

المبحث الثالث التعبير بالإشارة

فيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: إنشاء الالتزام بالإشارة من القادر على النطق.
- المطلب الثاني: إنشاء الالتزام بالإشارة من غير القادر على النطق.
- المطلب الثالث: صفة الإشارة.

المطلب الأول

إنشاء الالتزام بالإشارة من القادر على النطق

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام بالإشارة من غير الأخرس.

هو قول المالكية^(١)، قال الباجي^(٢): «كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع، وسائر العقود»^(٣). وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤)، وابن القيم^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الشارع الحكيم قد اعتبر الإشارة دليلاً صريحاً معبراً عن مراد صاحبه القادر على النطق في قضايا هي أهم من العقود وغيرها من الالتزامات، منها ماورد في حديث معاوية السلمى - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال لجارية (أين الله؟ فأشارت إلى السماء، فقال لسيدها: أعتقها فإنها مؤمنة)^(٦).

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٣/٢. شرح منح الجليل ٩٠/٤، مواهب الجليل ٢٢٩/٤.

(٢) هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، حاز الرئاسة بالاندلس، وأثنى عليه ابن العربي فقال: إنه ممن حفظ الله به السنة بعد رواج العقائد الفاسدة بالاندلس. وكانت بينه وبين ابن حزم مناظرات مشهورة. وكان قد رحل إلى المشرق وسمع من الشيرازي الشافعي وروى عن الخطيب البغدادي وروى عنه البغدادي. له تأليف مشهورة منها «المتقى شرح الموطأ»، وهو مختصر لكتابه الاستيعاء في شرح الموطأ. مات سنة أربع وسبعين وأربعمائة.

انظر الديباج المذهب ٣٧٧/٢ - ٣٨٥.

(٣) المتقى ١٥٧/٤.

(٤) مجموع الفتاوى ١٣/٢٩.

(٥) أعلام الموقعين ٢١٨/١.

(٦) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٢٧٣/٦، في العتاق، مايجوز من العتق في الرقاب الواجبة.

وأخرجه الإمام أحمد في المسند ١٤٣/١٤. قال الساعاتي في الفتح ١٤٣/١٤: رجاله كلهم ثقات إلا أن المسعودي واسمه عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة اختلط في آخر عمره.

قال أبو حاتم. اهـ. وقال الألباني في تخريجه لمختصر العلوم ص ٨١. وهذا رواه بعد الاختلاط لأنه من رواية يزيد بن هارون عنه، قال ابن نمير عن المسعودي: كان ثقة واختلط بأخرة سمع منه يزيد ابن هارون أحاديث مختلطة.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٤٧/٤: رواه البزار بإسنادين أحدهما ليس به الإشارة، والآخر فيه: فقال لها =

قال ابن المهلب: أجاز النبي ﷺ الإسلام بالإشارة الذي هو أصل الديانة، فدل ذلك على أنها إذا فهمت يعمل بها في كل موضع^(١).

وعقد الإمام البخارى باباً سماه «باب الإشارة في الطلاق والأمور»^(٢)، وبما أورده فيه مما يتعلق بالمعاملات وما يقاربها: قول كعب بن مالك^(٣): (أشار النبي ﷺ إلى أن خذ النصف)^(٤)، وأورده البخارى في موضع آخر مفصلاً عن كعب بن مالك (أنه كان له على عبد الله بن أبي حذرد الأسلمي دين، فلقيه فلزمه، فتكلما حتى ارتفعت أصواتهما، فمر بهما النبي ﷺ فقال: يا كعب - وأشار بيده كأنه يقول: النصف -، فأخذ نصف ما عليه وترك نصفاً)^(٥).

وقال أبو قتادة: قال النبي ﷺ في الصيد للمحرم: (أحد منكم أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟ قالوا: لا، قال: فكلوا)^(٦).

قال ابن بطال: «ذهب الجمهور إلى أن الإشارة إذا كانت مفهومة تنزل منزلة النطق، وخالف الحنفية في بعض ذلك، ولعل البخارى رد عليهم بهذه الأحاديث التي جعل فيها النبي ﷺ الإشارة قائمة مقام النطق»^(٨).

اعترض على الاستدلال بهذه الأحاديث ومماثلها على مسألة الخلاف بأنها في حقوق الله تعالى، ومسألة الخلاف في حقوق آدميين، فهو استدلال في غير موضعه^(٩).

= ﷺ: «أين الله؟ فأشارت بيدها إلى السماء». قال وفيه سعيد بن أبي المزبان وهو ضعيف. اهـ، وأما الحديث دون ذكر الإشارة فصحيح، قال الذهبي في كتابه العلو: هذا حديث صحيح رواه جماعة من الثقات عن معاوية السلمى.

(١) فتح البارى ٣٤٧/٩، ٣٤٨.

(٢) كتاب الطلاق، ٣٤٥/٩، وأورد فيه أخباراً بعضها معلق، وهى موصولة في مواضع أخرى.

(٣) هو كعب بن مالك بن أبى كعب عمرو بن القين الأنصارى الخزرجى. شاعر رسول الله ﷺ، وأحد الثلاثة الذين خلفوا ثم تاب الله عليهم. شهد العقبة، وأبلى بلاء حسناً يوم أحد. شهد المشاهد كلها إلا بدرأ وتبوك. قال كعب: يارسول الله قد أنزل الله فى الشعراء ما أنزل. قال: «إن المجاهد مجاهد بسيفه ولسانه، والذي نفسى بيده لكانما ترمونهم به نضح النبل» مات سنة أربعين. انظر سير أعلام النبلاء ٥٢٣/٢ - ٥٣٠.

(٤) أخرجه البخارى معلقاً فى كتاب الطلاق، باب الإشارة فى الطلاق والأمور ٣٤٥/٩.

(٥) أخرجه البخارى موصولاً فى صحيحه ٩٢/٥، كتاب الخصومات، باب فى الملازمة.

(٦) أخرجه البخارى فى صحيحه موصولاً فى ٣٤/٤ كتاب الحج، باب «لا يشيم المحرم إلى الصيد».

(٧) هو أبو القاسم خلف بن أحمد بن بطال البكرى. من أهل بلنسية. كان فقيهاً أصولياً من أهل النظر والتحقيق فى المذاهب عامة ومذهب مالك خاصة. له مؤلفات حسان. توفى سنة أربع وخمسين وأربعمئة. انظر الديباج المذهب ٣٥٦/١.

(٨) فتح البارى ٣٤٧/٩.

(٩) فتح البارى ٣٤٨/٩.

ويجاء عنه بجوابين:

الأول: أن هذه النصوص منها ما هو فى أمر أهم وأعظم أثراً من إنشاء الالتزام فيقاس عليه إنشاء الالتزام من باب أولى.

الثانى: أن منها ما هو فى حقوق الآدميين كحديث كعب بن مالك.

الدليل الثانى:

أن الإشارة تسمى فى عرف الشارع كلاماً، كما فى قول الله تعالى: ﴿آيَتِكَ أَلَا تَعْلَمُ النَّاسُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾^(١)، به استدلال المالكية، وقالوا: وبه تكون الإشارة أولى من المعاطاة فى إنشاء العقد، وأدل على الرضا^(٢).

الدليل الثالث:

أن الألفاظ فى العقود لم تقصد لذاتها وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده بأى طريق عمل به، سواء أكان بإشارة أم بغيرها^(٣).

القول الثانى: لا ينشأ الالتزام بالإشارة من القادر على النطق.

هو قول الحنفية^(٤). وقول فى مذهب الإمام مالك فى النكاح خاصة^(٥). وقول الشافعية^(٦).

وقول عند الحنابلة^(٧).

دليل القول الثانى:

أن اللفظ يدل على مراد العاقد دون لبس، بينما يدخل الإشارة نوع من اللبس، فيعمل فى إنشاء الالتزام - الذى به تلزم الحقوق، وتنتقل الأملاك - بالطريقة التى لابس فيها، ولا تترك إلى ما هو أدنى منها، مع إمكان العمل بها^(٨).

فالأمر فيه نظر إلى المصالح وليس مجرد تقديس للألفاظ، كما زعم بعض القانونيين المعاصرين^(٩). ومما يزيد فى دحض هذا الفهم الخاطىء أن أصحاب القول

(١) سورة آل عمران، آية رقم ٤١.

(٢) مواهب الجليل ٢٢٩/٤.

(٣) أعلام الموقعين ٢١٨/١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر ٤٥٥/٣.

(٥) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣٥٣/١، مواهب الجليل ٤١٩/٣.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٢، روضة الطالبين ١٤١/٦.

(٧) الشرح الكبير ١٦٨/٤، شرح منتهى الإرادات ١٢/٣، المغنى ٢٣٩/٧.

(٨) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، الشرح الكبير على المقنع ١٦٨/٤.

(٩) أورد بعض هذه المزاعم وفندها مصطفى الزرقاء فى حاشية كتابه المدخل ٣٣٥، ٣٣٦.

الثانى صرحوا بأن النطق ليس بشرط لصحة العقد ولانفوذه، لذا ينشأ وينفذ بغير النطق عند الحاجة إلى ذلك^(١).

وعلل المالكية لاستثنائهم النكاح بأنه يشترط فيه الإشهاد، فلا بد من التصريح باللفظ؛ حتى يمكن الإشهاد عليه^(٢).

الترجيح:

استناداً إلى القاعدة التى تقول إن الالتزام ينشأ بكل ما دل عليه^(٣)، فالراجح أن الالتزام ينشأ بالإشارة من العاقدین الحاضرين مجلس العقد، ويستثنى من ذلك النكاح؛ لأن شأن الشارع فيه الاحتياط.

(١) بدائع الصنائع ١٣٥/٥.

(٢) انظر نموذجاً لذلك فى مواهب الجليل ٤١٩/٤.

المطلب الثانى

التعبير بالإشارة من غير القادر على النطق

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام بالإشارة من الآخرس خرساً عارضاً، (معتقل اللسان).

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام بالإشارة من الآخرس خرساً أصلياً.

المسألة الأولى

إنشاء الالتزام بالإشارة من الأخرس

خرساً عارضاً (معتقل اللسان)

الأخرس خرساً عارضاً يسمى «معتقل اللسان» وهو: الشخص الذى يولد وعنده القدرة على النطق، وينطق فى سن النطق ثم يعرض له الخرس فيعجز عن النطق^(١). وهو على حالتين:

الأولى: أن يقع اليأس من شفائه، فهذا يلحق بصاحب الخرس الأصلي^(٢).
والحالة الثانية: أن يرجى شفاؤه. وصاحب هذه الحالة هو محل البحث فى هذه المسألة.

ومحل النزاع فى المسألة: هو فى إعمال إشارة معتقل اللسان فى إنشاء الالتزام فور صدورها. ولأهل العلم فى ذلك قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام صحيحاً وناظراً بإشارة معتقل اللسان فور صدورها. هو وجه عند الشافعية نصوا عليه فى الوصية، قال العز بن عبد السلام: «وأما إشارة الأخرس المفهمة، فهى كصريح المقال»، ثم قال: «وكذلك من اعتقل لسانه بمرض أو غيره، فقيل له: لفلان عليك ألف؟ فأشار برأسه - أى نعم -، أو أشار برأسه - فوق - أى لا شيء»^(٣)، والظاهر أنه قول الشافعية فى سائر الالتزامات، قال أبو زكريا الأنصارى، والشربيني: «فإن اعتقل لسانه فوصيته صحيحة بكتابة، أو إشارة كالبيع»^(٤).

(١) مقاييس اللغة لابن فارس ٧٢/٤، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢.

(٢) المبدع ٧/٦، المغنى ٥١١/٨.

(٣) قواعد الأحكام ١٣٥/٢، ١٣٦، ومثله فى روضة الطالبين ١٤١/٦.

(٤) شرح روض الطالب ٤٢/٣، مغنى المحتاج ٥٣/٣.

وهو قول عند الحنابلة^(١)، وهو لازم قول من صحح إنشاء الالتزام بالإشارة من القادر على النطق.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن أمامة بنت أبي العاص^(٢) أصمتت، فقيل لها: لفلان كذا، ولفلان كذا؟ فأشارت «أن نعم»، فأروا أنها وصية^(٣).

احتج به الشافعية^(٤)

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أنه لم يذكر في الخبر مَنْ الراوى لذلك، فلم يعلم أن من رأوا أن إشارة أمامة وصية أنهم عن يحتج بأقوالهم^(٥).

الاعتراض الثاني: أنه لم يعلم هل كان ذلك الإصمات خرساً يرجى زواله حتى يحتج بالخبر في مسألة معتقل اللسان^(٥).

الدليل الثاني:

عن أنس بن مالك - رضى الله عنه - قال: (عدا يهودى فى عهد رسول الله ﷺ على جارية فأخذ أوضاحاً كانت عليها، ورضخ رأسها فأتى بها أهلها رسول الله ﷺ - وهى فى آخر رمق وقد أصمتت - فقال لها رسول الله ﷺ: من قتلك؟ فلان؟ - لغير الذى قتلها -، فأشارت برأسها «أن لا»، قال، فقال لرجل آخر - غير الذى قتلها -، فأشارت «أن لا»، فقال: فلان؟ لقاتلها، فأشارت «أن نعم»، فأمر به رسول الله ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين)^(٦).

(١) البدع ٧/٦، الفروع ٦٥٩/٤.

(٢) قال الذهبي فى سير أعلام النبلاء ٣٣٥/١، أمامة بنت أبى العاص التى كان رسول الله ﷺ يحملها فى صلاته هى بنت بنته، تزوج بها على بن أبى طالب فى خلافة عمر، وبقيت عنده مدة. وولدت له، وعاشت بعده حتى تزوج بها المغيرة بن نوفل، ماتت فى دولة معاوية بن أبى سفيان، ولم ترو شيئاً.

(٣) أورده ابن حجر فى التلخيص ٩٦/٣ ولم يخرج، وعدل عنه إلى حديث الجارية التى رضخ رأسها اليهود. ولم أجد من أخرجه.

(٤) شرح روض الطالب ٤٢/٣.

(٥) المغنى ١٢٩/١١.

(٦). أخرجه البخارى فى صحيحه ٤٣٧/٥ كتاب الوصايا، باب إذا أوماً المريض برأسه إشارة بينة جازت

والاستدلال به فى الإنصاف ١٨٨/٧، فتح البارى ٣٤٥/٩

الدليل الثالث:

حديث عائشة - رضى الله عنها -، أنها قالت: (صلى رسول الله ﷺ فى بيته وهو شاك، فصلى جالساً، وصلى وراءه قوم قياماً، فأشار إليهم أن اجلسوا)^(١).
استدل به الحنابلة^(٢).

واعترض عليه بأنه استدلال فى غير مسألة الخلاف؛ لأن النبى ﷺ أشار وهو قادر على النطق^(٣).

ويمكن أن يجاب عنه بأن الصلاة تمنع من الكلام، فكان فى أثناء الإشارة غير قادر على النطق حكماً.

الدليل الرابع:

أن معتقل اللسان كالأخرس فى تعذر النطق منه وفى حاجته إلى الإشارة، فيكون مثله فى الحكم^(٤).

واعترض عليه بوجود الفارق الذى يمنع صحة القياس، فالأخرس خرساً أصلياً ميثوس من شفائه بخلاف معتقل اللسان^(٥).

القول الثانى: لا يعمل بإشارة معتقل اللسان، وينتظر به حتى يتبين حاله.

به قال الحنفية واختلفوا فى مدة الانتظار، فمنهم من قال: ينتظر به حتى يموت، فإذا مات تبين صحة الالتزامات التى أنشأها بإشارته، وقال بعضهم: ينتظر به حتى يقع اليأس من كلامه، ومنهم من قال: ينتظر به سنة. ولكن ابن نجيم ضعف الأخير^(٦).
وهو وجه عند الشافعية^(٧). وقول عند الحنابلة، نصوا عليه فى الوصية^(٨)، وقالوا: إن المرجع فى الحكم باليأس من شفائه قول الأطباء. نصوا عليه فى اللعان^(٩)، وقال بعضهم: إذا اتصل بالإشارة الموت صحت.

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ٢/٢٠٤، فى كتاب الأذان، «باب إنما جعل الإمام ليؤتم به».

(٢) المبدع ٧/٦، المغنى ٥١١/٨.

(٣) المغنى ٥١١/٨.

(٤) الفروع ٦٥٩/٤، المبدع ٧/٦، المغنى ٥١١/٨.

(٥) المغنى ٥١١/٨.

(٦) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢.

(٧) المهذب ١٢٤/٢.

(٨) الإنصاف ١٨٧/٧، المبدع ٧/٦، المغنى ٥١١/٨.

(٩) المغنى ١٢٨/١١، ١٢٩.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن معتقل اللسان غير ميثوس من نطقه، فهو كالقادر على النطق فيأخذ حكمه في عدم الاعتداد بإشارته في إنشاء الالتزام^(١).

يعترض عليه بأن: تشبيه معتقل اللسان بالقادر على النطق، غير مسلم به، بل هو أشبه بالأخرس خرساً أصلياً.

واستدل الحنفية على وقفهم العمل بإشارة معتقل اللسان بدليلين:

الدليل الأول:

أن معتقل اللسان الخرس فيه عارض على شرف الزوال، فلا يأخذ حكم الأخرس خرساً أصلياً، فإذا حصل اليأس من زوال الخرس العارض أصبح كالأخرس الأصلي فيأخذ حكمه^(٢).

ويرد عليه الاعتراض بأنه فيه تفريقاً بين التماثلات، وهو خلاف المعهود في أحكام الشارع، فإن المعهود فيها التسوية بين التماثلات، والأخرس خرساً عارضاً كصاحب الخرس الأصلي في عجزه عن النطق وحاجته إلى الإشارة، ويترتب على عدم الاعتداد بإشارته ما يترتب على عدم الاعتداد بإشارة صاحب الخرس الأصلي من الحرج وتعطيل عقوده وسائر تصرفاته.

الدليل الثاني:

أن الإشارة لاتنبىء عن المراد إلا إذا طالت وصارت معهودة كإشارة الأخرس^(٣).

ويعترض عليه بأن الأخرس إنما يستعمل إشارات معهودة لدى الناس ليفهموا عنه، ولأ يحدث هو إشارات.

الترجيح: الراجح - فيما يظهر لى - القول الأول عملاً بالأصل العام وهو صحة إنشاء الالتزام بكل ما دل عليه، ولكن يجب أن ينظر هنا إلى حال معتقل اللسان، هل لهذا السبب الطارئ أثر على عقله أو لا، فإن كان له أثر فلا ينشأ الالتزام لهذا السبب.

(١) المغنى ٥١١/٨.

(٢) مجمع الأنهر ٧٣٣/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٤١/٣. ٧٣٨/٦.

المسألة الثانية

إنشاء الالتزام بالإشارة من الآخرس خرساً أصلاً

الآخرس خرساً أصلياً هو الذى يكون عاجزاً عن النطق بأصل الخلقة أو عياً^(١).

والآخرس خرساً أصلياً له حالتان:

الأولى: أن يكون قادراً على الكتابة.

الثانية: أن يكون غير قادر على الكتابة.

فالبحث فى إنشاء الالتزام بإشارته يكون فى فرعين:

الفرع الأول: إنشاء الالتزام بإشارة الآخرس القادر على الكتابة.

لأهل العلم فى المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام بإشارة الآخرس القادر على الكتابة.

هو قول جمهور الحنفية^(٢)، قال عنه ابن نجيم إنه القول المعتمد^(٣). وهو قول المالكية^(٤).

وهو القول الراجح عند الشافعية^(٥). وهو قول الحنابلة^(٦).

دليل القول الأول:

أن الإشارة المعهودة من الآخرس كالنطق من غيره تدل على مافى فؤاد العاقد كما يدل عليه النطق، والكتابة فى درجتها لاتزيد عنها، فكل منهما حجة عند الحاجة^(٧).

ولم يقيد المالكية، وشيخ الإسلام، وابن القيم صحة الإشارة بالحاجة.

القول الثانى: لا ينشأ الالتزام بإشارة الآخرس القادر على الكتابة، وعليه أن

يستخدم الكتابة لإنشاء الالتزام.

به قال محمد بن الحسن الشيبانى من الحنفية^(٨). وهو قول عند الشافعية^(٩).

دليل القول الثانى:

أن الكتابة أبين فى الدلالة على مراد العاقد من الإشارة، وأبعد عن الاحتمال

(١) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٣١٤/٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، بدر المتقى بهامش مجمع الأنهر ٧٣٢/٢، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢.

(٣) الأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر ٤٥٤/٣.

(٤) للمتقى ١٥٧/٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٢، شرح روض الطالب ٦/٢، قواعد الأحكام ١٣٦/٢ مغنى المحتاج ٧/٢.

(٦) أعلام الموقعين ٢١٨/١، كشف القناع ٣٩/٥، مجموع الفتاوى ١٣/٢٩.

(٧) بدر المتقى ٧٣٢/٧، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢، مغنى المحتاج ٧/٢.

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه ٤٥٤/٣.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٢.

فيعمل بها عند الضرورة، ولا يعمل بما هو أدنى منها؛ لاندفاع الضرورة بها^(١).
يرد عليه اعتراض: بأنه لو سلم بأن الكتابة أقوى في الدلالة على مراد العاقد،
فإن غاية ما فيه تفضيل الكتابة على الإشارة، وليس فيه إبطال دلالة الإشارة
وصلاحيتها لإنشاء العقد.

الترجيح:

يترجح عندى القول الأول، بناء على الأصل المقرر فى أن الالتزامات تنشأ بكل
مادل عليها.

الفرع الثانى: إنشاء الالتزام بإشارة الأخرس غير القادر على الكتابة

الالتزامات التى يتعرض الأخرس لإنشائها نوعان:

نوع تكثر الحاجة إليه كالبيع، والإجارة، والنكاح. ونوع الحاجة إليه نادرة.

أما النوع الأول فلا خلاف فى صحة إنشائه بإشارة الأخرس غير القادر على
الكتابة.

وأما النوع الثانى ففيه خلاف على قولين:

القول الأول: ينشأ الالتزام فيما لا تكثر الحاجة إليه بإشارة الأخرس غير القادر على
الكتابة.

هو قول جمهور أهل العلم، فيه قال الحنفية، ومن قواعدهم: أن الإشارة من
الأخرس، كالبيان باللسان^(٢)، وقال ابن نجيم: «الإشارة من الأخرس، معتبرة، وقائمة
مقام العبارة فى كل شىء، من بيع، وإجارة، وهبة، ورهن، ونكاح... إلا فى
الحدود»^(٣)، وهو قول المالكية^(٤). وهو قول الشافعية^(٥). قال النووى: «وقال
أصحابنا ويصح بهما - أى الإشارة والكتابة - فى جميع عقود»^(٦)، وهو قول الحنابلة
فقد نصوا على أن إشارته تقوم مقام نطقه فى جمع العقود^(٧).

(١) البحر الرائق ٣/٢٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطى ٣١٢.

(٢) مجمع الأنهر ٢/٧٣٢.

(٣) الأشباه والنظائر، مع شرحه غمز عيون البصائر ٣/٤٥٤.

(٤) المنتقى ٤/١٥٧، مواهب الجليل ٤/٢٢٩.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٢.

(٦) المجموع ٩/١٧١.

(٧) شرح منتهى الإرادات ٣/١٩.

أدلة القول الأول:

اختلفوا فى الاستدلال، بناء على اختلافهم فيما يلزم العمل به من طرق التعبير. فالملكية، وشيخ الإسلام، وابن القيم: الأصل عندهم أن الالتزام ينشأ بكل ما دل عليه ومن ذلك الإشارة المفهمة^(١). والحنفية^(٢) والشافعية عللوا بالضرورة الداعية إلى ترك اللفظ والعمل بالإشارة^(٣). وهو تعليل مبنى على أصلهم القاضى بأنه لا يخرج عن اللفظ إلا لضرورة، وقد وجدت فى حق الأخرس.

القول الثانى: قال بعض الشافعية: إن عقد الضمان لا يصح بإشارة الأخرس^(٤)، دون سائر التصرفات. وعللوا له بأنه لا ضرورة تدعو إليه^(٥). كما ورد عندهم قول أيضاً فى عدم صحة عقد النكاح بإشارة من الولي الأخرس^(٥).

وهذا القول لازمه إلا ينشأ بإشارة الأخرس؛ أى التزام لا تمس الحاجة إليه.

الترجيح:

الراجح ماذهب إليه الجمهور؛ لعدم وجود دليل كاف للتفريق بين الالتزامات الشائعة وغيرها.

(١) مواهب الجليل ٢٢٩/٤، أعلام الموقعين ٢٩١/١، الفتاوى الكبرى ٦/٤.

(٢) البحر الرائق ٣/٢٦٧.

(٣) المجموع ١٧١/٩.

(٤) روضة الطالبين ٢٤١/٤. وهو قول مخالف لما ذهب إليه جمهور الشافعية، انظر الروضة.

(٥) روضة الطالبين ٦٤/٧. وهو قول مخالف لما ذهب إليه جمهور الشافعية، انظر الروضة. وشرح روض الطالبين ١٣١/٣.

المطلب الثالث

صفة الإشارة

وفيه مسألتان:

- المسألة الأولى: أنواع الإشارة من حيث دلالتها.
- المسألة الثانية: شروط العمل بالإشارة.

المسألة الأولى

أنواع الإشارة من حيث دلالتها

الإشارة تنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إشارة مفهومة لكل أحد، ويصفها بعض الفقهاء بأنها الإشارة المعهودة. وهى فى رتبة الصريح عند من يعتد بالإشارة فى إنشاء الالتزام^(١). ولم أطلع على خلاف ذلك.

القسم الثانى: إشارة مفهومة، لكن فى معناها خفاء، فلا يدركه إلا الفطناء من الناس.

وهى فى رتبة الكناية^(٢).

القسم الثالث: إشارة غير مفهومة. وهذه لا يعمل بها البتة.

المسألة الثانية

شروط العمل بالإشارة

الشرط الأول: أن تكون الإشارة مفهومة، فإن كانت غير مفهومة فلا يعمل بها البتة.

وهذا الشرط محل اتفاق بين القائلين بإنشاء الالتزام بالإشارة، سواء القائلين به على الإطلاق، أم القائلين به بقيود^(٣).

الشرط الثانى: أن تكون صريحة لا لبس فى دلالتها بحيث يفهمها كل أحد^(١).

(١) مجمع الأنهر ٧٣٣/٢، المنتقى ١٥٧/٥، مغنى المحتاج ٧/٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٣/٢٩.

(٢) روضة الطالبين ٣٩/٨، كشف القناع ٢٤٩/٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، البسوط ١٤٤/٦، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٣/٢، المنتقى ١٥٧/٤، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٢. قواعد الأحكام ١٣٥/٢، مغنى المحتاج ٣٧٦/٣، الإنصاف ٤٩/٨، شرح منتهى الإرادات ١٢/٣، كشف القناع ٣٩/٥، المبدع ٧/٦.

ولكن اختلف النقل عن أهل العلم، هل يشترط أن تكون مفهومة كل الناس، أو يكفي أن يفهمها المعنى بها.

فجاء في مجمع الأنهر «أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة، وذلك في الأخرس دون المعتقل»، ثم قال «إلا إذا عهدت الإشارة بالامتداد، فحينئذ يكون بمنزلة الأخرس»^(١).

وهذا النقل يدل على اشتراط أن تكون مفهومة لكل أحد وذلك من وجهين:
(١) اشتراطهم في الإشارة المعتبرة أن تكون «معهودة»، ولا تكون كذلك، إلا إذا كانت دلالتها معروفة لكل أحد.

(٢) وقفهم العمل بإشارة معتقل اللسان؛ حتى تصبح إشارته معهودة.
وقال ابن نجيم: إن إشارة الأخرس إذا لم تفهم عنه، أو وقع الشك في دلالتها، فإنها باطلة^(٢). وقال الرملى من الشافعية «إن فهمها كل أحد فصريحة، أو الفطن وحده فكناية، وحينئذ يحتاج إلى إشارة أخرى»^(٣). وقال السيوطى: «إشارته - أى الأخرس - منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية، وهى التى يفهم منها المقصود كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهى التى يختص بفهم المقصود بها المخصوص بالفطنة والذكاء»^(٤) وظاهره أن الثانية يعمل بها كالأولى، وقال الرملى «وينعقد نكاح الأخرس بإشارته، التى لا يختص بفهمها الفطن»^(٥).

الشرط الثالث: أن يسبق الإشارة كلام يدل على المقصود منها.

نقل هذا عن الأوزاعى ومكحول^(٦). قال ابن حجر: «وأما فى حقوق الأدمين كالعقود، والإقرار، والوصية، ونحو ذلك، فاختلف العلماء فىمن أعتقل لسانه، ثالثها عن أبى حنيفة إن كان ميتوساً من نطقه، وعن بعض الحنابلة: إن اتصل بالموت،

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٧٣٣.

(٢) البحر الرائق ٣/ ٢٦٧، ومثله فى المبسوط ٦/ ١٤٤.

(٣) نهاية المحتاج ٣/ ٣٨٥.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطى ص ٣١٢، ومثله فى روضة الطالبين ٨/ ٣٩، قواعد الأحكام ٢/ ١٣٥.

(٥) نهاية المحتاج ٦/ ٢١٢.

(٦) هو أبو عبد الله مكحول بن أبى مسلم شهاب. وأصله من كابل. عالم أهل دمشق. أرسل عن النبى ﷺ وعن الصحابة عدة أحاديث. حدث عنه الزهرى وربيعة الرأى وخلق كثير. كان كثير الرحلة فى طلب العلم. وكان سليمان بن موسى يعد أربعة هم عنده علماء الناس منهم مكحول. كان له كلام فى القدر ثم رجع عنه إلى الحق. توفى سنة اثنتى عشرة ومائة. انظر سير أعلام النبلاء ٥/ ٨٦٠، طبقات الحفاظ للسيوطى ص ٤٩.

ورجحه الطحاوى، وعن الأوزاعى إن سبقه كلام، ونقل عن مكحول: إن قال «فلان حر»، ثم أوصمت، ففيل له: وفلان؟ فأوماً، صح^(١).

ولا يظهر لى ثبوت هذا الشرط؛ لأن الإشارة تستمد حجيتها من كونها دالة على مراد صاحبها.

الشرط الرابع: أن يصحب الإشارة تصويت: نص ذلك بعض الحنفية^(٢). وعللوا له: بأن هذه هى العادة منه^(٢). ولا يظهر لى ثبوت هذا الشرط خاصة، وأنه قد أحيل اعتباره إلى العادة، والعادة فى ذلك غير مطردة، فلا تصلح - حيثئذ - أن تكون دليلاً يثبت به الحكم الشرعى.

(١) فتح البارى ٣٤٨/٩.

(٢) بدر المتقى بهامش مجمع الأنهر ٧٣٢/٢.

المبحث الرابع

التعبير بالكتابة

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: بيان أنواع الكتابة، وتعيين ما يعتد به منها.
- المطلب الثاني: إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين.
- المطلب الثالث: إنشاء الالتزام بالكتابة بين غائبين.

المطلب الأول

بيان أنواع الكتابة ، وتعيين ما يعتد به منها

الكتابة ثلاثة أنواع :

النوع الأول : كتابة مستبينة مرسومة .

وصفها بأنها مستبينة يُعنى به أنها تبقى واضحة الحروف ، يمكن قراءتها بعد الفراغ من تسطير حروفها ، وضدها غير المستبينة ، وهى التى لا يكون لها جرم محسوس ، كالكتابة على الماء وعلى الهواء .

ووصفها بأنها مرسومة ، يعنى به أنها موجهة إلى شخص معين أو جهة معينة ، وضدها غير المرسومة ، وهى التى لاتوجه إلى شخص معين ، كالكتابة على حائط أو على الأرض^(١) .

وهذا النوع من الكتابة هو المقصود عند إطلاق الفقهاء لفظ الكتابة سواء فى الطلاق ، أو فى إنشاء العقود ، أو فى غير ذلك . وهى المتعارف عليها فى التعامل بين الناس .

وهذا النوع من الكتابة يعتد به عند جميع من يرى صحة إنشاء الالتزام بالكتابة . وإنما وقع الخلاف بينهم فى درجة دلالة الكتابة ، وهل ينشأ بها الالتزام دون نية أو قرينة على قولين :

القول الأول : أن الكتابة المستبينة المعنونة من أساليب التعبير الصريحة ، كاللفظ الصريح ، يحدث بها الأثر الشرعى فى مواضعه ، من غير أن يتوقف ذلك على النية . على هذا نص الحنفية ، ومن قواعدهم «الكتاب كالخطاب»^(٢) ، وإذا كتب بطلاق

(١) حاشية ابن عابدين ٢٤٦/٣ ، مجمع الأنهر ، ويدر المتقى ٧٣٣/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مع شرحه غمز عيون البصائر ٤٤٧/٣ ، بدر المتقى ، بهامش مجمع الأنهر ٧٣٣/٢ .

حاشية ابن عابدين ٢٤٦/٣ ، الهداية مع شرح فتح القدير ٤٦١/٥ .

زوجته ووجه إليها الخطاب فى الرسالة وقع الطلاق عندهم، نوى أو لم ينو^(١). وقال المالكية: «وكل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود^(٢)، والأساليب غير الصريحة لا يلزم بها العقد عند المالكية^(٣). ولكن يعارض هذا قولهم فى الوصية المكتوبة: أنها لا تنفذ إلا إذا أشهد الموصى الشهود على أنها وصيته، أو أمر بإنفاذها، وإذا خلت من هذين الأمرين لا تنفذ عند الإمام مالك. وعللوا له بأنه يحتمل أنه كتبها وهو غير عازم، أو أنه رجع عنها^(٤).

والأقرب أن الكتابة المستبينة المرسومة ينشأ بها الالتزام عند المالكية دون أن يتوقف ذلك على النية، فإنهم يطلقون القول بصحة الالتزام بالكتابة فى عامة المواضع، وأما تقييدهم لذلك فى الوصية بالإشهاد فلعل سببه أنهم نظروا إلى كتابة الوصية على أنها أسلوب توثيق لا أسلوب إنشاء للوصية.

وهو قول مرجوح عند الشافعية^(٥). وهو قول شيخ الإسلام، فإنه جعل الكتابة كالنطق، ولم يجعل أحدهما أصلاً دون الآخر^(٦).

دليل القول الأول:

أن رسول الله ﷺ كان يبلغ رسالته بالخطاب تارة، وبالكتاب تارة أخرى، وبالرسل تارة، وكان تبليغه بالكتاب حجة قاطعة على المبلغين كتبليغه الخطاب، فدل ذلك على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب^(٧).

