من الفقهاء إلا الحسن البصري ، فإنه قال: لا تحل إلا بوطء وإنزال³.
واختلفوا فيما إذا وقع الوطء في وقت غير مباح كحيض أو نفاس ، هل يحل المرأة أم لا ؟
ذهب أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي إلى أن الوطء يحل المرأة، وإن وقع في وقت غير مباح كحيض أو نفاس، سواء أكان الواطئ بالغا عاقلا أم صبيا مراهما أم مجنوننا، لأن وطاء الصبي والمجنون يتعلق به أحكام النكاح ، من المهر والتحريم ، كوطء البالغ العاقل .

¹ المراجع السابقة.

² رواه البخاري (2639) ومسلم (1433)

³ بداية المجتهد: 87/2.

والحنابلة كالجمهور في أن وطء المجنون يحل المرأة كالعقل .

وكذلك الصغيرة التي يجامع مثلها، إذا طلقها زوجها ثلاثاً، ودخل بها الزوج الثاني ،
حلّت للأول؛ لأن وطأها يتعلّق به أحكام الوطء من المهر والتحريم ، كوطء البالغة .
وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يشترط أن يكون الوطء حلالاً (مباحاً) ؛ لأن الوطء غير المباح
حرام لحق الله تعالى، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة.
وبناء على هذا: فلا تحل المرأة لزوجها الأول إذا جامعها زوجها الثاني في صوم أو حج أو
حيض أو اعتكاف.

كما اشترط المالكية أن يكون الواطئ بالغاً، واشترط الحنابلة أن يكون له اثنتا عشرة
سنة؛ لأن من دون البلوغ أو من دون الثانية عشرة لا يمكنه الجماع.

الزواج بشرط التحليل:

اختلف الفقهاء رحمهم الله فيمن من تزوج مطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها
لزوجها الأول.

فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا العقد حرام.
وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريماً .

واستدل الجمهور بدليل:

- 1- حديث ابن مسعود : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له ¹.
- 2- ولقوله صلى الله عليه وسلم: ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله. قال :
هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له ².
- 3- قول عمر رضي الله عنه : والله لا أوتى بمحلل ومحلل له إلا رجتهما ³.
- 4- وللقاعدة الأصولية "النهي يدل على فساد المنهي عنه". أي ما دام أن زواج المحلل منهي عنه
فهو عقد فاسد

¹ رواه أبو داود(2078) وابن ماجه (1934) وغيرهما. قال في الزوائد: في إسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف . والحديث

رواه النسائي والترمذي من حديث ابن مسعود . وقال حديث حسن صحيح. قال الشيخ الألباني : صحيح

² رواه ابن ماجه (1936) والبيهقي في السنن الصغرى(2501) والدارقطني(28) وغيرهم.

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى (14576) وابن أبي شيبة في المصنف(17363)

*وقد صرح الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية) بفساد هذا النكاح للحدِيثين السابقين؛ ولأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت، وشرط التأقيت في النكاح يفسده، وما دام النكاح فاسدا فلا يقع به التحليل؛ ولأن اسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه.

أما مذهب الحنفية: فذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن النكاح صحيح، ويحلّها للزوج الأول بعد أن يطلّقها الثاني وتنتهي عدتها. ويكره للثاني والأول؛ لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا. فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا ، فيدخل تحت قوله تعالى: { حتى تنكح زوجا غيره }¹. [البقرة:229]

فتنتهي الحرمة عند وجود النكاح، إلاّ أنه كره النكاح لهذا الشرط، وهو أنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفّف؛ لأن ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح، والنكاح بشرط الطلاق لا يحقّق هذا المقصد من النكاح.²

وقال محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية: النكاح الثاني صحيح، ولا تحل للأول؛ لأن النكاح عقد مؤبد، ونكاح التحليل أشبه نكاح المتعة، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل، فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا، لكن لا يحصل به الغرض، كمن قتل مورثه فإنه يجرم الميراث.³

¹ وتعلقوا بعموم قوله تعالى: { حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجاً غَيْرَهُ } وهذا نكاح، وقالوا وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكها في ذلك. قالوا وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل. بداية المجتهد: 87/2

² البحر الرائق: 64/4؛ الهداية شرح البداية: 10/2؛ بدائع الصنائع: 187/3.

³ البحر الرائق: 64/4. قال ابن رشد: وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أي ليس يجللها، وهو قول ابن أبي ليلى وروي عن الثوري. أقول: ولعل دليلهم هو التفريق بين العقد والشرط. بداية المجتهد: 87/2.

وزواج المطلقة ثلاثاً قد يكون الزوج الثاني شرط التحليل في العقد، وهذا قد سبق الخلاف فيه، وقد لا يشترط التحليل في العقد، ولكن يقصد من هذا الزواج التحليل فما حكم هذا القصد؟

هذا ما نعالجه في المسألة التالية:

الزواج بقصد التحليل¹:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الزواج بقصد التحليل - من غير شرط في العقد - صحيح مع الكراهة عند الشافعية، وتُحلّ به المرأة للأول إذا وطئها الثاني؛ لأن النية بمجردھا في المعاملات غير معتبرة، فوقع الزواج صحيحاً لتوافر شرائط الصحة في العقد، وتحل للأول، كما لو نوى التأقيت وسائر المعاني الفاسدة².

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الزواج بقصد التحليل - ولو بدون شرط في العقد - باطل، وذلك بأن تواطأ العاقدان على شيء مما ذكر قبل العقد، ثم عقد الزواج بذلك القصد، ولا تحل المرأة به لزوجها الأول، عملاً بقاعدة سد الذرائع. ولحديث: لعن الله المحلل والمحلل له³.
سبب الاختلاف:

وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: "لعن الله المحلل..."
الحديث.

فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال: النكاح صحيح، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال: النكاح فاسد⁴.

¹ والمعتبر عند مالك هو قصد الرجل لا قصد المرأة؛ لأنه إذا لم يوافقها على قصدھا لم يكن لقصدھا معنى مع أن الطلاق ليس بيدها. بداية المجتهد: 87/2

² بدائع الصنائع: 187/3؛ الحاوي في فقه الشافعي: 330/10؛ روضة الطالبين: 125/7 قال النووي "ولو تزوج بلا شرط وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها كره وصح العقد وحلت بوطئها". روضة الطالبين: 125/7.

³ التاج والإكليل: 469/3؛ الروض المربع: 341/1؛ الكافي في فقه الإمام المجلل أحمد بن حنبل: 39/3

⁴ بداية المجتهد: 58/2.

مسألة متفرعة عن نكاح المحلل:

هدم طلاقات الزوج الأول بالزوج الثاني

اتفق الفقهاء على أن الزوج الثاني يهدم طلاق الزوج الأول إذا كان ثلاثاً ، واختلفوا في أن الزوج الثاني هل يهدم ما دون الثلاث ؟ وذلك كما إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة ، ثم طلقت منه ، ثم رجعت إلى زوجها الأول .

فذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن) إلى أنه لا يهدم ؛ لأن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع ، فلا يهدم ما دونها .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يهدم ما دون الثلاث، لأنه لما هدم الثلاث فهو أخرى أن يهدم ما دونها ، وبه قال ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي.¹

تفصيل في موضوع هدم الطلاق

هدم الزوج الثاني طلاق الزوج السابق :

سبق الكلام في هذا الموضوع وأعيده هنا بتفصيل آخر :

أ اتفق الفقهاء على أن المطلقة الرجعية إذا راجعها زوجها، والبائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقداً جديداً قبل أن تتزوج بزواج آخر، تعود إليه بما بقي له من الطلاقات الثلاث، واحدة أو اثنتين.

ب . واتفقوا أيضاً على أن الزوج الثاني بعد الطلاق الثلاث، يهدم طلاق الزوج السابق، وتعود إليه بعد العقد الجديد بطلاقات ثلاث؛ لأن الوطاء الثاني يهدم الطلاقات الثلاث؛ لأنه مثبت لحل جديد كامل، ويزول الحل الأول بالطلاق الثلاث.

ج . واختلف الفقهاء في أنه: هل يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث على رأيين:

قال المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية: لا يهدم، يعني إذا تزوجت المطلقة قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول، ثم أعادها الزوج الأول بنكاح جديد، فتعود ببقية الثلاث، لما روي عن كبار الصحابة: عمر وعلي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة، ولأن الوطاء الثاني

¹ شرح الزركشي على مختصر الخرقى: 484/2؛ الموسوعة الفقهية: 254/10؛ الفقه الإسلامي وأدلته: 451/9

لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول، فلا يغير حكم الطلاق، ولأنه تزويج قبل استيفاء الطلقات الثلاث، فأشبهه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف، والإمامية في أشهر الروايتين: إنه يهدم، فتعود إلى الزوج الأول بطلاق ثلاث، كما يهدم ما دون الثلاث؛ لأنه إذا هدم الطلقة الثالثة، فهو أخرى أن يهدم ما دونها؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل، فيثبت حلاً يتسع لثلاث تطليقات، فيتسع لما دونها بالأولى.¹

¹ الفقه الإسلامي وأدلته: 451/9.

المحاضرة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

بيع الثمار قبل بدو صلاحها

بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلَّق أو بعد أن تخلق، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تُزهي أو بعد أن تزهي، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا (أي لا يذكر فيه قطع ولا تبقية) أو بشرط التبقية، أو بشرط القطع.

أما القسم الأول (وهو بيع الثمار قبل أن تخلق) أو بيع الثمار قبل ظهورها فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك؛ لأنها معدومة، وبيع المعدوم غير جائز للغرر؛ ولأنه من باب النهي عن بيع ما لم يُخلَّق، ومن باب بيع السنين والمعومة.
وقد روي عنه - عليه الصلاة والسلام - «أنه نُهي عن بيع السنين¹، وعن بيع المعومة²

¹ النسائي (4627) أبوداود (3376) وغيره عن جابر بن عبد الله أن النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عن بيع السنين ووضع الجوائح.

² أبو داود (3377) وغيره عن جابر بن عبد الله أن النبي -صلى الله عليه وسلم- نهى عن المعومة وقال أحدهما بيع السنين.

وهي بيع الشجر أعواماً¹.

وأما بيعها بعد الصرام: فلا خلاف في جوازه.

وأما بيعها بعد أن تُخلَّت: فأكثر العلماء على جواز ذلك².

فإذا قلنا بقول الجمهور: إنه يجوز قبل الصرام، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهي أو قبل أن تزهي، وذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً، أو بيعاً بشرط القطع، أو بشرط التبقية.

فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع: فلا خلاف في جوازه³

وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية: فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب.

وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً: فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار، فجمهورهم على أنه لا يجوز: مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، والليث، والثوري، وغيرهم. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر⁴.

دليل الجمهور:

حديث ابن عمر «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»، نهى البائع والمشتري⁵ وهذا إطلاق للنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. وعلم من الحديث أن ما بعد الغاية (وهي حتى) بخلاف ما قبل الغاية، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية⁶.

دليل الحنفية:

احتج الحنفية على جواز بيع الثمار مطلقاً قبل أن تُزهي بحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها

¹ إلا ما روي عن عمر بن الخطاب، وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين.

² على تفصيل عندهم، إلا ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام

³ إلا ما روي عن الثوري، وابن أبي ليلى من منع ذلك، وهي رواية ضعيفة.

⁴ اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة: 372/2؛ بداية المجتهد: 149/2؛ الموسوعة الفقهية: 14/15

⁵ البخاري (1487) ومسلم (1534)

⁶ بداية المجتهد: 150/2

المبتاع»¹، قالوا: فلما جاز للمبتاع أن يشترط شراء الثمرة ، جاز بيعها مفردا. وحملوا النهي الوارد عن بيع الثمار قبل أن تُزهي على الندب.²

2- واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال: «كان الناس في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جدَّ الناس³ وحضر تقاضيتهم قال المبتاع: أصاب الدَّمان،⁴ أصابه ما أضر به قشام ومراض⁵ (لعاهاث يذكرونها) ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم: لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها».

وقالوا: إن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله: «حتى يبدو صلاحه» هو ظهور الثمرة بدليل قوله - عليه الصلاة والسلام - : «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»⁶.

فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص (أعني: إذا بيع الثمر مع الأصل) . وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقية، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «أرأيت إن منع الله الثمرة..»⁷ الحديث. ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا.⁸

¹ البخاري(2204) ومسلم(1543)

² بدائع الصنائع:5/139

³ جدَّ الناس : الجداد: صرام النخل ، وهو قطع ثمرتها ، وأخذها من الشجر .