القول الثانى: أن الكتابة من طرق التعبير الكنائية التى لا ينشأ بها الالتزام إلا بقرينة خارجية.

هو القول المشهور عند الشافعية، نصوا فيه على أن الكتابة لا ينشأ بها الالتزام، إلا إذا صاحبها نية إنشاء الالتزام، كما هو الحال عندهم فى سائر الأساليب الكنائية^(٨).

وورد عند الحنابلة ما يفيد أن الكتابة المستبينة المرسومة لا ينشأ بها الالتزام حتى يدفعها الكاتب للمرسل إليه، أو يعضد الكتابة بإشارة ونحوها، مما يدل على أنه يقصد إنشاء الالتزام.

(١) حاشية ابن عابدين ٢٤٦/٣، الفتاوى بهامش الفتاوى الهندية ٤٧١/١.

(٢) المتقى ١٥٧/٤.

(٣) مواهب الجليل ٢٢٩/٤، ٢٣٠.

(٤) حاشية الدسوقي ٤٥٠/٤، الخرشي ١٩٠/٨.

(٥) روضة الطالبين ٤٠/٨.

(٦) مجموع الفتاوى ١٤/٢٩، ١٥.

(٧) بدائع الصنائع ١٠٩/٣، العناية مع شرح فتح القدير ٤٦١/٥.

(٨) شرح روض الطالب ٤/٢، نهاية المحتاج ٣٨٠/٣، الوجيز ١٣٣/١.

هذا ما دل عليه كلامهم فى إنشاء الضمان بالكتابة من الأخرس، فإنهم قالوا فيه:
ولا يثبت الضمان بكتابه حال كونها منفردة عن إشارة يفهم بها عنه أنه قصد
الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة، وكالضمان سائر تصرفاته تصح بإشارة
مفهومة، لا بكتابة مفردة عن إشارة يفهم بها المقصود، فإذا لم تكن له إشارة مفهومة
لا يصح ضمانه^(١). فقولهم «لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة» يدل على أنه لو انتفى هذا
الاحتمال نشأ الالتزام بالكتابة، هو منتف تماماً، إذا دفع الكاتب المكتوب إلى الطرف
الآخر فى الالتزام وكان الكتاب موجهاً إليه. والحنابلة أطلقوا القول فى سائر
الالتزامات، بأنها تنشأ بالكتابة فى حالات معينة، ولم يصرحوا بأن هذا الحكم
مخصوص بالمكتوب المدفوع إلى الطرف الآخر فى الالتزام، مما يجعلنى لا أجزم بأن
الحنابلة يحصرون الكتابة التى ينشأ بها الالتزام فى الكتابة التى يعقبها إرسال المكتوب
إلى الطرف الآخر.

الترجيح:

يظهر لى أن القول الأرجح فى شأن الكتابة المرسومة المعنونة أنها أسلوب محتمل
لا صريح، فلا ينشأ بها الالتزام ما كان الاحتمال وارداً عليها، فإذا اقترن بها ما يدل على
أن المقصود بها إنشاء الالتزام قطعاً نشأ بها.

وأقوى القرائن المفيدة لذلك فيما يظهر لى هو «العرف»، فإن أنواعاً من المكاتبات
تستخدم عادة فى إنشاء الالتزام، كنماذج العقود الجاهزة إذا تضمنت توقيع الطرفين،
وفواتير البيع، ومن القرائن القوية التى تنقل الكتابة من مرحلة الاحتمال إلى مرحلة
القطع بأن المقصود بها إنشاء الالتزام، دفع المكتوب إلى الطرف الآخر فى الالتزام
مناولة من الكاتب، أو عن طريق البريد أو أجهزة الإرسال الآلية الحديثة.

النوع الثانى: كتابة مستبينة غير مرسومة:

الكتابة بهذه الصفة تدل بوضوح على مضمونها، لكنها لاتدل دلالة قاطعة على أن
الكاتب يقصد بالكلمات التى سطرها إحداث الأثر الشرعى المعهود. وبسبب هذا
التردد فى تأثيرها نجد أن فريقاً من الفقهاء الذين يعتدون بالكتابة وسيلة للتعبير عن
الإرادة يعتبرها غير كافية لإحداث الأثر الشرعى حتى ينويه الكاتب، فقال الحنفية إن
الرجل لو كتب بعق عبده كتابة غير مرسومة فإنه لا يعتق إلا إذا نوى بالكتابة إعتاقه.
وعللوا لذلك بأن الإنسان قد يكتب ولا يقصد إحداث الأثر الشرعى، وإنما يقصد

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٦، كشف القناع ٣/٣٦٤، المغنى ٧/٨١.

شيئاً آخر كتجويد الخط، فيُعد هذا النوع من الكتابة من طرق التعبير الكنائية التي لا تُحدث أثرها إلا بالنية^(١).

وقال الحنابلة في الطلاق، إن الرجل لو كتب طلاق زوجته كتابة مستبينة ونوى إيقاعه فإنه يقع، وعللوا له بأن الكتابة تقوم مقام النطق، وفي رواية أن الكتابة أسلوب صريح يقع به الطلاق من غير نية، وفي قول إنه لغو لا يقع به الطلاق، ولو نواه^(٢).

وفي المقابل نجد أن المالكية يعطون هذا النوع من الكتابة أثراً أقوى، لكن هذا الأثر ليس ناتجاً عن قوة دلالتها عندهم، وإنما هو احتياط لحفظ الحقوق، يتبين ذلك بما ذكره المالكية في الطلاق، من أن الرجل لو كتب طلاق زوجته غير ناًو الطلاق بل هو متردد فيه، ولم يرسل لها المكتوب فحصل وأن وصل إليها الكتاب بعد ذلك بغير اختياره فإنها تطلق، وإن لم يكن ناًوياً الطلاق عند كتابته. وأما إذا لم يصل الكتاب إليها فإن الطلاق لا يقع، بخلاف مآلو نوى بالكتاب إيقاع الطلاق، أو نوى ذلك عند الكتابة، فإن الطلاق يقع، ولم لم يصل الكتاب^(٣).

وقال الشافعية: إن الكتابة المعتبرة هي ما كان على لوح، أو ورق، أو أرض، أو نحوه ولم يشترطوا أن تكون موجهة، وهي عندهم أسلوب كنائي لا يحدث أثره إلا بالنية^(٤).

وفيما يبدو لى أن الكتابة المستبينة غير المرسومة أضعف من المرسومة، فإن لم توجه إلى شخص بعينه، فإن الإيجاب الذى فيها يكون قد فقد شرطاً من شروط صحته.

النوع الثالث: كتابة غير مستبينة:

وهذه إذا لم ينو بها إحداث أثر شرعى فإنها تكون لغواً لا يترتب عليها شيء. وإذا نوى بها إحداث أثر شرعى كإنشاء التزام، أو طلاق، ففى الاعتداد بها قولان:

القول الأول: لا يعتد بها، وإنما هى لغو.

به قال جمهور أهل العلم، فهو قول الحنفية^(٥)، وجمهور الشافعية^(٦)، وجمهور الحنابلة^(٧).

(١) بدائع الصنائع ١٠٩/٣، حاشية ابن عابدين ٢٤٦/٣، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢، ٧٣٤.

(٢) الفروع ٣٨٢/٥، ٣٨٥، المبدع ٢٧٣/٧، المغنى ٥٠٣/١٠، ٥٠٤.

(٣) الخرشي وحاشية العدوى ٤٩/٤، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٤٢/٢.

(٤) شرح روض الطالب ٤/٢.

(٥) بدائع الصنائع ١٠٩/٣، مجمع الأنهر وبدر المتقى ٧٣٣/٢، ٧٣٤.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١١، شرح روض الطالب ٤/٢، المجموع ١٦٧/٩، نهاية المحتاج ٣٨٠/٣.

(٧) الإنصاف ٤٧٥/٨، الفروع ٣٨٤/٥، ٣٨٥، كشف القناع ٢٤٩/٥، ٢٨١، المغنى ٥٠٤/١٠.

وعللوا له: بأن مالا يستبين من الحروف لا يسمى فى العرف كتابة فكان ملحقاً بالعدم، وهو بمنزلة الهمس بلسانه بما لا يسمع^(١).

القول الثانى: يعتد بهذا النوع من الكتابة إذا نوى بها الكاتب إحداث أثر شرعى معين.

وقال ابن قدامة إن الاثرم روى عن الشعبى أنه قال بوقوع الطلاق، إذا كتبه الزوج بأصبعه فى الهواء أو على وسادة^(٢). وقال بعض الشافعية فى الطلاق «ولا يمتنع أن يلحق هذا بالإشارة المفهمة»^(٣)، وبه قال العكبرى^(٤) من الحنابلة^(٥).

وعللوا له: بأن الكتابة قد حصلت، وصاحبها النية، وهذا تعبير كامل عن الإرادة، أما بقاء الأثر فأمر زائد على ذلك، ليس شرطاً لصحة التعبير^(٢). ويعترض عليه بأن ما حصل لا يعد فى العرف كتابة.

الترجيح:

يظهر لى أن الكتابة غير المرسومة هى من قبيل الإشارة لا الكتابة، فتأخذ أحكام الإشارة، ولا يظهر لى صحة الاعتداد بها على أنها كتابة.

(١) بدائع الصنائع ١٠٩/٣، مجمع الأنهر ٧٣٣/٢، ٧٣٤، كشف القناع ٢٤٩/٥.

(٢) المغنى ٥٠٤/١٠.

(٣) روضة الطالبين ٤٥/٨.

(٤) هو محب الدين أبو البقاء عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبرى ثم البغدادى. مقرر مفسر لغوى فقيه. قال ابن النجار: كان ثقة كثير المحفوظ مشغلاً بالعلم وقته كله، ما يمضى عليه ساعة إلا وواحد يقرأ عليه أو يطالع. أخذ عنه الفقه جماعة من الأصحاب، وسمع منه الحديث خلق كثير. كان الطلبة يقدون إليه من كل النواحي لطلب فقه مذهب الإمام أحمد وتعلم الفرائض واللغة. مات ببغداد سنة ست عشرة وستمائة. انظر تكملة ابن رجب لطبقات أبى يعلى ١٠٩/٢ - ١٠٣، شذرات الذهب ٦٧/٣.

(٥) المغنى ٥٠٤/١٠، المبدع ٢٧٤/٧.

المطلب الثانى

إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين

اتفق أهل العلم على أن الأخرس ينشأ الالتزام بكتابه، كما ينشأ بإشارته^(١). وقال بعض الشافعية لا ينشأ بكتابه إلا إذا لم يكن له إشارة مفهومة، وتعذر عليه أن يوكل فإنه يكون فى هذه الحالة مضطراً إلى الإنشاء بالكتابة^(٢).

والأدلة على ذلك ماسبق من أدلة على صحة الالتزام بإشارته^(٣)، وأضاف إليها بعض أهل العلم: أن الكتابة أولى من الإشارة بالاعتبار؛ لأنها أكثر دلالة منها على المراد^(٤).

واختلفوا فى إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين قادرين على النطق، وفرق كثير منهم فى ذلك بين النكاح وغيره من الالتزامات، فجاء بحث النكاح فى مسألة، وبحث غيره فى مسألة أخرى.

(١) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، المتقى ١٥٧/٤، نهاية المحتاج ٢١٢/٦ المبدع ١٦٩/٥.

(٢) نهاية المحتاج ٢١٢/٦.

(٣) انظر ص ٤٥٩، ٤٦٠ من هذا البحث.

(٤) شرح منتهى الإرادات ١٢/٣، كشف القناع ٣٩/٥.

المسألة الأولى

إنشاء عقد النكاح بالكتابة بين حاضرين

خصص أهل العلم النكاح بمزيد من الحيلة، وظهر ذلك فى التفريق بين النكاح وغيره من الالتزامات فى كثير من الأحكام، منها هذه المسألة، والمراد بالحاضرين طرفا العقد إذا جمعهما مجلس العقد. وفى إنشاء عقد النكاح بينهما كتابة قولان:

القول الأول: ينشأ عقد النكاح بالكتابة بين حاضرين.

هو مقتضى قاعدة المالكية^(١)، وشيخ الإسلام^(٢)، وابن القيم^(٣) فى الالتزامات التى تقضى بأن الالتزام ينشأ بكل ما يدل عليه من لفظ، أو إشارة، أو كتابة. وهو وجه فى مذهب الحنابلة^(٤).

دليله: أن الله تعالى لم يتعبدنا بأسلوب معين تقتصر عليه فى إنشاء عقد النكاح، وإنما شرط فى صحته التراضى، فبأى أسلوب يظهر به التراضى يتحقق الشرط، ومن ذلك الكتابة^(٥).

القول الثانى: لا ينشأ عقد النكاح بالكتابة بين حاضرين.

به قال الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، وهو قول عند المالكية^(٨)، والحنابلة^(٩).

دليله عند الشافعية: أن الكتابة أسلوب كنائى، والنكاح لا يصح بالكناية^(١٠).

(١) المتقى ١٥٧/٣.

(٢) الفتاوى الكبرى ٧/٤.

(٣) أعلام الموقعين ٢١٨/١.

(٤) الإنصاف ٥٠/٨، المبدع ١٨/٧، ١٩.

(٥) أعلام الموقعين ٢١٨/١، الفتاوى الكبرى ٧/٤.

(٦) البحر الرائق ٩٠/٣، حاشية ابن عابدين ١٢/٣.

(٧) روضة الطالبين ٣٧/٧، شرح روض الطالب ١١٩/٣.

(٨) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣٥٣/١.

(٩) الإنصاف ٥٠/٨، المبدع ١٨/٧، ١٩.

(١٠) نهاية المحتاج ٢١٢/٦.

يرد عليه الاعتراض: بأن إطلاق القول بأن الأسلوب الكنائى لا ينشأ به النكاح، أمر مختلف فيه، فلا يستقيم حجة على المخالف، والأرجح أنه ينشأ به^(١). والاعتراض نفسه وارد على قولهم «الكتابة كناية»^(٢).

ويظهر أن دليل غير الشافعية، هو الاحتياط للنكاح؛ لتعلقه باستباحة النساء. ويرد عليه الاعتراض: بأن الاحتياط فى أمر النكاح يستدعى إلزام العاقد إذا سلك فى إنشاء العقد أى أسلوب محتمل للصحة، فإن الشرع ألزم فى النكاح الهازل واللاعب^(٢).

الترجيح:

يظهر لى أن الكتابة فى عقد النكاح إذا تمت بين الحاضرين، فإن العقد ينشأ بها، لأنها تدل على مقصود المرء، كما يدل عليه لفظه.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٢ - ١٥ - ١٧.

(٢) أعلام الموقعين ٣/ ١٢٤.

المسألة الثانية

إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين في غير

عقد النكاح

لاهل العلم في هذه المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام بالكتابة بين حاضرين.

هو قول المالكية^(١)، وهو وجه الشافعية^(٢)، أصله في الطلاق: هل يقع بالكتابة مع النية دون تلفظ؛ فيه عندهم وجهان، فعلى القول بأنه لا يقع فإنشاء الالتزامات أولى، وعلى القول بأنه يقع، وهو المذهب، ففي الالتزام وجهان^(٣) وهو قول عند الحنابلة^(٤)، هو اختيار شيخ الإسلام^(٥) وابن القيم^(٦).

ولم أجد في كلامهم تفريقاً بين أن يصدر الإيجاب والقبول كل منهما كتابة، أو أحدهما كتابة والآخر لفظاً.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن العبرة في العقود إنما هي بتراضى طرفي العقد، فإذا ظهر ذلك عن طريق الكتابة فقد تحقق شرط الصحة^(٧).

الدليل الثاني:

القياس على المعاطاة، فإن الكتابة أدل على التراضى منها^(٨).

(١) الشرح الكبير ٢/٣.

(٢) نهاية المحتاج ٣/٣٨٠.

(٣) المجموع ٩/١٦٧.

(٤) الإنصاف ٨/٥٠.

(٥) مجموع الفتاوى ٧/٢٩.

(٦) أعلام الموقعين ١/٢١٨.

(٧) الشرح الكبير للدردير ٣/٣، مواهب الجليل ٤/٢٢٩، المجموع ٩/١٦٧، أعلام الموقعين ١/٢١٨.

(٨) المجموع ٩/١٦٧.

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام بالكتابة بين حاضرين ولو فى غير النكاح.

هو الذى ظهر لى من مذهب الحنفية، فإن من قواعدهم الشهيرة «الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر»^(١) ومفهوم المخالفة فيه أن الكتاب من الحاضر ليس كذلك، وقالوا فى الكتاب من الآخرس إنه يصح وإن لم يكن إلى الغائب^(٢)، ومفهوم المخالفة فيه أنه إن لم يكن من الآخرس فلا يصح إلى غير الغائب. وهو وجه عند الشافعية^(٣)، واستثنى بعضهم الوكالة، فقال تنشأ بالكتابة بين حاضرين^(٤). وهو قول فى مذهب الإمام أحمد^(٥).

دليل القول الثاني:

يظهر لى، أن دليلهم هو التمسك باللفظ كأداة لإنشاء الالتزام، وعدم الخروج عنه إلا للحاجة، نظرا لكونه عندهم أصدق الأساليب فى الدلالة على المراد.

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر لى - هو القول الأول للمرجحات التى ذكرتها فى المسألة السابقة.

(١) الأشباه والنظائر مع شرح ٤٤٩/٣، المبسوط ١٦/٥.

(٢) الأشباه والنظائر مع شرحه ٤٤٩/٣.

(٣) روضة الطالبين ٣٣٩/٣، نهاية المحتاج ٣٨٠/٣.

(٤) روضة الطالبين ٣٠٠/٤، ٣٠١.

(٥) الإنصاف ٥٠/٨، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٣٥/١٩.

المطلب الثالث

إنشاء الالتزام بالكتابة بين غائبين

قال ابن عابدين: المقصود بالغائب، هو الغائب عن مجلس العقد، ولو كان حاضراً في البلد^(١).

وفي هذا المطلب مسألتان:

المسألة الأولى: إنشاء عقد النكاح بالكتابة بين غائبين.

المسألة الثانية: إنشاء غير النكاح بالكتابة بين غائبين.

(١) حاشية ابن عابدين ١٢/٣.

المسألة الأولى

إنشاء عقد النكاح بالكتابة بين غائبين

المسألة فيها قولان.

القول الأول: ينشأ عقد النكاح بالكتابة بين غائبين.

هو قول الحنفية^(١)، غير أنهم نصوا على أنه يجب أن يصدر القبول فيه لفظاً، إذا صدر الإيجاب مكتوباً^(٢). وهو قول المالكية^(٣)، ووجه عند الشافعية صححوا فيه الكتابة من الجانبين إيجاباً وقبولاً في وقت واحد^(٤).

والحكم في انعقاد النكاح بالكتابة بين غائبين مرتب عند الشافعية على الحكم في انعقاد البيع ونحوه، بها، فعلى القول بأنه لا يصح في البيع، ففي النكاح لا يصح قطعاً، وعلى القول بأنه يصح، فوجهان^(٥). وهو قول عند الحنابلة، هو الأظهر عندهم^(٦).

دليل القول الأول:

أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر^(٧).

القول الثاني: لا ينشأ عقد النكاح بالكتابة بين غائبين.

نص عليه الدردير من المالكية^(٨)، وهو قول عند الشافعية^(٩)، ورواية عند الحنابلة. قال عنها المرادوى: إنها الصحيح من المذهب^(١٠).

(١) بدر المتقى بهامش مجمع الأنهر ٧٣٢/٢، البسوط ١٦/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٢/٢.

(٣) الشرح الكبير ٣/٣، مواهب الجليل ٢٤١/٤.

(٤) المجموع ١٦٨/٩، مغنى المحتاج ١٤١/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٨.

(٥) المجموع ١٦٨/٩، ١٦٩.

(٦) الإنصاف ٥٠/٨.

(٧) بدائع الصنائع ١٣١/٢.

(٨) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٣٨٠/١.

(٩) روضة الطالبين ٣٧/٧، مغنى المحتاج ١٤١/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٨.

(١٠) الإنصاف ٥٠/٨.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن الكتابة وسيلة تستخدم عند الحاجة إليها وتعذر الأصل وهو النطق، ولأحاجة تدعو إلى عقد النكاح كتابة.

الدليل الثاني:

أن النكاح عظيم الأثر، فيجب الاحتياط له بمنع انعقاده بالكتابة، ولو بين غائبين^(١).

الدليل الثالث:

أن الكتابة من الأساليب الكنائية في التعبير، والنكاح لا ينعقد بالكناية. بهذا علل الشافعية^(٢)، وهو مبنى على أصلهم في عدم انعقاد النكاح بالأساليب الكنائية.

الترجيح:

تصحیح عقد النكاح بالكتابة بين غائبين أولى من تصحيحه بالكتابة بين حاضرين؛ لأن الكتابة بين غائبين أبعد عن احتمال قصد العبث بالكتابة، أو تجربة الخط، أو تجویده، كما أن الحاجة تدعو إلى تصحيح الكتابة بين غائبين. وهذا يقوى أن الباعث عليها رغبة الكاتب في إنشاء الالتزام.

(١) المبسوط ١٦/٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠٨، مغنى المحتاج ١٤١/٣.

المسألة الثانية

إنشاء غير النكاح بالكتابة بين غائبين

فى المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام بالكتابة من غائبين فى غير النكاح، بأن يصدر كل من الإيجاب والقبول مكتوباً، أو يصدر أحدهما مكتوباً والآخر لفظاً.

هو قول الحنفية^(١)، وقول المالكية^(٢)، وهو وجه عند الشافعية مرتب على وقوع الطلاق بالكتابة^(٣). وقول الحنابلة^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن رسول الله ﷺ قد بلغ الرسالة التى أرسل بها بعدة طرق، منها إرسال الكتب لمن كان بعيداً عن المدينة، وبهذه الكتب أدى رسول الله ﷺ أمانة الرسالة، وأقام الحجة، فدل ذلك على أن كتاب الغائب لغيره كالخطاب منه مشافهة^(٥).

الدليل الثانى:

(أن النبى ﷺ كتب إلى النجاشى^(٦) يخطب أم حبيبة^(٧) - رضى الله عنهما -،

(١) بدر المتنى بهامش مجمع الأنهر ٧٣٢/٢، المبسوط ١٦/٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/٣، مواهب الجليل ٢٤١/٤.

(٣) المجموع ١٦٧/٩، مغنى المحتاج ١٤١/٣.

(٤) كشف القناع ١٤٨/٣، المغنى ٥٠٣/١٠.

(٥) المبسوط ١٦/٥، المغنى ٥٠٣/١٠.

(٦) هو أصحمة ملك الحبشة. أسلم فى حياة النبى ﷺ وحسن إسلامه ولم يهاجر، ولا له رؤية فهو تابعى من وجه وصاحب من وجه. أمر النبى ﷺ نقرأ من أصحابه وهم بمكة أن يهاجروا إلى الحبشة، وقال: إن بها ملكاً لا يظلم عنده أحد. فلما نزلوا به برهم وأحسن جوارهم. توفى فى حياة النبى ﷺ فضلى عليه بالناس صلاة الغائب، ولم يصل صلاة الغائب على أحد سواه. انظر سير أعلام النبلاء ٤٢٨/١ - ٤٤٣.

(٧) هى أم المؤمنين رمة بنت أبى سفيان صخر بن حرب بن أمية. من بنات عم رسول الله ﷺ. قال الذهبى: عقد له عليها بالحبشة ستة ست، وكان جهازها كله من عند النجاشى. زارها أبوها لما جاء إلى النبى ﷺ ليؤكد عقد الهدنة فلما ذهب ليجلس على فراش النبى ﷺ طوته دونه، وقالت: هو فراش رسول الله ﷺ وأنت رجل مشرك. انظر سير أعلام النبلاء ٢١٨/٢ - ٢٢٣.

فزوجها النجاشي منه وكان هو وليها بالسلطة، وروى أنه زوجها منه قبل أن يكتب به رسول الله ﷺ، فأجاز رسول الله ﷺ كتابه^(١).

وكلا الخبرين حجة على أن الخطبة بالكتاب تصح^(٢).

ويعترض عليه بأنه من مراسيل الزهري، ومراسيله لا يحتج بها^(٣).

الدليل الثالث:

قياس الكتابة على المعاطاة، فإنها أكثر دلالة منها على الرضا بإنشاء الالتزام^(٤).

الدليل الرابع:

أن الضرورة تدعو إلى تصحيح إنشاء الالتزام بالكتابة بين غائبين^(٥).

واعترض عليه بأنه لا ضرورة تلجئ إلى استعمال الكتابة في إنشاء الالتزام، إذ يمكن الراغب في إنشاء الالتزام أن يوكل من يقوم عنه بإنشائه^(٦).

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام بالكتابة بين غائبين.

هو وجه عند الشافعية^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

الأصل أن العقد لا ينشأ إلا بالتلفظ بما يدل على إنشائه ولأيعدل عن اللفظ إلى غيره من أساليب التعبير إلا عند تعذره، والعاقدان المتباعدان يمكنهما أن يجريا العقد بواسطة وكيل أو رسول^(٨).

وتقديم اللفظ على غيره - عند كثير من الشافعية - ليس مرده الوقوف عند الألفاظ والجمود عليها وإنما مرده أن اللفظ هو أبلغ طرق التعبير عن مقصود العاقدين، ففضلوه على غيره، وألزموا به؛ صيانة لحقوق العاقدين ومحافظة على استقرار

(١) قال أبو داود في سننه ٤٧/٣، كتاب النكاح، باب الصداق قال الزهري: «إن النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبي سفيان من رسول الله ﷺ على صداق أربعة آلاف درهم، وكتب بذلك إلى رسول الله ﷺ، فقبل»، قال المنذري في مختصره على سنن أبي داود ٤٧/٣: سننه مرسل.

(٢) المبسوط ١٦/٥، المغني ٥٠٣/١٠.

(٣) تدريب الراوي ٢٠٥/١.

(٤) المجموع ١٦٧/٩.

(٥) المهذب مع المجموع ١٦٢/٩.

(٦) المجموع ١٦٧/٩.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠٨، مغني المحتاج ١٤١/٣.

(٨) المهذب مع المجموع ١٦٢/٩.

المعاملات وعدم تعرضها لاختلاف الأفهام والتفسيرات، ومن هنا يتضح أن د. وحيد الدين سوار قد جرح المذهب الشافعي بما ليس فيه حين قال: «ونشير هنا إلى أن اتجاه الرأي الراجح في المذهب الشافعي إلى هجر الكتابة كأداة للتعبير يخفي وراءه - كما سنرى - في أكثر من موضع ولع هذا الفقه باللفظ ولعاً، لم تضارعه فيه بقية المذاهب»^(١).

الدليل الثاني:

أن العقود لا تنشأ بالأساليب الكنائية والكتابة منها^(٢).

ويرد عليه الاعتراض من وجهين:

الأول: أن الأدلة دلت على أن العقود وسائر الالتزامات تنشأ بكل ما يدل عليها من أسلوب صريح، أو كنائي^(٣).

الثاني: أن الكتابة المستبينة المرسومة هي في رتبة الصريح.

الدليل الثالث:

أن التعاقد بالكتابة يترتب عليه تأخر القبول عن الإيجاب واتصالهما شرط لصحتهما^(٤).

ويعترض عليه بأن القابل إذا قبل في المجلس الذي وصل فيه الإيجاب، فقد اتصل قبوله بالإيجاب^(٥).

القرجيج:

الراجح - فيما يظهر لي - هو القول الأول عملاً بالأصل العام في أن الالتزام ينشأ بكل ما دل عليه، خاصة إذا كانت تلك الطريق الدالة عليه، الحاجة داعية إلى استعمالها، كما هو الحال في الكتابة بين غائبين.

(١) التعبير عن الإرادة، وحيد الدين سوار ص ٢١٠.

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٠٨.

(٣) انظر ص ٣٧٧ - ٣٧٩.

(٤) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٠٨.

(٥) مواهب الجليل ٢/٢٤١، مجموع الفتاوى ١٣/٤١١.

المبحث الخامس

الاكتفاء بالسكوت ، ودلالة الحال

وفيه أربعة مطالب :

- المطلب الأول: أثر السكوت ، ودلالة الحال في إنشاء الالتزام.
- المطلب الثاني: تعيين القرائن التي تجعل من السكوت دالاً على إنشاء الالتزام.
- المطلب الثالث: تعيين موقع السكوت المعتبر في إنشاء الالتزام.
- المطلب الرابع: أشهر المسائل التطبيقية لإنشاء الالتزام بالسكوت ودلالة الحال.

المطلب الأول

أثر السكوت ، ودلالة الحال في إنشاء الالتزام

البحث في أثر السكوت ودلالة الحال يتطرق إلى مسائل، ليست من إنشاء الالتزام، ولكن فيها إبانة عن مكانة السكوت وأثره في ترتب الأحكام، كترتبها على الكلام، والكتابة، والإشارة، والتعليقات والأحكام الواردة في ذلك تسري على السكوت في مجال إنشاء الالتزام.

ومن الأمثلة التي ترد في هذا المطلب أمثلة سبق إيرادها في إنشاء الالتزام بالإيجاب دون قبول، وفي المعاطاة وتعدد إيرادها لصلاحياتها شاهداً على كل ما ذكر.

واتفقت كلمة الفقهاء على أن السكوت، ودلالة الحال لهما أثر في إنشاء الالتزام، مع اختلافهم في ذلك ما بين موسع ومضيق، ومع اختلافهم في الضوابط والقيود المنظمة لإعمال السكوت ودلالة الحال في إنشاء الالتزام.

فالحنفية قالوا: الأصل أن السكوت لا يعتبر دليلاً على الرضا فلا ينسب لساكت قول، لأن السكوت محتمل والمحمّل لا يكون حجة^(١). وقالوا في السكوت المقترن بدلالة الحال: التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط، بل تكفي القرائن الدالة على التمليك^(٢). وقال صاحب التقرير والتحبير: «محل النزاع في السكوت المجرد عن أمانة ورضا وسخط، فإن اقترن السكوت بأمانة رضا كان قبولاً وموافقة»^(٣).

واختلف المالكية في السكوت المجرد هل هو إذن وإقرار أم لا؟^(٤) وأظهر القولين عندهم أنه ليس بإذن ولا إقرار، إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عنه،

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، القاعدة الثانية عشرة مع شرحه للحموي ٤٣٨/١ بدائع الصنائع ١٦٢/٧، شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقاء القاعدة السادسة والستون ص ٢٧٣، المبسوط ٣٠/١٤٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٨٨/٥، مجمع الأنهر ٣٥٣/٢.

(٣) ٣٠٣/٣.

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٣٧٣.

فيكون إذناً وإقراراً. ومن أمثلة ذلك: أن الأخ إذا باع نصيب أخته من الميراث وعلمت به، وسكتت يعد سكوتها إذناً، ولا يقبل قولها إنها سكتت عن الاعتراض خشية القطيعة بينها وبين أخيها؛ لأن العادة جرت بأنهن يعترضن على المشتري ولايسكن، أما سكوتها عن أخيها إذا استغل أرضها فلا يعد إذناً؛ لأن العادة جرت بأنهن يسكنن خوفاً؛ من قطيعة الرحم^(١). ومن مسائلها عندهم: إذا غرس رجل في أرض آخر، أو بنى فيها وهو ساكت، ثم أراد المنع، فإن قلنا سكوته كالإذن، جرى الأمر في ذلك على العارية المبهمة، وإن قلنا ليس بإذن فله المنع بعد أن يحلف^(٢).

وقال ابن رشد: «لاخلاف أن السكوت ليس برضا، لأن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راضٍ، وإنما اختلف في السكوت هل هو إذن أم لا؟، ورجح كونه ليس بإذن بقوله ﷺ في البكر: «إذنها صماتها»^(٣)، فدل على أن ذلك خاص بها»^(٤). وخالفه في ذلك ابن عبد السلام^(٥)، فقال: «الذي تدل عليه مسائل المذهب أن كل مايدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق فإنه يقوم مقام النطق. ويقع الخلاف في المذهب في فروع هل حصل فيها دلالة أم لا»^(٦)، وقال ابن الحاجب^(٧): السكوت من غير عذر كالقول^(٨).

وقال بعض المالكية: لا يختلف في السكوت الكثير، وإنما الخلاف في السكوت القريب^(٩).

(١) البهجة شرح التحفة ٦٨/٢.

(٢) إيضاح المسالك ص ٣٧٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٨/٩، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها.

(٤) إيضاح المسالك ص ٣٧٥.

(٥) هو محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير. كان إماماً متقناً في علمي الأصول والعربية عالماً بالحديث، له أهلية الترجيح بين الأقوال لم يكن في بلده تونس مثله. ولي القضاء فكان قائماً بالحق ذاباً عن الشريعة المطهرة مع الولاة وغيرهم. تخرج بين يديه جماعة من العلماء الأعلام في مذهب المالكية وغيره. شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي، وهو أحسن شروحه. توفي سنة تسع وأربعين وسبع مائة. انظر الديباج ٣٢٩/٢، ٣٣٠.

(٦) إيضاح المسالك ص ٣٧٥، وانظر تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٤١، ١٤٣.

(٧) هو جمال الدين أبو عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر الرويني، المعروف بابن الحاجب. قال عنه أبو شامة: كان ركناً من أركان الدين في العلم والعمل، بارعاً في العلوم الأصولية وتحقيق علم العربية. وكان ثقة حجة منصفاً. له مؤلفات جليلة القدر، منها كتابه «الجامع بين الأمهات» في الفقه، أثني عليه ابن دقيق العيد فقال: لو تم هذا الشرح لبلغ به المالكية المأمول. توفي سنة ست وأربعين وست مائة بالاسكندرية. انظر الديباج ٨٦/٢ - ٨٩.

(٨) هامش إيضاح المسالك ص ٣٧٣.

(٩) إيضاح المسالك ص ٣٧٥.

وقال الشافعية لا ينسب للساكت قول، هذه عبارة الشافعي . ولا يعد السكوت إذناً حتى يكون صريحاً^(١) . ودليلهم في ذلك: أن النبي ﷺ خص البكر بأن سكوتها إذن، فدل على أن سكوت غيرها ليس إذناً^(٢) . لكن العز بن عبد السلام يرى التوسع في أعمال السكوت في إنشاء الالتزام إذا كان دالاً على الإنشاء، إذ عقد فصلاً في قواعده، عنوانه: «تنزيل العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما»، ومن أمثلته على هذه القاعدة المثال التاسع: وهو تقديم الطعام إلى الضيفين إذا أكمل وضعه بين أيديهم، ودخل الوقت الذي جرت العادة بأكلهم فيه فإنه يباح الإقدام عليه؛ تنزيلاً للدلالة العرفية منزلة اللفظية^(٣) .

وفي بيان مذهب الحنابلة يقول ابن قدامة: «إن اللسان هو المعبر عما في القلب، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم الصمت مقامه لعارض»^(٤) . ولكن هناك اتجاهًا آخر في المذهب، يقول ابن القيم في بيانه «والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريقة كان، عُمِلَ بمقتضاه سواء أكان إشارة أم كتابة أم إيماء أو دلالة عقلية أم قرينة حالية أم عادة مطردة لا يخل بها»^(٥)، وقد قسم البهوتي الطريق التي ينشأ بها الالتزام إلى قسمين: الأول - الصيغة اللفظية، والثاني - الدلالة الحالية، وهي المعاطاة^(٦) .

ومن أبلغ الأمثلة على اعتداد الحنابلة بالدلالة الحالية قولهم: أنه لو جاء مشتر فأخذ السلعة - كالخبز مثلاً -، ووضع ثمنها. والمالك غير حاضر، فهو معاطاة يصح بها البيع للعرف^(٧) .

وقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن العلم برضا المستحق يقوم مقام إظهار الرضا»^(٨) . وكلامه هذا قاعدة عظيمة تجمع كل ما قاله أهل العلم في صلاحية السكوت لإنشاء الالتزام، وصفة هذا السكوت .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٢ .

(٢) مغني المحتاج ٢/ ١٠٠ .

(٣) قواعد الأحكام ٢/ ١٣٠ ، ١٣١ .

(٤) المغني ٩/ ٤٠٨ .

(٥) أعلام الموقعين ١/ ٢١٨ .

(٦) كشف القناع ٣/ ١٤٨ .

(٧) شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٤١ .

(٨) مجموع الفتاوى ١٩/ ٢٠ ، ٢١ .

وأورد شيخ الإسلام الأدلة النقلية على أن السكوت ينشأ به الالتزام إذا فهم منه الرضا^(١)، وهي كما يلي:

الدليل الأول:

مبايعة النبي ﷺ عن عثمان بن عفانبيعة الرضوان وكان غائباً. وكما في حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - ومنه قوله (وكانتبيعة الرضوان بعد ما ذهب عثمان إلى مكة، فقال رسول الله ﷺ بيده اليميني: هذه يد عثمان، فضرب بها على يده فقال: هذه لعثمان)^(٢).

الدليل الثاني:

إدخال النبي ﷺ أهل الخندق إلى منزل جابر، دون إذنهما لعلمه أنهما راضيان بذلك، فقد حدث جابر بحديث طويل فيما جرى لهم في غزوة الخندق، ومن حديثه قوله: (فقلت لامرأتي: رأيت بالنبي ﷺ شيئاً ما كان في ذلك صبر، فعندك شيء؟، فقالت عندي شعير، وعناق، فذبحت العناق وطبخت الشعير حتى جعلنا اللحم بالبرمة، ثم جئت النبي ﷺ فقلت: طعيم لي، فقم أنت يا رسول الله ورجل أو رجلان. قال: كم هو فذكرت له، فقال: كثير طيب. فقال ﷺ: قوموا، فقام المهاجرون والأنصار، وفي لفظ «فصاح النبي ﷺ يا أهل الخندق إن جابراً قد صنع سوراً فحيّ هلا بكم، فجئت وجاء رسول الله ﷺ يقدم الناس)^(٣).

الدليل الثالث:

قول ﷺ لمن استوهبه كبة شعر (أما ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فقد وهبته لك)^(٤).

وهو قطعة من حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: (شهدت رسول الله ﷺ يوم حنين، وجاءته وفود هوازن، فقالوا: يا رسول الله، إنا أهل وعشيرة، فمَنْ علينا من الله عليك. قال: اختاروا بين نسائكم وأموالكم وأبنائكم. قالوا: خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا، نختار أبناءنا. فقال: ما كان لي ولبنّي عبد المطلب فهو لكم، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحذرهم من الغلول، فقال رجل معه

(١) مجموع الفتاوى ٢٠/١٩، ٢١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٦٧/٧. كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب عثمان بن عفان.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٥٦/٧، ٤٥٧، كتاب المغازي، غزوة الخندق.

(٤) مجموع الفتاوى ١٠/١٩، ٢١.

كُبة^(١) من شعر فقال إني أخذت هذه أصلح بها بردعة بعير لي دبر، فقال: أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك^(٢).

ووجه الاستشهاد أنه ﷺ وهب من مال بني عبد المطلب؛ لعلمه أن نفوسهم تطيب بتصرفه في أموالهم.

الدليل الرابع:

إعطاؤه ﷺ المؤلفه قلوبهم يوم حنين من الغنائم، عند من يقول إنه أعطاهم من أربعة الأخماس. فإنه ﷺ تصرف في أموال الغنيمة بذلك، لعلمه أن نفوسهم ترضى بما فعل^(٣).

قال ابن حجر: ومن ذلك قوله ﷺ في أسارى بدر (لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء التتني لتركتهن له)^(٤).

وقد عورض هذا الاستدلال: بأن ما أعطاه ﷺ في حنين كان من الخمس، وأما قوله في أسارى بدر فكان قبل نزول الآية التي جعلت الغنيمة عدا خمسها حقاً للمقاتلين، فكان الأمر فيها متروكاً للنبي ﷺ^(٥).

(١) جاء في عون المعبون ٧/ ٣٦٠: «الكبة بضم الكاف وتشديد الموحدة أي قطعة مكتوبة من غزل شعر».

(٢) أخرجه النسائي في كتاب الهبة، باب هبة المشاع، انظر سنن النسائي بشرح السيوطي والسندي ٦/ ٢٦٢ - ٢٦٤. وأخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ٤/ ٢٧، ٢٨. كتاب الجهاد، باب فداء الأسير بالمال. وأخرجه الإمام أحمد في مسنده. انظر المسند تحقيق أحمد شاکر ١١/ ٢٢، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/ ١٩٠، ١٩١، رواه أبو داود باختصار كثير، ورواه أحمد، وأحد إسناده ثقات. اهـ. وتعقبه أحمد شاکر في تخريجه للمسند ١١/ ٢٢ فقال: كلا الإسنادين عند أحمد صحيح، وليس كما أشار الهيثمي إلى أن أحدهما صحيح. وقال الهيثمي رواه الطبراني وفيه ابن إسحاق وهو مدلس، ولكنه ثقة، وبقية رجاله ثقات. أما الحافظ ابن حجر فقد أورد الحديث في الفتح ٧/ ٦٢٨، ٦٢٩ عن موسى بن عقبة في المغازي. وعن ابن إسحاق وقال: حسن الإسناد.

(٣) فتح الباري ٦/ ٢٨٠. مجموع الفتاوى ١٩/ ٢١.

وخبر إعطاؤه ﷺ المؤلفه قلوبهم من الغنائم يوم حنين، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب الأنصار ٧/ ١٣٧، وكتاب فرض الخمس ٦/ ٢٨٩، ٢٩٠.

(٤) فتح الباري ٦/ ٢٨٠، والاحديث أخرجه البخاري في صحيحه ٦/ ٢٨٠ كتاب فرض الخمس، باب ما من النبي ﷺ على الأسارى من غير أن يخمس.

(٥) فتح الباري ٦/ ٢٨٠.

المطلب الثاني

تعيين القرائن التي تجعل السكوت

دالا على إنشاء الالتزام

تقرر في المطلب السابق أن السكوت المجرد لا ينشأ به التزام. وأن السكوت الذي ينشأ به التزام لابد أن يحيط به قرينة تدل على أن السكوت كان عن رضا بإنشاء الالتزام، وهذا المطلب هو في تعيين هذه القرائن، وبعضها قد نص عليه أهل العلم، وبعضها أخذته من مسائلهم في إعمال السكوت.

وبعض مسائل الفقهاء التي أخذت منها قرائن ليست في إنشاء الالتزام، ولكنها في موضوع الرضا والسكوت الذي يدل عليه، وما الإيجاب والقبول اللذان ينشأ بهما الالتزام إلا أسلوب من أساليب التعبير عن الرضا. فالكلام في الأساليب التي يظهر بها الرضا يشمل الإيجاب والقبول وغيرهما من أساليب التعبير عن الرضا.

وبعض المسائل تصلح مثلاً لأكثر من قرينة لذا يتكرر ذكرها. وبعض المسائل يختلف نظر الفقهاء فيها: هل السكوت فيها مصحوب بما يدل على أنه صادر عن رضا، أو هو مجرد عن ذلك، فبعضهم يذكرها في السكوت المجرد، وبعضهم يذكرها في السكوت الدال على الرضا بإنشاء الالتزام.

القرينة الأولى: العرف والعادة.

نص عليه المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣). ويشترط في العرف المعتبر ألا يكون منصوفاً على تحريمه^(٤). ويشترط فيه أن يكون مطرداً^(٥).

القرينة الثانية: عادة شخصية مطردة لصاحب الالتزام لا يخل بها.

نص عليها ابن القيم^(٦). وسماها شيخ الإسلام إذنا عرفياً خاصاً، كما سما القرينة

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٤١، حاشية الدسوقي ٢٠٤/٣.

(٢) قواعد الأحكام ١٣٠/٢.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٠/٢٩، ٢١، ٣٠/٧٦، ٧٧.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٠/١٩.

(٥) قواعد الأحكام ١٣٧/٢.

(٦) أعلام الموقعين ٢١٨/١.

الأولى إذناً عرفياً عاماً. ومثل الإسلام للخاص بقوله: ومنه مايؤثر عن الحسن البصري أن أصحابه لما دخلوا منزله وأكلوا طعامه، قال: ذكرتموني أخلاق قوم قد مضوا. ومنه قول بعض السلف: إن الإخوان من يدخل أحدهم يده في جيب صاحبه فيأخذ منه ماشاء^(١).

القرينة الثالثة: دلالة حال الملتزم.

قال ابن رجب: القاعدة الرابعة والسبعون فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط، وهو نوعان: أحدهما أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض، ويندرج تحته صور كثيرة كالملاح، والمكاري، والحجام، والقصار، والخياط، والدلال، ونحوهم، ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل. نص عليه^(٢)، أي الإمام أحمد.

ومن أمثلتها قول الحنفية: لو ترك إنسان متاعه بين يدي شخص وذهب، وذلك الشخص ساكت لم ينهه ولم يتصل من حفظه، فإنه ينعقد عقد الإيداع بينهما بدلالة الحال، فيصير الشخص الموضوع أمامه المتاع وديعاً مكلفاً بالحفظ، وضامناً له إذا قصر في حفظه^(٣). ولو وضعه أمام جماعة أصبحوا جميعاً مستودعين، فلو قاموا واحداً بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الأخير^(٤). ولو أن رجلاً زوج رجلاً بغير أمره، فهناه القوم وقبل التهتة فهو رضا؛ لأن قبول التهتة دليل الإجازة^(٥).

القرينة الرابعة: السكوت في معرض الحاجة إلى البيان.

ومن القواعد المشهورة «لا ينسب للسكوت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان»^(٦). فاعتبر الفقهاء السكوت في هذا الموضوع بياناً. ومن أشهر الأمثلة على هذه القاعدة سكوت البكر عند استئذانها في تزويجها، فإنه يعد إذناً^(٧).

ومن المسائل التي يظهر أنها مبنية على اعتبار السكوت في هذا الموضوع بياناً: مالو

(١) مجموع الفتاوى ١٩/٢٠، ٢١.

(٢) القواعد ص ١٣٥.

(٣) البحر الرائق ١٢٢/٣، شرح فتح القدير ١٦٥/٣، مواهب الجليل ٢٥٢/٥.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٦٧.

(٥) البحر الرائق ١٢٢/٣، شرح فتح القدير ١٦٥/٣.

(٦) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، قاعدة ٦٦ ص ٢٧٣.

(٧) قواعد الأحكام ١٣٧/٢.

أتى رجل بيته إلى رجل قال «اشهدوا لي أن عنده كذا كذا» وهو ساكت فإن ذلك يلزمه^(١).

فالحاجة هنا قائمة إلى أن يُكذَّب المدعى عليه المدعى أمام الشهود، فسكوته عن ذلك يفيد الإقرار عند أصحاب هذا المثال^(٢).

ومنها: لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً، وبعدما سكن فيه أشهراً أتى المؤجر وقال للمستأجر «إن رضيت بستين فاسكن، وإلا فاخرج»، فرد المستأجر، وقال «لم أرض» واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً، وأما إذا لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه ستون قرشاً.

ولو قال المؤجر مائة قرش، وقال المستأجر ثمانين، وأبقى المالك المستأجر وبقي هو ساكناً فاللزام للمستأجر ثمانون، ولو أصر الطرفان كل منهما على ما قال، واستمر المستأجر في الانتفاع بالحانوت تلزمه أجره المثل^(٣).

القرينة الخامسة: الحاجة إلى دفع الضرر.

من أشهر الأمثلة على ذلك: سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى، ولا ينهأ عن ذلك، فإن سكوته يعد إذناً للعبد في التجارة.

والعلة في ذلك: أن المتعاملين مع العبد يستدلون بسكوت المولى الحاضر على أنه قد أذن للعبد في التجارة، ولو لم يعمل بسكوته على أنه دليل على الرضا، لكان في ذلك إضراراً بالمتعاملين وتغييرٌ بهم^(٤).

وقد اعترض على هذا التعليل باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن السكوت محتمل، والمحتمل لا يكون دليلاً على الرضا.

الاعتراض الثاني: أن الضرر على المتعاملين مع العبد هو ضرر محتمل، وأما الضرر على المولى في حالة إلزامه بما فعل العبد وإخراج المبيع عن ملكه فهو ضرر محقق، والأولى دفع الضرر المحقق^(٥).

وقد أجيب عن الاعتراض الثاني، بأنه ليس في إمضاء البيع على المولى ضرر متحقق، لأن الدين قد يلحق المولى بسبب البيع وقد لا يلحقه، وأما في حالة عدم إمضاء البيع، فإن الضرر على المتعاملين مع العبد متحقق^(٦).

(١) إيضاح المسالك ص ٣٧٤.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ٤٣٨. وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه للحموي ١/ ٤٤٥، ٤٤٦.

(٣) التلويح ٢/ ٤٠، كشف الأسرار للبزدوي ٢/ ٨٧١، كشف الأسرار للنسفي ٢/ ٧٨.

(٤) التلويح ٢/ ٤٠، كشف الأسرار للبزدوي ٢/ ٨٧١، كشف الأسرار للنسفي ٢/ ٧٨.

والأحسن في الجواب - والله أعلم - أن يقال: إن الضرر النازل بالمولى لو نزل هو من فعله، وهو المتسبب فيه بسكوته، وأما الضرر الذي ينزل بالتعاملين فلا يد لهم فيه، وإنما المتسبب فيه المولى بسكوته فلا بد من دفعه عنهم.

القرينة السادسة: أن يكون مضمون الإيجاب مصلحة محضة للطرف الآخر فيبعد سكوته - حينئذ - قبولاً:

وهذه القرينة مأخوذة من قول الحنفية «سكوت المتصدق عليه يعد قبولاً»^(١). وإذا وهب الدائن الدين للمدين فسكت صحت الهبة، وسقط الدين؛ لأن سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة، وإن رد من ساعته بقي الدين على حاله^(٢)، وسكوت الموقوف عليه هو عند بعض الحنفية قبول، وقيده بعضهم بأن يكون الوقف مصلحة محضة له^(٣)، وعند آخرين ينشأ الوقف بمجرد الإيجاب^(٤).

القرينة السابعة: أن يأتي بعد السكوت فعل يدل على أن السكوت كان قبولاً:

قال ابن الهمام في التمثيل له: إذا قال رجل لغيره «بيع متاعي»، فسكت، ثم باعه بعد، يكون سكوته قبولاً للوكالة، فلا يكون بيع فضولي^(٥).

القرينة الثامنة، قال الخطاب: «وقد يكون الالتزام بالكلام النفسي، ونقل عن ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئاً، وجعله له بقول أو نية، فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره وهو ضامن له إن فعل، ولو نوى أن يعطيه، ولم يجعله له بقول ولانية كره له أن يصرفه إلى غيره»^(٦).

فإذا تجرد السكوت عن قرينة تدل على أن المراد به الرضا بإنشاء الالتزام فإنه لا ينشأ به الالتزام:

ومما ذكره الفقهاء من أمثلة على ذلك: قول بعضهم الإعارة لاتثبت بالسكوت^(٧)، فلو طلب شخص من آخر إعارة شيء فسكت صاحب ذلك الشيء، ثم أخذه المستعير كان غاصباً^(٨).

(١) الأشباه والنظائر مع شرحه ٤٤٠/١، حاشية ابن عابدين ٦٨٨/٥.

(٢) غمز عيون البصائر ٤٤٦/١.

(٣) جامع الفصولين ١٩٣/٢.

(٤) الأشباه مع شرحه ٤٤٠/١.

(٥) شرح فتح القدير ١٦٥/٣.

(٦) تحرير الكلام ص ١٤٣.

(٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه للحموي ٤٣٩/١.

(٨) مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٠٥.

وقول بعضهم: إذا عقد الولي للبكر دون أن يستأذنها، وكانت حاضرة مجلس العقد وسكتت لا ينشأ العقد في الأصح، بل لا بد من استئذانها^(١). وقول آخرين: لو رمى ثوبه لا يجوز لأحد أخذه، ما لم يقل حين رمى ليأخذه من أراذه^(٢).

(١) روضة الطالبين ٥٥/٧.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٢٣٦/٥.

المطلب الثالث

تعيين موقع السكوت المعتبر في إنشاء الالتزام.

يري بعض الباحثين المعاصرين أن قول الفقهاء لاينسب لساكت قول، يصدق على الإيجاب دون القبول، فالإيجاب لايمكن أن يستخلص من السكوت، أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة، ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى «ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان»^(١).

والعلة في ذلك عندهم، أن الإيجاب هو في حقيقته عرض موجه من أحد الطرفين إلى الآخر، ولايتصور في ظنهم أن يستخلص هذا العرض من السكوت^(٢).

وهذا الذي قالوه محل نظر فإن أمثلة الفقهاء وعباراتهم، تكشف عن أنهم لايفرقون بين الإيجاب والقبول في أعمال السكوت في إنشاء الالتزام. فمن الأمثلة قولهم: إذا أنفقت الأم في جهاز بنتها ماهو معتاد، فسكت الأب لم تضمن الأم، أو أخذت من أمتعة الأب وجعلته في جهاز بنتها، والأب ساكت، فليس له الاسترداد^(٣). ومنها قولهم: لو أن أحد الوصيين استأجر حمالين ليحملوا الجنازة إلى المقبرة، والآخر ساكت فإنه بسكوته يكون مستأجراً^(٤).

فالسكوت في المثالين السابقين كان في الإيجاب.

وعبارات الفقهاء تدل على أن كلامهم في صلاحية السكوت لإظهار الرضا بإنشاء الالتزام؛ وهذا يسري على الإيجاب كما يسري على القبول. فمن ذلك، قول شيخ الإسلام: إن الطريقة التي ينشأ بها الالتزام هي ماجرى العرف به، مالم يكن منصوصاً على تحريمه^(٥).

(١) ضوابط العقد للبعلي ص ١١٠، نظرية العقد، فرج الصدة، ص ١٧٢.

(٢) نظرية العقد للصدّة ص ١٧٢.

(٣) الأشباه والنظائر وشرحه للحموي ١/ ٤٤٤، ٤٤٥.

(٤) الأشباه والنظائر وشرحه ١/ ٤٤٥.

(٥) مجمع الفتاوى ٢٩/ ٢٠، ٢١.

وقول ابن القيم: فإذا ظهر مراد العاقد بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء أكان بلفظ، أم بقرينة حالية، أم بدلالة عقلية، أم بعادة له مطردة^(١). وقول الحنفية: الرضا يظهر صراحة ويظهر دلالة^(٢).

وبالرجوع إلى تعريف الإيجاب والقبول عند الجمهور، نجد أن القبول وهو عندهم للفظ الصادر عن المملك قد يتقدم على الإيجاب، - وهو عندهم اللفظ الصادر عن المملك -^(٣)، فيأتي القبول في صورة فعل يقابله سكوت من الموجب، ومثاله: أن يدخل رجل محلاً لبيع الخبز، فيأخذ خبزاً، وينصرف والبائع ساكت. فإن سكوته يعد رضا بالبيع، وهو الموجب، فيكون سكوته هو الإيجاب.

(١) أعلام الموقعين ١/ ٢١٨.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٣٥٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٢/ ٢٢، فتح الوهاب ١/ ١٥٧، غاية المنتهى ٢/ ٣.

المطلب الرابع

أشهر المسائل التطبيقية لإنشاء الالتزام بالسكوت ودلالة الحال

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: سكوت المرأة في عقد نكاحها.

المسألة الثانية: سكوت المالك عن بيع الفضولي ماله وهو حاضر.

المسألة الأولى

سكوت المرأة في عقد نكاحها

الفرع الأول: سكوت البكر في عقد نكاحها.

تحرير محل النزاع: النزاع هو في سكوت المجرّد عما يدل على الامتناع^(١)، فإذا ظهر ما يدل على الامتناع، فإن السكوت لا يعد رضا. كأن تصرّح بذلك لسانها^(٢). وإذا صرّحت بالرضا نشأ العقد إلا عند ابن حزم، فإن له رأياً شاذاً في ذلك ذهب فيه إلى أن التصريح بالرضا لا يعد إذناً، ولا يكون إذنها إلا بالسكوت^(٣).

وإذا اشتبه الحال بين أن يكون السكوت رضا، أو كراهية رجّع إلى قرائن الأحوال^(٤)، كالضحك، فإنه قد يكون للفرح وقد يكون استهزاء^(٥)، وكالكباء فإنه قد يكون للفرح وقد يكون حزناً، أو فزعاً^(٦).

تفصيل الأقوال والأدلة:

القول الأول: إن سكوت البكر رضا منها بالعقد.

به قال الحنفية^(٧)، وهو ظاهر كلام بعض المالكية^(٨)، وهو قول جمهور الشافعية، إلا أنهم قيدوه بأن يكون المهر المسمي مهر المثل، فإن كان أقل فلا بد من تصريحها برضاها بالنقصان^(٩). وزاد بعضهم قيداً آخر للاكتفاء بالسكوت، وهو أن يكون الزوج كفوّاً^(١٠) وهو المشهور عند الحنابلة^(١١). ونص الحنفية على أنه لا يشترط أن تعلم المرأة أن سكوتها رضا، وقال المالكية يستحب للولي إعلامها بذلك، وأوجب بعضهم.

(١) الخرشبي ١٨٤/٣.

(٢) حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٢٦٠/٦.

(٣) المحلى ٤٧١/٩.

(٤) شرح فتح القدير ١٦٤/٣، مواهب الجليل ٤٣٣/٣.

(٥) البحر الرائق ١١٩/٣، شرح منح الجليل ٢٠/٢.

(٦) شرح منتهى الإرادات ١٥/٣، كشف القناع ٤٧/٥، المغني ٤٠٩/٩.

(٧) البحر الرائق ١١٩/٣، شرح فتح القدير ١٦٤/٣.

(٨) التاج والإكليل ٤٣٣/٣، شرح منح الجليل ١٩/٢.

(٩) مغني المحتاج ١٥٠/٣، نهاية المحتاج ٢٣١/٦.

(١٠) روضة الطالبين ٥٦/٧.

(١١) الإنصاف ٦٤/٨، شرح منتهى الإرادات ١٥/٣، كشف القناع ٤٦/٥.

دليل القول الأول:

حديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: (لاتنكح الأيم حتى تُستأمر، ولاتنكح البكر حتى تُستأذن؟ فقالوا يارسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تَسْكُت). وفي لفظ (أن عائشة قالت: يارسول الله، إن البكر تستحي، قال رضاها صمتها)^(١).

ووجه الاستدلال، أن البكر لو كرهت لصرحت بالامتناع؛ لأنها لاتستحي من الامتناع، وإنما تستحي من التصريح بالرضا، فإذا سككت غلب على الظن أنه لرضاها^(٢).

القول الثاني: أن سكوت البكر لا يكون رضا، إلا إذا كانت معبرة فإنه لا يشترط رضاها لصحة العقد.

هو القول المشهور عند المالكية^(٣)، واستثنوا منه مسائل وأكثرها منها^(٤). وهو قول عند الشافعية^(٥)، وقول حكاه شيخ الإسلام في مذهب الحنابلة^(٦).

دليل القول الثاني:

أن سكوت البكر ليس إذناً وإنما اكتفي به إذا كان العاقد الأب؛ لأن رضاها غير معتبر في هذه الحالة. بهذا علل أصحاب هذا القول من الشافعية^(٧).

وقد أجاب ابن قدامة عنه بقوله: هذا شذوذ عن أهل العلم مخالف لإجماع المسلمين قبلهم، وترك للسنة الصحيحة الصريحة يضان الشافعي عن إضافته إليه، وجعله مذهباً له مع كونه من اتباع الناس لسنة رسول الله ﷺ، فإن رسول الله ﷺ،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٩٨/٩، كتاب النكاح، باب ينكح الأب وغيره البكر واليِّب إلا برضاها.

(٢) البحر الرائق ١١٩/٣، المغني ٤٠٩/٩.

(٣) الخرشي ١٨٤/٣، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٢٠٢/٢، ٢٠٣، شرح منح الجليل ٢٠/٢، ٢١.

(٤) ماسبق.

(٥) مغني المحتاج ١٥٠/٣.

(٦) مجموع الفتاوى ٢٤/٣٢.

(٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٤/٣٢، المغني ٤٠٨/٩.

فرق بين البكر والثيب في كيفية الإفصاح عن الرضا: فجعل رضا البكر الإذن، وجعل حمايتها إذناً، كما جعل رضا الثيب النطق، ولم يفرق بينهما في الإيجاب وعدم الإيجاب^(١)، وبمثله أجاب شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢).

الترجيح:

الصواب أن سكوت البكر رضا منها بالعقد؛ لأن الدليل الصريح صح بذلك. والعلة في اعتبار سكوتها رضا هو استحياؤها من التصريح بالرضا، وإما مسألة وجدت فيها هذه العلة يجب إعطاؤها الحكم الوارد في الحديث من باب القياس، خاصة أن علة الحكم منصوص عليها. وإذا جاز في النكاح اعتبار السكوت رضا فأولى أن يجوز فيما هو أدنى من النكاح في أثره كالبيع والهبة.

الفرع الثاني: سكوت الثيب في عقد نكاحها.

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: إن سكوت الثيب لا يعد رضا بالعقد، ولا بد في صحة إذنها من النطق. به قال جمهور الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وهو قول الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

دليل القول الأول:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال (لا تنكح الأيم حتى تُستأمر)^(٧). وعن عدي بن عدي الكندي - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (الثيب تعرب عن نفسها بلسانها)^(٨). فدل حديث أبي هريرة أن الثيب حكمها غير حكم البكر، فإن البكر يؤخذ رضاها من صمتها، أما الثيب فلا يكفي في حقها ذلك^(٩). وحديث عدي صريح في أن رضا الثيب لا يظهر إلا بالقول، ويلحق به مماثلته كالكتابة.

(١) المغني ٩/٤٠٨.

(٢) مجموع فتاوي شيخ الإسلام ٣٢/٢٤، ٢٥.

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣/٦٢، شرح فتح القدير ٣/١٦٨.

(٤) الخرشني ٣/١٨٤، مواهب الجليل ٣/٤٣٣.

(٥) مغني المحتاج ٣/١٥٠، نهاية المحتاج ٦/٢٣٠، ٢٣١.

(٦) الإنصاف ٨/٦٤، شرح منتهى الإرادات ٣/١٥، كشف القناع ٥/٤٦، ٤٧ المغني ٩/٤٠٧.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ٩/٨٩.

(٨) أخرجه الإمام أحمد في المسند ١٦/١٥٨. وأخرجه ابن ماجه في سننه ١/٦٠٢، وقال الساعاتي في الفتح

١٥٨/١٦: قال البوصيري: رجال إسناده ثقات، إلا أنه منقطع، فإن عدياً لم يسمع من أبيه عدي بن عميرة،

يدخل بينهما العرس بن عميرة.

(٩) شرح فتح القدير ٣/١٦٨، نهاية المحتاج ٦/٢٣١، شرح منتهى الإرادات ٣/١٥، المغني ٩/٤٠٨.

القول الثاني: أن سكوت الثيب يكون قبولاً، إذا صاحبه قرينة تدل على أن سكوتها كان عن رضا.

هو قول عند الحنفية. قال ابن نجيم: إن الرضا من الثيب كالرضا من البكر قد يكون صريحاً، وقد يكون دلالة بالسكوت أو الضحك، أو قبول التهنة قولاً لاسكوتاً، أو التمكين من الوطء^(١). قال ابن الهمام: الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين، وقال الزيلعي^(٢): إن قبول التهنة ليس بقول بل سكوتاً^(٣).

وجاء في مواهب الجليل «وقال في التوضيح المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل، منها المرأة تزوج وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تنكر النكاح وتقول لم أرض به، وتدعي الجهل»^(٤) وقال بعض المالكية يلزم أن تعرب بصريح اللفظ عن رضاها بالعقد، وتفويض العقد لوليها إن غابت عن مجلس العقد، فإن حضرته كفى صحتها^(٥).

دليل القول الثاني:

أن الحديث دل على أن النطق من الثيب رضا فيكون التمكين أكثر دلالة على الرضا من القول؛ لأنه أقوى، فإن النص في الحديث على النطق يستلزم العمل بما هو أقوى منه^(٦).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه أن السكوت من الثيب لا يعد رضا؛ لأن النبي ﷺ جعل الفرق بين البكر والثيب في أن البكر يكفي سكوتها في الدلالة على رضاها، بخلاف الثيب، وفي المساواة بينهما إبطال للفظ الحديث ومقصوده. ولكن يكون كالنطق في الدلالة على رضاها ما كان مساوياً له في قوة الإبانة عن المراد كالكتابة والتوقيع والإشارة، فإن النطق نفسه ليس مقصوداً في الحديث، وإنما المقصود صدور تعبير عن الثيب يفصح عن رضاها، وعدم الاكتفاء بالسكوت، ودلالة الحال.

(١) البحر الرائق ٣/ ١٢٤.

(٢) هو فخر الدين عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، فقيه حنفي. من أهل زيلع بأرض الصومال. قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ، فافتى ودرس، توفي بها. وهو من شيوخ الزيلعي المحدث. له مؤلفات عظيمة القدر، منها «تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق»، و«بركة الكلام على أحاديث الأحكام». توفي سنة ٧٤٣ هـ انظر الأعلام ٢١٠/٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ٦٢.

(٤) ٤٣٤/٣.

(٥) شرح منج الجليل ٢/ ٢٠.

(٦) شرح فتح القدير ٣/ ١٦٨.

المسألة الثانية

سكوت المالك عن بيع الفضولي ماله وهو حاضر

في صحة البيع قولان لأهل العلم:

القول الأول: يصح البيع.

هو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الحنابلة، إلا أنهم قالوا إن العقد يكون موقوفاً على إجازة المالك^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

القياس على سكوت البكر، فإنه يدل على الرضا^(٤).

واعترض عليه: بالفارق المانع من صحة القياس، فإن سكوت البكر اعتبره الشارع دليلاً على الرضا؛ لأنها تستحي من التصريح بالرضا، وهذا المعنى لا يوجد في البيع^(٥).

الدليل الثاني:

أن الظاهر من حال البائع الرضا^(٦).

واعترض عليه: بأن سكوته دليل محتمل لا يكون دليلاً على الرضا^(٧).

الدليل الثالث:

أن في عدم تصحيح العقد تغريراً بالمشتري، فيُدفع بتصحيح العقد^(٨).

واعترض عليه بأننا لو جعلنا السكوت رضا لتضرر رب المال بزوال ملكه عن المبيع،

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١١٩/٥، وحاشية ابن عابدين ١١٥/٥.

(٢) البهجة شرح التحفة ٦٨/٢، مواهب الجليل ٢٧١/٤، ٢٧٢.

(٣) كشف القناع ١٥٧/٣، المبدع ١٧/٤.

(٤) المبدع ١٧/٤.

(٥) السابق.

(٦) البهجة شرح التحفة ٦٨/٢.

(٧) كشف الأسرار للنسفي ٧٨/٢.

(٨) المبسوط ١٤٠/٣.

ولو لم نجعله رضا لتضرر المشتري، فترجح جانب المالك؛ لأن حقه في العين أسبق؛
ولأن المشتري هو الذي غر نفسه، إذ لم يسأل المالك عن رضاه.

القول الثاني: لا ينشأ العقد.

هو قول الشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

دليل القول الثاني:

أن الرضا شرط لصحة العقد، ولم يتحقق بصورة قاطعة، فإن السكوت محتمل،
فلا يكون دليلاً على الرضا.

الترجيح:

يجب أن يفرق - فيما يظهر لي - بين إقدام المشتري على الشراء من الفضولي، وهو
يعلم أنه فضولي، وبين إقدامه على الشراء وهو لا يعلم أنه فضولي، فإن كان يعلم
فإن البيع لا يصح؛ لانعدام الرضا من المالك. وإن كان لا يعلم فيجب تصحيح العقد؛
لأن الحال حينئذ تدل على رضا البائع، فهو يعلم أن المشتري يظن الفضولي هو
المالك، ومع ذلك لم يصرح بعدم الرضا.

(١) نهاية المحتاج ٣/ ٤٠٤.

(٢) الكافي ٢/ ٢١، كشف القناع ٣/ ١٥٧، المبدع ٤/ ١٧.

الفصل الرابع

توقف أثر الإيجاب والقبول على القبض أو الإجازة

وفيه تمهيد وتسعة مباحث:

المبحث الأول: توقف إنشاء عقد الصرف بالإيجاب والقبول على قبض العوضين.

المبحث الثاني: توقف إنشاء عقد البيع في المطعومات الربوية بالإيجاب والقبول على قبض العوضين.

المبحث الثالث: توقف إنشاء السلم بالإيجاب والقبول على قبض الثمن.

المبحث الرابع: توقف إنشاء إجازة الذمة بالإيجاب والقبول على قبض الأجرة.

المبحث الخامس: توقف إنشاء الهبة بالإيجاب والقبول على قبض العين الموهوبة.

المبحث السادس: توقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول على قبض العين الموقوفة.

المبحث السابع: توقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على قبض العين المرهونة.

المبحث الثامن: توقف إنشاء العارية، والقرض، والوديعة بالإيجاب والقبول على القبض.

المبحث التاسع: توقف أثر الإيجاب والقبول من العاقلين على إجازة شخص ثالث.