⁴ الدَّمان - بفتح الدال وتخفيف الميم - : عفن يصيب النخل فيسود ثمره

⁵ قشام : القشام : هو أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا.

المراض : داء يقع في الثمرة فتهلك ، يقال: أمرض الرجل : إذا وقع في ماله العاهة .

⁶ اللباب في الجمع بين السنة والكتاب:2/484

⁷ رواه البخاري (2198)

⁸ بداية المجتهد:2/151.

الترجيح :

والذي يظهر راجحا -والعلم عند الله تعالى- هو قول الجمهور الداهيين إلى أنه لا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وذلك لقوة أدلتهم ووجهة رأيهم وصحة استدلالهم بخلاف استدلال الحنفية رحمهم الله ففيه نوع تأويل بعيد. هناك مسائل أخرى لصيقة بهذا المبحث -بيع الثمار قبل بدو صلاحها- يحسن أن أورد بعضها منها:

المستثنى من بيع الثمر قبل بدو صلاحه

بيع الثمار مع الأصل

واستثنى الفقهاء من عدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه ما إذا بيع الثمر مع الأصل، وذلك بأن يبيع الثمرة مع الشجر؛ لأنه إذا بيع مع الأصل دخل تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيه، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع الشاة، والنوى في التمر مع التمر؛ ولأن الثمرة هنا تبع للأصل وهو غير متعرض للعاهة.¹ وأجاز المالكية كذلك بيع الثمر قبل بدو صلاحه إذا ألحق بأصله المبيع، سواء أكان الإلحاق قريباً أم بعيداً.²

بيع الثمار بعد بدو الصلاح:

اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمار بعد بدو صلاحها مطلقاً، وبشرط قطعها، وبشرط إبقائها، لأنه صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فيجوز بعد بدوّه وهو صادق بكل من الأحوال الثلاثة. والفارق أمن العاهة بعد بدو الصلاح غالباً لغلظها وكبر نواها. وقلة تسرع إليه لضعفه فيفوت بتلفه الثمن.³

¹ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: 689/2

² اختلاف الأئمة العلماء: 376/1.

³ التلقين: 147/2

ما المراد ببدو الصلاح:

إن معنى بدو الصلاح مختلف فيه بين الجمهور والحنفية، فبدو الصلاح عند الجمهور هو ظهور مبادئ النضج والحلاوة، بأن يتموه ويلين فيما لا يتلون، وأن يأخذ في الحمرة، أو السواد، أو الصفرة فيما يتلون. وهو عند الحنفية أن تؤمن العاهة والفساد.¹

بيع الثمار المتلاحقة الظهور:

اختلف الفقهاء في جواز بيع الثمار المتلاحقة الظهور:

فذهب الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة إلى عدم الجواز لأن ما لم يظهر منها معدوم، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان، ولعدم القدرة على تسليمه، ثم هي ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها.² واستثنى الشافعية ما لو حصل الاختلاط قبل التحلية فيما يغلب فيه التلاحق والاختلاط، أو فيما يندر فيه، فإنه حينئذ لا يفسخ البيع لبقاء عين المبيع؛ وإمكان تسليمه، ويخير المشتري بين الفسخ والإجازة؛ لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم.³

غير أن المالكية قصرُوا الجواز على الثمار المتتابعة، فيجوز حينئذ بيع سائر البطون يبدو صلاح الأول، أما إذا كانت منفصلة فلا يجوز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً.⁴ والحنفية إنما أجازوا ذلك للضرورة. قالوا: والنبي صلى الله عليه وسلم إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع للمعدوم فحيث تحققت الضرورة هنا أيضاً أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة، فلم يكن مصادماً للنص، فلذا جعلوه من الاستحسان، وما ضاق الأمر إلا اتسع، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية.⁵

ملكية الثمار عند بيع الشجر:

اختلف الفقهاء في الثمار التي تكون على الشجر عند بيعه، هل هي للبائع أم للمشتري.

¹ التلقين: 147/2؛ الحاوي الكبير: 394/5؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي 55/3؛ المبسوط: 195/12؛

² بدائع الصنائع: 139/5؛ رؤوس المسائل الخلافية على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل للعكبري: 556/1

³ نهاية المطلب في دراية المذهب: 120/5

⁴ بداية المجتهد: 204/3

⁵ بدائع الصنائع: 139/5؛ الموسوعة الفقهية: 16/15.

1- فذهب الجمهور إلى التفريق بين أن يكون الثمر مؤبداً أو غير مؤبداً: فقررنا أنه إن كانت الثمرة مؤبدة فهي للبائع، وإن كانت غير مؤبدة فهي للمشتري إلا أن يشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبدة كانت أو غير مؤبدة، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع¹، فإنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة، فيكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حداً، ولا كان ذكر التأبير مفيداً؛ ولأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان.

إلا أن المالكية منعوا أن يشترط البائع الثمر غير المؤبر، وذلك لأن اشتراطه له بمنزلة شرائه له قبل بدو صلاحه بشرط الترك، وهو غير جائز.

واستدل الشافعية والحنابلة لما ذهبوا إليه من جواز اشتراط البائع الثمر غير المؤبر، بأنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم، فصح كما لو باع بستاناً واستثنى نخلة بعينها. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم: نهي عن الثنيا إلا أن تعلم².

ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه وبقوله صلى الله عليه وسلم إلا أن يشترطها المبتاع³.

2- ذهب الحنفية والأوزاعي إلى أنها للبائع إلا أن يشترطها المشتري فتكون له وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع، ولأن هذا نماء له حد، فلم يتبع أصله في البيع كما لا يتبع الزرع في الأرض. ويؤمر البائع بقطع الثمر وإن لم يظهر صلاحه إذا لم يشترطه المشتري، وتسليم الشجر عند وجوب تسليمه؛ لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فيجبر على تسليمه فارغاً⁴.

3- وقال ابن أبي ليلى: هي للمشتري وذلك لأنها متصلة بالأصل اتصال خلة، فكانت تابعة له كالأغصان⁵.

¹ رواه البخاري (2379)

² أحمد وأبو داود (3405) والنسائي (3880) وغيرهما

³ الكافي: 2/688؛ الأم: 3/41؛ الكافي في فقه أحمد: 2/40

⁴ بدائع الصنائع: 5/164

⁵ المغني: 6/131

أما الشجر الذي أبر بعضه دون بعض فاختلّفوا فيه فقليل كله للبائع، وقيل ما أبر للبائع، وما لم يؤبر فللمشتري، وقيل ما أبر نصفه وما قاربه، كان لكل حكمه، وإن كان المؤبر الأكثر فالحكم تابع للأكثر.¹

¹ الموسوعة الفقهية: 17/15

المحاضرة الثامنة

بسم الله الرحمن الرحيم

علة الربا

تعريف الربا:

الربا في اللغة: الزيادة، قال الله تعالى: {فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت} [الحج:22/5] أي زادت ونمت، وقال سبحانه: {أن تكون أمة هي أربى من أمة} [النحل:16] أي أكثر عدداً، يقال: (أربى فلان على فلان) أي زاد عليه. ويقال ربا المال: إذا زاد ونما¹.
اصطلاحاً: الزيادة في أشياء مخصوصة. وهذا تعريف الحنابلة.²

وعرّفه في الكنز عند الحنفية بأنه: فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال. ويقصد به فضل مال ولو حكماً، فيشمل التعريف حينئذ ربا النسيئة والبيوع الفاسدة، باعتبار أن الأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض مادي محسوس، والأجل يبذل بسببه عادة عوض زائد³.

تحريم الربا:

الربا محرم بالقرآن والسنة والإجماع.

أما القرآن: فقوله تعالى: {وأحلّ الله البيع وحرم الربا} [البقرة:275]

{الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس} [البقرة:275]
{يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين. فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تُظلمون} [البقرة:278-279].

وأما السنة:

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، وذكر منها أكل الربا»⁴

¹ مختار الصحاح: 267/1

² المغني: 51/6

³ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي للزبيعي: 85/4

⁴ رواه البخاري (2766)

2- عن جابر قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال هم سواء.¹

3- عن ابن عباس مرفوعاً " درهم ربا أشد عند الله من ستة وثلاثين زنية، ومن نبت لحمه من سحت فالنار أولى به ".²

أقسام الربا:

وقد اختلفوا في عدد أنواعه : فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه نوعان :

ربا الفضل ويسمى (ربا البيع) وربا النسيئة.

1- ربا الفضل:

وهو الذي يكون في الأعيان الربوية، والذي عني الفقهاء بتعريفه وتفصيل أحكامه في البيوع، وربا الفضل يكون بالتفاضل في الجنس الواحد من أموال الربا إذا بيع بعضه ببعض، كبيع درهم بدرهمين نقداً ، أو بيع صاع قمح بصاعين من القمح ، ونحو ذلك.

ويسمى ربا الفضل لفضل أحد العوضين على الآخر، وإطلاق التفاضل على الفضل من باب المجاز ، فإن الفضل في أحد الجانبين دون الآخر.

ويسمى (ربا الفضل) ربا النقد في مقابلة ربا النسيئة.

2- ربا النسيئة: وهو الزيادة في الدين نظير الأجل أو الزيادة فيه، وسمي هذا النوع من الربا ربا النسيئة من أنسأته الدين: أخرته - لأن الزيادة فيه مقابل الأجل أيا كان سبب الدين بيعاً كان أو قرضاً .

وسمي ربا النسيئة ربا القرآن؛ لأنه حرم بالقرآن الكريم في قول الله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة } [آل عمران: 130] .

ثم أكدت السنة النبوية تحريمه في خطبة الوداع وفي أحاديث أخرى . ثم انعقد إجماع المسلمين على تحريمه . وسمي كذلك ربا الجاهلية؛ لأن تعامل أهل الجاهلية بالربا لم يكن إلا به .

والربا الذي كانت العرب تعرفه وتفعله إنما كان قرض الدراهم والدنانير إلى أجل بزيادة

¹ رواه مسلم (1598) وأحمد وأبو داود

² رواه أحمد (21957) وغيره

على مقدار ما استقرض على ما يتراضون به.¹

وسمي أيضا الربا الجلي، قال ابن القيم: الجلي: ربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاده في المال حتى تصير المائة عنده آلاف مؤلفة.²

ويسمى ربا الفضل الربا الخفي، قال ابن القيم: الربا نوعان: جلي وخفي، فالجلي حرم، لما فيه من الضرر العظيم، والخفي حرم، لأنه ذريعة إلى الجلي، فتحریم الأول قصدا، وتحریم الثاني لأنه وسيلة، فأما الجلي فربا النسيئة وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية.

وأما ربا الفضل فتحریمه من باب سد الذرائع كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبعوا الدرهم بالدرهمين فإنني أخاف عليكم الرماء".³

والرماء هو الربا، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، وذلك أنهم إذا باعوا درهما بدرهمين - ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين - إما في الجودة، وإما في السكة، وإما في الثقل والخفة، وغير ذلك - تدرجوا بالريح المعجل فيها إلى الريح المؤخر وهو عين ربا النسيئة، وهذا ذريعة قريبة جدا، فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة، وهي تسد عليهم باب المفسدة.⁴

الأجناس المنصوص على تحريم الربا فيها

الأجناس التي نُصَّ على تحريم الربا فيها ستة وهي: الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، وقد ورد النص عليها في أحاديث كثيرة، من أتمها حديث عبادة بن الصامت السابق.

¹ عقد الجواهر الثمينة: 296/2؛ المجموع شرح المذهب: 26/10.

² أعلام الموقعين: 154/2.

³ رواه مالك في الموطأ (2337) وغيره.

⁴ أسنى المطالب في شرح روض الطالب: 21/2؛ الموسوعة الفقهية: 58/22

قال القرطبي : أجمع العلماء على القول بمقتضى هذه السنة ، وعليها جماعة فقهاء المسلمين، إلا في البر والشعير فإن مالكا جعلهما صنفا واحدا ، فلا يجوز منهما اثنان بواحد، وهو قول الليث والأوزاعي ومعظم علماء المدينة والشام ، وأضاف مالك إليهما السلت.¹

واتفق أكثر أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد، ولا يجري في الجنسين ولو تقاربا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد.

وخالف سعيد بن جبير فقال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، كالحنطة بالشعير، والتمر بالزبيب، لأنهما يتقارب نفعهما فجزيا مجرى نوعي الجنس الواحد.²

هل الربا قاصر على الأجناس الستة أو يتعداها إلى غيرها:

اختلف الفقهاء فيما سوى الأجناس الستة المنصوص عليها في حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وفي غيره من الأحاديث، هل يحرم الربا فيها كما يحرم في هذه الأجناس الستة أم لا يحرم ؟

فذهب عامة أهل العلم إلى أن تحريم الربا لا يقتصر على الأجناس الستة، بل يتعدى إلى ما في معناها، وهو ما وجدت فيه العلة التي هي سبب التحريم في الأجناس المذكورة في الحديث؛ لأن ثبوت الربا فيها بعلة، فيثبت في كل ما وجدت فيه العلة التي هي سبب التحريم؛ ولأن القياس دليل شرعي، فتستخرج علة الحكم ويثبت في كل موضع وجدت علة فيه .

واستدلوا بأن مالك بن أنس وإسحاق بن إبراهيم الحنظلي روايا حديث تحريم الربا في الأعيان الستة وفي آخره " وكذلك كل ما يكال ويوزن " فهو تنصيص على تعدية الحكم إلى سائر الأموال، وفي حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

¹ الجامع لأحكام القرآن:3/349

² المغني:6/54

لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخشى عليكم الرما (أي الربا)¹ ، ولم يرد به عين الصاع وإنما أراد به ما يدخل تحت الصاع، كما يقال خذ هذا الصاع أي ما فيه، ووهبت لفلان صاعا أي من الطعام .

وفي حديث أبي هريرة وأبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا ، والله ، يا رسول الله ، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعلوا ، ولكن مثلا بمثل، أو يبعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا ، وكذلك الميزان.² يعني ما يوزن بالميزان.

- فتبين بهذه الآثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الأشياء الستة إلى غيرها .

وكذلك فإنه ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء، ولكن ذكر حكم الربا في الأشياء الستة .

وفائدة تخصيص هذه الأجناس الستة بالذكر في الحديث أن عامة المعاملات يومئذ كانت بها على ما جاء في الحديث : كنا في المدينة نبيع الأوساق ونباعها، والمراد به ما يدخل تحت الوسق مما تكثر الحاجة إليه وهي الأجناس المذكورة .

وحكي عن طاوس ومسروق والشعبي وقتادة وعثمان البتي ونفاة القياس أنهم قصرُوا التحريم على الأجناس المنصوص على تحريم الربا فيها، وقالوا إن التحريم لا يجري في غيرها بل إنه على أصل الإباحة، ومما احتجوا به:

أن الشارع خصَّ من المكيلات والمطعومات والأقوات أربعة أشياء ، فلو كان الحكم ثابتا في كل المكيلات أو في كل المطعومات لقال : لا تبيعوا المكيل بالمكيل متفاضلا أو : لا

¹ عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الرما والرما هو الربا فقام إليه رجل فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل قال لا بأس إذا كان يدا بيد. رواه أحمد(5885) وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف

² رواه البخاري (2201) بلفظ مقارب عن أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر، فجاءهم بتمر جنيب، فقال: «أكل تمر خيبر هكذا» ، فقال: إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: «لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيبا» ، وقال في الميزان مثل ذلك. ورواه مسلم (1593).

تبيعوا المطعوم بالمطعوم متفاضلا ، فإن هذا الكلام يكون أشد اختصارا وأكثر فائدة ، فلما لم يقل ذلك وعدَّ الأربعة علمنا أن حكم الحرمة مقصور عليها. وأن التعدية من محل النص إلى غير محل النص لا تمكن إلا بواسطة تعليل الحكم في مورد النص وهو عند نفاة القياس غير جائز.¹

علة تحريم الربا في الأجناس المنصوص عليها

اتفق عامة الفقهاء على أن تحريم الربا في الأجناس المنصوص عليها إنما هو لعلة، وأن الحكم بالتحريم يتعدى إلى ما تثبت فيه هذه العلة، وأن علة الذهب والفضة واحدة، وعلة الأجناس الأربعة الأخرى واحدة . . ثم اختلفوا في تلك العلة.

فقال الحنفية:

العلة: الجنس والقدر، وقد عرف الجنس بقوله صلى الله عليه وسلم: الذهب بالذهب، والحنطة بالحنطة². وعرف القدر بقوله صلى الله عليه وسلم: مثلا بمثل، ويعني بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "وكذلك كل ما يكال ويوزن" ، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تبيعوا الصاع بالصاعين"³، وهذا عام في كل مكيل سواء أكان مطعوما أم لم يكن.

ولأن الحكم متعلق بالكيل والوزن (أي عند الحنفية) أو؛ لأن التساوي حقيقة لا يعرف إلا بهما، وجعل العلة ما هو متعلق الحكم إجماعا أو هو معرّف للتساوي حقيقةً، أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه ولا يعرف التساوي حقيقة فيه؛ ولأن التساوي والمماثلة شرط لقوله صلى الله عليه وسلم مثلا بمثل، وفي بعض الروايات سواء بسواء أو صيانة لأموال الناس، والمماثلة بالصورة والمعنى أتم، وذلك فيما ذكر؛ لأن الكيل والوزن يوجب المماثلة صورة، والجنس يوجبها معنى، فكان أولى⁴.

¹ المجموع شرح المهذب: 400/9؛ الحاوي الكبير: 154/5؛ المبسوط: 112/12؛ الموسوعة الفقهية: 63/22

² رواه مسلم (1588) من حديث عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه.

³ سبق

⁴ المبسوط: 112/12

وقال المالكية:

علة الربا في النقود مختلف فيها، فقيل: غلبة الثمنية، وقيل: مطلق الثمنية، وإنما كانت علة الربا في النقود ما ذكر؛ لأنه لو لم يمنع الربا فيها لأدّى ذلك إلى قتلها فينتزّر الناس.

وعلة ربا الفضل في الطعام الاقتيات والادخار، وهو المشهور وقول الأكثر والمعول عليه¹. وإنما كان الاقتيات والادخار علة حرمة الربا في الطعام لخرن الناس له (أي الطعام) حرصا على طلب وفور الربح فيه لشدة الحاجة إليه.

وعلة ربا النساء مجرد الطعم على وجه التداوي، فتدخل الفاكهة والخضر كبطيخ وقثاء ونحو ذلك.²

وذهب الشافعية: إلى أن العلة في تحريم الربا في الذهب والفضة كونهما جنس الأثمان غالبا³، ويعبر عنها بجنسية الأثمان غالبا أو بجوهرية الأثمان غالبا، وهذه علة قاصرة على الذهب والفضة لا تتعداهما إذ لا توجد في غيرهما⁴.

قال الماوردي: ومن أصحابنا من يقول: العلة كونهما قيم المتلفات، ومن أصحابنا من جمعهما، قال: وكله قريب.

¹ والاقتيات معناه قيام بنية الآدمي به - أي حفظها وصيانتها - بحيث لا تفسد بالاعتصار عليه، وفي معنى الاقتيات إصلاح القوت كملح وتوابل، ومعنى الادخار عدم فساده بالتأخير إلى الأجل المبتغى منه عادة، ولا حد له على ظاهر المذهب بل هو في كل شيء بحسبه، فالمرجع فيه للعرف، ولا بد من أن يكون الادخار معتادا، ولا عبرة بالادخار لا على وجه العادة.

² مواهب الجليل: 197/6 وما بعدها.

³ كما نقل الماوردي عن الشافعي

⁴ ومعنى كون العلة قاصرة على الذهب والفضة أن تحريم الربا فيهما ليس لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال؛ لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيات وغيرهما من الأموال دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما وهو أنهما من جنس الأثمان.

وذكر لفظ "غالبا" في بيان علة تحريم الربا في الذهب والفضة للاحتراز من الفلوس إذا راجت رواج النقود، فإنها وإن كانت ثمنا في بعض البلاد فليست من جنس الأثمان غالبا، ويدخل فيما يجري فيه الربا الأواني والتبر ونحوهما من الذهب والفضة.

والعلة في تحريم الربا في الأجناس الأربعة وهي البر والشعير والتمر والملح أنها مطعومة ، وهذا قول الشافعي في الجديد ، والدليل ما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الطعام بالطعام مثلا بمثل فقد علق الحكم بالطعام الذي هو بمعنى المطعوم ، والمعلق بالمشتق معلل بما منه الاشتقاق كالقطع والجلد المعلقين بالسارق والزاني. ولأن الحب ما دام مطعوما يحرم فيه الربا ، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم فيه الربا، فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا ، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما، فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم.¹

العلة عند الحنابلة:

روي عن أحمد بن حنبل في علة تحريم الربا في الأجناس الستة ثلاث روايات:

أشهرها أن علة الربا في الذهب والفضة كونهما موزونين جنس.

وفي الأجناس الباقية كونها مكيلات جنس، فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ولو كان يسيرا لا يتأتى كيله كتمر بتمر أو تمر بتمرتين لعدم العلم بتساويهما في الكيل، ولا يتأتى وزنه كما دون الأرز من الذهب أو الفضة ونحوهما ، مطعوما كان المكيل أو الموزون أو غير مطعوم، ولا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات من التفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ونحوها، فيجوز بيع بيضة وخيارة وبطيخة بمثلها، نص عليه أحمد لأنه ليس مكيلا ولا موزونا.²

أثر الربا في العقود:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد الذي يخالطه الربا مفسوخ لا يجوز بحال، وأن من أربى ينقض عقده ويرد فعله وإن كان جاهلا؛ لأنه فعل ما حرمه الشارع ونهى عنه، والنهي

¹ المجموع: 395/9 والمراد بالمطعوم ما قصد لطعم الأدمي غالبا ، بأن يكون أظهر مقاصده الطعم وإن لم يؤكل إلا نادرا ، والطعم يكون اقتياتا أو تفكها أو تداويا ، والثلاثة تؤخذ من حديث الأجناس الستة ، فإنه نص فيه على البر والشعير والمقصود منهما التقوت ، فألحق بهما ما في معناهما كالأرز والذرة، ونص فيه على التمر والمقصود منه التفكه والتأدم ، فألحق به ما في معناه كالتين والزبيب، ونص فيه على الملح والمقصود منه الإصلاح، فألحق به ما في معناه كالمصطكى والسقمونيا والزنجبيل ، ولا فرق بين ما يصلح الغذاء وما يصلح البدن ، فالأغذية لحفظ الصحة والأدوية لرد الصحة. أسنى المطالب في شرح روض الطالب: 22/2

² الكافي: 32/2

يقتضي التحريم والفساد، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد، ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: جاء بلال - رضي الله عنه - بتمر برني، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أين هذا؟ فقال بلال: من تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه عليه وسلم عند ذلك: أَوْه¹ عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به².

فقوله صلى الله عليه وسلم: أوه عين الربا أي هو الربا المحرم نفسه لا ما يشبهه، وقوله: فهو رد يدل على وجوب فسخ صفقة الربا وأنها لا تصح بوجه.

وروى مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا: ربا العباس بن عبد المطلب، فإنه موضوع كله.³
وقال عنه النووي في شرح مسلم قوله: المراد بالوضع الرد والإبطال⁴.

وفصل ابن رشد فقال: من باع يبيعا أربى فيه غير مستحل للربا فعليه العقوبة الموجعة إن لم يعذر بجهل، ويفسخ البيع ما كان قائما، والحجة في ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر السعدين أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا، أو كل أربعة بثلاثة عينا، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم: أربيتما فردا.⁵
فإن فات البيع فليس له إلا رأس ماله قبض الربا أو لم يقبضه، فإن كان قبضه رده إلى صاحبه، وكذلك من أربى ثم تاب فليس له إلا رأس ماله، وما قبض من الربا وجب عليه أن يرده إلى من قبضه منه، وأما من أسلم وله ربا، فإن كان قبضه فهو له؛ لقول الله عز وجل: { فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف } [البقرة] ولقول رسول الله صلى الله عليه

¹ هي كلمة توجع وتخزن ومعنى عين الربا أنه حقيقة الربا المحرم، وفي هذه الكلمة لغات الفصيحة المشهورة في الروايات أوه بهمزة مفتوحة وواو مفتوحة مشددة وهاء ساكنة ويقال بنصب الهاء منونة ويقال أوه باسكان الواو وكسر الهاء منونة وغير منونة ويقال أو بتشديد الواو مكسورة منونة بلا هاء ويقال آه بمد الهمزة وتونين الهاء ساكنة. النووي على مسلم 22/11:

² رواه البخاري (2312) ومسلم (1594)

³

⁴ النووي على مسلم: 183/8.