تمهيد وفيه : التعريف بالقبض ، وبيان كلفته .

الفرع الأول : تعريف القبض اصطلاحاً .

قال الكاساني : القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وحقيقة^(١) .

ويسمى المالكية القبض حوزاً ، وقالوا في تعريف الحوز : إنه وضع اليد على الشيء المحوز^(٢) .

الفرع الثاني : كلفة القبض .

المال المقبوض إما أن يكون عقاراً ، وإما أن يكون منقولاً ، ولكل منهما كلفة خاصة في قبضه .

أولاً : كلفة قبض العقار .

العقار عند الجمهور : كل ملك ثابت له أصل ، كالأرض والبناء والأشجار^(٣) .
والحنفية لا يعدون البناء والشجر من العقار ، لأنه يمكن نقله وتحويله ، فإذا كانا تابعين للأرض يسري عليهما - حيثئذ - حكم العقار بالتبعية^(٤) .
وقد نص الحنفية^(٥) ، والمالكية^(٦) ، والشافعية^(٧) ، والحنابلة^(٨) على أن قبض العقار يكون بالتخليفة ، وهي : تمكين المشتري من التصرف في المبيع ، وعدم الحيلولة بينه وبين ما اشتراه .

واشترط الصاحبان من الحنفية لصحة التخلية في العقار أن يكون قريباً ، فإذا كان بعيداً فلا تعد التخلية فيه قبضاً ، ولم يشترط ذلك الإمام أبو حنيفة^(٩) .

واشترط الشافعية في قبض الأرض المبيعة على أنها كذا ذراع أن تذر عند التخلية

(١) مجمع الأنهر ٢ / ٣٥٤ .

(٢) البهجة شرح التحفة ١ / ١٦٨ .

(٣) الخرشي ٦ / ١٦٤ ، مغني المحتاج ٢ / ٧١ ، كشاف القناع ٣ / ٢٠٢ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢١٧ .

(٥) بدائع الصنائع ٥ / ٢٤٤ .

(٦) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣ / ١٤٥ .

(٧) مغني المحتاج ٢ / ٧١ .

(٨) المغني ٦ / ٤٥٠ .

(٩) الفتاوى الهندية ٣ / ١٧ .

فإن لم تدرع لاتكون التخلية قبضاً^(١).

ثانياً: كيفية قبض المال المنقول.

المال المنقول هو: المال الذي يمكن تحويله من مكان إلى آخر، كالنقود والحيوانات، والمكيلات، والموزونات.

وللفقهاء فى كيفية قبضه قولان:

القول الأول: أن قبض المنقول يكون بالتخلية كقبض العقار.

وهو قول الحنفية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣).

القول الثانى: أن التخلية فى المنقول ليست قبضاً.

به قال المالكية^(٤)، وجمهور الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

ولتحديد صفة القبض فى المنقول أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة كالنقود والثياب، فقبضه هو تناوله

باليد^(٧).

الحالة الثانية: أن يكون مما يعتبر فيه تقدير بالمقاييس المعروفة من كيل، أو وزن،

أو ذرع، أو عد، فقبضه بتقديره بما يناسبه مما ذكر^(٨).

الحالة الثالثة: أن يكون مما يتناول باليد، ومما لا يعتبر فيه تقدير كأثاث البيوت

والدواب. وقبض هذا النوع فيه قولان عند أصحاب القول الثانى:

الأول: الرجوع إلى العرف فى تحديد صفة قبضه. وبه قال المالكية^(٩).

الثانى: قبضه يكون بتحويله عن مكانه. وبه قال الشافعية^(١٠) والحنابلة^(١١).

(١) مغني المحتاج ٧٣/٢.

(٢) البحر الرائق ٢٤٤/٥.

(٣) روضة الطالبين ٦٥/٤.

(٤) الخرشي ١٥٨/٥.

(٥) مغني المحتاج ٧٢/٢.

(٦) كشف القناع ٢٤٧/٣.

(٧) الخرشي ١٥٨/٥، مغني المحتاج ٧٢/٢، كشف القناع ٢٤٧/٣.

(٨) ماسبق.

(٩) الخرشي ١٥٨/٥.

(١٠) روضة الطالبين ٥١٥/٣.

(١١) كشف القناع ٢٤٧/٣.

المبحث الأول
توقف إنشاء عقد الصرف بالإيجاب والقبول
على قبض العوضين

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: توقف صحة عقد الصرف على القبض .

المطلب الثاني: صفة القبض الذي ينشأ به عقد الصرف .

المطلب الأول

توقف صحة عقد الصرف على القبض

الصرف في اللغة: الدفع والرد. وفي الاصطلاح: بيع الأثمان بعهده ببعض^(١).
اتفق أهل العلم على أنه يشترط القبض في الصرف مع الإيجاب والقبول أو عقبهما^(٢)، ويصف معظم الفقهاء، القبض بأنه شرط لصحة الصرف^(٣)، وقال بعضهم إنه شرط لبقاء الصرف صحيحاً لا لانعقاده صحيحاً^(٤).

قال ابن رجب: القبض في العقود على قسمين.

الأول: أن يكون القبض من موجب العقد ومقتضاه، كالبيع اللازم.

الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد، كالقبض في السلم والربويات، وفي الرهن والهبة، والوقف على رواية، والوصية على وجه، وفي بيع غير المعين أيضاً على خلاف فيه، فأما السلم فمتى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل، وكذلك في الربويات. ثم قال: وأعلم أن كثيراً من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبراً للزومها واستمرارها لا لانعقادها وإنشائها، ومن صرح بذلك أبو الخطاب، ومنهم من جعل القبض فيها شرطاً للصحة، ومن صرح بذلك صاحب المحرر في الصرف والسلم والهبة. ثم قال: الشيخ تقي الدين، التحقيق أن يقال في هذه العقود: إذا لم يحصل القبض فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: «بطل العقد»، فإنه كقولهم «بطل الإيجاب»، وذلك إذا لم يقبل المخاطب، فهذا بطلان مالم يتم، لا بطلان ماتم^(٥).

(١) التعريفات للرجاني ص ١٣٨.

(٢) نقل الإجماع الحافظ ابن حجر في الفتح ٤/٤٤٨، وابن قدامة في المغني ٦/١١٢، وابن حزم في مراتب الإجماع ص ٩٧، والشوكاني في نيل الأوطار ٥/١٩٤، وانظر، تبين الحقائق ٤/١٣٥، المبسوط ١٤/٣، بهجة شرح التحفة وبهامشه حلي المعاصم ٢/٢٩، المنتقى ٥/٢٧١، مواهب الجليل ٤/٣٠٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، الأم ٣/٣٠، قواعد ابن رجب ص ٧١، القاعدة ٤٩، المقنع ص ١١٠.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/٢٥٨.

(٤) القواعد ١٧١، ١٧٢، قاعدة رقم «٤٩».

دليل هذا القول:

مجموعة من الأحاديث الصحيحة عن رسول الله ﷺ علق فيها إباحة مبادلة الذهب بالذهب أو بالفضة على التقابض. من أشمل هذه الأحاديث، مارواه عبادة ابن الصامت - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد)^(١). وفي لفظ (هاء بهاء)، وفي لفظ (عيناً بعين)^(١).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١١/١٥، ١٨، ٢٠، ٢٣. كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

المطلب الثاني

صفة القبض الذي ينشأ به عقد الصرف

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الفورية في القبض .

المسألة الثانية: قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي .

المسألة الأولى

الفورية في القبض

الفورية هي وقوع التقابض عقب تمام الإيجاب والقبول، فإذا تأخر عن ذلك وصدر في المجلس فقد تراخى. وفي اشتراط الفورية قولان لأهل العلم.

القول الأول: يشترط التقابض الفوري في المجلس.

به قال المالكية^(١)، ويؤدي التراخي في القبض إلى فساد العقد عندهم، وأما التأخر اليسير فسامح فيه بعضهم، وشدد فيه آخرون، فقالوا هو كالتراخي الطويل.

دليل القول الأول:

قول النبي ﷺ (هاء بهاء)، فإنه يقتضي الفورية،^(٢) وعللوا للمسامحة في التأخير اليسير بالضرورة الداعية إليه^(٣).

القول الثاني: لا يشترط لصحة التقابض في الصرف أن يقع فور تمام الإيجاب والقبول ويكفي صدوره في المجلس.

به قال الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، فلو تماشيا معاً إلى منزل أحدهما، أو إلى الصرف، فتقابضا قبل التفرق جاز.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال له: (اشتر الذهب بالفضة، فإذا أخذت واحداً منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس)^(٧). قال الشوكاني:

(١) حلي المعاصم بهامش البهجة شرح التحفة ٢/٢٩، مواهب الجليل ٤/٣٠٢ - ٣٠٥، ٣٠٩، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤/٣٠٢.

(٢) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ٣/٢٨٢، مواهب الجليل ٤/٣٠٣.

(٣) مواهب الجليل ٤/٣٠٣، ٣٠٤.

(٤) تبين الحقائق ٤/١٣٥.

(٥) الأم ٣/٣٠، المجموع ٩/٤٠٤.

(٦) المغني ٦/١١٣.

(٧) هو قطعة من حديث عبد الله بن عمر أخرجه أبو داود في سننه ٥/٢٥، ٢٦ وغيره، انظر مزيداً من التخريج في موضعه ص ٥١٠، ٥١١.

«يمكن أن يقال إن هذه الرواية تدل على اعتبار المجلس»^(١).

الدليل الثالث:

عن مالك بن أوس^(٢) أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضا حتى اصطرف مني، وأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع، فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، الشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء)^(٣). وفي رواية أخرى زاد فقال: (وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره)^(٤). ففي الأثر الأول فسر عمر قوله ﷺ (هاء، وهاء) بأنه التقابض في المجلس وأن ضده التفرق من المجلس، وأما التراخي في المجلس فإنه لا يضاده، لأنه أقر طلحة على التأخر في إقباض الدراهم، وإنما منعه من مغادرة المجلس حتى يتم التقابض^(٥).

وفي الأثر الثاني بين عمر أن المفسد للصرف هو الافتراق لا التراخي^(٦).

الدليل الرابع:

أن ساعات المجلس حكمها واحد^(٧).

الدليل الخامس:

أن الأصل أنه يشترط أن يكون القبض مقروناً بالعقد، إلا أن حال العاقلين قبل الافتراق جعلت كحال العقد تيسيراً، فإذا وجد القبض في المجلس يجعل كأنه وجده في أثناء العقد فيصح^(٨).

(١) نيل الأوطار ١٩٤/٥.

(٢) هو أبو سعيد مالك بن أوس بن الحدثان بن الحارث النصري. أدرك النبي ﷺ، وذكره محمد بن إسحاق في الصحابة، ولا تعرف له رواية عن النبي ﷺ وأما روايته عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فأشهر من أن تذكر. شهد مع عمر فتح بيت المقدس. وتوفي بالمدينة سنة اثنتين وتسعين انظر أسد الغابة ١١/٥، ١٢، طبقات الحفاظ ص ٣٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٤١، ٤٤٢، كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ٤/٢٧٣، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٨/١٢٧، كتاب البيوع، باب الرجل عليه فضة يأخذ مكانه ذهباً.

(٥) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٢٨٣.

(٦) السابق.

(٧) المجموع ٩/٤٠٤، الغني ٩/١١٣، وانظر مزيداً من التفصيل في الدليل في ص ٣١١.

(٨) تبين الحقائق ٤/١٣٥.

الترجيح :

يظهر لي رجحان القول الثاني ، فالتأخير الذي لا يتعدى حدود المجلس لا يتنافى مع التقابض المشروط لصحة الصرف ، وبنيت هذا الترجيح على أمرين : أولهما : مراعاة العلة من اشتراط التقابض والنهي عن التفرق قبله ، وهي منع تحول الصرف إلى ربا نسيئة ، والتأخير في حدود مجلس العقد لا يؤدي إلى ربا النسيئة ، فلا يكون داخلاً في النهي .

ثانيهما : أن التراخي بين الإيجاب والقبول من غير تفرق جائز عند أصحاب القول الأول^(١) . فيلزمهم القول بجوازه بين الإيجاب والقبول وبين القبض .

(١) بلغة السالك ٤/٢ ، مواهب الجليل ٢٣٩/٤ - ٢٤١ .

المسألة الثانية

قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي

القبض الحقيقي: أن يعطي أحد العاقلين الآخر في مجلس العقد النقد الذي يريد أن يصرفه.

والقبض الحكمي: أن يكون لأحدهما نقد في ذمة الآخر يساوي النقد الذي يريد أن يصرفه، فيجعل وجود هذا النقد في ذمة أحد المتصارفين مقام القبض الحقيقي كأنه قد قبضه في مجلس الصرف، وسمى هذا قبضاً حكمياً. وذلك على اصطلاح أحد الفريقين في هذه المسألة. واستعملت هذا المصطلح «القبض الحكمي» في عرض الأقوال في هذه المسألة، حتى بالنسبة للذين لا يسلّمون به؛ فعلت ذلك تسهيلاً للبحث في المسألة، مع بيان رأيهم في أثر هذا القبض، وعدم اعتبارهم إياه.

يأتي هذا القبض الحكمي على صورتين، صورة يكون فيها أحد النقدين ديناً في ذمة أحد العاقلين للعاقد الآخر، وصورة يكون فيها النقدان كلاهما في الذمة بأن يكون لكل من المتصارفين دين في ذمة صاحبه.

الصورة الأولى: وجود أحد النقدين في الصرف ديناً في ذمة أحد المتصارفين.

لأهل العلم في قيام القبض الحكمي في هذه الصورة مقام القبض الحقيقي قولان:

القول الأول: يقوم القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي، فيصح الصرف بقبض أحد النقدين ووجود الآخر في ذمة المُقبِض.

به قال جمهور أهل العلم، فهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٢١٦/٥، تبين الحقائق ١٤٠/٤.

(٢) الخرشي ٣٨/٥، مواهب الجليل ٣١٠/٤.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ١٠٨/١٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢٠٠/٢، كشاف القناع ٢٦٥/٣.

واشترط بعض المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة أن يكون النقد الذي في الذمة حلاً وقت الصرف، لا مؤجلاً، واشترط أكثر أصحاب هذا القول لصحة الصرف، أن يقع التصارف بسعر السوق يوم الصرف، وقال الحنفية، والشافعية: يصح بأي سعر تراضيا عليه.

دليل القول الأول:

حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - الذي قال فيه: كنتُ أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، فوقع في نفسي من ذلك شيء، فأتيت رسول الله ﷺ في بيت حفصة، (فذكر السؤال)، فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أذن له أن يأخذ دراهم مكان الدنانير التي في الذمة مع أمره ﷺ بالتقايض في مبادلة الذهب بالفضة، فدل على أن القبض الحكمي يقوم مقام القبض الحقيقي^(٢).

ودليل الشرط الأول:

أن مافي الذمة لا يستحق قبضه، إلا بعد حلول أجله، فإذا وقع الصرف قبله لم يتحقق القبض لاحقية ولا حكماً^(٣) ويكون المعجل مسلفاً لا صارفاً^(٤).

وعلل من لم يعتبر هذا الشرط: بأن الثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل^(٥).

(١) قال الحافظ في التلخيص ٢٦/٣: روي مرفوعاً وموقوفاً. اهـ. فرواه مرفوعاً أبو داود في سننه ٢٥/٥، ٢٦. كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق. والترمذي في سننه ٥٤٤/٣. كتاب البيوع باب ماجاء في الصرف. والحاكم في المستدرک ٤٤/٢.

وقال البيهقي في سننه ٢٨٤/٥، والترمذي في السنن، وابن عبد البر في التمهيد ١٥/١٦: تفرد برفعه سماك ابن حرب. وقال ابن عبد البر: وسماك ثقة عند قوم، مضعف عند آخرين. اهـ. وقال الحافظ في التلخيص. وابن حزم في المحلى ٥٠٣/٨، ٥٠٤: كان سماك يقبل التلقين، فكان يقال له «حدثك فلان عن فلان». فيقول: نعم. ونقل الحافظ عن شعبة أنه قال في سماك: «وأنا أفرقه». اهـ. وصحح الحاكم الحديث، وقال شرط مسلم.

وأخرج الحديث موقوفاً على ابن عمر عبد الرزاق في المصنف ١٢٦/٨، كتاب البيوع، باب الرجل عليه فضة يأخذ مكانه ذهباً، والنسائي في سننه ٢٢٤/٢. قال الألباني في الإرواء ١٧٥/٥: وهذا إسناد حسن.

(٢) المغني ١١٣/٩. نيل الأبطار ١٥٧/٥.

(٣) المغني ١٠٨/٦.

(٤) الخرشي ٣٨/٥، ٣٩، الشرح الكبير. وحاشية الدسوقي ٣/٣٠، ٣١، مواهب الجليل ٣١٠/٤.

(٥) نيل الاوطار ١٥٧/٥.

ودليل الشرط الثاني: قوله ﷺ (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها)^(١).

ودليل من لم يشترطه قوله ﷺ (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد)^(٢).

واعترض عليه: بأنه عام، وما جاء في حديث ابن عمر خاص فيبني العام على الخاص^(٣).

القول الثاني:

لا يقوم القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي، فلا يصح الصرف إلا بقبض البدلين في مجلس العقد قبضاً حقيقياً.
هو أحد قولي الشافعي^(٤).

دليل القول الثاني:

أن القبض شرط لصحة الصرف وقد تخلف فلا يصح الصرف من دونه^(٥).

الترجيح:

ظهر لي رجحان القول الأول، فقد جاء على وفق الدليل النقلي، ولم يوجد ما يستلزم تأويل الدليل على خلاف ظاهره.

الصورة الثانية: أن يكون النقدان كلاهما في الذمة.

في صحة الصرف فيها دون تقابض قولان:

القول الأول:

أن ثبوت كل من عوضي الصرف في ذمة كل من المتصارفين يقوم مقام التقابض الحقيقي يداً بيد، فيصح التصارف من دون تقابض.

به قال أبو حنيفة^(٥)، والمالكية. واشتروا أن يكون الدينان حالّين وقت الصرف^(٦)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٧).

(١) المغني ١١٣/٩، نيل الأوطار ١٧٥/٥.

(٢) حرشي ٣٨/٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣/٣٠، ٣١، مواهب الجليل ٤/٣١٠.

(٣) نيل الأوطار ١٥٧/٥.

(٤) المغني ١٠٨/٦.

(٥) بدائع الصنائع ٢١٦/٥، تبين الحقائق ٤/١٤٠.

(٦) الحرشي ٣٨/٥، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٠، ٣١، مواهب الجليل ٤/٣١٠.

(٧) قاعدة في العقود ص ٢٣٥.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة^(١).

الدليل الثاني:

أن في تصحيح الصرف في هذه الصورة - دون تقابض - إبراء ذمة الطرفين من غير ارتكاب محذور^(٢).

القول الثاني: أن ثبوت عوضي الصرف في ذمة المتصارفين لا يقوم مقام التقابض الحقيقي.

هو قول الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤). وقالوا: لكل منهما أن يبريء صاحبه من الدين الذي له^(٥).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن المصارفة بهذه الصورة هي بيع دين بدين، ولا يجوز ذلك بالإجماع^(٦).

مناقشة الدليل: اعترض عليه بأن محل الإجماع إنما هو في مبادلة الدين الواجب بالدين الواجب، كالسلف المؤجل من الطرفين، والمفسدة التي في هذه الصورة المجمع على منعها ليست واردة في مسألة الخلاف، فإن السلف المؤجل من الطرفين وما مثله فيه إشغال لذمة الطرفين من غير مصلحة تتحقق لأي منهما، فهو مفسدة محضة بخلاف التصارف بما في الذمة، فإنه يؤدي إلى إبراء ذمة المتصارفين، فهو مصلحة محضة، فوجب أن يكون لكل من المسألتين حكم غير حكم الأخرى^(٧).

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر - القول الأول الذي ذهب أصحابه إلى أن وجود كل من البديلين في ذمة الآخر يقوم مقام القبض الحقيقي، وسبب الترجيح توافق ذلك القول مع مقصود الشارع في إبراء الذمم.

(١) المغني ١٠٦/٦.

(٢) قاعدة في العقود ص ٢٣٥.

(٣) الأم ٣٣/٣، تكملة المجموع ١٠٧/١٠.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٠، كشف القناع ٣/٢٦٥، المغني ١٠٦/٦.

(٥) قاعدة في العقود لابن تيمية ص ٢٣٥، المغني ١٠٦/٦.

(٦) الأم ٣٣/٣، تكملة المجموع ١٠٧/١٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٠، كشف القناع ٣/٢٦٥، المغني ١٠٦/٦.

(٧) تكملة المجموع ١٠٧/١٠، ١٠٨، قاعدة في العقود ص ٢٣٥.

المبحث الثاني

توقف إنشاء عقد البيع في المطعومات الربوية بالإيجاب والقبول على قبض العوضين

المقصود بالمطعومات الربوية: البر والشعير والتمر والملح، وما شاركها في العلة الربوية من الأموال الأخرى. ولأهل العلم في اشتراط القبض في مبادلة هذه الأقوال قولان:

القول الأول:

يشترط القبض إذا بيع شيء من المطعومات الربوية بجنسه، أو بغير جنسه، وكانت علة ربا الفضل بينهما واحدة، وإذا حصل التفريق قبل القبض بطل الإيجاب والقبول. به قال المالكية^(١)، واشتراطوا في القبض الفورية^(٢)، وهو قول الشافعية، والمطعومات جميعها عندهم علتها واحدة^(٣)، وهو قول الحنابلة، واختلفوا في اشتراط القبض في بيع المكيل من الربويات بالموزون مع عدم التقابض، فمن جعل الكيل علة غير الوزن لم يشترط القبض، ومن جعلهما علة واحدة اشترط القبض^(٤).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول النبي ﷺ (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد) مع قوله عليه الصلاة

(١) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/٣٨٢، المنتقى ٣/٥، مواهب الجليل ٤/٣٤٥.

(٢) مواهب الجليل ٤/٣٠٤.

(٣) المجموع ٩/٤٠٤، نهاية المحتاج ٣/٤٢٥.

(٤) كشف القناع ٣/٢٦٤، المغني ٦/٦٣، ٦٤.

والسلام (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يبدأ بيد)^(١).

واعترض عليه الحنفية بأن قوله ﷺ (يبدأ بيد) غير معمول به على ظاهره؛ لأن اليد بمعنى الجارحة ليست هي المراد بالإجماع، وإنما يراد بها القبض؛ لأنها آلة القبض، أو يراد بها التعيين؛ لأنها آلة التعيين، ونحن نحملها على التعيين في بيع الطعام وفي الصرف، إلا أنه قام الدليل في الصرف على أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين، وإنما بالقبض، فشرطنا التقابض للتعين لا للقبض، وههنا التعيين حاصل من غير تقابض، فلا يشترط التقابض^(٢).

وأجاب ابن قدامة عن هذا الاعتراض فقال: إن المقصود باليد في الحديث القبض الحقيقي، بدليل حديث مالك بن أوس، ففيه أن عمر استدل بقوله ﷺ (يبدأ بيد) على التقابض الحقيقي^(٣).

القول الثاني:

لا يشترط القبض، ويكفي التعيين، بشرط: أن يكون المبيع موجوداً في مجلس العقد.

به قال الحنفية^(٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

عمومات البيع من نحو قوله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٥).

فأباح ربنا - سبحانه - التجارة بشرط التراضي ولم يشترط التقابض^(٦).

الدليل الثاني:

حديث عبادة بن الصامت فقد ورد بلفظ عيناً بعين^(٧)، هو نص على أن شرط

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٥/١١، وانظر الاستدلال به في نهاية المحتاج ٣/٣٢٦، ٣٢٧. المغني ٦/٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٩، تبين الحقائق ٤/٨٩، شرح فتح القدير ٦/١٦١.

(٣) المغني ٦/٦٣، ٦٤. وانظر الحديث في ص ١١.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢١٩. الهداية مع شرح فتح القدير ٦/١٦١.

(٥) سورة النساء، الآية رقم ٢٩.

(٦) بدائع الصنائع ٥/٢٩.

(٧) انظر نص الحديث وتخريجه في ص ٥٠٦.

الصحة يتحقق بالتعيين ولا يتوقف على التقابض^(١).

ورد عليه الاعتراض، بأن حمل لفظ «يداً بيد» على معنى «عيناً بعين»، ليس أولى من ضده^(١).

وأجيب عنه: بأن لفظ [يداً بيد] لفظ محتمل فيحتمل التقابض والتعيين، ولفظ «عيناً بعين» مفسرله، ولو كان المراد بالأول القبض لم تبق للثاني فائدة؛ لأن التعيين يتحقق بالتقابض ضرورة^(١).

ورد هذا الجواب: بأن تقديم القبض على التعيين أولى من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن القبض أخص من «التعيين»، فكل قبض يتضمن تعييناً، وليس كل تعيين قبضاً، وباب الربا مبني على الاحتياط، فيجب أن تحمل العينية على القبض.

الوجه الثاني: أن لفظ «هاء» الوارد في بعض ألفاظ الحديث معناه «خذ»، وهو من أسماء الأفعال. ومنه قوله تعالى ﴿هَؤُلَاءِ أَقْرَأُوا كِتَابِهِ﴾^(٢).

الوجه الثالث: أن عمر - رضي الله عنه - فسر اليد بالقبض الحقيقي^(٣).

الترجيح:

الراجح القول الأول لموافقة النص، وموافقة قاعدة الشرع في سد ذرائع الربا.

(١) شرح فتح القدير ١٦١/٦.

(٢) سورة الحاقة، الآية رقم ١٩.

(٣) الأوجه الثلاثة في شرح فتح القدير ١٦١/٦.

المبحث الثالث

توقف إنشاء السلم بالإيجاب والقبول على قبض الثمن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اشتراط قبض الثمن لصحة السلم.

المطلب الثاني: صور مستثناة من اشتراط القبض.

المطلب الثالث: قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي.

المطلب الأول

اشتراط قبض الثمن لصحة السلم

نقل شيخ الإسلام^(١)، وابن القيم^(٢)، الإجماع على أنه يشترط لصحة السلم أن يقبض الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق المجلس قبل قبضه بطل الإيجاب والقبول. وعليه نص الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦). ينشأ صحيحاً دون قبض، ثم يفسد بالافتراق قبل القبض^(٧). والأدلة على اشتراط القبض لصحة السلم مايلي:

الدليل الأول:

(نهي النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ)^(٨).

(١) قاعدة في العقود ص ٢٣٥.

(٢) أعلام الموقعين ٨/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٨١/٥. الهداية مع شرح فتح القدير ٢٢٧/٦.

(٤) البهجة شرح التحفة ١٥٨/٢، بلغة السالك ٨٨/٢، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥١٤/٤.

(٥) الأم ٩٥/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، ٢٨١.

(٦) قواعد ابن رجب ص ٧١، القاعدة رقم ٤٢، المغني ٤٠٨/٦، المقنع ص ١١٠.

(٧) المراجع السابقة.

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٩٠/٥، والحاكم في المستدرک ٥٧/٢، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٢٦/٣: صححه الحاكم على شرط مسلم، فوهم أنه من رواية موسى بن عتبة. اهـ. وقال البيهقي: السند فيه موسى بن عبيدة، وبعضهم قال في روايته موسى بن عتبة: وهو خطأ.

اهـ. وقال الحافظ: موسى بن عبيدة قال عنه الذهبي ضعفه، وقال أحمد لا تحل الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، ونقل عن الدارقطني أنه قال - أيضاً - نفرد به موسى بن عبيدة. اهـ. وقال الزيلعي في نصب الراية ٤٠/٤، قيل لأحمد: إن شعبة يروي عن موسى بن عبيدة، فقال: لو رأى شعبة مارأينا منه لم يرو عنه.

وقال الألباني في الإرواء ٢٢٢/٥: وأما موسى بن عتبة فهو ثقة حجة من رجال السنة. ونقل الحافظ في التلخيص عن الإمام أحمد خلاصة القول في هذا الحديث وهي قوله: ليس في هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين.

الدليل الثاني:

قوله ﷺ (من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)^(١).

والاستدلال به من وجهين:

الوجه الأول: أن النبي ﷺ أمر من أراد أن ينشيء عقد السلف أن يعطي، وذلك بقوله ﷺ «فليسلف»، ولم يقل ليبيع أو ليقل، فلا ينشأ عقد السلف دون هذا الإعطاء^(٢).

الوجه الثاني: أن اسم «التسليف» لا يصدق على المعاملة حتى يقدم المسلف العوض الواجب عليه، فإذا لم يفعل خلت المعاملة من السلف^(٣).

الدليل الثالث:

أن عقد السلم فيه غرر في الأصل، فلا يحتمل غوراً آخر بتأخير رأس المال^(٤). وعلل بعضهم لوصف القبض بأنه شرط لبقاء السلم صحيحاً، لا أنه شرط لانعقاده صحيحاً؛ بأن الشرط يتقدم المشروط أو يقارنه، والقبض متأخر عن الإيجاب والقبول، فلا يصلح أن يكون شرطاً للانعقاد^(٥).

ويرد عليه الاعتراض: بأن القبض مقارن للانعقاد فلا يوجد الانعقاد إلا بوجود القبض، فيصح القول بأن القبض شرط للانعقاد.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٥٠٠/٤، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم.

(٢) الأم ٩٥/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠٢/٥، الهداية مع شرح فتح القدير ٢٢٧/٦.

(٤) نهاية المحتاج ١٨٤/٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٨/٥، شرح فتح القدير ٢٢٧/٦.

المطلب الثاني

صور مستثناة من اشتراط القبض لصحة السلم

وردت في أكثر المذاهب استثناءات على الأصل القاضي باشتراط القبض لصحة السلم، وأهم الصور المستثناة - فيما يظهر لي - ثلاث صور:

الصورة الأولى:

ذهب الحنفية إلى عدم وجوب تسليم الثمن في المجلس إذا بيع موصوف في الذمة بثمن معين، لكن بطريق غير عقد السلم، كأن يبيع عبداً بثوب موصوف في الذمة مؤجل، فإن البيع صحيح ولو لم يقبض العبد في مجلس العقد؛ لأن قبضه غير واجب، ولكن بمجرد العقد دخل في ملك المشتري^(١).

ولو سلمنا بما قالوه لانهدم شرط القبض في عقد السلم؛ لأنهم لم يميزوا هذه الصورة عن غيرها.

الصورة الثانية:

أجاز الإمام مالك تأخير تسليم الثمن عن مجلس العقد، وحدّ التأخير بثلاثة أيام فما دون إذا كان التأخير مشروطاً في العقد، وأباحه لأكثر من ثلاثة أيام إذا لم يكن مشروطاً، ولم يكن الثمن عيناً^(٢).

ولا يرى المالكية أن في هذا الاستثناء نقضاً لشرط القبض، فقد صرحوا بأن هذا ليس من بيع الدين بالدين؛ لأن الثمن في حكم المقبوض^(٣). وطائفة منهم شبهوا التأخير ثلاثة أيام التأخر تشاغلاً بالقبض^(٤). ومن قواعد المالكية «أن ما قارب الشيء يعطى حكمه»^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٨٢/٥.

(٢) التاج والإكليل ٥١٤/٤، الخرشي ٢٠٢/٥، المنتقى ٣٠٠/٤.

(٣) البهجة شرح التحفة، ومعه شرح التسولي على التحفة ١٥٨/٢، الخرشي ٢٠٢/٥.

(٤) الخرشي ٢٠٢/٥.

والذي يظهر لي، أن التأخير على هذه الصفة عند المالكية مناقض لاشتراط القبض في عقد السلم.

الصورة الثالثة:

أجاز الشافعية تأخير الثمن عن مجلس العقد إذا أُجري العقد بلفظ البيع، فيقول أحدهما للآخر «اشتريت منك ثوباً صفته كذا بعشرة دراهم في ذمتي»، فيجيبه الآخر «بعتك»، ولكنهم اشترطوا تعيين الثمن في المجلس.

وعللوا لذلك بأن هذا العقد بيع لا سلم، باعتبار صيغة العقد اللفظية، ونص بعض أهل العلم على بطلان هذا العقد، ووصفوه بأنه سلم لم يستوف شرط صحته؛ لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ^(١).

(١) أسنى المطالب ١٢٤/٢، شرح المحلى وحاشية قليوبي ٢٤٦/٢.

المطلب الثالث

قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي

وصورته: أن يكون للمسلم دين على صاحبه يساوي ثمن المسلم فيه؛ فهل يجعل وجود هذا الدين قائماً مقام القبض الحقيقي مع تسمية هذا قبضاً حكماً؟ لأهل العلم في قيام هذا القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي قولان:

القول الأول: أن القبض الحكمي في عقد السلم يقوم مقام القبض الحقيقي: هو قول عند الحنفية^(١) وهو اختيار شيخ الإسلام، وابن القيم^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن العقد انعقد موجباً للقبض حقيقة، لولا المقاصة بما في الذمة، فإذا تقاصا تبين أن العقد انعقد موجباً قبضاً بطريق المقاصة، وقد وجد^(٣).

الدليل الثاني:

أن القبض ليس مقصوداً لذاته، وإنما المقصود تجنب إشغال الذمتين بدين مقابل دين، والقبض الحكمي يدرأ هذه المفسدة، وذلك أنه يؤدي إلى إبراء إحدى الذمتين^(٤).

القول الثاني: لا يقوم القبض الحكمي في عقد السلم مقام القبض الحقيقي.

هو قول زفر من الحنفية^(٥)، وقول الشافعية^(٦)، والمشهور عند الحنابلة^(٧).

(١) بدائع الصنائع ٢٠٦/٥.

(٢) أعلام الموقعين ٩/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠٦/٥.

(٤) قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ٢٣٥.

(٥) بدائع الصنائع ٢٠٦/٥، تبين الحقائق ١٤٠/٤.

(٦) نهاية المحتاج ١٨٤/٤.

(٧) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٠، المغنى ٤١٠/٦.

دليل القول الثاني :

أن السلم إذا لم يتم فيه قبض حقيقي للثمن، فإنه من باب «بيع الدين بالدين». وهو منهي عنه^(١).

واعترض عليه، بأن إجراء السلم بقبض حكمي ليس من بيع الدين بالدين بل ضده باعتبار العاقبة^(٢).

وفرق أصحاب هذا القول بين السلم والصرف، حيث صحح بعضهم الصرف بالقبض الحكمي، بأن السلم مخالف للقياس، وهو رخصة للضرورة، فإذا لم يحدث فيه قبض حقيقي فلا ضرورة، إذاً فلا يصح، ولهذا لا تجوز إضافته إلى الدين ابتداءً، بأن يجعل الدين الذي علي المسلم إليه رأس مالٍ للمسلم بخلاف الصرف^(٣).