⁵ جاء مثل هذا الكلام عند ابن رشد في البيان والتحصيل: 194/18.

وسلم : من أسلم على شيء فهو له¹ وأما إن كان لم يقبض الربا فلا يحل له أن يأخذه وهو موضوع عن الذي هو عليه ، ولا خلاف في هذا أعلمه .

وقال الحنفية : اشترط الربا في البيع مفسد للبيع ، لكنهم يفرقون في المعاملات بين الفاسد والباطل ، فيملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض ، ولا يملك في البيع الباطل بالقبض ، يقول ابن عابدين : الفساد والبطلان في العبادات سيان ، أما في المعاملات فإن لم يترتب أثر المعاملة عليها فهو البطلان ، وإن ترتب فإن كان مطلوب التفاسخ شرعا فهو الفساد ، وإلا فهو الصحة .

والبيع الربوي عند الحنفية من البيوع الفاسدة ، وحكم البيع الفاسد عندهم أن العوض يملك بالقبض ويجب رده لو قائما ، ورد مثله أو قيمته لو مستهلكا ، وعليه فإنه يجب رد الزيادة الربوية لو قائمة ، لا رد ضمائها ، قال ابن عابدين : وحاصله أن فيه حقين ، حق العبد وهو رد عينه لو قائما ومثله لو هالكا ، وحق الشرع وهو رد عينه لنقض العقد المنهي عنه شرعا ، وبعد الاستهلاك لا يتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد ، ثم إن رد عينه لو قائما فيما لو وقع العقد على الزائد ، أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانقا هبة منه فإنه لا يفسد العقد .

شروط مبادلة الأموال الربوية مع بعضها أو مع غيرها :

إذا حدث تبادل الأموال الربوية ببعضها، فقد يحرم التبادل وقد يحل. فيحل التبادل عند اتحاد الجنس كذهب بذهب وفضة بفضة وحنطة بحنطة وذرة بذرة إذا توافرت شروط ثلاثة:

1 - التماثل في البدلين كيلاً في المكيالات، ووزناً في الموزونات، وعدداً في المعددوات، فمن باع مد حنطة بمد حنطة، ورطل تفاح برطل تفاح، وخمس جوزات بخمس، جاز البيع. والمعتبر في التماثل: التساوي بأداة البيع: الكيل في المكيالات، والوزن في الموزونات. ووقت التماثل فيما يمر بدور الرطوبة والجفاف: هو وقت الجفاف، فلا يباع الرطب بالرطب ولا الرطب بالتمر، ويراعى زمن الجفاف.

2 - الحلول: ألا يؤجل تسليم أحد البدلين عن مجلس العقد، أي لا يذكر الأجل في العقد.

¹ السنن الكبرى للبيهقي (18722)

- 3 - التقابض: بأن يتم قبض كلا البديلين في مجلس العقد قبل تفرق العاقدين بأبداهما. واشتراط هذه الشروط من الأحاديث السابقة: «مثلاً بمثل» فيه شرط التماثل، و «يداً بيد» «هَاء بهاء» يدلان على اشتراط الحلول والتقابض. ويجرم التبادل إذا لم يتوافر أحد هذه الشروط. ويجل التبادل عند اختلاف الجنس واتحاد العلة كذهب بفضة وحنطة بشعير بشرطين:
- 1 - الحلول: بأن يكون العقد حالاً لا تأجيل فيه.
- 2 - التقابض: بأن يتم ذلك في مجلس العقد.
- ولا يشترط التماثل، للحدِيث المتقدم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد» . ويجرم التبادل إذا اختلف أحد الشرطين السابقين.

المحاضرة التاسعة

بسم الله الرحمن الرحيم

التسعير

معنى التسعير:

لغة: يقال: أسعَر أهلُ السوق وسَعَّرُوا: إذا اتَّفَقوا على سِعْر وهو من سَعَّر النار إذا رفعها لأن السَعْر يوصف بالارتفاع. كان صلى الله عليه وآله وسلم يقول في التَّلْبِيَّة: لَبَّيْكَ وَسَعْدِيكَ قال أبو عمرو الجَزْمِيُّ: معناه إجابةً ومساعدةً والمساعدة: المطاوعة كأنه قال: أجيئك إجابةً وأطيعك طاعة¹.

جاء في المصباح:

يقال سَعَّرْتُ الشيء (تَسْعِيرًا) جعلت له (سِعْرًا) معلوماً ينتهي إليه و (أَسَعَّرْتُهُ) بالألف لغة، وله (سِعْرٌ) إذا زادت قيمته وليس له (سِعْرٌ) إذا أفرط رخصه والجمع (أَسْعَارٌ) مثل حمل و أحمال².

اصطلاحاً: والتسعير في الاصطلاح: تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً، وإجبارهم على التبايع بما قدره³.

وقال ابن عرفة: حد التسعير: تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم⁴.

وقال الشوكاني: التسعير أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان إلا لمصلحة⁵.

الألفاظ ذات الصلة:

¹ الفائق في غريب الحديث: 179/2 محمود بن عمر الزنجشري

² المصباح المنير مادة سعر

³ مطالب أولى النهى في شرح عاية المنتهى: 62/3؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 268/2 د. محمود عبد

الرحمن عبد المنعم، مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر؛ الموسوعة الفقهية: 44/39

⁴ شرح حدود ابن عرفة: 258/1

⁵ نيل الأوطار: 279/5

1- الاحتكار:

- الاحتكار لغة: من الحكر، وهو الظلم والالتواء والعسر وسوء المعاشرة، واحتكار الطعام: حبسه تربصاً لغلائه، والحكرة: اسم من الاحتكار.
وفي الاصطلاح: اختلفت تعريفات الفقهاء فيه، بناء على القيود التي وضعها كل مذهب وترجع كلها إلى حبس السلع انتظاراً لارتفاع أثمانها.
فالاحتكار مبين للتسعير. إلا أن وجود الاحتكار مما يستدعي التسعير لمقاومة الغلاء.

2- التثمين:

- التثمين: مصدر تثمّن الشيء أي: جعلت له ثمناً بالحدس والتخمين.

3- التقيوم

- تقيوم الشيء: أن يجعل له قيمة معلومة.¹

الحكم التكليفي للتسعير

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الأصل في التسعير هو الحرمة.

أما جواز التسعير فمقيّد عندهم بشروط معينة يأتي بيانها

واستدلوا لإثبات الحرمة بالمنقول من الكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن

تكون تجارة عن تراض منكم)) [النساء: 29-30]

فاشترطت الآية التراضي، والتسعير لا يتحقق به التراضي؛ لأن صاحب السلعة يكون

مجبراً على بيع سلعته بثمن معين محدد، وقد لا يكون راضياً به. والناس مسلطون على أموالهم،

والتصرف على الرعية منوط بالمصلحة، وليس نظر ولي الأمر في مصلحة المشتري بأولى بالنظر

في مصلحة المشتري.²

وأما السنة :

¹ الموسوعة الفقهية: 302/11

² عون المعبود شرح سنن أبي داود: 230/9

1-فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، وإذا سعرنا على البائع نكون قد أخذنا منه ماله دون رضا نفس منه.

2- عن أبي هريرة: أن رجلا جاء، فقال: يا رسول الله، سعر، فقال: «بَلْ أَدْعُو» ثم جاءه رجل، فقال: يا رسول الله، سعر، فقال: «بل الله يخفض ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة»¹

3- بما روى أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يا رسول الله : غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال.
والدلالة من وجهين:

1 - أنه صلى الله عليه وسلم لم يسعر ، وقد سأله ذلك ، ولو جاز لأجابه إليه، وقد كان سؤالهم النبي صلى الله عليه وسلم في وقت غلاء السعر، وهو الحال المقتضي لفرض التسعير على الباعة.

2 - أنه علل بكونه مظلمة والظلم أشد الحرام، ولأنه ماله ، فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعة عليه .

وبما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه مر بحاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه وهو يبيع زيبا له في السوق ، فقال له : إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا ، فلما رجع عمر حاسب نفسه ، ثم أتى حاطبا في داره ، فقال له : إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع.²

¹ راه أبو داود3/270 رقم (3451) والترمذي 295/2 رقم (1314) وقال الترمذي حديث حسن صحيح

² رواه مالك الموطأ رقم (399) والبيهقي في السنن الكبرى(11146)

الاستدلال من المعقول

قال ابن قدامة :

"قال بعض أصحابنا : التسعير سبب الغلاء ، لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا بسلعهم بلدا يُكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ، ويكتمها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها ، فلا يجدونها إلا قليلا ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها ، فتغلوا الأسعار ، ويحصل الإضرار بالجانبين ، جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه ، فيكون حراما"¹.

مذهب المجيزين:

وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري في التسعير على الناس من طرف الإمام ، وروى أشهب عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل ، ولحم الإبل نصف رطل ، وإلا خرجوا من السوق قال إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به ، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق.

ووجه هذا القول ما يجب من النظر في مصالح العامة ، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم ، ولا يجبر الناس على البيع ، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ، ولا يمنع البائع رجاء ، ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس .

صفة التسعير:

قال ابن حبيب : ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسألهم كيف يشترون ، وكيف يبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم ، وللعامه سداد حتى يرضوا به قال : ولا يجبرون على التسعير ، ولكن عن رضا ، وعلى هذا أجازته من أجازته ، ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين ، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من

¹المغني:6/312

غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار ، وإخفاء الأوقات ، وإتلاف أموال الناس.¹

تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به:

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس فإذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع. فإن زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع؛ لأن ما باع به من الزيادة ليس السعر المتفق عليه ، ولا بما تقام به المبيعات ، وإنما يراعى في ذلك حال الجمهور ، ومعظم الناس ، وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا يقام الناس لخمسة قال القاضي أبو الوليد ، وعندني أنه يجب أن ينظر في ذلك إلى قدر الأسواق.²

مسألة: من يسعر عليه ومن لا يسعر عليه؟ (أو هل التسعير يختص بفئة من البائعين أو هو عام لكل الفئات؟)³

1- من يسعر عليهم هم أهل الأسواق.

2- وأما من لا يسعر عليهم فهم:

أولاً: الجالب:

ذهب الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية، وهو قول لدى الشافعية أيضاً إلى: أن الجالب لا يسعر عليه إلا إذا خيف الهلاك على الناس، فيؤمر الجالب أن يبيع طعامه من غير رضاه،

¹ المنتقى: 424/3؛

² المنتقى شرح الموطأ: 17/5

³ لا خلاف في أن ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه، وأما الجالب ففي كتاب محمد لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس ، وقال ابن حبيب لا يبيعون ما عدا القمح والشعير إلا بمثل سعر الناس ، وإلا رفعوا كأهل الأسواق وجه ما في كتاب محمد أن الجالب يسامح ، ويُستدام أمره ليكثر ما يجلبه مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد ، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه فرما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة ، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم ، ولا يقدر على العدول بما عندهم في الأغلب ، ولهذا فرقنا بينهما في الحكرة وقت الضرورة ، ووجه ما قاله ابن حبيب أن هذا بائع في السوق فلم يكن له أن يحط عن سعره ؛ لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد قال فأما جالب القمح والشعير فقال ابن حبيب يبيع كيف شاء إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق ، وإن أرخص بعضهم تركوا إن قل من حط السعر ، وإن كثر المرخصون قيل لمن بقي إما أن تبيع كبيعهم، وإما أن ترفع. المنتقى شرح الموطأ: 19/5

وروي أيضا عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله
عدم جواز التسعير على الجالب.

وقال ابن حبيب من المالكية يسعر عليه فيما عدا القمح والشعير، وأما جالبهما فيبيع كيف
شاء.¹

وكذلك جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق
من الجالبيين، فهذا أيضا لا يسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير، ولكنه إذا استقر أمر أهل
السوق على سعر قيل له: إما أن تلحق به، وإلا فاخرج.