ويرد عليه اعتراضان.

الأعتراض الأول: أن السلم ليس مخالفاً للقياس، بل هو أهل قائم بنفسه موافق للقياس الصحيح^(٤).

الاعتراض الثاني: أن القبض الحكمي يتحقق به ما يتحقق بالقبض الحقيقي من مقابلة السلعة الغائبة المسلم فيها بعوض داخل في ملك المسلم إليه.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول؛ لأنه الموافق لمقصود الشارع في إبراء الذمم والموافق لمقصود العاقدین.

(١) بدائع الصنائع ٢٠٦/٥، تبين الحقائق ١٤٠/٤، المغني ٤١٠/٦.

(٢) أعلام الموقعين ٩/٢، وانظر التفصيل في ص ٥١٣ من هذا البحث.

(٣) تبين الحقائق ١٤٠/٤.

(٤) أعلام الموقعين ١٩/٢.

المبحث الرابع

توقف إنشاء إجارة الذمة بالإيجاب والقبول على قبض الأجرة

الإجارة نوعان:

النوع الأول: إجارة عين معلومة نحو «أجرتك هذه الدار».

النوع الثاني: إجارة على الذمة نحو «أجرتك بعيراً صفته كذا».

فالنوع الأول لا خلاف في أنه لا يشترط لصحته القبض، فيصح بمجرد الإيجاب والقبول والخلاف قائم في النوع الثاني على قولين:

القول الأول: يشترط لصحة الإجارة على شيء في الذمة قبض الأجرة في مجلس العقد.

به قال المالكية^(١)، ويعفى عندهم عن التأخير اليسير في حدود يومين، أو ثلاثة، وإذا شرع الأجير في العمل أو المستأجر في استيفاء المنفعة لم يشترط القبض^(٢). وهو قول عند الشافعية^(٣).

دليل القول الأول:

أن الإجارة على شيء في الذمة إذا لم تقبض فيها الأجرة وقت العقد، فإنها تكون من بيع الدين بالدين، إذ يكون العقد خالياً من العوضين، فتكون ذمة المؤجر مشغولة بالعمل وذمة المستأجر مشغولة بالأجرة^(٤).

وعلى المالكية لإسقاط شرط القبض بالشروع في استيفاء المنفعة بأن قبض الأوائل كقبض الأواخر^(٥).

(١) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٩٣/٥، حاشية الدسوقي ٣/٤.

(٢) الخرشي ٤/٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، ٢٨١، روضة الطالبين ١٧٦/٥.

(٤) التاج والإكليل ٣٩٣/٥، الخرشي ٤/٧.

(٥) ماسبق، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٤.

القول الثاني: لا يشترط لصحة الإجارة على شيء في الذمة قبض الأجرة، فتتعدد بمجرد الإيجاب والقبول.

هو قول الحنابلة، إلا أن بعضهم قال: يجب دفع الأجرة إلى الأجير، إذا شرع في العمل^(١).

دليل القول الأول:

الدليل الأول:

قول رسول الله ﷺ (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)^(٢).
فقوله ﷺ (قبل أن يجف عرقه)، دل على أن الأجير يأخذ أجرته بعد شروعه في العمل لا قبل^(٣).

الدليل الثاني:

أن الأجرة عوض فلا يجب تسليمه إلا بتسليم العوض الآخر^(٤).
ويعترض عليه بأنه منقوض باشتراط قبض الثمن في عقد السلم، وبالإجماع على بطلان بيع الكالئ بالكالئ.

الترجيح:

لم يتبين لي وجه الترجيح في المسألة.

(١) قاعدة في العقود ص ٤٨، قواعد ابن رجب ص ٦٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن ١٢٩/٤، والبيهقي في السنن ١٢١/٦، كتاب الإجارة، ورواه أبو يعلى كما قال الزيلعي في نصب الراية ١٣٠/٤، وجميع أسانيد مغلولة، وأحسنها حالاً إسناده ابن ماجه، قال عنه الزيلعي في نصب الراية، والمنذري في الترغيب والترهيب ٥٨/٣: فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وقد وثق وأحاديثه حسنة، وصدقه بعضهم، وهو ممن يكتب حديثه، وبقيّة رواه ثقات. وقال المنذري: «وبالجملة فهذا المتن مع غرابته يكتب قوة بكثرة طرقه، والله أعلم».

(٣) الكافي شرح المقنع ٣١١/٢، كشف القناع ٤١/٤.

(٤) كشف القناع ٤١/٤.

المبحث الخامس

توقف إنشاء الهبة بالإيجاب والقبول على قبض العين الموهوبة لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: يتوقف إنشاء الهبة بالإيجاب والقبول على قبض الموهوب له العين الموهوبة.

هو أحد القولين المحكيين عن زفر^(١). وقول عند المالكية^(٢). وقول ابن عقيل من الحنابلة^(٣)، وقال الخرقي^(٤): «ولاتصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه». لكن ابن قدامة قال: «قوله - ولاتصح - يحتمل أنه يريد: لا يلزم، ويحتمل أنه يريد: لا يثبت بها الملك قبل القبض، والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه، وأما الصحة بمعنى انعقاد اللفظ، بحيث إذا انضم إليه القبض ثبت أثره، فلا يصح حمل لفظه على نفيه؛ لعدم الخلاف فيه»^(٥).

دليل القول الأول:

يمكن أن يستدل لهذا القول بالأثر عن عائشة - رضي الله عنها - الذي قالت فيه: لما حضرت أبا بكر الوفاة قال: (أي بُنية، ليس أحدٌ أحبَّ سِلَاليَّ غنىً منك، ولا أعزَّ عليَّ فقراً منك، وإني كنتُ قد نحلْتُكَ جذاذَ عشرين وسقاً من أرضي التي

(١) بدائع الصنائع ١١٥/٦، حاشية ابن عابدين ٦٩٠/٥.

(٢) البهجة شرح التحفة، وحلي المعاصم بهامش البهجة ٣١/٢.

(٣) الإنصاف ١٢٠/٧، قواعد ابن رجب ص ٧١، قاعدة رقم: ٤٩، كشف القناع ٣٠٠/٤.

(٤) هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد. أخذ العلم عن أبي بكر المروذي، وحرب الكرماني، وصالح، وعبد الله ابني الإمام أحمد. له مصنفات كثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه، لأنه خرج من مدينة السلام لما ظهر فيها سب الصحابة وأودع كتبه في مكان فاحترقت قبل انتشارها. قرأ عليه جماعة من شيوخ المذهب، مات سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة في دمشق. انظر شذرات الذهب ٣٣٦/٢، طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٧٥/٢، ٧٦، ١١٨.

(٥) المغني ٨/٢٤١، ٢٤٢.

بالغابة، وإنك لو كنت حُزْتِه كان لك، فإذا لم تفعلني فإنما هو للوارث، وإنما هو أخواك وأختك^(١).

القول الثاني: لا يشترط لصحة الهبة القبض.

به قال جمهور الحنفية^(٢)، وهو المشهور عند المالكية^(٣)، وقول الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥) هو اختيار شيخ الإسلام^(٦). والقبض - عند أكثرهم - شرط للزوم الهبة وانتقال ملك الموهوب للموهوب له، وخالف في ذلك بعض المالكية، وبعض الحنابلة^(٧).

دليل القول الثاني:

قال فيه الحنفية: إن لفظ «الهبة» يطلق في الشرع على الإيجاب من الواهب دون قبول أو قبض، فالقبض أمر زائد على مجرد «الهبة»^(٨) من هذا الباب، قوله ﷺ (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)^(٩) فالمنفي هنا الملك، لا الجواز؛ لأن جوازها دون القبض ثابت^(١٠).

الترجيح:

ترجح عندي القول الأول، فهو الموافق فيما يظهر لي؛ لفعل الصديق، رضي الله عنه فإنه رجع فيما أوجبه من الهبة، وعلل ذلك بأن عائشة لم تقبض، فلو كانت تشأ دون القبض ما رجع؛ لما ورد في الرجوع من ذم.

-
- (١) أخرجه مالك في الموطأ ٩٣/٦، كتاب القضاء، باب ما لا يجوز من النحل، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠١/٩ - ١٠٣ كتاب الوصايا، باب النحل والبيهقي في السنن ١٦٩/٩، ١٧٠، كتاب الهبة، باب شرط القبض في الهبة.
- (٢) بدائع الصنائع ١١٥/٦، مجمع الأنهر ٣٥٣/٢، ٣٥٤.
- (٣) الخرشي ١٠٥/٧ - ١٠٧، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٠١/٤، شرح منيع الجليل ٨٨/٤.
- (٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، ٢٨١، فتح الوهاب ١/٢٦٠، مغني المحتاج ٢/٤٠٠.
- (٥) الإنصاف ١٢٠/٧، ١٢١، كشف القناع ٩٨/٤، المغني ٢٤٢/٨، قواعد ابن رجب ص ٧١.
- (٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣١/٢٧٢.
- (٧) الخرشي ١٠٧/٧، حاشية الدسوقي ١٠١/٤، الإنصاف ١٢١/٧، كشف القناع ٩٨/٤.
- (٨) بدائع الصنائع ١١٥/٦.
- (٩) قال الزيلعي في نصب الراية ١٢١/٤: حديث غريب.
- (١٠) مجمع الأنهر ٣٥٣/٢.

المبحث السادس

توقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول

على قبض العين الموقوفة

لأهل العلم فى المسألة قولان:

القول الأول: يتوقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول على قبض العين الموقوفة.

به قال محمد بن الحسن^(١)، وهو قول ضعيف عند الشافعية^(٢). ولم ينص أصحاب هذا القول على أنه خاص بالوقف على معين. ولكن لابد أن يكون كذلك؛ لأن غير المعين إما أن يكون جهة لا يتصور وقوع القبض منها كالمساجد، وإما أن يكون عدداً كبيراً يتعذر وقوع القبض منهم.

القول الثانى: لا يتوقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول على قبض العين الموقوفة، وهو القول المشهور عند الشافعية^(٢) وقول الخنابلة واختلفوا فى كونه شرطاً للزوم الوقف^(٣). وهو ما ظهر لى من مذهب المالكية. قال الدسوقي «ولزم - أي ولو لم يحز، فإذا أراد الواقف الرجوع فيه لا يمكن، وإذا لم يحز عنه أجبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه، وأعلم أنه يلزم، ولو قال الواقف - وليّ الخيار -»^(٤)، وقال الخرشي: «من وقف مسجداً أو قنطرة، وما أشبه ذلك، ولم يزل واضع اليد عليه إلى أن مات، أو إلى أن افلس، فإنه يبطل»^(٥) قال العدوي معلقاً على ذلك: «أي حيث لم يطلع على الوقف إلا بعد حصول المانع، وأما لو اطلع عليه قبل حصول المرض أو الفلاس أو الموت، فإنه يجبر على التحويل والتخلى، وإذا أراد

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٦١٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٨٣.

(٣) الإنصاف ٧/ ١٠٠، المغني ٨/ ١٨٦، ١٨٧.

(٤) حاشية الدسوقي ٤/ ٧٥.

(٥) شرح الخرشي ٧/ ٨٤.

الرجوع في الوقفية فليس له ذلك؛ لأن الوقف يلزم بالقول^(١) وقال الدردير: «الحوز شرط في صحة الحبس، وكذا الهبة والصدقة»^(٢) وهذا محمول على ما ذكره العدوي وابن القاسم.

دليل القول الثاني:

الأصل عند المالكية أن التبرعات تلزم بالقول من دون قبض^(٣).

الترجيح:

يترجح عندي القول بأنه لا يشترط لصحة الوقف قبض العين الموقوفة فينشأ بالقول؛ لعدم وجود الدليل الكافي لإثبات هذا الشرط، ولابد من الإشارة هنا إلى أن الوقف، وإن كان يشبه الهبة في كونه تبرعاً لآدمي، إلا أنه يختلف عنها في أن فيه حقاً لله تعالى، وهذا يستدعي أن ينشأ بالقول، ولا يتوقف على القبض.

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي ٨٤/٧، وانظر التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٢٦/٦.

(٢) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢٧٨/٢.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٧٣.

المبحث السابع

توقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على قبض العين المرهونة

المسألة فيها قولان لأهل العلم:

القول الأول: يتوقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على قبض العين المرهونة. به قال أكثر الحنفية^(١)، وهو قول عند الحنابلة^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾^(٣).

والاستدلال بالآية هو من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الله تعالى أمر في أول الآية بالإشهاد على الدين، وأمر فيها بقيددين أحدهما يتعلق بعدد الشهود، والآخر يتعلق بصفتهما وهذان القيدان شرطان في صحة الشهادة، ثم بالرهن معطوفاً على الشهادة، وجاء تقييد الرهن بأنه مقبوض، فيجب أن يكون هذا القيد شرط صحة، كما كان القيدان في الشهادة شرط صحة^(٤).

ويرد عليه الاعتراض بأن العطف لا يستلزم ذلك، وإنما يستلزم أن يكون القبض في الرهن مأموراً به، كما أن تحرّي العدالة في الشهود مأمور به.

الوجه الثاني: أن الله تعالى وصف الرهن بأنه مقبوض، فلا يكون رهناً معتبراً

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٦٩٠، ٦/٤٧٩، العناية بهامش شرح فتح القدير ٩/٦٦.

(٢) الإنصاف ٥/١٤٩، قواعد ابن رجب ص ٧١، قاعدة رقم: ٤٩.

(٣) سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٣.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/٥٢٣، العناية بهامش شرح فتح القدير ٩/٦٧.

شرعاً، إلا إذا توفرت فيه تلك الصفة بأن كان مقبوضاً^(١).

ويرد عليه الاعتراض: بأن وصف الرهن بأنه مقبوض فيه إظهار للفائدة من الرهن والإذن للمرتهن بقبض الرهن إذا تراضى هو والراهن على ذلك.

الوجه الثالث: أن قوله تعالى: «فرهان مقبوضة» جواب الشرط، وهو مصدر مقرون بالفاء، وإذا وقع المصدر مقروناً بالفاء في جواب الشرط فإنه يراد به الأمر، كما هو معهود في الأسلوب القرآني. من ذلك قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾^(٢).

أي فليصم عدة من أيام أخر. وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾^(٣).

أي فليحرر رقبة مؤمنة، فيكون معنى «فرهان» فارهنوا.

والأمر يدل على الوجوب، ولكن قد وقع الإجماع على أن الرهن ليس واجبا ولكنه مباح، فوجب أن ينصرف الوجوب إلى شرطه - وهو القبض - وهذا معهود في النصوص الشرعية، من ذلك قول رسول الله ﷺ (الحنطة بالحنطة، مثلاً بمثل)^(٤) بالنصب، ومعناه يبعوا الحنطة... إلخ، لكن لما كان البيع غير واجب انصرف الوجوب في أمر رسول الله ﷺ إلى شرط البيع، وهو المماثلة في الحنطة وباقي الأصناف المذكورة في الحديث^(٥).

ويرد عليه من الاعتراض ما ورد على الوجه الثاني من الاستدلال.

الدليل الثاني:

أن عقد الرهن عقد تبرع فلا يكون لغير المتبرع فيه حقاً، إلا لمعنى آخر ينضم إلى العقد، كما في الوصية، وهذا المعنى هو القبض^(٦).

يرد عليه الاعتراض: بأن الأصل المقيس عليه، وهو الوصية لا يشترط لصحته القبض، فلا يكون شرطاً في المقيس.

(١) سابق.

(٢) سورة البقرة آية رقم ١٨٤.

(٣) سورة النساء، الآية رقم ٩٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٤١/٤.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٥٢٣/١، العناية بهامش شرح فتح القدير ٦٧/٩.

(٦) الهداية مع شرح فتح القدير ٦٧/٩، ٦٨.

القول الثاني:

لا يتوقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على قبض العين المرهونة. هو قول عند الحنفية^(١)، وقول المالكية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣). واختلفوا في كونه شرطاً للزوم الرهن، فبه قال الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الحنابلة، وقال أكثر المالكية يلزم بالقول، ولكن القبض يكون شرطاً لتمامه، فإذا مات الراهن، أو أفلس قبل القبض، فإن المرتهن لا ينفرد بالمرهون دون باقي الغرماء^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وإن كنتم علي سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾. وجه الاستدلال من الآية: أن الله تعالى سمى الأعيان المطلقة رهاناً قبل قبضها، وهذا دليل على أن عقد الرهن يكون عقداً صحيحاً قبل القبض، ثم جعل القبض وصفاً للرهن، والأصل أن الوصف قيد لموصوفه خارج عن حقيقته الشرعية^(٤).

الدليل الثاني:

قياس الرهن على الكفالة والحوالة في الانعقاد بمجرد الإيجاب والقبول، بجامع أن كلا منهما وثيقة بالدين^(٤).

يرد عليه الاعتراض: بوجود الفارق المانع من صحة القياس، فإن منفعة التوثيق تحصل للدائن في الرهن في استحواذه على العين المرهونة بخلاف الكفالة والحوالة، فإن منفعة التوثيق فيهما تتعلق بالكفيل والمحال عليه.

الدليل الثالث:

أن عقد الرهن، لو لم يكن صحيحاً قبل القبض، لبطل بزوال أهلية أحد العاقلين بين العقد والقبض، لكنه لا يبطل، فلو جنُّ الراهن، أو أغمي عليه، ثم أفاق فسلم المرهون، صح تسليمه إياه^(٤).

يعترض عليه: بأن هذه النتيجة لا تلزم المخالف لأنه لم يسلم بالمقدمة.

الترجيح:

القول الثاني: هو الأقرب للرجحان - فيما يظهر لي -، فينشأ الرهن بالإيجاب

(١) تبين الحقائق ٦/٦٣، حاشية ابن عابدين ٥/٤٧٨، الهداية مع شرح فتح القدير ٩/٦٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٤١٠، حاشية الدسوقي ٣/٢٣١.

(٣) الإنصاف ٥/١٥٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٢، قواعد ابن رجب ص ٧١، المغني ٦/٤٤٥.

(٤) المنتقى ٥/٢٤٨.

والقبول؛ تمسكاً بأن الأصل والغالب في الالتزام أنه ينشأ بالقول دون حاجة إلى القبض، والاستدلالات التي احتج بها أصحاب القول الأول محتملة، غير كافية لإقامة القبض شرطاً لصحة الرهن.

المبحث الثامن

توقف إنشاء العارية والقرض والوديعة

بالإيجاب والقبول على القبض

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول: توقف إنشاء العارية على قبض العين المعارة .
- المطلب الثاني: توقف إنشاء القرض على قبض العين المقترضة .
- المطلب الثالث: توقف إنشاء الوديعة على قبض العين المودعة .

المطلب الأول

توقف إنشاء العارية بالإيجاب والقبول على قبض

العين المعارة

تعريف العارية :

اختلف أهل العلم في تعريفها. قال الزيلعي في بيان ذلك : «العارية هي تمليك المنافع بغير عوض، وقال آخرون: هي إباحة الانتفاع بملك الغير. والباعث على وصفها بأنها تمليك أنها تنبئ عن التمليك؛ لأنها مأخوذة من العرية. وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض، ثم استعمل في المنفعة. والباعث على وصفها بأنها إباحة: أنه لا تمليك فيها؛ لذلك لا يشترط فيها ضرب المدة»^(١).

وأما توقف صحة العارية على قبض العين المعارة فقد قال فيه صاحب مجمع الأنهر: «وتصح العارية بأعرتك، أي جعلتها عارية لك لكونه صريحاً فيها، لكن في المضمرات أن من أركانها الإيجاب والقبول، وشرطها القبض»^(٢). وقال الكاساني: ركن الإعارة الإيجاب، وأما الشرائط التي يصير الركن بها إعارة فأنواع منها: القبض من المستعير؛ لأن الإعادة عقد تبرع، فلا يفيد الحكم بنفسه دون قبض، كالهبة^(٣). وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى أنه لا يشترط لصحة العارية القبض، وأنها تنشأ بالإيجاب والقبول من غير قبض، وقد يقوم القبض مقام القبول، وهي قول آخر لأهل العلم إن القبول ليس ركناً في العارية، وأنها تنشأ بالإيجاب وحده^(٤).

قال النووي: الركن الرابع: الصيغة واختلفوا في الواجب في اللفظ، فالأصح أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين، والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير «أعرتني»، «فسلمه المالك إليه صحت الإعارة، كما لو قال خذه لتنتفع به»، فأخذه. وقال الغزالي: يعتبر اللفظ من جهة المعير، ولا يعتبر من جهة المستعير، وإنما يعتبر منه القبول

(١) تبين الحقائق ٨٣/٥، وانظر كشف القناع ٦٢/٤.

(٢) ٣٤٧/٢ (٢).

(٣) بدائع الصنائع ٢١٤/٦.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/٣٤٥، شرح المحلي ١٩/٣، المبدع ١٣٧/٥.

إما بالفعل وإما بالقول. وقال المتولي: لا يعتبر اللفظ في واحد منهما، حتى لو رآه عارياً، فأعطاه قميصاً، فلبسه تمت العارية^(١).

وقال البهوتي:

وتنعد الإعارة بكل قول أو فعل يدل عليها كقوله «أعرتك هذا الشيء»، فيأخذه، أو يقول المستعير «أعرتني هذا» فيسلمه المعير، أو يدفع الرجل دابته لرفيقه عند تعبه ليركبها، وتغطيته إياه بكسائه إذا رآه برده؛ لأنها من البر، فصحت بمجرد الدفع كدفع الصدقة، ومتى ركب الدابة، أو استبقى الكساء عليه، كان ذلك قبولاً.

وعلل بعض الحنابلة لصحة العارية بفعل من الجانبين دون قول بأنها إباحة لا عقد^(٢).

واختلف أهل العلم في لزوم العارية بالقبض:

فذهب المالكية في قول^(٣)، والقاضي من الحنابلة^(٤) إلى أنها تلزم بالقبض، فيلزم المعير أن يتركها بيد المستعير مدة ينتفع بها في مثلها، وإذا كانت الإعارة مقيدة بمدة يلزمه أن يتركها بيده تلك المدة.

ودليلهم في ذلك:

أن العرف يقتضي ذلك، والمعروف عرفاً، كالمشروط شرطاً^(٥).

وذهب بعض المالكية^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦) إلى أنها لا تلزم بالقبض، إلا إذا كانت مؤقته بمدة.

وذهب الحنفية^(٧)، والمالكية في قول^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠) في قول إلى أن العارية لا تكون لازمة للمعير، ولو بعد القبض.

(١) روضة الطالبين ٤/٤٢٩، ٤٣٠.

(٢) كشاف القناع ٤/٦٢.

(٣) الكافي ٢/١٤٣.

(٤) المبدع ٥/١٣٨.

(٥) الشرح الكبير للدردير ٣/٤٣٩.

(٦) المبدع ٥/١٣٨، ١٣٩.

(٧) بدائع الصنائع ٦/٢١٦، تبين الحقائق ٥/٨٨.

(٨) الشرح الكبير للدردير ٣/٤٣٩.

(٩) روضة الطالبين ٤/٤٣٦، شرح المحلى وحاشية قليوبي ٣/٢١.

(١٠) كشاف القناع ٤/٦٥، المبدع ٥/١٣٨.

ودليلهم فى ذلك:

أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يد المستعير، فلم يملكها بالإعارة كما لو لم يقبض العين الموهوبة، لأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه، فجاز للمعير الرجوع، كما جاز للواهب الرجوع^(١).

(١) كشاف القناع ٦٥/٤.

المطلب الثاني

توقف إنشاء القرض بالإيجاب والقبول على قبض العين المقترضة

القرض: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله^(١).

قال الكاساني: وأما ركنه - أي القرض - فهو الإيجاب والقبول، وأما الشرائط فأنواع، بعضها يرجع إلى المقرض، وبعضها يرجع إلى نفس القرض، وأما الذي يرجع إلى المقرض فمنها القبض؛ لأن القرض هو القطع في اللغة، وسمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم إلى المستقرض فكان مأخذ الاسم دليلاً على اعتبار هذا الشرط^(٢).

ولكن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يشترط القبض لانعقاد القرض. فقد نص الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) على أن القرض ينعقد بالقول دون قبض، ومنهم من قال إنه ينعقد بالإيجاب دون قبول، ومنهم من قال إنه لا ينعقد إلا بهما.

ولمّا اختلفوا في اشتراط القبض للزوم القرض وتملك العين المقترضة على قولين:

القول الأول: أن القبض شرط للزوم عقد القرض، وشرط لتملك العين المقترضة.

(١) كشف القناع ٣/٣١٢.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣٩٤، ٣٩٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/١٦٤.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٢٦.

(٥) شرح المحلي ٢/٢٥٧، المذهب ١/٣٠٩.

(٦) كشف القناع ٣/٣١٢، المبدع ٤/٢٠٦.

هو قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وذهب بعض الحنفية، وبعض الشافعية إلى أن التملك لا يتم بالقبض وحده وإنما يتم بتصرف المقرض في العين واستهلاكه إياها.

والعلة في اشتراط القبض للتملك أن القرض عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك عليه كالهبة^(٤). واعتراض عليه بأن الهبة تملك بالعقد^(٥).

القول الثاني: أن القبض ليس شرطاً للزوم القرض، ولا لتملك العين، وأن الزوم والتملك يتحققان بمجرد العقد:

هو قول المالكية^(٦)، قال الدسوقي: «والحاصل أن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة يلزم بالقول، ويصير مالاً من أموال المعطى بمجرد القول، ويقضى له به، إلا أن القرض يتم ملكه بالعقد، وإن لم يقبض بخلاف غيره من المعروف فإنه لا يتم ملكه للمعطى إلا إذا حازه^(٧)».

(١) حاشية ابن عابدين ١٦٤/٥.

(٢) شرح المحلى ٢٥٩/٢، المذهب ٣١٠/١.

(٣) كشف القناع ٣١٢/٣، المبدع ٢٠٦/٤.

(٤) المذهب ٣١٠/١، كشف القناع ٣١٢/٣.

(٥) كشف القناع ٣١٢/٣.

(٦) الشرح الكبير ٢٢٦/٣.

(٧) حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.

المطلب الثالث

توقف إنشاء الإيداع بالإيجاب والقبول على قبض العين المودعة

الإيداع: توكيل في الحفظ تبرعاً^(١)، والوديعة: هي العين المودعة^(٢)، ويطلق أيضاً لفظ الوديعة على الإيداع^(٣).

وقال الكاساني في بيان أثر القبض على عقد الوديعة: أثر العقد في الوديعة يقف على القبض^(٤). وهذه العبارة تحتل أن يكون المقصود بها اشتراط القبض لصحة الوديعة وانعقادها، وهذا المعنى المحتمل مخالف لما نص عليها الفقهاء، من أن الوديعة عقد ينشأ بالإيجاب والقبول ويتم بذلك. فقد جاء في مجمع الأنهر: وركنها الإيجاب، صريحاً كقوله «أودعتك هذا المال»، أو فعلاً، كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل، ولم يقل شيئاً فهو إيداع.

والقبول من المودع قولاً أو دلالة^(٥).

وقال الدردير: لا يشترط في الإيداع إيجاب وقبول، فمن وضع مالاً عند شخص، ولم يقل «احتفظه» ففرط ضمن^(٦).

وقال الشيرازي: وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول والقبول بالفعل^(٧).

وقال في الروض «والإيداع توكيل في الحفظ تبرعاً، والاستيداع توكيل فيه كذلك، ويعتبر لها ما يعتبر في وكالة. ثم قال المحشي: «من البلوغ، والعقل، والرشد؛ لأنها وكالة في الحفظ، وأركانها: المودع، والوديعة، ويكفي القبض قولاً لها كالوكالة»^(٨).

(١) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٤٥٦/٤.

(٢) السابق.

(٣) حاشية ابن عابدين ٦٦٢/٥. الخرشي ١٠٩/٦.

(٤) بدائع الصنائع ٣٤/٦.

(٥) ٣٣٧/٢، وانظر الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦٦٢/٥، ٦٦٣.

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤١٩/٣، وانظر الخرشي ١٠٩/٦.

(٧) المهذب ٣٦٦/١، وانظر شرح المحلي ١٨١/٣.

(٨) الروض المربع وحاشية ابن قاسم ٤٥٦/٥، وانظر الإنصاف ٣١٦/٦.

المبحث التاسع

توقف أثر الإيجاب والقبول من العاقلين على

إجازة شخص ثالث

الإجازة في اللغة: الإنفاذ، يقال «أجاز الشيء» إذا أنفذه، وأجاز له، أي سوغ له ذلك^(١).

ولا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللغوي^(٢). والمجيز هو الذي يملك - في الأصل - حق إنشاء العقد، ويكون في الغالب مالك العين أو المنفعة المعقود عليها، وقد يكون غيره كما في بيع الصبي المميز، فإنه يكون موقوفاً - في حالات - على إجازة الولي.

فالإجازة لا ترد إلا على عقد موقوف، ووقف العقود أصل اختلف فيه أهل العلم، وأهم مسائل التطبيقية بيع الفضولي مال غيره دون إذن منه، وبيع الصبي المميز شيئاً من ماله دون إذن وليه^(٣).

وقد اختلف أهل العلم في جواز وقف العقد على إجازة طرف ثالث غير العاقلين على قولين:

القول الأول: أن العقد يكون موقوفاً في بعض حالاته على الإجازة.

هو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والقول القديم للشافعي^(٦)، وقول عند الحنابلة^(٧).

(١) مختار الصحاح ٩٥.

(٢) انظر على سبيل المثال بدائع الصنائع ١٤٨/٥، حاشية الدسوقي ١٢/٣، مغني المحتاج ١٥/٢، مغني المحتاج ١٥/٢، المبدع ١٨/٤.

(٣) انظر هذه المسائل وغيرها في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٨٦ - ١٨٨، وأورد ابن نجيم في البحر الرائق ٧٥/٦، ٧٦ تسعاً وعشرين صورة للبيع الموقوف.

(٤) بدائع الصنائع ١٤٨/٥، حاشية ابن عابدين ٥٠٣/٥، ٥٠٥.

(٥) الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي ١٢/٣، الفروق ٢٣٩/٣، الفرق ١٨٥.

(٦) مغني المحتاج ١٥/٢.

(٧) الروض المربع وحاشية ابن قاسم ٣٤٠، ٣٤١، قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ٢٢٥، المبدع ١٧/٤، ١٨.

وعبارات أصحاب هذا القول أغلبها يفيد أن الموقوف هو آثار العقد، كثبوت الملك لا الانعقاد^(١)، وقال بعض الشافعية: الموقوف الصحة^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

(أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي^(٣) ديناراً وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ، فدعا له بالبركة، وقال: بارك لك في صفقة يمينك^(٤)).

فمعلوم أن عروة - رضي الله عنه - لم يكن مأموراً ببيع الشاة، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له رسول الله ﷺ، ولأنكر عليه، ولما نفذ تصرفه بالإجازة^(٥).

واعترض الشافعية على هذا الاستدلال: بأن ما صح في الحديث محمول على أن عروة كان وكيلاً للنبي ﷺ وكالة مطلقة، يدل عليه أن عروة باع الشاة وسلمها للمشتري، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن المالك، وعند بعضهم لا يجوز الشراء موقوفاً على الإجازة مع أنه جاز البيع^(٦).

والذي يظهر لي من سياق القصة في الحديث أن عروة لم يكن فضولياً في تصرفه، وإنما باع واشترى بما يعلم يقيناً أن النبي ﷺ يرضي به، لذلك كان يبيعه وشراؤه نافذين.

(١) الروض المربع ٤/ ٣٤٠، قاعدة في العقود ص ٢٢٥، المبدع ٤/ ١٧، ١٨.

(٢) مغني المحتاج ١٥/ ٢.

(٣) هو عروة بن عياض بن أبي الجعد البارقي، وبارق في الأردن. استعمله عمر - رضي الله عنه - على قضاء الكوفة، وذلك قبل أن يستقضي شريحاً. روى عنه عدد من التابعين، منهم الشعبي، وقيس ابن أبي حازم. وعروة هو الراوي لقول النبي ﷺ «الخير معقود بنواصي الخيل»، فكان عروة يربط في بيته سبعين فرساً رغبة في رباط الخيل. انظر الاستيعاب ٣/ ١٠٦٥، ١٠٦٦.

(٤) له طرق كثيرة كلها معلول، جمعها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٩٠، ٩١، وأصحها ما أخرجه الترمذي عن عروة في سننه ٣/ ٥٥٩، كتاب البيوع. قال المنذري في مختصره لسنن أبي داود ٥/ ٥١ وهو من هذه الطريق حسن. وقال الألباني في الإرواء ٥/ ١٢٩ إسناد الترمذي صحيح، رجاله كلهم ثقات رجال الشيخين غير «لمازة بن زبارة»، وثقه أحمد وابن سعد، وروى عنه جماعة من الثقات، فلا عبرة بقول من جهله. اهـ.

وقال النووي في المجموع ٩/ ٢٦٢: رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وإسناد الترمذي صحيح، وإسناد أبي داود، وابن ماجه حسن، فهو حديث صحيح.

(٥) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٩.

(٦) للمجموع ٩/ ٢٦٣.

الدليل الثاني:

حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - في أصحاب الغار الثلاثة، قال فيه: (خرج ثلاثة نفر يمشون، فأصابهم المطر، فدخلوا في جبل، فانحطت عليهم صخرة، فقال بعضهم لبعض: ادعوا الله بأفضل عمل عملتموه - إلى أن قال -، وقال الآخر: اللهم إن كنت تعلم أنني استأجرت أجيراً بفرق من ذرة، فأعطيته، وأبى ذلك أن يأخذ، فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرًا وراعيها، ثم جاء فقال: يا عبد الله أعطني حقي، فقلت: انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك، فقال أتستهزئ بي؟، قال: فقلت: ما أتستهزئ بك، ولكنها لك. اللهم إن كنت تعلم أنني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج عنا. فكُشف عنهم^(١).

وجه الاستدلال: أن المستأجر تصرف في مال الأجير بغير إذنه وصح تصرفه، ونفذ لما رضي الأجير بذلك، فهو قبل الإجازة كان صحيحاً، لكن نفاذه متوقف على الإجازة^(٢).

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أنه من شرع من قبلنا، وليس شرعهم شرعاً لنا^(٣).

وأجيب عنه: بأن النبي ﷺ ساق الخبر مساق المدح والثناء على فاعله، ولو كان لايجوز لبيته، قال الحافظ «فبهذا الطريق يصح الاستدلال به، لا بمجرد كونه شرعاً من قبلنا»^(٤).

الاعتراض الثاني: أن الحديث محمول على أن صاحب الغار استأجر الأجير بفرق، في الذمة، ولما عرض عليه الفرق فلم يقبضه استمر في ذمة المستأجر؛ لأن الذي في الذمة لا يتعين إلا بالقبض، فلما تصرف فيه المالك صح تصرفه سواء اعتقده لنفسه أم لأجيره، ثم إنه تبرع بما اجتمع منه على الأجير برضا منه^(٥).

والذي يظهر لي من سياق القصة في الحديث أن تصرف الرجل في مال الأجير لم يكن موقوفاً بل كان نافذاً؛ لأنه وقع على وجه يرضى به المالك قطعاً.

القول الثاني: أن العقد لا يكون موقوفاً على الإجازة، فإما أن يكون صحيحاً

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٧٧، في كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي.

(٢) فتح الباري ٤/٤٧٨.

(٣) المجموع ٩/٢٦٣.

(٤) فتح الباري ٤/٤٧٨.

(٥) السابق، المجموع ٩/٢٦٣.

نافذاً، وإما أن يكون باطلاً غير منعقد.

هو آخر القولين للشافعي، وهو المذهب عند الشافعية^(١).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أنه لا معنى للانعقاد سوى كون العقد مفيداً للحكم الذي وضع له، فإذا وجد سبب الانعقاد كاملاً ولم تترتب عليه آثاره، دل ذلك على فساد السبب وعدم صلاحيته لإنشاء العقد^(٢).

الدليل الثاني:

القياس على الطلاق والعتاق فإنهما لا يقبلان الإيقاف^(٣).

وأجيب عنه: بأنهما لا يقبلان الخيار فكذلك لا يقبلان الوقف، والبيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف^(٤).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - القول الأول الذي ذهب أصحابه إلى جواز وقف العقود؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك في كثير من المواطن، وما شرعت العقود إلا لسد حاجة العباد؛ ولأن القول بالوقف خير من القول ببطلان العقد.

(١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٨٦، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥، المجموع ٢٦١/٩.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٨٧، الفروق ٣/٢٤٢، ٢٤٣.

(٣) الفروق ٣/٢٤٣.

(٤) الفروق ٣/٢٤٣، ٢٤٤.

الباب الثالث

أثر النية على التعبير الظاهر

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فقد النية المعتبرة.

الفصل الثاني: اختلاف النية مع اللفظ عن قصد.

الفصل الثالث: اختلاف النية مع اللفظ من دون قصد.

الفصل الرابع: إنشاء الالتزام المباح ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

الفصل الأول

فقد النية المعتبرة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: إنشاء الالتزام من الصبي.

المبحث الثاني: إنشاء الالتزام من المجنون، والمغنى عليه.

المبحث الثالث: إنشاء الالتزام من السكران.

المبحث الأول

إنشاء الالتزام من الصبي

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنشاء الالتزام من الصبي غير المميز

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام من الصبي المميز .

المطلب الثالث: أثر إجازة الولي تصرف الصبي ، وصيانة حقوق الطرف الآخر في الالتزام .

تمهيد في: تبين مراحل النبا، وعلاقتها بالأهلية لإنشاء الالتزام.

الرضا بإنشاء الالتزام شرط لصحته. ولكن الرضا لا يصح إلا إذا صدر من شخص يملك القدرة العقلية لإدراك حقيقة ما رضي به وآثاره، فإذا كان يملك هذا الإدراك، فهو مؤهل لإنشاء الالتزام.

وهذا الإدراك لا يكتسبه الإنسان بمجرد إنسانيته، وكونه كائناً حياً. فالإنسان لا يولد مكتمل القدرات العقلية، وإنما يكتسبها بالتدريج. وتكون قدراته العقلية في بداية نموه قاصرة تناسب الحياة البدائية البسيطة التي يعيشها في صغره، وماتلبث أن تتزايد بقدرة الله تعالى لتلائم حاجة الإنسان.

وفي الفقه الإسلامي ضوابط كفيلة بعدم إقحام الصغير ذي القدرة المحدودة في أمور فوق طاقته الذهنية حفاظاً على مصالحه، وعلى سلامة التعامل بين الناس. وهذه الضوابط مستمدة من نصوص الكتاب والسنة.

والأهلية تتفاوت ضوابطها حسب طبيعة الالتزام الذي يقدم عليه الشخص، وأول مرحلة يمر بها الإنسان بعد اكتمال خلقه هي مرحلة الاجتنان وفي هذه المرحلة لا يكون مؤهلاً للمشاركة في إنشاء الالتزام.

ويعيش الإنسان المرحلة الثانية من نشأته بعد ولادته إلى أن يبلغ السابعة، فيكتسب قدرات جديدة، لكنه يبقى ناقص الإدراك لحقيقة الالتزام وآثاره.

ثم ينتقل الإنسان إلى المرحلة الثالثة، والتي تبدأ من سن التمييز إلى البلوغ. يصبح فيها طفلاً مميزاً يدرك معنى الالتزام بالحقوق، ويدرك الآثار المترتبة على ذلك. ولكن هذا الإدراك محدود يتناول الالتزامات التي مرت به في حياته وجربها، وهو أيضاً ناقص فيتناول الآثار الظاهرة المتكررة^(١). وقال في المطلع: المميز الذي يفهم الخطاب ورد الجواب. ولا ينضبط بسن، بل يختلف باختلاف الأفهام^(٢).

وسن السابعة هي السن التي يحصل فيها التمييز للطفل، وذلك في غالب الأحوال^(٣).

(١) تبين الحقائق ١٩١/٥، حاشية ابن عابدين ٢٥٨/٤ إحياء علوم الدين ٨٨/١، إحكام الأحكام للأمدى ١/١٥٠، ١٥١.

(٢) القواعد والفوائد لابن اللحام ص ١٦.

(٣) نيل الأوطار ٣٤٨/١، الإنصاف ٣٩٥/١.

والدليل على ذلك قول رسول الله ﷺ (مروا أبناءكم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع)^(١).
 ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أمر بتعليم الطفل في سن السابعة مما يدل على أنه أصبح قابلاً للتعليم^(٢).
 والمرحلة الرابعة من مراحل الأهلية التي يمر بها الإنسان هي مرحلة البلوغ؛ حيث يتحقق للإنسان الإدراك الكامل لعواقب وأثار الالتزامات^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه ١ / ٢٧٠، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة. والترمذي في سننه ٢ / ٢٥٩، وقال حديث حسن صحيح. الحاكم في المستدرک ١ / ١٩٧، وصححه ووافقه الذهبي.
 (٢) نيل الأوطار ١ / ٣٤٨، الإنصاف ١ / ٣٩٥.
 (٣) حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٥٨.

المطلب الأول

إنشاء الالتزام من الصبي غير المميز

اتفق أهل العلم على أن الالتزام لا ينشأ إذا باشره الصبي غير المميز بإذن وليه، أو دون إذنه إذا كان فيه إخراج للمال من ملك الصبي، سواء أكان بعوض عادل كالبيع بثمن المثل، أم بعوض مع غبن، كالبيع بأقل من ثمن المثل، أم دون عوض، كالهبة^(١).

ونقل ابن قدامة قولاً لإياس بن معاوية^(٢) ذهب فيه إلى صحة ونفاذ وصية الصبي غير المميز، إذا وافقت الحق، ولكنه وصف هذا القول بأنه مخالف لاتفاق الأئمة، وأنه لا يصح^(٣).

وقال الحنابلة إن تصرف غير المميز يصح في شيء يسير، كشراء خبز وحلوى ونحوه^(٤).

ولهذا الحكم، الذي هو محل اتفاق، دليلان:

الدليل الأول:

أن هذا الصبي لا يملك القدرة الكافية لأن يعرف بها حقيقة الالتزام، وما يترتب عليه من آثار، ومع فقد هذه القدرة لا يتصور منه وجود الرضا الصحيح المعتبر، ومن دون الرضا لا يصح الالتزام.

(١) بدائع الصنائع ٤٠/٦، غمز عيون البصائر ٣/١٠، ٣١٨، الخرشي، وحاشية العدوي ٢٩٠/٥، مغني المحتاج ١٦٦/٢، نهاية المحتاج ٣٥٥/٤، الإنصاف ٣١٨/٥، كشف القناع ٤٥٨/٣.

(٢) هو أبو واللة إياس بن معاوية. قاضي البصرة. يروي عن أبيه، وأنس، وروى عنه شعبه. وحماد بن سلمة، وغيرهم. وقد وثقه ابن معين. كان يضرب به المثل في الذكاء. توفي سنة إحدى وعشرين ومائة كهلاً. انظر سير أعلام النبلاء ١٥٥/٥.

(٣) المغني ٥١٠/٨.

(٤) كشف القناع ٤٥٨/٣، المبدع ٨/٤.

الدليل الثاني:

أن في تمكين الصبي غير المميز من إنشاء الالتزام تضييعاً لحقوقه ومصالحه، ومن مقاصد الشريعة الكبرى حفظ المال^(١).

واستثناء الحنابلة للقليل لا يتعارض مع هذه الدليلين، لأن ذلك القليل مما يمكن أن يدرك الصبي فيه وجه المصلحة، كما أنه ليس فيه مخاطرة بمصلحه^(٢).

(١) مجمع الأنهر ٤٣٧/٢، نهاية المحتاج ٣٥٥/٤، كشف القناع ١٥١/٣، ٤٥٨.

(٢) مطالب أولي النهى ١٠/٣.

المطلب الثاني

إنشاء الالتزام من الصبي المميز

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام من الصبي المميز دون إذن وليه .

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام من الصبي المميز بإذن وليه .

المسألة الأولى

إنشاء الالتزام من الصبي المميز دون إذن وليه

فرق الفقهاء في حكم هذه المسألة بين الالتزام الذي هو ضرر مادي محض يؤدي إلى خروج المال عن ملك صاحبه، والالتزام الذي هو متردد بين النفع والضرر، فجاء بحث هذه المسألة في فرعين:

الفرع الأول: إنشاء الالتزام الذي هو ضرر محض في الصبي المميز دون إذن وليه. خص بعض أهل العلم الوصية بحكم مختلف عن بقية هذا النوع من الالتزام. فكان للوصية بحث مستقل عن الأصل العام. فالبحث في هذا الفرع في قسمين:

القسم الأول: الأصل العام في إنشاء الصبي المميز للالتزام الذي هو ضرر محض دون إذن وليه.

لا ينشأ الالتزام الذي هو ضرر محض إذا باشر إنشاءه الصبي المميز دون إذن وليه، كالهبة، والبيع بأقل من ثمن المثل.

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء - وذلك فيما اطلعت عليه - . فعليه نص الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، غير أن المالكية أتوا بعبارات يفهم منها أن الالتزام ينشأ، ولكنه يكون موقوفاً، ويجب على الولي رده، وليس له أن يجيزه^(٥).

والحنابلة ذهبوا إلى ماذهب إليه سائر الفقهاء في هذه المسألة، إلا أن بعضهم خرج في الضمان المالي قولين: أحدهما يقتضي صحته من الصبي المميز ولو دون إذن وليه، مع أن الضمان من التبرعات، وخرجوا هذا القول على إحدى الروايتين المأثورتين عن

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٤٥٤.

(٢) الخرشي ٥/ ٢٩٢.

(٣) مغني المحتاج ٢/ ١٧٢.

(٤) كشف القناع ٣/ ٤٥٨.

(٥) انظر هذه العبارات في مختصر خليل، وشرحه مواهب الجليل ٥/ ٦٠، ٦١، وانظر قوانين الأحكام ص ٢١١.

الإمام أحمد في صحة الالتزام الذي ينشئه بإذن وليه^(١). وقد رد ابن قدامة هذا التخريج، ووصفه بأنه غير صحيح؛ لأن الروایتين وردتا في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع بضمن المثل، أما الضمان فهو ضرر محض كالثبة، لأنه تبرع، لا معاوضة^(٢).

ودليل أهل العلم على قولهم إن الالتزام الذي هو ضرر محض، لا ينشأ من قبل الصبي المميز دون إذن وليه: أن في هذا التصرف ضرراً عليه، فيمنع منه؛ حفظاً لماله^(٣).

القسم الثاني: إنشاء الوصية من قبل الصبي المميز دون إذن وليه.

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين، مع أنهم لم يختلفوا في غيرها من التبرعات. وسبب ذلك - فيما ظهر لي -: أن الوصية تبرع ولكنها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي فلا تؤدي إلى ضرر مادي عليه، ولأهل العلم في حكمها قولان:

القول الأول: تنشأ الوصية من الصبي المميز دون إذن وليه.

هو قول المالكية^(٤)، وقول عند الشافعية^(٥)، وقول الحنابلة، وقيدوه بقولهم «إذا وافقت الحق». قال أبو بكر الخلال^(٦): «لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته، ومن له دون السبع لا تصح وصيته، وما بين السبع والعشر على روايتين»^(٧).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

«أنه قيل لعمر بن الخطاب - رضى الله عنه - إن هاهنا غلاماً يفاعاً يحتلم من غسان، ووارثه بعيد وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له؟ قال عمر: فليوص لها. قال: فأوصى

(١) المدع ٨/٤، المغني ٨٠/٧.

(٢) المغني ٨٠/٧.

(٣) شرح فتح القدير ١٨٧/٧، مغني المحتاج ١٧٢/٢، كشف القناع ٤٥٨/٣.

(٤) اللدونة ٣٣/١٥، المتقى ١٥٤/٦.

(٥) روضة الطالبين ٣/٣٤٣، ٩٨/٦.

(٦) هو أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون، المعروف بالخلال. صحب كثيراً من أصحاب الإمام أحمد فجمع من مسائله ما لم يجمعه غيره، ورحل إلى أقاصي البلاد يجمع مسائل الإمام ويسمعها ممن سمعها من الإمام وعن سمعها ممن سمعها منه. شهد له شيخ المذهب بالفضل والتقدم. توفي سنة إحدى عشرة وثلاثمائة. انظر طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١٢/٢ - ١٥، المنهج لأحمد ٨/٢ - ١٠.

(٧) المغني ٨/٨، ٥٠٨، ٥٠٩، المقنع ص ١٦٩.

لها بمال يقال له بئر جشم. قال عمرو بن سليم: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم^(١). وللأثر رواية بلفظ آخر، وهي: «أن عمرو بن سليم الغساني أوصى، وهو ابن عشر أو اثني عشرة، ببئر له قوم بثلاثين ألفاً، فأجاز عمر وصيته»^(٢) وهذه الثانية هي المناسبة للاستدلال؛ لأن فيها أن الوصية كانت بغير إذن الولي.

قال الباجي: «اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة، ثم قال: وقد ورد أن الغلام المذكور كان ابن عشر سنين، أو اثني عشرة سنة»^(٣).

وقد استدل ابن قدامة بهذا الأثر الذي استدل به المالكية. وقال إنها حادثة اشتهرت ولم تنكر^(٤)، وهو بهذا الاستدلال يقرر أن تصحيح وصية الصبي محل اتفاق بين الصحابة لا ينكره أحد منهم.

وقد اعترض عليه من جهة الإسناد، فقد قال البيهقي: إنه منقطع؛ لأن عمرو ابن سليم الزرقى لم يدرك عمر، وهو راوي الأثر عن عمر^(٥).

وأجيب عن هذا الاعتراض بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول: أن عمرو بن سليم الزرقى كان يوم قتل عمر قد جاوز الحلم^(٦)، أو راهن الاحتمام^(٧)، قال ابن الترمذاني: ^(٨) فيكون لقاءه لعمر ممكناً، فتحمل روايته عنه على الاتصال على مذهب الجمهور، كما أعرف^(٩).

الجواب الثاني: أن الأثر له رواية فيها أن الراوي عن عمر هو «عمرو بن سليم الغساني»^(١٠).

(١) أخرجه مالك في الموطأ ١٥٤/٦، كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير، والضعيف، والصاب والسفيه. وعبد الرزاق في مصنفه، ٧٧/٩، ٧٨، كتاب الوصايا، وصية الغلام، وللأثر عدة ألفاظ متقاربة، ولكن بينها اختلافاً في تسمية الغلام، فبعضهم سماه عمرو بن سليم الزرقى، وبعضهم سماه عمرو بن سليم الغساني. وهذا الاختلاف نفسه ورد في تسمية راوي القصة الذي قوم المال الموصى به.

(٢) أخرج هذا اللفظ عبد الرزاق في مصنفه ٧٧/٩.

(٣) المتقى ١٥٤/٦.

(٤) المغني ٥٠٨/٨، ٥٠٩.

(٥) السنن الكبرى ٢٨٢/٦.

(٦) حكاها ابن الترمذاني في الجوهر النقي على سنن البيهقي ٢٨٢/٦، عن ابن حبان.

(٧) حكاها ابن الترمذاني عن الواقدي.

(٨) هو أبو الحسن علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني. قاض حنفي، من علماء الحديث واللغة. من أهل مصر، له كتب منها «المنتخب في علوم الحديث»، «المؤتلف والمختلف» وكتاب الضعفاء والمتروكين» و«بهجة الأريب» في غريب القرآن، «الجوهر النقي في الرد على البيهقي». مات سنة ٧٥٠هـ. انظر الأعلام ٣١١/٤.

(٩) الجوهر النقي ٢٨٢/٦.

(١٠) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٧٨/٩.

فظهر بهذا أن عمرو بن سليم الغساني ليس هو الزرقى .

الجواب الثالث: أن الأثر له شاهد يقويه . قاله الحافظ^(١) .

فتبين بهذه الأجوبة أن الأثر صالح للاحتجاج به .

قال الإمام مالك: «وأخبرني رجال من أهل العلم عن عبد الله بن مسعود مثل

ذلك» ، ونقل عن ابن مسعود أنه قال: من أصاب وجه الحق أجزأه^(٢) .

واعترض عليه ابن حزم بأنه لا يُدرى من رواه عن ابن مسعود^(٣) ، فلا يحتج به .

الدليل الثاني:

أن الوصية صدقة ، يحصل ثوابها للصبي بعد استغنائه عن ماله ، فلا يلحقه بها

ضرر ، بل يلحقه نفع ثوابها^(٤) .

وقد اعترض عليه بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: لا يسلم بأن الوصية نفع محض بل ضرر محض في صورتها

المادية ، وأما ما ترتب عليها من ثواب فهو ثمرة قد تتحقق وقد لا تتحقق ، والحكم على

التصرفات المالية بأنها ضرر محض أو نفع ، إنما يرجع فيه إلى آثار التصرف الدنيوية^(٥) .

ويدفع هذا الاعتراض: بأن وصف الوصية بأنه ضرر مادي محل نظر ؛ لأن المال

لا يخرج عن ملك الموصي إلا بعد موته فلا يلحقه بخروجه ضرر .

الاعتراض الثاني: لو سلمنا أن الوصية نفع محض فإن هذا النفع معارض

بمصلحة أولى منه وهي ترك المال للورثة ، فعن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - أن

رجلاً سأل النبي ﷺ أي الصدقات أفضل؟ قال: (على ذي الرحم الكاشح)^(٦) .

ويدفع هذا الاعتراض: بأن غاية ما يقتضيه تفضيل ترك الوصية ، وليس منع الصبي

من إنشائها .

القول الثاني: لا تنشأ الوصية من الصبي المميز ، ولو أوصى فوصيته باطلة .

(١) فتح الباري ٥/ ٤٢٠ .

(٢) المدونة ٣٣/ ١٥ .

(٣) المحلى ٩/ ٣٣٢ .

(٤) المغني ٨/ ٥٠٩ .

(٥) المهذب ١/ ٢٥٧ .

(٦) قال المنذري في الترغيب والترهيب ٣٢/ ٢ . والهيثمى في مجمع الزوائد ٣/ ١١٩ ، أخرجه أحمد والطبراني بسند حسن . وقال الهيثمي: وأخرجه الطبراني عن أم كلثوم مرفوعاً ، رجاله رجال الصحيح . اهـ .

وأخرجه الحاكم في المستدرک ١/ ٤٠٦ عن أم كلثوم مرفوعاً وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي في

التلخيص . وقال المنذري ٣٣/ ٢ عن إسناد الحاكم رجاله رجال الصحيح .

وللحديث أسانيد أخرى معلولة أوردها الزيلعي في نصب الرأية ٤/ ٤٠٦ .

هو مذهب الحنفية، فلا تصح عندهم وصية الصبي حتى لو كان مقارباً البلوغ^(١)، وهو قول عند الشافعية^(٢).

دليل القول الثاني:

إن الوصية تبرع، والتبرع ضرر محض فلا يصح؛ قياساً على سائر التبرعات كالهبة والصدقة^(٣).

يعترض على وصف الوصية بأنها ضرر مادي محض، بأنها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي فلا يكون فيها ضرر عليه.

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - هو القول الثاني الذي ذهب أصحابه إلى أن الوصية تنشأ من الصبي المميز دون أن يشترط لذلك إذن وليه؛ لثبوت الأثر بذلك، والأثر أولى بالإتباع؛ لذا فإن الشافعي لم يقل بصحة الوصية، ولكنه قال: إذا صح أثر عمر فإن الوصية تصح^(٤).

ويجب أن يقيد القول بصحتها بالقيد الذي ذكره الحنابلة، وهو أن تكون الوصية موافقة للحق، فإذا ظهر فيها سوء التصرف، والسفه تبين أن الصبي غير مدرك لما أقدم عليه الإدراك الكافي، فلا يصح تصرفه.

الفروع الثاني: إنشاء الالتزام الدائر بين النفع والضرر من الصبي المميز دون إذن وليه.

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام الدائر بين النفع والضرر من الصبي المميز ولو بغير إذن وليه.

هو قول الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، وإحدى الروایتين عن الإمام أحمد^(٧). وذهبوا جميعاً إلى أن الالتزام، وإن كان صحيحاً إلا إنه يكون موقوفاً على إجازة

(١) الميسوط ٩١/٢٨، حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٦.

(٢) روضة الطالبين ٣/٣٤٣، ٦/٩٧.

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ١٠/٤٣٠.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦/٢٨٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ٦/١٤٦، شرح فتح القدير ٨/١٨٧.

(٦) بداية المجتهد ٢/٢٨٣، بلغة السالك ٢/١٢٨.

(٧) المغني ٧/٨٠، المبدع ٤/٨.

ولي الصبي فإن أجازته نفذ وإلا بطل، ولكنهم أدخلوا على هذا القيد استثناءات، فالحنفية، والمالكية قالوا: إذا أنشأ الالتزام وكالة عن غيره نفذ دون إجازة^(١). والحنفية زادوا على ذلك أن الصبي إذا أجر نفسه دون إذن وليه، وأتم العمل صحت الإجازة، ونفذت دون أن يتوقف ذلك على الإجازة^(٢). واستثنى بعض من ذهب إلى هذا القول من الحنابلة النكاح، فقالوا ينفذ ولا يتوقف على الإجازة^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

عن عمرو بن حريث (أن النبي ﷺ رأى عبد الله بن جعفر^(٤) يبيع لعب الصبيان في صغره، فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك)^(٥).

الدليل الثاني:

أن الأصل صحة الالتزام ممن يعقله واستدلوا على وقف نفاذ الالتزام على إجازة الولي: بأن الالتزام المتردد بين النفع والضرر لا ينفذ، إلا إذا تبين أنه نفع، فإذا أجازته الولي تبين أنه نفع لا ضرر^(٦).

والعلة في نفاذ تصرفاته في حقوق غيره بالوكالة، أنه لا ضرر يلحقه بذلك. والعلة في نفاذ إجارته نفسه إذا كان قد أتم العمل أن هذا، وإن كان يخالف القياس كما يقول الحنفية، إلا أنه يثبت - عندهم - عن طريق الاستحسان حتى لا يضيع على الصبي أجره عمله^(٧).

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام الدائر بين النفع والضرر من قبل الصبي المميز دون إذن وليه.

(١) المبسوط ٤٢/١٦، ٤٣، حاشية الدسوقي ٢٩٤/٣.

(٢) غمز عيون البصائر ٣٢٤/٣.

(٣) المبدع ٨/٤.

(٤) هو عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب. له صحبة. وهو أول مولود ولد في الإسلام بأرض الحبشة. توفي رسول الله ﷺ وله عشر سنين. روى عن النبي ﷺ أحاديث، وروى عن أمه أسماء بنت عميس، وعمه علي بن أبي طالب. استشهد أبوه يوم مؤتة فكفله النبي ﷺ، وكان ﷺ يقول فيه: أما عبد الله فشبه خلقي، وخلقي وكان كرمًا يسمى بحر الجود. توفي سنة أربع وثلاثين. انظر أسد الغابة ١٩٨/٣، ١٩٩.

(٥) استدلل به السرخسي في المبسوط ٢٢/٢٥ على تصرف الصبي المأذون له وهو نص في غير المأذون.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٨٩/٩، رواه أبو يعلى، والطبراني، ورجالهما ثقات.

(٦) مجمع الأنهر ٣٨/٢، ٤٥٤.

(٧) غمز عيون البصائر ٣٤/٣.

(٨) الام ١٩١/٣، مغني المحتاج ٧/٢.

(٩) كشف القناع ١٥١/٣، المقنع ١٢٥، مطالب أولي النهى ١٠/٣.

به قال الشافعية^(٨)، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة^(٩). واستثنى الشافعية صوراً من الوكالة، فقالوا يجوز للصبي المميز أن يتوكل عن غيره في أداء الزكاة، والنذر، والكفارة، والصدقة، وذبح الأضحية، والعقيقة، والهدى، وشاة الوليمة، وإيصال الهدية^(١).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الصبي محجور عليه؛ لنقص عقله، والحجر عليه يقتضي منعه من إنشاء الالتزامات، ومن الأدلة على أنه محجور عليه قوله الله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢)

فدلّت الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ، والرشد، فلا يدفع إليه ماله قبل حصولهما ولا يجوز له فيه بيع ولا شراء ولا هبة ولا عتق^(٣).

الدليل الثاني: عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل)^(٤).

وجه الاستدلال من الحديث: أن رفع القلم عن الصبي نص في عدم إلزامه بأقواله^(٥).

سبب الخلاف والترجيح:

قال الزنجاني^(٦): إن سبب الخلاف هو اختلافهم في أثر الإيجاب والقبول، ففريق

(١) المجموع ١٥٧/٩، نهاية المحتاج ١٨/٥ - ٢٠.

(٢) سورة النساء، الآية رقم (٦).

(٣) أحكام القرآن للشافعي ١٣٨/١، أحكام القرآن لابن العربي ٣٢٢/١.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ٢٢٩/٦، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً. والنسائي في سننه ١٥٦/٦ مع شرحي السيوطي والسندي. في الطلاق، باب متى يقع طلاق الصبي، والحاكم في المستدرک، ٥٩/٢، في البيوع وقال الحاكم: هو صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

(٥) المهذب وشرحه المجموع ١٥٥/٩، ١٥٦.

(٦) هو أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد بن محمود الزنجاني. من أهل زنجان قرب آذربيجان.

استوطن بغداد وولي فيها نيابة القضاء. ودرس بالمدرسة النظامية ثم بالمستنصرية. وهو لغوي من فقهاء الشافعية.

له مؤلفات في اللغة منها اختصاره الصحاح للجوهري، وفي الفقه منها «تخريج الفروع على الأصول». استشهد في بغداد عام ستمائة وستة وخمسين أيام تكتبها بالمغول.

انظر الأعلام ١٦١/٧، ١٦٢.

ذهبوا إلى أن له أثرين: الأول - الانعقاد، وهو مقترون بهما، ومعناه الارتباط الحاصل بين الخطاب والجواب. والثاني، زوال الملك، وهو حكم منفصل عن الانعقاد. وأنكر فريق هذا الانقسام ولم يثبت للإيجاب والقبول معنى سوى كون العقد مفيداً للحكم الذي وضع له. ثم قال ويتفرع عن هذا الأصل مسائل منها: أن من ذهب إلى التقسيم الأول صحح تصرفات الصبي مع وقف نفوذها على إجازة الولي، ومن أنكره أبطل تصرفاته في الإنشاء وألغى عبارته^(١).

والراجع - فيما يظهر لي - القول الأول الذي ذهب أصحابه إلى أن الالتزام الدائر بين النفع والضرر ينشأ من الصبي المميز، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة وليه له، فإن أجازه نفذ، وإلا بطل، لأن وقف التصرفات مع عدم إبطالها ثابت في الشرع، ومن أمثله خيار الشرط، فيصح التصرف لقيام سببه، ويوقف نفاذه لمعنى يقتضي ذلك. والصبي إذا باشر السبب الذي ينشأ به الالتزام وهو مميز لما فعل صح السبب وأثمر، ولكن صيانة لماله يوقف النفاذ على إجازة الولي.

(١) تخريج الفروع على الأصول ص ١٨٦، ١٨٨.

المسألة الثانية

إنشاء الالتزام من الصبي المميز بإذن وليه

إذا كان الالتزام ضرراً محضاً، فإنه لا ينشأ من الصبي المميز ولو بإذن وليه^(١).
والعلة في ذلك أن الصبي محجور عليه لحظ نفسه، فما لاحظ فيه لا يصح التزامه به^(١).

وأما إذا كان الالتزام دائراً بين النفع والضرر ففي إمكان إنشائه قولان:
القول الأول: ينشأ الالتزام الدائر بين النفع والضرر، إذا باشر الصبي المميز إنشاء بإذن وليه^(١).

به قال الحنفية^(٢)، وأجاز أبو حنيفة بيعه ولو بغبن فاحش، وخالفه في ذلك الصاحبان^(٣).

وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد^(٤)، وهو قول المالكية^(٥) إلا أنهم استثنوا الوكالة، فقالوا: لا تصح من المميز ولو بإذن وليه، إلا أن تكون وكالة من بنت مميزة في المطالبة بحقوقها الزوجية، فإنها تصح بإذن وليها ودون إذنه^(٦).

واختلف أصحاب هذا القول في نفاذ الالتزام. فهو نافذ فور إنشائه عند الحنفية^(٧)، وموقوف على إجازة الولي عند المالكية^(٨)، ماعدا النكاح فإنه نافذ^(٩)، أما الحنابلة فاختلفوا علي قولين^(١٠).

(١) الأشباه والنظائر، وشرحه غمز عيون البصائر ٣/٣٢٢، ٣٢٣.

(٢) غمز عيون البصائر ٣/٣١٤، المبسوط ٢١/٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ٧/١٩٤.

(٤) شرح المتهى ٢/١٤١ - ١٤٣، كشاف القناع ٣/١٥١، المبدع ٨/٤.

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٨٢، بلغة السالك ٢/١٢٩.

(٦) مواهب الجليل ٥/١٢٠.

(٧) المبسوط ٢١/٢٥.

(٨) بلغة السالك ٢/١٢٩.

(٩) مواهب الجليل ٥/١٢٠.

(١٠) القواعد والقوائد لابن اللحام ص ١٩.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلاُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بابتلاء اليتامى فى تدبير مصالحهم المالية، ليتبين للولي أو الوصي رشد الصبي من عدمه. والابتلاء لا يتحقق إلا بأن يعطى الصبي المميز حق إنشاء الالتزامات المالية؛ ليبين رشده من عدمه، فكان الأمر بالابتلاء إذناً بالتجارة^(٢).

وقد اعترض عليه: بأن الله تعالى أمر فى الآية بابتلاء الصبي قبل بلوغه وبدفع ماله إليه بعد بلوغه. فدل ذلك على أن الابتلاء لا يكون بدفع ماله إليه، فإنه لو كان كذلك ماتوقف وجوب دفع المال إليه على البلوغ. والابتلاء المقصود أن يربيه على الخيرات والطاعات ويندبه إلى المراشد والتعرف على المصالح والمفاسد فى المعاملات حتى يكون نشوؤه على الخيرات، فإذا بلغ نفعه ماتقدم من التوجيه^(٣).

الدليل الثانى: قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن اسم اليتيم، حقيقة، يتناول الصغير، فعرفنا من الآية أن دفع المال إليه وتمكينه من التصرفات جائز إذا صار عميراً^(٥).

الدليل الثالث:

ما ورد فى قصة زواج النبي ﷺ من أم سلمة - رضي الله عنهما -، فقد ورد (أن النبي ﷺ لما خطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال لها النبي ﷺ ليس أحد من أوليائك شاهداً ولا غائباً يكره ذلك، فقالت لابنها: قم يا عمر^(٦)، فزوج رسول الله ﷺ، فزوجه^(٧)).

(١) سورة النساء، الآية رقم ٦.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٣٢٠، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٦٢، كشف القناع ٣/ ١٥١. المبدع ٤/ ٨.

(٣) أحكام القرآن للهراسي المجلد الأول ص ٣٢٨، نهاية المحتاج ٤/ ٣٦٣.

(٤) سورة النساء، آية رقم ٢.

(٥) المغني ٦/ ٦٠٨، ٦٠٩.

(٦) هو أبو حفص عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي المخزومي، ربيب رسول الله ﷺ، فقد تزوج رسول الله ﷺ أمه. روى عن النبي ﷺ أحاديث وشهد مع على - رضي الله عنه - الجمل، واستعمله على البحرين وعلى فارس. توفي بالمدينة سنة ثلاث وثمانين. انظر اسد الغابة ٤/ ١٨٣.

(٧) أخرجه الإمام أحمد فى المسند ١٦/ ١٦٢، والحاكم فى المستدرک ٢/ ١٧٨، ١٧٩، وقال صحيح الإسناد، وأخرجه البيهقي فى السنن ٧/ ١٣١.

وجه الاستدلال: أن عمر بن أبي سلمة تولى زواج أمه وعمره سبع سنين^(١).

واعترض عليه بأنه ضعيف لا يحتج به لعلتين:

الأولى في إسناده: وهي أن فيه راوياً غير مسمى، هو ابن عمر بن أبي سلمة^(٢).

وأجيب عنه: بأن ابن عمر معروف لدى المحدثين، وقد سموه ولكن اختلفوا في تسميته، فمنهم من سماه «سعيداً»^(٣)، ومنهم من سماه «محمداً»^(٤).

وقد رد الألباني هذا الجواب، فقال: «وسواء أكان اسمه هذا، أم ذلك، فهو مجهول لتفرد ثابت بالرواية عنه، فالإسناد لذلك ضعيف»^(٥).

والعلة الثانية هي في متنه: وهي أن عمر بن أبي سلمة كان عمره يوم زواج رسول الله ﷺ بأمه ستين. قاله الشوكاني^(٦).

ويجاب عنه، بأن عمره كان يومئذ ست سنين، فإنه ولد قبل الهجرة بستين^(٧)، وقد أقر الشوكاني بأن زواج رسول الله ﷺ بأمه كان في السنة الرابعة من الهجرة^(٨)، فيكون عمره يومئذ ست سنين^(٩).