ثانيا: المحتكر:

مذهب الحنفية أنه لا يسعر على المحتكر بل يؤمر بإخراج طعامه إلى السوق، ويبيع ما
فضل عن قوت سنة لعياله كيف شاء، ولا يسعر عليه، سواء أكانوا تجارا، أم زراعا لأنفسهم.
وقال محمد بن الحسن: يجبر المحتكر على بيع ما احتكر ولا يسعر عليه، ويقال له: بع
كما يبيع الناس، وبزيادة يتغابن في مثلها، ولا أتركه يبيع بأكثر.²

ثالثا: من يبيع في غير دكان:

لا يسعر على من يبيع في غير دكان ولا حانوت يعرض للخاص والعام، ولا على
بائع الفواكه والذبائح وجميع أهل الحرف والصنائع، والمتسببين من حمال ودلال وسمسار
وغيرهم، ولكنه ينبغي للوالي أن يقبض من أهل كل صنعة ضامنا أمينا، وثقة، وعارفا بصنعته
خبيرا بالجيد والرديء من حرفته يحفظ لجماعته ما يجب أن يحفظ من أمورهم، ويجري أمورهم
على ما يجب أن تجري، ولا يخرجون عن العادة فيما جرت فيه العادة في صنعتهم.³

مسألة: هل التسعير لكل المبيعات أو لمبيع دون آخر

أما ما يختص به ذلك من المبيعات فقال ابن حبيب إن ذلك في المكيل والموزون
مأكولا كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التي لا تكال، ولا توزن، ووجه ذلك أن
المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وغير

¹ المنتقى شرح الموطأ: 19/5

² البناية شرح الهداية: 219/12

³ كتاب التيسير في أحكام التسعير ص 55، 56. بواسطة الموسوعة الفقهية: 309/11

المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل ، وإنما يرجع فيه إلى القيمة ، ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد، وهذا إذا كان المكيل والموزون متساويا في الجودة فإذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد أن يبيعه بمثل سعر ما هو أدون ؛ لأن الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار.¹

شروط جواز التسعير:

تقدم أن الأصل منع التسعير، ومنع تدخل ولي الأمر في أسعار السلع، إلا أن هناك حالات يكون للحاكم بمقتضاها حق التدخل بالتسعير، أو يجب عليه التدخل على اختلاف الأقوال.

وهذه الحالات هي:

1- تعدي أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا:

وفي هذه الحالة صرح فقهاء الحنفية بأنه يجوز للحاكم أن يسعر على الناس إن تعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا، وعجز عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، وذلك بعد مشورة أهل الرأي والبصيرة، وهو المختار، وبه يفتى؛ لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع، ودفع الضرر عن العامة. والتعدي الفاحش كما عرفه الزيلعي وغيره هو البيع بضعف القيمة.²

2- حاجة الناس إلى السلعة:

وفي هذا المعنى قال الحنفية: لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس، إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة، كما اشترط المالكية وجود مصلحة فيه، ونسب إلى الشافعي مثل هذا المعنى.

وكذا إذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد، فعلى أهل السلاح بيعه بعوض المثل، ولا يمكنون من أن يجبسوا السلاح حتى يتسلط العدو، أو يبذل لهم من الأموال ما يختارون. ويقول ابن تيمية: إن لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه، والناس في مخمصة، فإنه يجبر على بيعه

¹ المنتقى شرح الموطأ: 18/5

² تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي للزيلعي الحنفي: 28/6

للناس بقيمة المثل. ولهذا قال الفقهاء: من اضطر إلى طعام الغير أخذه منه بغير اختياره بقيمة مثله، ولو امتنع من بيعه إلا بأكثر من سعره لم يستحق إلا سعره.¹

والأصل في ذلك حديث العتق، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: من أعتق شركا له في عبد، فكان له من المال يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق.

ويقول ابن القيم: إن هذا الذي أمر به النبي " صلى الله عليه وسلم من تقويم الجميع (أي جميع العبد) قيمة المثل هو حقيقة التسعير، فإذا كان الشارع يوجب إخراج الشيء عن ملك مالكه بعوض المثل لمصلحة تكميل العتق، ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم، مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره²

¹ الحسبة في الإسلام: 21/1 لابن تيمية

² الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: 375/1

المحاضرة العاشرة

بسم الله الرحمن الرحيم

شفعة الجار

تعريف الشفعة:

في اللغة مشتقة من الشفع، وهو الزوج كذا قيل؛ لأن فيها أخذاً وضماً لحصة أخرى شفعتة، وقيل من الزيادة قال الله تعالى: (من يشفع شفاعة حسنة) [النساء: 85]

أي من يزدد عملاً صالحاً إلى عمله، وقيل من الشفاعة لأنه يستشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه، وقيل بل كانوا في الجاهلية إذا باع أحدهم حصته أو أصله أتى المجاور شافعاً إلى المشتري ليوليه إياه، وقيل من الإعانة¹.

وأما في عرف الشرع فهو أخص منها في اللغة وهي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه²

وقيل: انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى³. وقيل: تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه. أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض⁴.

الألفاظ ذات الصلة :

1- البيع الجبري: وهو في اصطلاح الفقهاء: البيع الحاصل من مكره بحق، أو البيع عليه نيابة عنه، لإيفاء حق وجب عليه، أو لدفع ضرر، أو لتحقيق مصلحة عامة. فالبيع الجبري أعم من الشفعة.

¹ مختار الصحاح: مادة (شفع)؛ الكليات: 536/1

² شرح حدود ابن عرفة 356/1

³ نيل الأوطار: 396/5

⁴ دستور العلماء (جامع العلوم في اصطلاحات الفنون): 159/2

2- التولية :

وهي في الاصطلاح: بيع ما ملكه بمثل ما قام عليه ، وكل من يبيع التولية والشفعة يبيع بمثل ما اشترى ويختلفان من وجوه أخرى.¹

الحكم التكليفي :

الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع، ولصاحبه المطالبة به أو تركه، لكن قال الشيراملسي - من الشافعية - إن ترتب على ترك الشفعة معصية - كأن يكون المشتري مشهورا بالفسق والفجور - فينبغي أن يكون الأخذ بها مستحبا بل واجبا إن تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور.²

حكمة مشروعية 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:

1- بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه.

2 - بالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك.

فإذا أراد يبيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي، ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد . كما قال ابن القيم.³

وحكمة مشروعية الشفعة كما ذكر الشافعية، دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث

المرافق وغيرها كمصعد وبالوعة في الحصة الصائرة إليه ، وقيل ضرر سوء المشاركة.

¹ الموسوعة الفقهية 136/26

² الموسوعة الفقهية 136/26

³ أعلام الموقعين: 139/2

تحرير موضع النزاع:

مسألتنا تتعلق بالركن الأول من الشفعة وهو الشافع وهل تكون الشفعة لكل جار أم تكون للجار المقاسم فقط.

لم يختلف العلماء في مشروعيتها، والأخذ بها إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها لما فيها من الأحاديث الثابتة التي تأتي.

كما اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع ما دام لم يقاسم .

ولكنهم اختلفوا في ثبوتها للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع، كالطريق والممر، ولهم في ذلك اتجاهان:

الأول: ذهب الجمهور من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى عدم ثبوت الشفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع، وبه قال: أهل المدينة وعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر.¹

دليل الجمهور:

1- عن جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفقة "². وفي لفظ " إنما جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة " الحديث "³.

2- وعن أبي هريرة " قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها "⁴

¹ بداية المجتهد: 2/257؛ مسائل في الفقه المقارن ص: 218 وما بعدها

² رواه أحمد (15324) والبخاري (2213)

³ رواه البخاري (2495)

⁴ رواه أبو داود (3515)

3- وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة¹ أو حائط² لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " ³.

ففي الحديث الأول: قضى بالشفعة...

فالرسول صلى الله عليه وسلم جعل حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وبين أن هذا الحق الممنوح يزول بزوال سببه وهو الشركة (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أي إذا قسمت وبانت الحدود واتضحت المعالم، وأصبح نصيب كل واحد مستقلا عن صاحبه معروف الحدود والمعالم، فلا شفعة⁴.

- ووجه استدلالهم من الأحاديث ما ذكر فيها من أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار، وأيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم.

- أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه⁵، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول، ولكلا القولين سلف متقدم للحنفية من التابعين، ولأهل المدينة من الصحابة⁶.

- أن الشفعة وردت على خلاف الأصل، وهو عدم جواز أخذ مال الغير بغير رضاه، وورودها فيما لم يقسم، إما أن يكون غير معقول المعنى، فيبقى الأمر في المقسوم على الأصل، وهو عدم جواز الشفعة، وإما أن يكون ورودها معللا بدفع ضرر خاص، وهو ضرر القسمة؛ لأنه لازم لا يدفع إلا بالشفعة، ومثل هذا الضرر ليس متحققا بالنسبة للجار

¹ الربة المنزل ودار الإقامة، وهو من قولهم ربع بالمكان إذا ثبت فيه وأقام . النهاية في غريب الحديث: 462/2

² البستان من النخيل إذا كان عليه حائط وهو الجدار. النهاية في غريب الحديث: 1085/1

³ رواه مسلم (1608)

⁴ مسائل في الفقه المقارن (شفعة الجار) ص: 223

⁵ لقوله صلى الله عليه وسلم «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّنْهُ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، ولقوله: "...فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا..."

⁶ بداية المجتهد: 256/2

لإمكانية رفعه عن طريق الحاكم، وسواء كان الأمر هذا أو ذلك، فإن ورود الشفعة للشريك الذي لم يقاسم على خلاف الأصل يمنع تعدية الحكم إلى غيره، أو إلحاق غيره به.¹

الاتجاه الثاني :

ذهب الحنفية ، وابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى إلى إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع، فسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين : الشركة أو الجوار، ثم الشركة نوعان:

أ - شركة في ملك المبيع.

ب - شركة في حقوقه، كالشرب والطريق، والمصعد وغيرها .²

قال المرغيناني: " الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق، ثم للجار .³

قال ابن رشد: " وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة، ثم الجار الملاصق."⁴

دليل الحنفية وموافقيهم:

حديث أبي رافع، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الجار أحق بصقبه»⁵، وهو حديث متفق عليه، وفيه القصة التالية:

1- حديث عمرو بن الشريد قال: " وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: يا سعد اتبع مني بيتي في دارك. فقال سعد: والله ما أبتاعهما. فقال المسور: والله لتبتاعهما. فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة⁶. فقال أبو رافع: لقد أعطيت

¹ مسائل في الفقه المقارن ص:225

² الحجّة على أهل المدينة:67/3.

³ الهداية شرح البداية: 308/4

⁴ الحجّة على أهل المدينة:67/3؛ بداية المجتهد:257/2

⁵ السقب: بالسين المهلة وأيضاً الصاد المهلة: القرب والملاصقة. الصحاح:148/1 مادة (سقب)

⁶ منجمة أو مقطعة: المراد مؤجلة على أقساط معلومة.

أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت النبي -صلى الله عليه وسلم- يقول: الجار أحق بسقبة ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار، فأعطاه إياه" ¹
وخرج الترمذي، وأبو داود عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار» ²، وصححه الترمذي.

ففي هذا الحديث دليل على أن الشفعة تستحق بسبب الجوار، واستدلوا بحديث جابر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبا، إذا كان طريقهما واحدا.

عن الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول الله: أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال: الجار أحق بسقبة.

- ومن القواعد الأصولية عند الحنفية أن المطلق لا يحمل على المقيد إذا كان التعارض في سبب الحكم، إذ قد يكون للحكم أسباب متعددة، والحال في أحاديث الشفعة للجار، فقد ورت نصوص مطلقة، وأخرى مقيدة بعدم القسمة، فلم يحملوا المطلق على المقيد بل أثبتوا الشفعة للجار مطلقا، عملا بإطلاق الحديث "الجار أحق بسقبة"، إلا أنهم جعلوا الجار مراتب، كما قدمنا. ³

من المعقول:

لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة، وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به، ولأهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار.

وبالجملة استدلو من المعقول بأنه إذا كان الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفضائها

إلى ضرر المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها، وهذا لأن المقصود دفع ضرر المتأذي بسوء المجاورة على الدوام وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه. والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس

¹ رواه البخاري (2258)

² رواه أحمد (19459) وأبو داود (3517)

³

لحسن خلقه ويرغب عن جوار البعض لسوء خلقه، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر.¹

فالشفعة تثبت لدفع ضرر القادم الجديد، لا لضرر مؤنة القسمة، وإن تعليل ثبوتها بدفع ضرر القسمة غير سديد؛ لأن القسمة في ذاتها مشروعة وليست بضرر، فما من شركة إلا ومصيرها إلى القسمة؛ لأن الإنسان بطبعه ميال إلى الاستقلال بأمواله، وإذا كان الأمر كذلك فإن ضرر المشتري الجديد متوقع الحصول عند المجاورة، والجار يضيق ذرعا بسوء طباع وخلق جاره، خاصة إذا كان يضاده، وقد قيل إن أضييق السجون معاشرة الأضداد، وعليه فإن الشفعة تثبت للجار دفعا لمثل هذا الضرر.²

وهناك أحوال تسقط فيها الشفعة رأيت أن أضيفها لهذا البحث ليعلم الطالب ما تسقط به الشفعة

ما تسقط به الشفعة:

وتسقط الشفعة بأحد أمور ثلاثة:

أحدها: الترك بصريح اللفظ كقوله أسقطت شفعتي.