الدليل الرابع:

أثر عمر في إجازته وصية عمرو بن سليم الغساني أو الزرقى، ومحل الاستدلال في الرواية التي ورد فيها أنه أوصى بعد أن أذن عمر في ذلك^(١٠).

الدليل الخامس:

أن الأصل في الالتزامات التي يُنشئها الإنسان برضاه، أنها صحيحة، وإنما منع الصبي من إنشائها منفرداً عن وليه، بسبب النقص في مداركه، وهذا النقص ينجر بإذن الولي له، فزال بذلك المانع وعاد الحكم إلى الأصل^(١١).

الدليل السادس:

القياس على العبد، فإنه يصح تصرفه بإذن سيده، والجامع بينه

(١) المبسوط ٢٥/٢٢.

(٢) إرواء الغليل ٦/٢٢٠.

(٣) سماه بذلك الحاكم في المستدرک ٢/١٧٩.

(٤) سماه بذلك الحافظ في الإصابة ٢/١١٩.

(٥) إرواء الغليل ٦/٢٢٠.

(٦) نيل الأوطار ٦/١٢٤.

(٧) الإصابة ٢/٥١٩، الاستيعاب ٣/١١٥٩، وجاء فيهما أيضاً قول بأنه وُلد في السنة الثانية من الهجرة.

(٨) نيل الأوطار ٦/١٢٤.

(٩) أخرجه مالك في الموطأ ٦/١٥٤. وعبد الرزاق في المصنف ٩/٧٨.

(١٠) انظر ص ٥٥٠.

(١١) المبسوط ٢٥/٢٢، كشف القناع ٣/٤٥٧.

وبين الصبي أن كلاً منهما محجور عليه^(١).

واعترض عليه بأن العلة في الحجر على العبد رعاية حق سيده فتزول بإذن صاحب الحق، وأما العلة في الحجر على الصبي فضعف إدراكه، ولا تزول بإذن الولي^(٢).

وعلل المالكية لقولهم بوقف الالتزام حتي يجيزه الولي: بأن الصبي المميز مازال ناقص المدارك، ولا يؤمن عليه سوء التصرف فلذلك لا ينفذ تصرفه إلا بعد الإجازة^(٣).

ويرد عليه الاعتراض: بأن النقص الذي في الصبي منجبر بإذن وليه له. **واستثنى المالكية الوكالة،** فمنعوا الصبي منها مطلقاً، ولكنهم لم يعللوا لهذا المنع.

واستثنوا من المنع توكيل المميّزة في المطالبة بحقوقها الزوجية، وعللوا لذلك بأن الولي لا يملك حق المطالبة بحقوق موليته إلا بتوكيل منها^(٤).

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام الدائر بين النفع والضرر، إذا باشر الصبي المميز إنشاءه، ولو كان ذلك بإذن وليه.

به قال الشافعية^(٥)، وهو رواية عند الحنابلة^(٦)، وفي قول ضعيف عند الشافعية يصح الالتزام الذي ينشئه الصبي المناهز للبلوغ، إذا إذن له وليه في ذلك^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

ماسبق من أدلة لأصحاب هذا القول في الالتزام الذي ينشئه الصبي المميز دون إذن وليه، فإن الباعث على الحجر عليه ومنعه من التصرف لا يزال قائماً، ولا يرتفع بإذن وليه فلا يغير الإذن من الحكم شيئاً^(٨).

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٩).

(١) تبين الحقائق ٢١٩/٥.

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي ٣٠١/٥.

(٣) مواهب الجليل ١٢٠/٥.

(٤) مغني المحتاج ١٧٠/٢.

(٥) المبدع ٨/٤، المغني ٦٠٨/٦.

(٦) روضة الطالبين ١٨١/٤.

(٧) روضة الطالبين ٣٤٢/٣، نهاية المحتاج ٣٦٨/٤.

(٨) سورة النساء، الآية رقم ٥.

هو نص عند أصحاب هذا القول في عدم جواز الإذن للسفهاء في التصرف في الأموال، والصبي من السفهاء^(١).

الدليل الثالث:

قياس الصبي المميز على غير المميز في عدم صحة الالتزام ولو بإذن، بجامع الصغر في كل منهما^(٢).

واعترض عليه: بوجود الفارق فإن غير المميز لا تحصل المصلحة بتصرفه؛ لعدم تمييزه ومعرفته، ولا حاجة إلى اختباره، فإنه قد عُلِمَ حاله^(٣).

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر لي - أن الالتزام الدائر بين النفع والضرر ينشأ من الصبي المميز المأذون له، ويكون نافذاً غير موقوف، لقيام السبب المنشئ للالتزام، وعدم وجود المانع.

(٢) أحكام القرآن للكنيا الهراسي المجلد الأول ص ٣٢٨.

(٣) المغني ٦/٣٤٧.

المطلب الثالث

أثر إجازة الولي ، وصيانة حقوق الطرف الآخر في الالتزام

وفيه مسألتان .

المسألة الأولى: أثر إجازة الولي .

المسألة الثانية: صيانة حقوق الطرف الآخر في الالتزام .

المسألة الأولى

أثر إجازة الولي

في الحالات التي حكم فيها بأن الالتزام يكون موقوفاً على إجازة الولي يكون الالتزام صحيحاً، ولكن آثاره هي التي تكون موقوفة غير نافذة حتى تتحقق الإجازة من الولي، وإذا لم يُجز بطل الالتزام^(١).

المسألة الثانية

صيانة حقوق الطرف الآخر في الالتزام

في الحالات التي حكم فيها أهل العلم ببطلان التزام الصبي لم يفرقوا بين ما لو كان الطرف الآخر في الالتزام يعلم بأن الصبي غير بالغ أو لا يعلم. وتعليلاتهم في البطلان ترجع كلها إلى نقص الإدراك عند الصبي، وهذه العلة لاتنتفي بجهل العاقد بحال الصبي. وإذا كان أحد قد غرَّ العاقد وحصل ضرر مالي بسبب دخوله مع الصبي في عقد تبين له بعد ذلك أنه باطل، فإنه يرجع على الغارِّ بما غرم.

(١) انظر مسألة أثر الإجازة في الالتزام في ص ٥٣٩ - ٥٤٢.

المبحث الثاني

إنشاء الالتزام من المجنون ، والمغمى عليه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: إنشاء الالتزام من المجنون .

المطلب الثاني: إنشاء الالتزام من المغمى عليه .

المطلب الأول

إنشاء الالتزام من المجنون

وفيه تمهيد وثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً مطبقاً.

المسألة الثانية: إنشاء الالتزام من قبل المجنون جنوناً متقطعاً.

المسألة الثالثة: أثر الحجر القضائي في الحكم ببطان الالتزام، وأثر جهل العاقد
بجنون الطرف الآخر في العقد.

التمهيد في تعريف الجنون وبيان أقسامه:

الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً^(١).

وهو من حيث وصفه نوعان:

النوع الأول: الجنون المطبق.

وهو ما لا يفيق منه صاحبه البتة، وقيل مدة سنة، وقيل شهر، وقيل يوم وليلة^(٢).
وذهب بعضهم إلى أنه يختلف باختلاف العمل الذي يراد أن يحكم على صاحبه بالجنون أو عدمه، فالجنون المطبق بالنسبة للصلاة هو مازاد على يوم وليلة، وفي الصوم ما استغرق الشهر، ليله ونهاره، وفي الزكاة ما استغرق الحول^(٣).

والذي يظهر لي أن الجنون المطبق ما لم يعهد أنه يزول عن صاحبه.

النوع الثاني: الجنون المتقطع: وهو الذي يفيق منه صاحبه أحياناً^(٤).

والفرق بينه وبين العتة، أن العتة هو ضعف العقل، لافقدانه بالكلية، وله أحكام تختلف عن أحكام المجنون^(٥).

(١) التعريفات للجرجاني ص ٨٢، ٨٣، التقرير والتحير ١٧٣/٢.

(٢) التقرير والتحير ١٧٣/٢، بلغة السالك ١٢٨/٢، حاشية الدسوقي ٢٩٢/٣.

(٣) التقرير والتحير ١٧٥/٢.

(٤) التقرير والتحير ١٧٣/٢، بلغة السالك ١٢٨/٢، حاشية الدسوقي ٢٩٢/٣.

(٥) التقرير والتحير ١٧٦/٢، حاشية ابن عابدين ١٤٤/٦.

المسألة الأولى

إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً مطبقاً

اتفق أهل العلم على أن ألفاظ المجنون لغو لا ينشأ بها الالتزام^(١)، ولا فرق في ذلك بين الالتزامات التي هي نفع محض كقبول الوقف، أو التي هي ضرر محض كالإهداء، أو المترددة بين النفع والضرر كالبيع، ولا فرق بين الإنشاء باللفظ، أو بالمعاطاة، أو بالكتابة، أو بالإشارة.

والأدلة على أن الالتزام لا ينشأ من قبل المجنون جنوناً مطبقاً ما يلي:

الدليل الأول:

حديث عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ)^(٢).

الدليل الثاني:

أن الرضا شرط لصحة جميع الالتزامات، وهو لا يعرف إلا بقول يفصح عنه، أو ما يقوم مقام القول، والمجنون ليست له إرادة جازمة، ولا يملك القدرة على التعبير عن شيء لو أراد، فكلامه لغو وكذلك ما قد يصدر عنه من أساليب التعبير الأخرى^(٣).

(١) الاختيار لتعليل المختار ٩٤/٢، بدائع الصنائع ١٣٥/٥، حاشية ابن عابدين ٣٥٩/٣، حاشية الدسوقي ٣٢٥/٢، ٥/٣، الخرشي ٣٢/٣، شرح منج الجليل ٢٠٧/٢، مواهب الجليل ٢٤١/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٦، شرح المحلى ١٥٥/٢، مغني المحتاج ٧/٢، نهاية المحتاج ٣٨٦/٣، كشف القناع ١٥١/٣، المبدع ٨/٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٢/٣٣، المغني ٣٤٥/١٠.

(٢) انظر الاستدلال به فيما سبق، وانظر تخريجه في ص ٥٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٥/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٦، المغني ٣٤٥/١٠، كشف القناع ١٥١/٣، المبدع ٨/٤.

المسألة الثانية

إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً متقطعاً

صاحب الجنون المتقطع يأخذ في حال جنونه حكم المجنون جنوناً مطبقاً، وفي حال إفاقته إفاقة تامة يأخذ حكم العاقل، فيصح منه كل التزام ينشئه^(١).

وقد نص الفقهاء على هذه المسألة في كتاب النكاح بقولهم إذا جنُّ الولي جنوناً متقطعاً، فإن له أن يُجري عقد النكاح لموليته في حال إفاقته^(٢).

وهم بعض الحنفية، فظن أن مذهب الحنفية يقضي بوقف نفاذ التزامات المجنون جنوناً متقطعاً إذا أجزاها في حال إفاقته، كما هي الحال في الصبي المميز تكون التزاماته موقوفة على إجازة وليه^(٣).

وفند ابن عابدين هذا القول، وأكد أن هذا محله فيما لو أفاق إفاقة غير كاملة، فكان في حاله تلك معتوهاً لاعاقلاً، والتزامات المعتوه حكمها حكم التزامات الصبي المميز، أما في حال إفاقته إفاقة تامة فإن التزاماته تصح وتنفذ^(٤).

والعلة في تصحيح الالتزام في الحالات التي يفق منها المجنون إفاقة تامة:

أن المانع من تصحيح التزامه زال. وشرط الصحة تحقق، فيرتفع البطالان وتثبت الصحة^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ١٤٤/٦، تبين الحقائق ١٩١/٥.

(٢) شرح منح الجليل ٢٣/٢، روضة الطالبين ٦٢/٧، شرح المحلى ٢٢٦/٣. شرح منتهى الإرادات ١٨/٣. المغني ٣٦٧/٩.

(٣) حاشية الشلبي على تبين الحقائق، بهامش تبين الحقائق ١٩١/٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ١٤٤/٦، ١٤٥.

(٥) المغني ٣٦٧/٩.

المسألة الثالثة

**أثر الحجر القضائي في الحكم ببطلان الالتزام،
وأثر جهل العاقد بجنون الطرف الآخر في العقد
وفيهما قرعان.**

الفرد الأول: أثر الحجر القضائي في الحكم ببطلان الالتزام.

قال بعض الباحثين المعاصرين إن المالكية ذهبوا إلى أن الحجر على المجنون لا ينفك إلا بحكم حاكم^(١). وليس الأمر كما قالوا، فإن المجنون يرتفع الحجر عنه عند المالكية وعند غيرهم بمجرد الإفاقة، ولا يتوقف على حكم حاكم، قال الخطاب: «وقوله - أي خليل - المجنون محجور عليه للإفاقة، يعني أن المجنون، سواء أكان ذكراً أم أنثى محجور عليه إلى إفاقته، وظاهره أن بالإفاقة ينفك عنه الحجر، وفي ذلك تفصيل، قال في الذخيرة: ويزول الحجر عن المجنون بإفاقته إن كان الجنون طارئاً بعد البلوغ، لأنه كان على الرشد، وإن كان قبل البلوغ فبعد إثبات الرشد اهـ. وكذا لو كان بلغ سفيهاً ثم جنّ فلا ينفك بالإفاقة فقط. والله أعلم»^(٢).

وكذلك الأمر عند غير المالكية، قال ابن قاسم: «وقسم الموفق وغيره الحجر إلى ثلاثة أقسام، قسم يزول بغير حكم حاكم، وهو حجر المجنون إذا عقل يزول الحجر عنه، ولا يعتبر فيه حكم حاكم، قال الموفق وغيره: بغير خلاف. وقسم لا يزول إلا بحاكم، وهو الحجر على السفیه، وقسم فيه خلاف، وهو الحجر على الصبي»^(٣). وقال الكاساني: «أما الصبي، فالذي يرفع الحجر عنه شيان، أحدهما: إذن الولي إياه بالتجارة، والثاني: بلوغه - ثم قال -، وأما المجنون فلا يزول الحجر عنه إلا بالإفاقة، فإذا أفاق رشيداً، أوسفيهاً، فحكمه في ذلك حكم الصبي»^(٤)، وقال الشربيني: «ويرتفع حجر المجنون بالإفاقة من الجنون من غير احتياج إلى فك»^(٥).

(١) المدخل إلى الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان ٣١٧ - ٣١٩.

(٢) مواهب الجليل ٥٨/٥، وانظر الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقي ٣/٢٩٢.

(٣) حاشية ابن قاسم ٥/١٨٥، ١٨٦.

(٤) بدائع الصنائع ٧/١٧١، ١٧٢.

(٥) مغني المحتاج ٢/١٦٦.

فإذا كانت الإفاقة تثبت بوجودها ولا يفتقر إثباتها إلى حكم الحاكم فكذلك الجنون لا يفتقر إثباته إلى حكم الحاكم، وعليه تبطل التزامات المجنون بمجرد ظهور جنونه دون أن يتوقف ذلك على حكم الحاكم.

الفروع الثاني: أثر جهل العاقد بجنون الطرف الآخر في العقد.

ليس لجهل العاقد بجنون الطرف الآخر في العقد أثر على الحكم ببطلان العقد؛ لأن العلة في الحكم ببطلانه هي نقص إدراكه، وهذه العلة قائمة مع علم شريك المجنون في العقد بجنونه، أو جهله.

وإذا نزل بشريك المجنون في العقد ضرر، بسبب بطلان العقد فإن كان أحد غره بالمجنون فعلى الغار الضمان، كما لو غر رجل آخر بامرأة مجنونة فتزوجها ودخل بها وهو لا يعلم أنها مجنونة فلها المهر بما استحل من فرجها، ويرجع الزوج على الغار فيغرم له المهر.

وقال بعض أهل العلم لا يستحق الزوج شيئاً؛ لأنه قد استوفى المنفعة. وإن لم يكن قد دخل بها فله المهر.

وإن لم يكن أحد قد غره فهو المتسبب على نفسه^(١).

(١) الروض المربع ٣٤٤/٦، المغني ١٠/٦٢، ٦٤.

المطلب الثاني

إنشاء الالتزام من المغمى عليه

الإغماء هو: آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والحركة للبدن - بأمر الله - عن أفعالها مع بقاء العقل وعدم زواله، ولكنه مغلوب^(١). وهو فوق النوم في إضعافه للعقل ودون الجنون؛ لأن الجنون يغطي على العقل بالكلية^(٢).

قال ابن اللحام^(٣): المغمى عليه يتردد بين النائم والمجنون فبالنظر إلى كون عقله لم يزل، بل يستره الإغماء هو كالنائم، وبالنظر إلى كونه إذا نُبه لم يتنبه هو كالمجنون^(٤). وبما أن المغمى عليه معه بقية إدراك فإنه يتصور منه النطق بألفاظ تستعمل عادة في إنشاء الالتزام. وقد يصل الإغماء بالإنسان إلى حد تعطل الحواس وفقد الإدراك كله، فلا يتصور منه - حينئذ - إتيان الأسباب المشتة للالتزام. وقد نص أهل العلم على أن المغمى عليه أقواله لغو، ولا ينشأ منه الالتزام، لا بقول، ولا بفعل، ولا بغير ذلك^(٥).

(١) التقرير والتحجير ١٧٩/٢، وقريب منه في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٢ القواعد والفوائد لابن اللحام ص ٣٥.

(٢) التقرير والتحجير ١٧٩/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٢.

(٣) هو علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي، المعروف بابن اللحام، شيخ الحنابلة في الشام في وقته مع ابن مفلح. واجتمع عليه طلبة العلم واتفقوا به: وصنف في الفقه والأصول ومن أنفع مصنفاته «القواعد الأصولية». استقر في المدرسة المنصورية مدرساً بها إلى أن توفي سنة ثلاث وثمانمائة. انظر شذرات الذهب ٣١/٧، الضوء اللامع ٣٢٠/٥، ٣٢١.

(٤) القواعد والفوائد ص ٣٥.

(٥) التقرير والتحجير ١٧٩/٢ حاشية الدسوقي ٥/٣، الشرح الصغير ٤١٨/١، مواهب الجليل ٢٤١/٤ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٥، مغني المحتاج ٢٧٩/٣. القواعد والفوائد لابن اللحام ص ٣٦. المغني ٣٤٥/١٠.

والعلة في ذلك: أن المغمى عليه فاقد الإدراك^(١). وقد ورد النص بأن النائم سرفوع عنه القلم، والمغمى عليه أولى بذلك؛ لأنه أبعد عن الإدراك^(٢).

(١) مغني المحتاج ٣/٢٧٩، المغني ١٠/٣٤٥.

(٢) التقرير والتحبير ٢/١٧٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٤.

المبحث الثالث

إنشاء الالتزام من السكران

وفيه تمهيد ومطلبان:

المطلب الأول: حكم إنشاء الالتزام من السكران.

المطلب الثاني: أثر استدراج السكران على الحكم بصحة أو بطلان الالتزام الذي أقدم عليه.

التمهيد: - في تعريف السكر، وبيان أنواعه من حيث الباعث عليه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف السكر، وبيان حده.

السكر: غشاوة تحيط بالعقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع العقل عن عمله من غير أن يزيله^(١).

وذهب الجمهور إلى أن حد السكر هو اختلاط الكلام، فالسكران هو الذي لا يدري مايقول^(٢)، والأدلة على ذلك ثلاثة:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا

مَاتَقُولُونَ ﴾^(٣).

قال الحافظ ابن حجر^(٤)، والقرطبي^(٥): الآية فيها دلالة على أن من علم مايقول

لا يكون سكران.

(١) التقرير والتحرير ١٩٤/٢، التلويح شرح التفتيح ١٨٥/٢، الأم ٢٥٣/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٧، كشاف القناع ٢٣٤/٥.

(٢) تفسير ابن كثير ٢٩٤/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢١٧، مغني المحتاج ٢٧٩/٣، المغني ٣٤٨/١٠، القواعد والفوائد لابن اللحام ص ٣٨.

(٣) سورة النساء، الآية رقم ٤٣.

(٤) فتح الباري ٣٠٢/٩.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٤/٥.

الدليل الثاني:

أن عمر - رضي الله عنه - قال في السكران: «إذا استقريء أم القرآن فلم يقرأها، ولم يعرف رداءه إذا القيته بين الأردية، فاحدده»^(١).

الدليل الثالث:

أن علياً - رضي الله عنه - قال في وصف حال السكران: «إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري»^(٢).

الفرع الثاني: بيان أنواع السكر من حيث الباعث عليه.

النوع الأول: سكر حاصل بطريق مباح، كمن شرب الخمر مضطراً لدفع غصة،

أو عطش؛ لعدم وجود ما يدفع ذلك من الحلال، أو شربه مكرهاً، أو لم يكن يعلم أنه مسكر^(٣)، أو زال عقله باستعمال البنج في إجراء عملية جراحية.

الفرع الثاني: السكر الحاصل بطريق حرام، وهو شرب المسكر في غير الحالات الواردة في النوع الأول^(٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢٢٩/٩، كتاب الأشربة، وسنده فيه جهالة فقد، أخرجه عبد الرزاق: عن معمر، عن رجل من ولد يعلى بن أمية، عن أبيه أن عمر قال.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ١٤٣/٣، كتاب الأشربة، باب ماجاء في حد الخمر وأبو داود في سننه ٢٩١/٦، ٢٩٢. كتاب الحدود، باب الحد في الخمر والحاكم في المستدرک ٣٧٥/٤، كتاب الحدود.

وقال الحافظ في التلخيص ٧٥/٤ عن إسناده مالك: منقطع ثم قال: وصله النسائي، والحاكم من وجه آخر. اهـ وقال الحاكم صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وقال الألباني في إرواء الغلیل ٤٦/٨: إسناده الحاكم فيه «ابن وبرة»، وقيل «وبرة» لم أجد من وثقه.

(٣) شرح التلويح على التوضيح ١٨٦/٢، الام ٢٥٤/٥، روضة الطالبين ٦٢/٨ أعلام الموقعين ٤٧/٤، كشف القناع ٢٣٤/٥، المبدع ٢٥١/٧، ٢٥٢.

المطلب الأول

إنشاء الالتزام من السكران

تحرير محل النزاع: اتفق أهل العلم على أن السكر إن حصل من المرء بسبب هو معذور فيه فإنه لا يترتب على أقواله آثارها الشرعية. نصوا على ذلك في الطلاق ولم يجعلوه خاصاً به^(١) واختلفوا فيمن سكر بسبب هو غير معذور فيه. واختلفوا أيضاً في تعيين درجة السكر التي إذا بلغها الشارب كان إنشاؤه الالتزام محل خلاف في صحته وبطلانه.

وبيان ذلك أن الشارب له في سكره أحوال:

الأولى: هزة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمر فيه، ولما تستول عليه بعد، ولا يزول العقل في هذه الحالة.

الثانية: نهاية السكر، وهو أن يصير طافحاً، ويسقط كالمغشي عليه ولا يتكلم، ولا يكاد يتحرك. ولا يفرق بين الذكر والأنثى، ولا بين الأرض والسماء.

الثالثة: حالة متوسطة بينهما بأن تختلط أحواله وأقواله، فيبقي معه بقية عقل، ولكنه لا يملك الاختلاط من نفسه، فيخطيء ويصيب^(٢).

وقد اختلفت أقوال أهل العلم في تعيين حالة السكر التي يدخل صاحبها في مسألة الخلاف، فذهب فريق منهم إلى أن محل الخلاف هو صاحب الحالة الثالثة فحسب، وأما صاحب الأولى فلا خلاف في صحة التزاماته، وصاحب الثانية لا خلاف في عدم صحة التزاماته^(٣).

(١) التنقيح بهامش شرح التلويح على التوضيح ١٨٥/٢، ١٨٦ الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣٢٥/٢، ٥/٣، الجامع لأحكام القرآن ٢٠٣/٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣٢٥/٢، ٥/٣. روضة الطالبين ٦٢/٨، أعلام الموقعين ٤٧/٤، القواعد والفوائد لابن اللحام ص ٣٩، كشاف القناع ٢٣٤/٥، المبدع ٢٥١/٤.

(٢) شرح فتح القدير ٣/٣٤٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٨.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٤/٥، شرح منقح الجليل ٢٠٧/٢، مواهب الجليل ٢٤٢/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٨، روضة الطالبين ٦٣/٨، المبدع ٢٥٣/٧.

وخالفهم فريق آخر فأدخلوا صاحب الحالة الثانية في الخلاف^(١)، وقال آخرون: وصاحب الأولى كذلك^(٢). وذهب بعضهم إلى أن الخلاف هو في صاحب الأولى، وأما صاحب الثانية والثالثة فلا خلاف في عدم صحة التزاماته^(٣). وحصر بعضهم الخلاف في صاحب الثانية، وأما من بقي معه شيء من العقل فتصح التزاماته^(٤).

تفصيل الأقوال والأدلة في حكم إنشاء الالتزام من السكران.

القول الأول: لا ينشأ الالتزام من السكران.

هو قول عند الحنفية^(٥)، وهو قول عند المالكية، وفيه اضطراب، فبعضهم قال: لا ينشأ الالتزام، وبعضهم قال: ينشأ، لكنه لا يلزم^(٦)، وبعضهم فرق في الحكم بحسب حال السكران^(٧)، قال الخطاب في ذلك: المعتمد من المذهب عدم انعقاد بيع السكران غير المميز، والقول بانهقاده شاذ، وأما السكران المميز فلا خلاف في انعقاد بيعه، وإنما اختلفت الطرق في لزومه^(٨).

وهو قول عند الشافعية، واختلفت تعبيراتهم عنه، فقال بعضهم: لاتصح التزاماته كلها بفعل أو قول، وقال آخرون: لاتصح أقواله ومنها البيع والشراء وغيرها^(٩). ويقتضي هذا أن يصح البيع والشراء إذا تم بالمعاطاة^(١٠). وهذا الثاني يشبهه قول للحنابلة أن السكران كالمجنون في أقواله، وكالصاحي في أفعاله^(١١). وقال آخرون من الحنابلة: «وأما بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوزات فلا يصح؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه والعلم شرط في المعاملات^(١٢)».

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٨، المبدع ٢٥٣/٧.

(٢) المبدع ٢٥٣/٧.

(٣) شرح فتح القدير ٣/٣٤٦.

(٤) الفروع ٥/٣٦٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٣/١٠٣.

(٥) شرح فتح القدير ٣/٣٤٥.

(٦) أحكام القرآن لابن العربي ١/١٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/٢٠٣، الخرشي ٣/٣٢، الشرح الكبير، حاشية الدسوقي ٣/٥٠٦، الشرح الصغير مع بلغة السالك ١/٤١٨.

(٧) العدوى بهامش الخرشي ٣/٣٢.

(٨) مواهب الجليل ٤/٢٤٣.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٦، روضة الطالبين ٨/٦٢.

(١٠) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٦، روضة الطالبين ٨/٦٢.

(١١) المبدع ٢٥٣/٧، مجموع الفتاوى ٣٣/١٠٣.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الشرع أبطل أقوال السكران، ورفع عنه المؤاخذه في أقواله حال سكره. ومما يدل على ذلك مايلي:

(١) قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن المعنى الذي من أجله حُكم ببطلان صلاة السكران، وهو غيبوبة العقل موجود في تصرفاته الأخرى، ومنها العقود، وهي أولى بعدم الصحة؛ لأن العبادة قد تصح من لاتصح عقود، لنقص عقله كالصبي والمحجور عليه لسفه^(٢).

(ب) أن النبي ﷺ أمر باستنكاه ماعز - رضي الله عنه - لما أقر بالزنا بين يديه^(٣). ليعلم أسكران هو أم لا؟ فإذا كان سكراناً فإن إقراره لا يصح، وإذا لم يصح إقراره علم أن أقواله باطلة كأقوال المجنون^(٤).

(ج) أن النبي ﷺ لم يستتب حمزة - رضي الله عنه - ولم يعاقبه لما قال له، ولعلي - وهو سكران - «ما أنتم إلا عبيد لي ولأبي»، وكان ذلك قبل تحريم الخمر^(٥). قال ابن حجر: وهو من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه حال سكره^(٦).

(د) فتوى عثمان، وابن عباس - رضي الله عنهم - بأنه ليس على السكران طلاق، ولم يخالفهما أحد من الصحابة^(٧). وقال شيخ الإسلام: «الثابت من الصحابة الذي لا يعلم فيه خلاف بينهم أنه لا يقع طلاقه»^(٨).

الدليل الثاني:

(١) سورة النساء، الآية رقم ٤٣.

(٢) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٠٦/٣٣، ١٠٧، وانظر أعلام الموقعين ٤٩/٤.

(٣) خبر ماعز أخرجه البخاري في صحيحه ٣٠١/٩، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والإكراه، والسكران. والرواية التي فيها الاستنكاه، أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٢٢/٢، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٢/٣٣، وانظر أعلام الموقعين ١٠٦/٣، ٤٩/٤.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٩١/٩، كتاب المغازي، غزوة بدر.

(٦) فتح الباري ٣٩١/٩.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الطلاق مع الفتح ٣٠٣/٩.

والاستدلال به في فتح الباري ٣٠٣/٩، وأعلام الموقعين ١٠٦/٣، ٤٨/٤، ٤٩.

(٨) مجموع الفتاوى ١٠٢/٣٣.

أن السكران غير مكلف؛ لأن شرط التكليف هو العقل والإرادة وهو مسلوب العقل، فأشبه المجنون، ومسلوب الإرادة، فأشبه المكره^(١). والقول بعدم تكليفه يستلزم القول بعدم صحة الالتزامات بقوله.

الدليل الثالث:

أن العقود وغيرها من الالتزامات يشترط لصحتها تمام الرضا والاختيار من قبل المباشر لأسباب إنشائها والسكران ليس له قصد صحيح ولا اختيار، وهو في ذلك أسوأ حالاً من الصبي غير المميز، ومن المجنون فهو أولى بالإنشاء للالتزام بكلامه^(٢). واعترض عليه بأن أولئك معذورون، والسكران غير معذور^(٣).

القول الثاني: ينشأ الالتزام من قبل السكران.

هو القول المشهور عند الحنفية^(٤). وهو قول عند المالكية على التفصيل الذي سبق لهم في القول الأول^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦)، وقول عند الحنابلة^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن السكران إنسان مكلف مؤاخذ بما يصدر عنه كالصاحي. بهذا استدل الحنفية، والحنابلة، وبعض الشافعية. واختلفت مناهجهم في إثبات أن السكران مكلف.

فاستدل الحنفية على تكليفه بقول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾.

ووجه الاستدلال: أن الخطاب في الآية موجه للعبد حال سكره، فدل ذلك على أن السكر لا ينافي الخطاب، وأجابوا عن اعتراض محتمل فقالوا: ولا يجوز حمل الخطاب على أنه موجه للعبد حال صحوه؛ لأن معنى الآية يكون حيثئذ «إذا سكرتم

(١) المبدع ٨/٤، المغني ١٠/٣٤٨.

(٢) أعلام الموقعين ٣/١٠٦، ٤/٤٩، كشف القناع ٣/١٥١، المبدع ٨/٤. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٣، ١٠٢/٣٣.

(٣) الأم ٥/٢٥٣.

(٤) التقرير والتحجير ٢/١٩٣، تنقيح الأصول بهامش شرح التلويح على التوضيح ٢/١٨٦، حاشية ابن عابدين ٣/٢٣٩، شرح فتح القدير ٣/٣٤٥.

(٥) انظر ص ٥٧٣.

(٦) روضة الطالبين ٨/٦٢، نهاية المحتاج ٣/٣٨٧.

(٧) كشف القناع ٥/٢٣٤.

فلا تقربوا الصلاة»، فيصير كقولنا للعاقل «إذا جنت فلا تفعل كذا»، ويصير الخطاب مضافاً إلى حال منافية له^(١).

واعترض عليه: بأن السكر مناف للخطاب، ويصير المعنى «إذا سكرتم، وخرجتم عن أهلية الخطاب فلا تصلوا»، فتبين بذلك أن المعنى الذي اختاروه مماثل للمعنى الذي فروا منه^(٢). والصحيح أن الخطاب في الآية موجه إلى المكلف في حال صحوه ألا يشرب الخمر إذا دنا وقت الصلاة حتى لا يقربها وهو سكران، فهو أمر بالاحتياط واجتناب السكر في أكثر الأوقات^(٣). فيكون معنى الآية على ذلك «إذا أردتم الصلاة فلا تسكروا، كما يقال لا تقرب التهجد وأنت شبهان»، أي «لا تشبع إذا أردت التهجد حتى لا يثقل عليك التهجد»^(٤).

وأخذ بعض أهل العلم من ذلك أن السكران غير مكلف؛ لأنه غير مخاطب^(٥)، بينما لا يسلم آخرون بهذه النتيجة، مع تسليمهم بأن السكران غير مخاطب حال سكره، وإنما خاطب في حال صحوه ألا يقرب الصلاة، وهو سكران.

وجه ذلك: أن السكر لا ينافي تعلق الخطاب بالسكران فهو مطالب حال سكره بالانتهاء عن ذلك، فالسكر لا يبطل أهلية الخطاب، أصلاً، لتحقق العقل والبلوغ إلا إنه يمنع استعمال العقل بواسطة غلبة السكر. ففات عليه قدرة فهم الخطاب بسبب هو معصية، فتجعل القدرة على فهم الخطاب في حكم الموجود زجراً له، ويبقى التكليف متوجهاً عليه، فتصح عبارته في جميع الالتزامات^(٦).

ويعترض ذلك: بأن السكر له عقوبة محددة في الشرع، ليس منها تصحيح عبارته في إنشاء الالتزام واستدلال الحنابلة، وبعض الشافعية على تكليف السكران: بأنه يقتل إذا قتل ويقطع إذا سرق^(٧).

وجه الاستدلال: أن السكران ألحق بالصاحي فيما لا يثبت بالشبهة، فأولى أن يلحق به فيما يثبت مع وجود الشبهة^(٨).

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن مؤاخذه السكران على ما ارتكبه من جنایات هو من باب

(١) التقيع بهامش شرح التلويح ٨٦/٢، شرح فتح القدير ٣/٣٤٦.

(٢) أنوار الحلك في شرح ابن ملك ص ٩٧٨، ٩٧٩.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤٣٥/١، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٦/٣٣.

(٤) مجموع الفتاوى ١٠٦/٣٣.

(٥) أحكام الأحكام للأمدى ١٥٢/١، روضة الناظر ١٤١/١.

(٦) شرح التلويح على التوضيح ١٨٦/٢.

(٧) للنخول للغزالي ص ٢٨، ٢٩، المبدع ٢٥٣/٧، المغني ٣٤٧/١٠.

(٨) شرح فتح القدير ٣/٣٤٦.