ثانيها: ما يدل على الترك كرؤيته للمشتري يني ويغرس وهو ساكت.

ثالثها: ما أشار إليه الشيخ بقوله: "ولا شفعة للحاضر" يعني في البلد دون العقد "بعد السنة"

أما إذا حضر العقد، وسكت عن طلب الشفعة شهرين فإن ذلك يسقط شفעתه، وأمالغائب

غيبة بعيدة فإنه على شفעתه وإن طالت غيبته إذا كانت غيبته قبل وجود الشفعة له علم

بالبيع أو لم يعلم وليس للبعد والقرب حد على الصحيح.³

¹ بداية المجتهد: 257/2

² مسائل في الفقه المقارن ص: 227

³ الذخيرة: 551/1

المحاضرة الحادية عشر

بسم الله الرحمن الرحيم

انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

الرهن بالفتح ثم السكون التوثقة بالشيء بما يعادله بوجه ما. وقيل: هو الثبوت والدوام والاستقرار، يقال ماء رهن أي راكد، ونعمة رهنه أي ثابتة دائمة. وقيل هو من الحبس قال الله تعالى: { كل امرئ بما كسب رهين } [الطور:21]. وقال: { كل نفس بما كسبت رهينة } [المدثر:38] وقال الشاعر: (وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا) والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه.¹

وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع

قال تعالى: (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة) [البقرة:283]. ومن السنة ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه درعه.² وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة. جواز الرهن حضرا وسفرا:

ويجوز الرهن في الحضرم كما يجوز في السفر قال ابن المنذر: لا نعلم أحدا خالف في ذلك إلا مجاهدا قال: ليس الرهن إلا في السفر لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى: { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة } [البقرة:283]. ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه¹ وكانا بالمدينة؛ ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضرم كالضمان فأما ذكر السفر فإنه خرج

¹ المعني: 397/4؛ التعاريف: 376/1؛ التعريفات: 150/1.

² البخاري (2509)

مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالبا، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضا.²

الحكمة من الرهن:

والرهن من جملة عقود التوثيق التي تيسر وتسهل المعاملات المالية في المجتمع. فالدائن الذي يأخذ رهنا يسهل عليه إقراض أو بيع ما يحتاج إليه إلى أجل، وهو مطمئن إلى أن دينه لن يضيع؛ لأن العين المرهونة تضمن له الوفاء. وفي حالة إفلاس المدين، أو امتناعه من أداء الدين والوفاء للمدين فإنه يجوز له حينئذ أن يبيع الرهن ويستوفي منه دينه، ويكون له حق الأولوية عن الدائنين؛ لأنه حق مضمون بعين.

وإذا كان المقصود من الرهن توثقة الدين فقط فإن ملكيته تبقى لمالكه، وإن كان المرتهن يحتبس الرهن عنده، ليوفي منه دينه عند عجز الراهن عن فكك رهنه بسداد دينه. ولهذا اتفق الفقهاء على أن ملكية العين المرهونة تكون للراهن، ولا يملك أن ينتفع المرتهن منها بشيء ما لم يأذن له الراهن، وكان المرهون من غير المحلوب والمركوب.³

تحديد محل النزاع:

في هذا البحث انتفاع المرتهن بالعين المرهونة نجد الاحتمالات التالية:
أولاً: بخصوص رضا المالك (الراهن) إما أن يأذن في الانتفاع بالعين المرهونة، وإما أن لا يأذن.
ثانياً: بخصوص الدين الذي جعل الرهن توثقه له، إما أن يكون نتيجة قرض، وإما أن يكون نتيجة معاوضة بيع أو إجارة.
ثالثاً: بخصوص العين المرهون إما أن تحتاج إلى مؤنة كالحيون، وإما أن لا تحتاج كالبيت والمتاع.
وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسائل اختلافاً بينا.

¹ روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً بنسيئة، ورهنه درعه» رواه البخاري (2096)

² المغني: 397/4.

³ بدائع الصنائع: 146/6؛ مسائل في الفقه المقارن ص: 238

ومن المصلحة والحكمة للمتعاقدين عدم جواز تعطيل منفعة الرهن؛ لأنه تضييع للمال وإهدار له، وتعطيل له عن العمل، وإنما يجب الإفادة منه أثناء الرهن، فمن الذي ينتفع به، الراهن أم المرتهن؟

ولا نريد أن نتكلم في هذا الموضوع عن انتفاع الراهن بالرهن، وإنما سنتكلم عن الشق الثاني للمسألة وهو انتفاع المرتهن بالرهن.¹

وقد اختلف نظر الفقهاء في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إلى مذاهب

يرى جمهور الفقهاء: أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن. وحملوا ما ورد من جواز الانتفاع بالمحلوب والمركوب بمقدار العلف على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على الرهن، فأنفق عليه المرتهن، فله الانتفاع بمقدار علفه.²

والحنابلة يجيزون الانتفاع للمرتهن بالرهن إذا كان حيواناً، فله أن يجلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه.³

وتفصيل المذاهب كما يأتي:

1 - قال الحنفية: ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكنى ولا لبساً ولا قراءة في كتاب، إلا بإذن الراهن؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع. فإن انتفع به، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته، لأنه صار غاصباً.

وإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون، جاز مطلقاً عند بعض الحنفية. ومنهم من منعه مطلقاً؛ لأنه ربا أو فيه شبهة الربا، والإذن أو الرضا لا يجلب الربا ولا يبيح شبهته. ومنهم من فصل فقال: إن شرط الانتفاع على الراهن في العقد، فهو حرام؛ لأنه ربا، وإن لم يشترط في العقد، فجائز؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن. والاشتراط كما يكون صريحاً، يكون متعارفاً، والمعروف كالمشروط.⁴

قال وهبة الزحيلي: " وهذا التفصيل هو المتفق مع روح الشريعة، والغالب من أحوال الناس أنهم عند دفع القرض إنما يريدون الانتفاع، ولولاه لما أعطوا الدراهم، وهذا بمنزلة الشرط؛ لأن

¹ مسائل في الفقه المقارن ص: 238

² القوانين الفقهية: ص: 213؛ الأم: 163/3 وسيأتي تفصيل المذاهب

³ المعني: 397/4 وما بعدها.

⁴ بدائع الصنائع: 146/6

المعروف كالمشروط، وهو مما يُعيَّن المنع، كما قال ابن عابدين. والاحتياط في الدين أمر واجب، وكل قرض جر نفعاً مشروطاً أو متعارفاً فهو عند الحنفية ربا، وقد صرح ابن نجيم في الأشباه أنه يكره (أي تحريماً) للمرتهن الانتفاع بالرهن. وقال في التتارخانية ما نصه: «ولو استقرض دراهم، وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين، حتى يوفيه دينه، أو داره ليسكنها، فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة، إن استعمله، فعليه أجر مثله، ولا يكون رهناً». وعليه نرى أن ما اعتاده الناس في زماننا من رهن الدور على أن يسكنها المرتهن، ريثما يرد إليه الراهن دينه، هو قرض، غير جائز باتفاق المذاهب.¹

2- وقال المالكية: إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع أو اشترط المرتهن المنفعة، جاز إن كان الدين من بيع أو شبهه (معاوضة)، وعينت المدة بأن كانت معلومة، للخروج من الجهالة المفسدة للإجارة، لأنه بيع وإجارة، وهو جائز. والجواز كما قال الدردير بأن يأخذ المرتهن المنفعة لنفسه مجاناً، أو لتحسب من الدين على أن يعجل دفع باقي الدين. ولا يجوز إن كان الدين قرضاً (سلفاً)؛ لأنه قرض جر نفعاً. ولا يجوز الانتفاع في حالة القرض إن تبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة أي لم يشترطها المرتهن؛ لأنها هدية مديان، وقد نهي عنها النبي صلى الله عليه وسلم.²

3 - وقال الشافعية كالمالكية في الجملة: ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يغلِق الرهن من صاحبه، الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» قال الشافعي: غنمه: زيادته. وغرمه: هلاكه ونقصه. ولا شك أن من الغنم سائر وجوه الانتفاع. وهذا رأي ابن مسعود.

فإن شرط المرتهن في عقد القرض ما يضر الراهن، كأن تكون زوائد المرهون أو منفعته له، أي للمرتهن، بطل الشرط، والرهن في الأظهر، لحديث «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى، فهو باطل». وأما بطلان الرهن فلمخالفة الشرط مقتضى العقد، كالشرط الذي يضر المرتهن نفسه.

¹ الفقه الإسلامي وأدلته: 4289/6.

² البيان والتحصيل: 87/8.

أما إن كانت المنفعة مقدرة أو معلومة، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فإنه يصح اشتراط جعل المنفعة للمرتهن؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وهو جائز. مثل أن يقول شخص لغيره: بعثك حصاني بمئة بشرط أن ترهنني بها دارك، وأن تكون منفعتها لي سنة، فبعض الحصان مبيع، وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار.

فإن لم يكن الانتفاع مشروطاً في العقد، جاز للمرتهن الانتفاع بالرهن، بإذن صاحبه، لأن الراهن مالك، وله أن يأذن بالتصرف في ملكه لمن يشاء، وليس في الإذن تضييع لحقه في المرهون؛ لأنه لا يخرج عن يده، ويبقى محتسباً عنده لحقه.¹

4 - وأما الحنابلة: فقالوا في غير الحيوان: ما لا يحتاج إلى مؤنة (قوت) كالدار والمتاع ونحوه، لا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال؛ لأن الرهن ومنافعه ونمائه ملك الراهن، فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض لم يجز؛ لأنه قرض جر منفعة، وذلك حرام، قال أحمد: أكره قرض الدور وهو الربا المحض، يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن.²

ورأى بعض الفقهاء الأخذ بهذا الاستثناء الوارد عند الحنابلة؛ لأن الحديث صحيح. وفيما عداه القول الراجح هو ما عليه اتفاق المذاهب، بدليل أن الحنابلة قالوا:

إن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه يناهض مقتضى الرهن، وأما الرهن في البيع فجائز لأنه بيع وإجارة كما قال الشافعية.

أدلة المانعين:

غالب العلماء كما رأينا في عرض أقوالهم من المانعين لانتفاع المرتهن بالمرهون.

ويمكن إجمال أدلة المانعين في التالي:

1- إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة يعد من الربا؛ لأن المرتهن سيستوفي دينه كاملاً، وبالتالي يكون انتفاعه بالعين المرهونة فضلاً دون عوض ربا، والقاعدة "أن كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا".

2- وإذا كان الربا حراماً فلا يحله إذن الراهن - في حالة إذنه - لأن إذن الراهن لا يحل الحرام؛ لأن الربا الحق فيه لله، وليس من حقوق المخلوقين.

3-وعَلَّل الشَّافعية منع انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بأن شرط الانتفاع بالرهن -إن شرطه المرتهن- شرط فاسد؛ لأنه مناف لمقتضى العقد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: (لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه).¹

أدلة المجيزين:

- 1-قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه".²
وإذا سمح الراهن بالانتفاع بالرهن فقد أذن في التصرف والانتفاع.
- 2-قياس انتفاع المرتهن بالعين المرهونة على انتفاع الغير إذا أذن له صاحب المال، فكما أن ينتفع بالمرهون

¹ رواه مالك في الموطأ: (2698)

² رواه وأحمد (20714) والدارقطني (91) والبيهقي (11877).

المحاضرة الثانية عشر

بسم الله الرحمن الرحيم

القضاء بالقرائن

تعريف القرينة:

القرينة لغة: هي العلامة الدالة على شيء مطلوب. وهي فعيلة بمعنى المفاعلة، مأخوذ من المقارنة.

واصطلاحاً: هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه. يفهم من هذا التعريف أنه لا بد في القرينة من أمرين:

1 - أن يوجد أمر ظاهر معروف يصلح أساساً للاعتماد عليه.

2 - أن توجد صلة مؤشرة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي.¹

وقد سماها ابن القيم الأمانة الظاهرة، وذلك مثل: أن نرى رجلاً مكشوف الرأس وليس ذلك عادته وآخر هارب قدامه بيده عمامة وعلى رأسه عمامة حكمنا له بالعمامة التي بيد الهارب قطعاً ولا نحكم بها لصاحب اليد التي قد قطعنا وجزمنا بأنها يد ظالمة غاصبة بالقرينة الظاهرة التي هي أقوى بكثير من البينة والاعتراف.²

فالحكم لمكشوف الرأس بالعمامة مستند للأمانة الظاهرة.

¹ التعريفات للجرجاني ص: 223؛ النظام القضائي في الفقه الإسلامي: 444/1 محمد رأفت عثمان؛ الفقه الإسلامي وأدلته: 257/8.

² الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: 9/1

ومثله أن ترى رجلا في الشارع يترنح في مشيته وتفوح منه رائحة الخمر، فإذا سئلت عن حاله تقول إنه سكران، فالترنح وفقدان التوازن ورائحة الخمر علامات وإشارات دالة على أنه شرب الخمر (سواء سكر بمحرم أو غيره).

مشروعية القرينة :

القرينة مشروعة في الجملة لما ورد في قوله تعالى في سورة يوسف { وجاءوا على قميصه بدم كذب } [يوسف:18]

قال القرطبي: "إنهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم ، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها ، وهي سلامة القميص من التمزيق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص ، فاستدل العلماء بهذه الآية على أعمال الإمارات في مسائل كثيرة من الفقه . كما استدلو بقوله تعالى: { وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين } [يوسف 27]، على جواز إثبات الحكم بالعلامة، إذ أثبتوا بذلك كذب امرأة العزيز فيما نسبته ليوسف عليه الصلاة والسلام¹.

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر² ، وإذنها سكوتها ، فجعل صماتها قرينة دالة على الرضا ، وتجاوز الشهادة عليها بأنها رضيت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن .

كما سار على ذلك الخلفاء الراشدون والصحابة في القضايا التي عرضت ، ومن ذلك ما حكم به عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وعثمان ، رضي الله عنهم - ولا يعلم لهم مخالف - بوجوب الحد على من وجدت فيه رائحة الخمر ، أو قاءها ، وذلك اعتمادا على القرينة الظاهرة ، وهو مذهب مالك رحمه الله ، ومنه ما قضى به عمر رضي الله عنه

¹ الجامع لأحكام القرآن:9/149

² رواه مالك 888 وأحمد 1888 ومسلم 1421

برجم المرأة إذا ظهر لها حمل ولا زوج لها ، وقد قال بذلك مالك وأحمد بن حنبل اعتماداً على القرينة الظاهرة. ويدل على ذلك قوله تعالى { ففهمناها سليمان } [الأنبياء 79].¹

القرائن القاطعة وغير القاطعة :

إنّ من القرائن ما يقوى حتى يفيد القطع ، ومنها ما يضعف ، ويمثلون لحالة القطع بمشاهدة شخص خارج من دار خالية خائفاً مدهوشاً في يده سكين ملوثة بالدم ، فلما وقع الدخول للدار رأي فيها شخص مذبحوح في ذلك الوقت يتشخط في دمائه ، فلا يشتبه هنا في كون ذلك الشخص هو القاتل ، لوجود هذه القرينة القاطعة (4) .

وأما القرينة غير قطعية الدلالة ولكنها ظنية أغلبية ، ومنها القرائن العرفية أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الخصوم ، فهي دليل أولي مرجح لزعم أحد المتخاصمين مع يمينه متى اقتنع بها القاضي ولم يثبت خلافها.²

والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً ولا تكذب دليلاً ولا تبطل أمانة صحيحة ، هذا وقد درجت مجلة الأحكام العدلية على اعتبار القرينة القاطعة أحد أسباب الحكم في المادة (1740) وعرفت بها بأنها الأمانة البالغة حد اليقين وذلك في المادة (1741) .

الأخذ بالقرائن :

على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت ، فما ترجح منها مضى بجانب الترجيح ، وهو قوة التهمة ، ولا خلاف في الحكم بها ، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة ، وبعضها قال به المالكية خاصة³ .

على أن ضبط كل الصور التي تعمل فيها القرينة أمر مستبعد ، إذ أن الوقائع غير محدودة ، والقضايا متنوعة ، فيستخلصها القاضي بفهمه وذكائه ، وإنما ذكر العلماء جانباً من الصور للاستئناس بها ، وللتدليل على اعتبار العلماء بالقرائن التي تولدت عنها ، وهذا البعض منها : الأولى : أن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء الرجل المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف ، وإن لم يشهد عنده عدلان أن هذه فلانة بنت فلان التي عقد عليها ، وإن لم يستنطق النساء أن هذه امرأته التي عقد عليها ، اعتماداً على القرينة الظاهرة ، المنزلة منزلة الشهادة .

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية: 157/33

² الطرق الحكمية: 8/1

³ الجامع لأحكام القرآن: 150/9 تبصرة الحكام: 123/2

الثانية : اعتماد الناس قديما وحديثا على الصبيان والإماء المرسلة معهم الهدايا إليهم ، فيقبلون أقوالهم ، ويأكلون الطعام المرسل به .

الثالثة : أنهم يعتبرون إذن الصبيان في الدخول للمنزل .

الرابعة : جواز أخذ ما يسقط من الإنسان إذا لم يعرف صاحبه ، وما لا يتبعه الإنسان نفسه لحقارته ، كالثمرة والفلس ، وكجواز أخذ ما بقي في الحوائط من الثمار والحب بعد انتقال أهله منه وتخليته وتسييبه ، كجواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتني صاحب الزرع بلقطه ، وكأخذ ما ينبذه الناس رغبة عنه من الطعام والخرق وغير ذلك من المحقرات .

الخامسة : الشرب من المصانع الموضوعة على الطرقات وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها في ذلك لفظا ، اعتمادا على دلالة الحال .

السادسة : قولهم في الركاك : إذا كان عليه علامة المسلمين أنه كثر ، ويأخذ حكم اللقطة ، وإن كانت عليه علامات الكفر كالصليب ونحوه ، فإنه ركاك .

السابعة : أنه يجوز للوكيل على بيع السلعة قبض ثمنها ، وإن لم يأذن له الموكل في ذلك لفظا ، اعتمادا على قرينة الحال .

الثامنة : القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام ، وليس ذلك إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة .

التاسعة : جواز دفع اللقطة لواصف عفاصها ووكائها .

العاشرة : النظر في أمر الخنثى ، والاعتماد فيه على الأمارات والقرائن الدالة على إحدى حالتيه الذكورة أو الأنوثة .

الحادية عشرة : معرفة رضا البكر بالزوج بصماتها .

الثانية عشرة : إذا أرخى الستر على الزوجة وخلا بها ، قال أصحابنا : إذا طلقها وقال إنه لم يمسه وادعت هي الوطاء صدقت ، وكان لها الصداق كاملا¹ .

أهمية القرائن:

¹ ينظر هذه الأمثلة في تبصرة ابن فرحون 2/123؛

القضاء بالقرائن أصل من أصول الشرع، وذلك سواء في حال وجود البينة أو الإقرار، أم في حال فقد أي دليل من دلائل الإثبات. فقد تمنع القرينة سماع الدعوى كادعاء فقير معسر إقراض غني موسر، وقد ترد البينة أو الإقرار حال وجود التهمة، مثل قرابة الشاهد للمشهود له، أو كون الإقرار في مرض الموت، وقد تستخدم القرينة دليلاً مرجحاً أثناء تعارض البينات مثل وضع اليد ونحوه كما عرفنا، وقد تعتبر القرينة دليلاً وحيداً مستقلاً إذا لم يوجد دليل سواها، مثل رد دعوى الزوجة القاطنة مع زوجها بعدم الإنفاق عليها، في رأي المالكية والحنابلة. قال ابن القيم: ومن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية، فقد عطل كثيراً من الأحكام، ووضع كثيراً من الحقوق.¹

والسؤال المطروح هل يحكم القاضي بهذه العلامات والقرائن الظاهرة أم لا بد أن يبحث عن مستند آخر كشهادة أو إقرار أو يمين.

وللإجابة عن هذا السؤال ينبغي تحديد الحق الذي يحكم فيه بالقرائن هل هو حق مالي، أو غير مالي وهل هو من حقوق الله كالقصاص والحدود أو من حقوق العباد. وسنقتصر في الحديث عن إثبات الحدود المستندة إلى القرائن، ولا نبحث المواضيع الأخرى لتشعبها.

حجية القرائن في إثبات حد الزنا وحدّ الخمر

إذا وجدت امرأة ولا زوج لها ولا سيد وظهر بها حمل، ولم تدع أنها وطئت بشبهة أو إكراه، فهل يعد هذا الحمل قرينة على الزنا. وإذا وجد من به رائحة الخمر أو تقيأها فهل يعد هذا قرينة على شرب الخمر؟

مذاهب الفقهاء في المسألة

¹ الطرق الحكمية: 9/1 وما بعدها؛ الفقه الإسلامي وأدلته: 257/8؛

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بالقضاء بهذه القرائن هل يثبت بها حكم الزنا وشرب الخمر أم لا ؟

المانعون:

وهم جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية ورواية عند الحنابلة إلى أن هذا الحد لا يثبت بالقرائن، ولا بد على القاضي أن يستند في حكمه للبينة الشرعية أو شهادة الشهود.¹

الثاني: المجيزون: وهم المالكية ورواية عند الحنابلة ذهبوا إلى ثبوت حدّ الزنا بالقرائن، وهو قول ابن تيمية وابن القيم وصديق حسن خان.²

دليل المانعين:

استدل المانعون من عدم ثبوت حد الزنا بالحمل، وحد الشرب بوجود الرائحة بأدلة منها:

1- عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرحمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها.³

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد قصر إقامة حد الزنا على المرأة بثبوتها بالبينة، مع ظهور أمارات الفاحشة منها في منطقتها وهيئتها والداخلين عليها.

2- عن عائشة -رضي الله عنها- قالت : قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة».

¹ الدر المختار وحاشية ابن عابدين: 5/550؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم: 1/210

² تبصرة الحكام: 2/123؛ التاج والإكليل شرح مختصر خليل: 8/178؛ الطرق الحكمية: 1/28

³ راه ابن ماجه (2560) والطبراني في المعجم الكبير (11507) قال: محمد فؤاد عبد الباقي في الزوائد إسناده صحيح ورجاله ثقات.

وفي رواية مختصراً قال : «ادرؤوا الحدود ما استطعتم».¹

ووجه الدلالة من الحديث أن وجود الحمل وصدور الرائحة من شارب الخمر ليس كافياً لإقامة الحد على الجاني؛ لاحتمال أن يكون الحمل حصل من وطء فيه شبهة، أو إكراه على الزنا، فما دام وجود الشبهة فدرأ الحد أولى من إقامته، ولا يعمل بالقرائن في مثل هذه الحالات.

ثالثاً: ورود آثار عن الصحابة فيها عدم إقامة الحد في الزنا والشرب اعتماداً على

القرائن منها:

- 1- وروي عن سعيد أن امرأة رفعت إلى عمر ليس لها زوج وقد حملت، وسألها عمر، فقالت : إني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة ، فما استيقظت حتى نزع فدرأ عنها الحد.²
- 2- أن دلالة القرينة دلالة ظنية، وذلك لاحتمال كذبها فالحمل كما يكون من الزنا يكون نتيجة أمور أخرى مثل وطء الشبهة، أو الإكراه، أو يكون من غير وطء أصلاً ، إذ يحتمل أن ينتقل ماء الرجل إلى المرأة لا عن طريق الوطاء. وكذلك الرائحة قد لا تكون بسبب الشرب بل لأسباب أخرى.³

أدلة المجيزين:

استدل المجيزون بالعمل بالقرائن في إثبات حد الزنا وشرب الخمر بالتالي:

¹ رواه البيهقي في السنن الكبرى(18294)؛ والدارقطني في سننه (3097)؛ والحاكم في المستدرک (8163) وراه الترمذي بلفظ «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم». أخرجه الترمذي (1424) وقال: "وقد روي عنها ولم يرفع، وهو أصح. و قد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم أنهم قالوا مثل ذلك و يزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث و يزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم".

² مصنف ابن أبي شيبة (29093) .

³ مسائل في الفقه المقارن ص:286

1- عن عمر قال: إن الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم، فقرأناها ووعينناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: لا نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة قد أنزلها الله، فالرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو الحبل أو الاعتراف، ألا وإنا قد كنا نقرأ؛ لا ترغبوا عن آبائكم فإنه كفر بكم أن ترغبوا عن آبائكم.¹

ووجه الدلالة قول عمر رضي الله عنه " أو كان الحبل أو الاعتراف " فسيدنا عمر رضي الله عنه أثبت في مجمع من الصحابة أن الحد واجب على من زنى إذا ثبت بواحد بإحدى طرق الإثبات، البينة، الحبل، الاعتراف، وهذا نص صريح في اعتماد قرينة الحبل لإثبات الزنا.

وردت آثار تدل على أن عمر وابن مسعود وعثمان كانوا يثبتون حد شارب الخمر لوجود الرائحة والقيء.

فقد روي أن عثمان رضي الله عنه قال: إنه لم يتقياً حتى شربها فقال: يا علي قم فاجلده.²

قال النووي بعد هذا الأثر: هذا دليل لمالك وموافقيه في أن من تقياً الخمر يحد حد الشارب... ودليل مالك هنا قوي لأن الصحابة اتفقوا على جلد الوليد بن عقبة المذكور في هذا الحديث وقد يجيب أصحابنا عن هذا بأن عثمان رضي الله عنه علم شرب الوليد فقضى بعلمه في الحدود وهذا تأويل ضعيف وظاهر كلام عثمان يرد على هذا التأويل.³

¹ رواه البخاري (6829) و (6830)، ومسلم (1691) واللفظ لمسلم.

² مسلم (1707) قال شهدت عثمان بن عفان وأبي بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ثم قال أزيدكم فشهد عليه رجلان أحدهما حمران أنه شرب الخمر وشهد آخر أنه رآه يتقياً فقال عثمان إنه لم يتقياً حتى شربها فقال يا علي قم فاجلده فقال علي قم يا حسن فاجلده فقال الحسن ولّ حارها من تولى قارها فكأنه وجد عليه فقال يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده فجلده وعلي يعد حتى بلغ أربعين فقال أمسك ثم قال جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين ووجد أبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلي زاد.

³ النووي على مسلم: 219/11.

2- إن إعتقاد قرينة الحبل في المرأة غير المتزوجة، والاعتماد على قرينة الرائحة في شارب الخمر إعمال لأمر ظاهر، لا يكذبه الواقع، وتطرق الاحتمال إليه كتطرق الاحتمال للشهود فقد يكذب الشاهد، وقد يقر المقر بالكذب إذا كان مدفوعاً لهذا الإقرار، ولهذا يكون إعمال القرينة الظاهرة أولى من إهدارها.¹

المناقشة والردود:

مناقشة أدلة المانعين:

أولاً: نوقش الدليل الأول للمانعين بأنه دليل للمجيزين؛ ذلك أنه امتنع من تطبيق الحد لوجود القرينة الضعيفة من الريبة بها وهيئتها والداخل عليها، ولم يوجد الحبل الذي يعد قرينة ظاهرة، فلماذا امتنع من إقامة الحد عليها.

ثانياً: أن حديث "ادروا الحدود بالشبهات" حديث ضعيف، والصواب أنه موقوف عن عمر، وعلى فرض ثبوته فإنه لا علاقة بين درء الحد بالشبهة، والعمل بالقرينة، فإن القرينة الضعيفة ندرأ بها الحد عن الجاني، أما القرينة الواضحة القوية فإننا لا ندرأ بها الحد؛ لأنه لا شبهة حينئذ.

ثالثاً: أما الآثار التي وردت عن سيدنا عمر رضي الله عنه في أن امرأة وقع عليها رجل وهي نائمة- وأخرى أكرهت على الزنا.

- فالجواب عن وقوع عليها وهي نائمة فهذه ليست مكلفة وقد رفع القلم عن النائم حتى يستيقظ.

- أما الثانية فقد أكرهت، وبالإكراه ينتفي الحد، ففي الحالتين لم تتم شروط استيفاء الحد، وبالتالي لا نستطيع القول بأن سيدنا عمر لم يأخذ بالقرائن.
رابعاً: القوا بأن دلالة القرينة ظنية قول غير معتبر، وبخاصة إذا لاحظنا عمل الصحابة من السلف بالقرائن، وقد ينزل العمل بالقرينة الظاهرة منزلة الحكم بالشهادة وهي ظنية.²

مناقشة أدلة المجيزين:

أولاً: حديث عمر والذي فيه "أو كان الحبل أو الاعتراف..."

¹ مسائل في الفقه المقارن ص: 287

² مسائل في الفقه المقارن ص: 287 وما بعدها.

-اعترض عليه الشوكاني بقوله: " هذا من قول عمر ومثل ذلك لا يثبت به مثل هذا الأمر العظيم الذي يفضي إلى هلاك النفوس وكونه قال في مجمع من الصحابة ولم ينكر عليه لا يستلزم أن يكون إجماعاً. " أضف إلى ذلك ما لعمر رضي الله عنه من المهابة في النفوس. -وأجاب الطحاوي بتأويل ذلك على أن المراد أن الحبل إذا كان من زنا وجب فيه الرجم، ولا بد من ثبوت كونه من زنا"¹

ثانياً: ما روي عن عثمان من أنه جلد الوليد بن عقبة بدلالة القيء ويعترض عنه من جهتين: -أن الحد ثبت بالشهادة لما في صحيح مسلم" فشهد عليه رجلان أحدهما حمران أنه شرب الخمر وشهد آخر أنه رآه يتقياً.²

أن عثمان علم أن الوليد شرب الخمر، فقضى بعلمه في الحدود.

ثالثاً: القول بأن العمل بالقرينة عمل بأمانة ظاهرة، واحتمال الخطأ فيها كالحطأ في بينة الشهود، أو الإقرار، يجاب عليه بأن الأدلة الشرعية اعتمدت البينة وإن تطرق إليها الاحتمال؛ لاستقرار المعاملات، إضافة إلى الاحتمال في البينة أضعف بكثير من الاحتمال في القرائن، والاحتمال في القرينة يوجب الشك في ثبوت الواقعة، وهذا مما يجتز منه خاصة في الحدود التي تدرأ بالشبهات.³

ما تفيد القرائن:

نستخلص أن القرائن تفيد في حالات عدة منها:

- 1- القرينة تمنع سماع الدعوى.
- 2- القرينة ترد البينة أو الإقرار حال وجود تهمة.
- 3- تستخدم القرينة كدليل مرجح أثناء تعارض البيئات.
- 4- تعتبر القرينة دليلاً وحيداً مستقلاً إذا لم يوجد دليل سواها.

¹ نيل الأوطار: 157/7

² صحيح مسلم (1707)

³ مسائل في الفقه المقارن ص: 289.

فهرس الموضوعات

2	ص	أسباب اختلاف الفقهاء	المحاضرة الأولى :
14	ص	أسباب اختلاف الفقهاء (تابع)	المحاضرة الثانية
19	ص	الولاية في النكاح	المحاضرة الثالثة
24	ص	المقدار المحرم من الرضاع	المحاضرة الرابعة
30	ص	نكاح الشغار	المحاضرة الخامسة
36	ص	نكاح المحلل	المحاضرة السادسة
43	ص	بيع الثمار قبل بدو صلاحها	المحاضرة السابعة
50	ص	علة الربا	المحاضرة الثامنة
61	ص	التسعير	المحاضرة التاسعة
69	ص	شفعة الجار	المحاضرة العاشرة
77	ص	انتفاع المرتهن بالعين المرهونة	المحاضرة الحادية عشر
83	ص	القضاء بالقرائن	المحاضرة الثانية عشر

المصادر والمراجع

- اختلاف الأئمة العلماء يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (المتوفى: 560هـ)، تحقيق: السيد يوسف أحمد نشر: دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2002م
- أسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف ط دار الفكر العربي
- الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات
- البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفى بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م
- التاج والإكليل لمختصر خليل محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية 1416هـ-1994م
- التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (المتوفى سنة 816هـ) ط1 نشر دار الكتاب العربي بيروت- لبنان 1405هـ.
- التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي المتوفى سنة (422هـ) تحقيق وتعليق: الشيخ الفقيه أبي أويس محمد بوخبزة، وأبي الفضل بدر بن عبد الإله العمراني الطنجي، ط2 دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان 2008م.
- الجامع الكبير - سنن الترمذي لمحمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: 1998 م
- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م

- الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الراجح لعبد الكريم بن علي بن محمد النملة؛ مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية؛ ط 1 1420 هـ - 2000 م
- الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)
- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفى (684هـ) تحقيق: مجموعة من الأساتذة، ط 1 دار الغرب الإسلامي بيروت 1994م.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، الناشر: مطبعة المدني - القاهرة، تحقيق: د. محمد جميل غازي
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، الناشر: مطبعة المدني - القاهرة، تحقيق: د. محمد جميل غازي، الناشر: دار الكتب العلمية، ط 1
- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم القرطبي (463 هـ) تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ط 2 مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية 1400هـ/1980م.
- مباحث في علوم القرآن، لمناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة: الطبعة الثالثة 1421هـ - 2000م.
- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب لجمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: 686هـ)، تحقيق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت، الطبعة: الثانية، 1414هـ - 1994م
- المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة 1414هـ - 1993م
- المغني لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوة، ط 3: عالم الكتب، الرياض - السعودية، 1417هـ - 1997م،
- المقدمات الأساسية في علوم القرآن لعبد الله بن يوسف بن عيسى بن يعقوب اليعقوب الجديع العنزي، الناشر: مؤسسة الريان - بيروت، الطبعة: الثالثة، 1427 هـ - 2006 م

- المنتقى شرح موطأ مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي المتوفى سنة(494هـ) تحقيق عبد القادر عطا. ط1 دار الكتب العلمية بيروت 1420هـ- 1999م.
- الموطأ لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)
- النظام القضائي في الفقه الإسلامي محمد رأفت عثمان، الناشر: دار البيان، الطبعة: الثانية 1415هـ1994م
- الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني لمحفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوزاني ، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 1425 هـ / 2004 م
- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (978 هـ)، تحقيق: يحيى مراد، ط1 دار الكتب العلمية1424هـ 2004م.
- بداية المجتهد -الشهير لابن رشد الحفيد (595 هـ) ط دار الفكر بيروت -لبنان 1425- 2005م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبيِّ لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) بحاشية شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشُّلبيِّ (المتوفى: 1021 هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، 1313 هـ.
- دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري (المتوفى: ق 12هـ) عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص ،الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2000م
- رد المختار على الدر المختار
- رفع الملام عن الأئمة الأعلام لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)

-روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، نشر مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ط2 1423هـ-2002م

-شرح الزركشي لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ) -- شرح حدود ابن عرفة (الهداية الشافية الكافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية) لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (894هـ) تحقيق: محمد أبو الأجنان، والطاهر المعموري، ط1 دار الغرب الإسلامي بيروت - لبنان 1993م.

طبع ونشر: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض - المملكة العربية السعودية عام النشر: 1403 هـ - 1983 م
الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.

الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م

--عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المتوفى سنة(616هـ) دراسة وتحقيق أ. د حميد بن محمد لحمر. ط دار الغرب الإسلامي بيروت 1423هـ.
--عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس المتوفى سنة(616هـ) دراسة وتحقيق أ. د حميد بن محمد لحمر. ط دار الغرب الإسلامي بيروت 1423هـ.
-عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: 1329هـ)الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، 1415 هـ.

-قواعد الأحكام في مصالح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ) راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م

- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي (المتوفى بعد 666 هـ)، تحقيق: محمود خاطر، نشر مكتبة لبنان ناشرون بيروت لبنان، 1415هـ - 1995م.
- مسائل في الفقه المقارن الدكتور الأشقر وآخرون دار النفائس بيروت -لبنان
- مشارك الأنوار على صحاح الآثار في شرح غريب الحديث الموطأ والبخاري ومسلم للقاضي عياض بن موسى اليحصبي المتوفى سنة(544هـ) قدّم له وخرّج أحاديثه: إبراهيم شمس الدين، ط1 دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1423هـ.
- نهاية المطلب في دراية المذهب لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ) حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، الناشر: دار المنهاج، ط1، 1428هـ-2007م
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابي، نشر: دار الحديث، مصر