خطاب الوضع لا من باب خطاب التكليف، فلا تكون مؤاخذته على القتل والسرقة دليلاً على تكليفه^(١).

الاعتراض الثاني: أن مؤاخذته في باب العقوبات الباعث عليها الزجر عن المعاصي، ولا حاجة في المعاملات ونحوها إلى زجره عن إنشائها^(٢).

الدليل الثاني:

أن الصحابة - رضوان الله عليهم - جعلوا السكران كالصاحي في الحد بالقذف، فعن أبي وبرة الكلبي، قال أرسلني خالد إلى عمر، فأتيته في المسجد ومعه عثمان، وعلى، وعبد الرحمن، وطلحة، والزبير، فقلت: إن خالداً يقول: إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة، فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم، فقال علي: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفتري ثمانون، فقال عمر: بلغ صاحبك ما قال^(٣). فدل هذا على أن الصحابة كانوا يرون أن السكران مؤاخذ على أقواله^(٤).

وأجيب عنه: بأن الصحابة إنما عاقبوا السكران بعقوبة القاذف؛ لأن السكر مظنة القذف فبين علي - رضي الله عنه - أن إقدام الرجل على السكر الذي هو مظنة الأفتراء يلحقه بالمفتري فعلاً؛ إقامة لمظنة العلة مقام الحقيقة؛ لأن العلة خفية لا يعلم بوقوعها حينما تقع، كما هو الشأن في النوم، فإنه يقام مقام الحدث؛ لأن النوم مظنة ذلك، ولا يستطيع النائم أن يعرف ما إذا كان أحدث أم لا^(٥). وهذا المعنى لا يوجد في باب الالتزامات، فإن السكر ليس مظنة لإنشاء الالتزام.

الدليل الثالث: أن السكران فرط بإزالة عقله، فإذا صدر عنه قول يضر بغيره عومل معاملة العاقل تشديداً عليها ونقل ابن قدامة عن ابن عباس أنه قال متعجباً، طلاق السكران جائز، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك!! ونص ابن قدامة على أن طلاق السكران ويبيعه واحد في الحكم والتعليل^(٦).

واعترض عليه باعتراضين.

الاعتراض الأول: أن العهود والعقود إنما تصدر عن العقل فمن لم يكن له عقل لا يوصف بأنه معاهد أو عاقد، ويستوي في ذلك من زال عقله بسبب هو معذور فيه،

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٨/٣٣، ١٠٩.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ١٤٣/٣، كتاب الأشربة، باب ما جاء في حد الخمر. وأخرجه الحاكم في المستدرک ٣٧٥/٤. وصححه الحاكم وأقره الذهبي. وقال الحافظ في التلخيص: ٧٥/٤ أخرجه مالك بسند منقطع، ووصله النسائي والحاكم من وجه آخر. وقال الألباني في الإرواء ٤٦/٨: «في سنده ابن وبرة، وقيل وبرة لم أجد من وثقه».

(٣) العناية بهامش شرح فتح القدير ٣/٣٤٦، مجموع الفتاوى ١٠٦/٣٣.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٥/٣٣.

(٥) المغني ٣٤٨/١٠.

ومن أزال عقله بسكر، ونظير هذا أن من انكسرت ساقه جاز له أن يصلي جالساً، ولو كسرها بنفسه متعمداً جاز له أن يصلي جالساً، ولو ضربت امرأة بطنها فنفت سقطت عنها الصلاة^(١).

الاعتراض الثاني: أن شرب المسكر كسفر المعصية، فما بال سفر المعصية صار سبباً للتخفيف دون شرب المسكر^(٢).

وأجيب عنه: بأن السفر نفسه ليس معصية، فهو مباح من هذا الوجه، ولكنه قصد بسفره المعصية فهو محرم من هذا الوجه، فأصبح في السفر جهة إباحة تصلح لإضافة التخفيف إليها، وهذا لا يوجد في السكر فإنه نفسه معصية، وليس فيه أي إباحة من أي وجه تصلح لإضافة التخفيف إليها^(٣).

الدليل الرابع:

أن الحقوق المالية التي هي من قبيل الضمان تلزم السكران إذا صدر عنه فعل يستوجب ذلك، فكذلك تلزمه هذه الحقوق إذا صدر عنه قول يؤدي إليها^(٤).

واعترض عليه: بأنه لا تلازم بين الأمرين فإن المجنون والصغير يلزم في مالهما ضمان المتلفات ولا ينشأ الالتزام بأقوالهما.

الدليل الخامس:

أن ترتيب الأحكام على تصرفات السكران - ومنها إنشاء الالتزامات - مع كونه غير مكلف، هو من باب ربط الأحكام بالأسباب، الذي هو خطاب الوضع. بهذا استدل أكثر الشافعية^(٥).

واعترض عليه الأسنوي بقوله: إن في هذا الاستدلال خلطاً بين طريقة الأصوليين وطريقة الفقهاء، فإن الأصوليين يرون أنه غير مكلف ولا تصح تصرفاته، والفقهاء يرون صحة تصرفاته، وهما طريقتان لا يمكن الجمع بينهما، والصواب أنه مكلف^(٥).

القول الثالث: التفصيل، بالنظر إلى أثر الالتزام، فينشأ الالتزام الذي فيه ضرر عليه ولا ينشأ الذي فيه نفع له.

(١) فتح الباري ٣/٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٨/٣٣، ١٠٩، المغني ١٠/٣٤٨.

(٢) العناية بهامش شرح فتح القدير ٣/٣٤٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٦، روضة الطالبين ٨/٦٢.

(٤) إحكام الأحكام للآمدي ١/١٥٢، مغني المحتاج ٣/٢٧٩، المنقول ص ٢٩.

(٥) الأشباه والنظائر ص ٢١٩.

هو قول عند الشافعية، فلا يصح منه عقد النكاح، ويقبل إقراره عن نفسه، ويقع منه الطلاق، وإذا كان له من وجه، وعليه من وجه كالبيع والإجارة نفذ^(١). وهو قول عند الحنابلة^(٢).

دليل القول الثالث:

التغليظ على السكران بسبب معصيته^(٣).

اعترض عليه ابن قدامة بأن تصحيح تصرفاته ليس فيه تغليظ عليه^(٤).

القول الرابع: التفصيل بالنظر إلى طريقه إنشاء الالتزام، فما ينشأ بالإرادة المنفردة يصح من السكران. وما لا ينشأ إلا بإرادتين لا يصح منه، كالبيع والنكاح. هو قول عند الحنابلة، قالوا فيه: «وعنه: أنه فيما يستقل به، كعتقه وقتله كالصاحي، وفيما لا يستقل به كالمجنون»^(٥).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه القول الأول الذي ذهب أصحابه إلى أن الالتزام لا ينشأ من قبل السكران؛ لقوة الأدلة التي احتجوا بها، وموافقة قولهم الأصل العام الذي يحكم الالتزامات جميعاً، وهو اشتراط الرضا لصحتها، وبوجود السكر يتنفي الرضا.

(١) الأشباه والنظائر لسيوطي ص ٢١٦، المجموع ١٦٣/٩.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٣/٣٣، ١٠٤، المغني ٣٤٨/١٠.

(٣) روضة الطالبين ٦٢/٨.

(٤) المغني ٣٤٨/١٠.

(٥) كشف القناع ٢٣٤/٥، المبدع ٢٥٣/٧، مجموع الفتاوى ١٠٤/٣٣.

المطلب الثاني

أثر استدراج السكران على الالتزام الذي يقدم عليه

المقصود بالاستدراج هنا: إغراء السكران بالإقدام على التزام ما كان ليقدم عليه، لو كان في حالته الطبيعية، لاعتبارات مادية كالربح والخسارة، كأن يبيع الشيء ومن مصلحته ألا يبيعه ولولا أنه سكران مافعل، أو لاعتبارات معنوية، كأن يتزوج وهو سكران من امرأة في زواجه منها معرة، أو يزوج ابنته وهو سكران من عدوله.

ويتنوع الاستدراج بالنظر إلى المقصد منه إلى نوعين:

النوع الأول: استدراج شخص ليشرب الخمر، ويكون غرض المستدرج من ذلك إجراء التزام معين معه.

والشارب في ذلك على حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون عالماً بأن ما يشربه مسكر. فهو عامد وحكمه حكم من تعمد الشرب من تلقاء نفسه من غير استدراج.

ووجود الاستدراج لا يؤثر في الحكم. فمن يرى عدم صحة التزامات السكران لم يفرق بين من شرب من تلقاء نفسه ومن أُغري بالشرب.

ومن يرى صحة التزامات السكران لم يفرق أيضاً، وتعليلاتهم لا تحتمل التفريق فهي في مجملها تدور حول ثلاثة تعليقات:

الأول: أن السكران مكلف فيترتب على أقواله وأفعاله آثارها المقررة شرعاً^(١).

الثاني: أنه غير مكلف، ولكنه يعامل معاملة المكلف زجراً له^(٢).

الثالث: أنه غير مكلف، وتصحيح التزاماته إنما هو من قبيل ربط الحكم بسببه على قاعدة خطاب الوضع^(٣).

(١) انظر التقرير والتحير ١٩٣/٢، المنحول للغزالي ص ٢٨، المبدع ٢٥٣/٧.

(٢) شرح فتح القدير ٣/٣٤٦.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٨/٣٣، ١٠٩.

وجميع هذه التعليقات تصدق على من أُغري بالشرب كما تصدق على غيره.

الحالة الثانية: أن يكون الشارب لا علم له بأن ما شربه مسكر.

فهو في هذه الحالة يأخذ حكم من سكر بسبب هو معذور فيه، وقد اتفق أهل العلم على أن حكمه حكم المجنون لا ينشأ الالتزام لابقوله، ولا بفعله^(١).

النوع الثاني: استدراج من سكر من تلقاء نفسه إلى إنشاء التزام.

فالرجل قد سكر من تلقاء نفسه، ولكن صاحبه أراد استغلال هذه الفرصة، فعرض على السكران إنشاء التزام معين وأغراه به فاستجاب له، فصدر عنه من القول أو الفعل ما هو في العادة سبب شرعي لقيام الالتزام.

فمن يرى عدم صحة الالتزام من السكران في الأحوال العادية، فأحرى أن يرى ذلك مع وجود الاستدراج، ويمكن أن يعلل لعدم صحة التزاماته بأن في المنع حماية لماله حتى لا يتسلط الناس عليه بعقود جائرة.

ومن يرى صحة التزاماته في الأحوال العادية، ينبغي أن يراعي ما استجد في المسألة من وجود الاستدراج والإغراء الذي يبين بجلاء أن الالتزام لم يجر على الصورة التي يقرها الشارع، وإنما دخله الإضرار بمصلحة أحد الطرفين في وقت لم يرض هو بذلك؛ لأنه في حالة لا تمكنه من أن يدرك ذلك الضرر.

(١) شرح التلويح ١٨٦/٢، الأم ٢٥٤/٥، اعلام الموقعين ٤٧/٤.

الفصل الثاني

اختلاف النية مع اللفظ عن قصد

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: التعبير الحكائي ، وإنشاء الالتزام به .

المبحث الثاني: الهزل ، وأثره على إنشاء الالتزام .

المبحث الثالث: العقد الصوري ، وحكمه .

المبحث الرابع: تأويل الملتزم لفظ الالتزام بغير المعنى الظاهر .

المبحث الأول
التعبير الحكائي
وإنشاء الالتزام به

وفيه تمهيد، ومطلبان:

- المطلب الأول:** إنشاء الالتزام بالتعبير الحكائي في غير النكاح.
المطلب الثاني: إنشاء النكاح بالتعبير الحكائي.

التمهيد، وفيه: بيان المقصود بالتعبير الحكائي:

التعبير الحكائي: أن يحكي شخص تعبيراً صدر عن غيره من التعبيرات التي تستعمل عادة في إنشاء الالتزام وهو لا يحكيه بقصد الإنشاء ولكن مجرد محاكاة. وأشهر مثال للفقهاء على المحاكاة هو: نطق الأعجمي باللفظ العربي الدال على الإنشاء تقليداً لغيره ودون أن يعرف معناه^(١). ومما يماثل ذلك أن يوقع على نموذج عقد مكتوب بلغة لا يفهمها، أو يستخدم إشارة تدل على إنشاء التزام معين في عرف أهل سوق معين أو حرفة معينة، وهو لا يعلم ما تدل عليه.

وأورد الفقهاء صوراً أخرى للمحاكاة في باب الطلاق تصلح صوراً للمحاكاة في باب الالتزام، والجامع بين ألفاظ الالتزام وألفاظ الطلاق أن كلاهما لفظ ينشأ به أثر شرعي، وقد استدل ابن القيم بأثر في اللفظ الحكائي في الطلاق على حكم اللفظ الحكائي في الالتزام، وهو أن رجلاً قالت له زوجته «سمني خلية طالق»، فقال لها «أنت خلية طالق»^(٢)، فيكون من اللفظ الحكائي أن يأتي المرء بصيغة إنشائية ويقصد بها الخبر، محاكاة لغيره.

ومثل الشافعية للفظ الحكائي في الطلاق بأن يقرأ الرجل صيغة طلاق ويكررها بقصد التعلم لا الإيقاع^(٣)، فيؤخذ من هذا أن المعلم ونحوه إذا تلفظ بصيغ الالتزام بقصد التعلم أو التعليم والتلقين، فإنه يكون من باب المحاكاة.

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٥٠، مواهب الجليل ٤/ ٤٤، نهاية المحتاج ٦/ ٤٤٢، الإنصاف ٨/ ٤٧٥، أعلام الموقعين ١٢١/١.

(٢) أعلام الموقعين ٣/ ٦٤.

(٣) نهاية المحتاج ٦/ ٤٤٢.

المطلب الأول

إنشاء الالتزام بالتعبير الحكائي في غير النكاح

قال ابن القيم في الرجل الذي يلقن صيغة من صيغ إنشاء الالتزام فيردها «فإن لم يكن عالماً بمعناها، ولا متصوراً لها لم يترتب عليه أحكامها ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك»^(١).

وعليه نص الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وأمثلتهم للفظ الحكائي تدل على أن اللفظ الذي يوصف بذلك هو ما حفت به قرائن تدل على ذلك، كمحاكاة الأعجمي العربي في لفظه، وكرداد القاريء لفظاً في كتاب، ونحو ذلك من القرائن.

الأدلة على عدم صحة إنشاء الالتزام بالتعبير الحكائي ما يلي:

الدليل الأول:

أن امرأة قالت لزوجها سمني، فسمها الطيبة، فقالت «لا» فقال لها «ماتريدين أن أسميك؟» قالت «سمني خلية طالق»، فقال لها «فأنت خلية طالق»، فأنت عمر فقالت: «إن زوجي طلقني»، فجاء زوجها، فقص عليه القصة، فأوجع عمر رأسها، وقال لزوجها: «خذ بيدها، وأوجع رأسها»^(٦). قال ابن القيم: «وهذا هو الفقه الحنفي الذي يدخل على القلوب بغير استئذان، وأورده ابن القيم دليلاً على أن التعبير الحكائي يترتب عليه أثر شرعي»^(٧)، ومن ذلك إنشاء الالتزام.

(١) أعلام الموقعين ١/ ١٢١.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرحه غمز عيون البصائر ١/ ٨٠، ٨١، الفتاوى الهندية ١/ ٣٥٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٥/ ٣.

(٤) مغني المحتاج ٧/ ٢، نهاية المحتاج ٣/ ٣٨٤.

(٥) أعلام الموقعين ١/ ١٢١.

(٦) قال ابن القيم في أعلام الموقعين ٣/ ٦٤. هو في مصنف وكيع.

(٧) أعلام الموقعين ٣/ ٦٤.

الدليل الثاني :

قال القرافي: إن الأصل أنه لا يشترط في خطاب الوضع علم المكلف وقدرته؛ فلذلك نورت بالأنساب من لا يعلم نسبه، ويطلق بالإضرار والإعسار، ويضمن بالإتلاف الصبيان والمجانين، ولكن استثنى صاحب الشرع من عدم اشتراط العلم والقدرة في خطاب الوضع قاعدتين: إحداهما قاعدة أسباب انتقال الأملاك كالبيع، والهبة، والرؤية، والصدقة والوقف... وغير ذلك فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ، أو هذا التصرف يوجب انتقال الملك لا يلزمه البيع، وكذلك جميع ما ذكر معه. وسر استثناء هذه القاعدة قوله ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه)^(١) ولا يحصل الرضا إلا مع الشعور والإرادة^(٢).

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند تحقيق أحمد شاكر ٤٢٣/٣، ٧٢/٥، ١١٣، ٤٢٥. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٧١/٤: رواه أحمد وابنه من زياداته، والطبراني، ورجال أحمد ثقات، وأخرجه أحمد والبزار بسند آخر ورجاله رجال الصحيح وله أسانيد أخرى فيها مقال أوردتها الدار قطني في السنن ٢٥/٣، ٢٦، والهيثمي في مجمع الزوائد ١٧٤/٤، ١٧٥. وأخرجه ابن ماجه في سننه ٧٣٧/٢ بلفظ «إنما البيع عن تراض» وقال صاحب الزوائد إسناده صحيح ورجاله موثقون.

(٢) الفرق ٢٦ وانظر ما يوافقه في الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر ٨٠/١، ٨١، مغني المحتاج ٧/٢.

المطلب الثاني

إنشاء النكاح بالتعبير الحكائي

لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: لا ينشأ النكاح بأسلوب التعبير الحكائي .

عليه نص جمهور الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) على أن النكاح لا يتعقد من الأعجمي باللفظ العربي الذي لا يفهم معناه، ولم أطلع على قول المالكية في النكاح، لكنهم قالوا في الطلاق: إنه لا يقع ممن تلفظ به وهو لا يعرف معناه^(٤).

دليل القول الأول:

عدم وجود القصد الذي هو شرط صحة العقد، فلا يصح من دونه، كالبيع^(٥).

واعترض عليه: بالفارق فإن القصد لا يشترط فيما يستوي فيه الجدل والهدل بخلاف البيع^(٦).

القول الثاني: ينشأ النكاح بأسلوب التعبير الحكائي .

هو قول عند الحنفية^(٦).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

القياس على الطلاق، فكما أنه يقع ممن تلفظ به وهو لا يعرف معناه فكذلك النكاح^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين ١٥/٣ .

(٢) مغني المحتاج ١٤٠/٣ ، نهاية المحتاج ٢١٢/٦ .

(٣) أعلام الموقعين ٢٩٢/١ .

(٤) شرح منح الجليل ٢٠٨/٢ .

(٥) حاشية ابن عابدين ١٥/٣ ، ١٦ ، أعلام الموقعين ٢٩٢/١ .

(٦) حاشية ابن عابدين ١٥/٣ ، ١٦ .

ويعترض عليه بأن الأصل المقيس عليه لم يوردوا عليه دليلاً فلا يصح القياس عليه إلا بعد ثبوته .

الدليل الثاني:

أن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجدل والهزل، فينشأ النكاح إذا لُقن العاقد اللفظ فنطق به وهو لا يعلم معناه^(١).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه هو القول الأول، الذي ذهب أصحابه إلى أن النكاح لا ينعقد بلفظ صادر عن من لا يفقه معناه، فإنه أشبه ما يكون باللفظ الصادر عن صبي غير مميز .

(١) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٥، ١٦ .

المبحث الثاني

الهزل، وأثره على إنشاء الالتزام

وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

- المطلب الأول: أثر نية الهزل على إنشاء عقد النكاح.
 - المطلب الثاني: أثر نية الهزل على غير النكاح من الالتزامات.
 - المطلب الثالث: حكم الهزل في إنشاء الالتزام من حيث الحل والحرمة.
 - المطلب الرابع: أثر التصريح بالهزل.
 - المطلب الخامس: طرق إثبات الهزل عند التنازع في ثبوته.
- التمهيد: وفيه بيان معنى الهزل، ومحلّه.
- وفيه فرعان.

الفرع الأول: بيان معنى الهزل.

الهزل هو: ألا يراد باللفظ المعنى الذي وضع له، بل يراد به غيره، وضده الجد، وهو أن يراد باللفظ معناه الحقيقي أو المجازي^(١) وهو يشمل عند الحنفية كل عقد لم يرد أصحابه إنشاء بغض النظر عن الباعث على ذلك، فيشمل الهزل، والتلجئة، والصورية^(٢).

وأما عند غيرهم فالهزل هو الذي يتكلم بالكلام من غير قصد لموجبه وحقيقته، بل على وجه اللعب^(٣)، فإذا كان له مقصد آخر غير اللعب وماشابهه فإنه لا يكون هزلاً.

والمعنى الذي أرى أنه أولى بالاتباع هو الثاني، لأنه يجعل لمصطلح «الهزل» معنى

(١) التقرير والتحرير ١٩٤/٢، التوضيح وشرحه التلويح ١٨٧/٢، حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٦٢/٦.

(٢) حاشية عميرة على شرح المحلى ٣٣١/٣، أعلام الموقعين ١٢٥/٣، الفتاوى الكبرى ٦٢/٦.

يميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة، ولأنه ألصق بالمعنى الذي يدل عليه لفظ الهزل لغة وشرعاً، فإن الهزل في اللغة اللعب، وهو ضد الجد.

وهذا هو معناه في الشرع فإن رسول الله ﷺ جعله مقابل الجد، فقال: (ثلاث هزلهن جد، وجدهن جد النكاح والطلاق)^(١).

والفرق بين الهزل والمحاكاة أن الحاكي لم يقصد السبب المنشيء للالتزام، فإما أن يكون قد جاء به وهو لا يعلم بمعناه البتة، أو يكون جاء به على صفة الخبر لا الإنشاء. والهازل قصد السبب علماً أنه سبب، ولكنه لم يقصد نفوذ السبب^(٢).

الفرع الثاني: محل الهزل.

يتصور ورود نية الهزل من الملتزم في ثلاثة مواضع:

(أ) أصل الالتزام: فيأتي الهازل باللفظ المنشيء للالتزام، ولكنه لا يقصد به إنشاء الالتزام، وإنما يقصد العبث.

(ب) تفاصيل الالتزام: وذلك بأن يأتي باللفظ المنشيء للالتزام وينوي إنشاء الالتزام، ولكن يقع الهزل منه في شيء من مكملات الالتزام وتفصيله، كالشمن في البيع، كأن يبيع سيارة قيمتها مائة ألف ريال بيعاً جاداً، ولكنه يقول هازلاً «وثنمها ألف ريال».

(ج) آثار الالتزام: فيأتي الملتزم بالسبب المنشيء للالتزام وينوي إنشاءه، ولكن يقع الهزل منه في شيء من آثار الالتزام، كأن يعقد الرجل لبنته الصغيرة على فلان من الناس، ويقول هازلاً على أن تأخذ معك زوجتك الآن^(٣). والموضع الأول هو المتعلق بالبحث، لأنه هزل في الإنشاء، بخلاف الموضوعين الآخرين فإنهما في مكملات الالتزام.

(١) أخرجه الترمذي، وحسنه في سننه ١٥٦/٥، في أبواب الطلاق، وأخرجه الحاكم بالسند نفسه. وصححه في المستدرک ١٩٨/٢. وقال الحافظ في التلخيص ٢١٠/٣: فيه عبد الرحمن بن حبيب بن أردك. وهو مختلف فيه، قال الذهبي «فيه لين»، ثم قال: فهو على هذا حسن: وله أسانيد أخرى عند أبي داود، وابن ماجه. والدارقطني، وغيرهم أوردوا الحافظ في التلخيص ٢٠٩/٣، والزبيدي في نصب الرأية ٢٩٤/٣، وبينوا عللها. وأخرج عبد الرزاق في مصنفه ١٣٣/٦ - ١٣٥ آثاراً بهذا اللفظ عن عمر، وعلي، وأبي الدرداء، وابن مسعود. وكثرة الطرق المرفوعة والآثار تؤكد أن له أصلاً صحيحاً.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٥٠/٣، ٢٥١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٦٨/٦ - ٧١.

المطلب الأول

أثر نية الهزل على إنشاء عقد النكاح

تقدم إيراد النكاح هنا على غيره؛ لأن بعض الفقهاء جعله أصلاً يقاس عليه باقي الالتزامات. ولأهل العلم في أثر نية الهزل على إنشاء عقد النكاح قولان:

القول الأول: ينشأ عقد النكاح مع وجود نية الهزل.

هو قول الحنفية^(١). والمشهور عند المالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، والصحيح عند الحنابلة^(٤).

دليل القول الأول:

قول رسول الله ﷺ (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد النكاح، والطلاق، والرجعة)^(٥).

القول الثاني: لا ينشأ عقد النكاح مع وجود نية الهزل.

هو قول عند المالكية، فقد ورد عندهم في نكاح الهازل ثلاثة أقوال: يلزم، ولا يلزم، ولا يلزم إن دل على الهزل دليل^(٦). وهو قول عند الشافعية^(٧)، حكاه بعضهم عن الشافعي^(٨).

(١) الأشباه والنظائر مع شرحه للحموي ٧٧/١، التقدير والتحجير ١٩٧/٢، شرح فتح القدير ١٠٧/٣.

(٢) حاشية الدسوقي ١٩٧/٢. شرح منح الجليل ١٢/٢، الموافقات ٣٢٦/٢.

(٣) روضة الطالبين ٥٤/٨. نهاية المحتاج ٢٠٩/٦.

(٤) أعلام الموقعين ١٢٤/٣، الإنصاف ٤٧/٨، كشف القناع ١٥٥/٥، المغني ٤٦٣/٩.

(٥) انظر تخريجه في ص ٥٨٩، والاستدلال به في التقرير والتحجير ١٩٧/٢، الموافقات ٣٢٦/٢، المغني ٤٦٣/٩.

(٦) شرح منح الجليل ٢٠٨/٢، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٩٧/٢، مواهب الجليل ٤٢٣/٣.

(٧) روضة الطالبين ٥٤/٨.

(٨) الفتاوى الكبرى ٦٣/٦.

دليل القول الثاني:

أن المقاصد في العقود معتبرة ومقدمة على الألفاظ، والهازل لم يقصد إنشاء العقد فلا ينشأ.

واعترض عليه: بأن المقاصد وإن اعتبرت في الجملة فليست معتبرة بإطلاق وفي كل حال، والدليل على ذلك مسائل في الشرع، منها أن الأعمال التي يجب الإكراه عليها إذا فعلها مع الإكراه لم تطلب منه ثانية، فتجزئه مع تخلف القصد كالإكراه على إخراج الزكاة، وقضاء الدين.

الترجيح:

الراجح قطعاً هو القول الأول، لأنه منطوق حديث رسول الله ﷺ.

المطلب الثاني

أثر نية الهزل على غير النكاح من الالتزامات

تحرير محل النزاع: النزاع هو في الالتزام الذي صاحبه نية الهزل عند مباشرة سبب الإنشاء، أما لو نوى الهزل ثم عند مباشرة السبب تغيرت نيته، ونوى صحة الالتزام ونفاذه فإن الالتزام ينشأ، ولا يكون للنية المتقدمة التي رجع عنها أثر على الالتزام^(١).

ولأهل العلم في أثر النية المقارنة للعقد قولان:

القول الأول: لا ينشأ غير النكاح من الالتزامات مع وجود نية الهزل.

هو قول عند المالكية، قال الدسوقي: «إن هزل البيع ليس جدًّا»^(٢)، ولكن في تحرير مذهبهم لبس، فإن القرطبي يقول: اختلف العلماء في الهزل في البيع ونحوه فقليل: إن العقد مع نية الهزل لا يلزم، وقيل يلزم، ثم قال ويُخَرَّج من قول علمائنا قولان^(٣). ووصف العقد بغير اللزوم يقتضي أنه ينشأ صحيحاً ولكنه غير لازم. وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: إن بيع الهازل ونحوه من التصرفات المالية المحضة لا يصح عند المالكية^(٤). وهو قول عند الشافعية^(٥)، والمشهور عند الحنابلة^(٦).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الهزل يمنع جواز البيع؛ لأنه ينفي الرضا بمباشرة السبب، وإذا عدم انتفى سبب الحكم فلا يوجد الحكم وهو الانعقاد^(٧).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٦٦/٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/٣.

(٣) تفسير القرطبي ١٩٧/٨.

(٤) الفتاوى الكبرى ٦٤/٦.

(٥) المجموع ١٧٣/٩.

(٦) أعلام الموقعين ١٢٤/٣، الإنصاف ٢٦٦/٤، الفتاوى الكبرى ٦٤/٦، كشاف القناع ١٥٠/٣.

(٧) أعلام الموقعين ١٢٤/٣، كشاف القناع ١٥٠/٣.

اعترض عليه بأننا نسلم بأنه لا بد لإعمال اللفظ في إنشاء الالتزام من أن تتوفر في المتكلم إرادتان: إرادة التكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبه ومقتضاه، والثانية أكد؛ لأن المعنى هو المقصود وما اللفظ إلا وسيلة، ومحل الاعتراض أن الهازل توفرت فيه الإرادتان فقد فقد تلفظ باللفظ المشيء للالتزام باختياره. ولم يصرفه عن معناه إكراه، ولا خطأ، ولا نسيان، ولا جهل، ولا غير ذلك من الأعذار المعتبرة شرعاً، وإنما كان هازلاً، والهزل لم يجعله الله ورسوله عذراً صارفاً^(١).

الدليل الثالث:

أن النصوص دلت على أن من العقود ما يكون جده وهزله سواء، ومنها ما لا يكون كذلك، فوجب التفريق بين النكاح، والطلاق، والرجعة، وغيرها في المؤاخذه بالهزل^(٢).

الدليل الرابع:

قياس الهازل على المكره، في أن كلاهما لم يقصد السبب المشيء للالتزام^(٣). **واعترض عليه** بأن المكره لم يقصد السبب ابتداءً وإنما قصد دفع العذاب عن نفسه، والقصدان متضادان لا يجتمعان، أما الهازل فإنه قصد السبب، ولم يقصد حكمه^(٤).

القول الثاني: إن الالتزام ينشأ مع وجود نية الهزل إذا توفرت أسباب إنشائه. هو قول الحنفية، إلا أنهم جعلوه موقوفاً، فإن أجازوه العاقدان معاً نفذ وإلا حكم ببطلانه، وإن لم يكن عقداً فإنه ينفذ بإجازة الموجب. ووقت أبو حنيفة مدة ثلاثة أيام حداً أعلى لبقائه موقوفاً، وقال الصاحبان متى أجازوه العاقدان نفذ دون تقييد بمدة^(٥). وهو القول المشهور عند الشافعية^(٦)، وقول عند الحنابلة^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن الهازل أتى بالسبب المشيء للحكم مع علمه بموجبه، فينشأ ولا يبطل بقصد

(١) الفتاوى الكبرى ٦/٦٤.

(٢) أعلام الموقعين ٣/١٢٥، الفتاوى الكبرى ٦/٦٤.

(٣) الفتاوى الكبرى ٦/٦٤.

(٤) السابق.

(٥) التقرير والتحجير ٢/١٩٤، الأشباه والنظائر مع شرحه ١/٨٠، حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٧، ٥٠٨.

(٦) روضة الطالبين ٨/٥٤، المجموع ٩/١٧٣، نهاية المحتاج ٣/٢٧٥.

(٧) أعلام الموقعين ٣/١٢٤، الإنصاف ٤/٢٦٦، الفتاوى الكبرى ٦/٦٤.

الهازل عدم التزام حكمه؛ لأن ترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد^(١).

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن هذا الدليل ينتقض بما اتفق عليه أهل العلم ويسلم به المخالف في مسألة لغو اليمين فإنه لا يترتب على لغو اليمين الآثار الشرعية المترتبة على اليمين، مع أن الحالف قد أتى بالسبب، ولكن لأنه لم يقصد ترتب الحكم على السبب فإن اليمين لم تنعقد^(٢).

وقد أجيب عنه: بوجود الفارق بين اللاغي في اليمين والهازل في الالتزام، فإن اللاغي لم يقصد أن يأتي بالسبب، وإنما جرى على لسانه من غير قصد، فكلامه كلام النائم والمغلوب على عقله^(٣).

الاعتراض الثاني: أن أصحاب الدليل الأول لم يعضوا قاعدتهم على المكروه والمحتال فإنهم قالوا: إن كلاً من المكروه، والمحتال إذا أتى بسبب الالتزام فإنه لا ينشأ بسبب وجود القصد المعارض^(٣).

الدليل الثاني:

أن الهزل أمر باطن لا يعرف إلا من جهة الهازل، فلا يقبل في إبطال حق العاقد الآخر^(٣).

الدليل الثالث:

قياس إنشاء الالتزام على إنشاء النكاح وإيقاع الطلاق في أن نية الهزل لا تمنع ترتب الأثر الشرعي للفظ^(٤).

واعترض عليه: بأن الأحاديث والآثار دلت على أن من العقود ما يكون جده وهزله سواء. ومنها ما لا يكون كذلك، فمن ساوى بين الصنفين فقد خالف النص^(٥).

الدليل الرابع:

القياس على خيار الشرط إذا شرطه كل من العاقلين لنفسه فإنه يؤدي إلى وقف نفاذ العقد، لا إبطاله، والجامع بين نية الهزل واشتراط الخيار أن العاقد في كل منهما

(١) ماسبق، شرح فتح القدير ١٠٧/٣.

(٢) أعلام الموقعين ١٢٥/٣، الفتاوى الكبرى ٦٤/٦.

(٣) أعلام الموقعين ١٢٥/٣، الفتاوى الكبرى ٦٤/٦.

(٤) حاشية قليوبي وعميرة ٣٣١/٣، ٣٣٢.

(٥) الفتاوى الكبرى ٦٤/٦.

قصد السبب المنشئ للحكم، وقصد في الوقف نفسه تعطيل الحكم وعدم وجوده^(١).
ويعترض عليه بأن خيار الشرط لا يؤدي إلى منع ترتب الحكم على سببه؛ لأن
هذا الخيار لا يمنع الانعقاد، بل لا يوجد إلا بوجود العقد. وأصحاب الدليل الرابع
أدعوا أن نية الهزل تمنع ترتب الحكم على سببه، فلا ينشأ العقد.

الترجيح:

يظهر لي رجحان القول الأول القاضي بأن الالتزام لا ينشأ مع وجود نية الهزل.
واعتمدت في هذا الترجيح على الأصل الذي تبني عليه صحة الالتزام، ألا وهو
تحقق الرضا بإنشاء الالتزام. ولم يوجد في حالة الهزل، فلا يكون للالتزام وجود
دونه.

واحتجاج المخالف بأن السبب المنشئ للالتزام قد وجد في حالة الهزل، لا يكفي
للقول بصحة الالتزام؛ لأن السبب الظاهر ماهو إلا تعبير عن الرضا القلبي، فإذا
ناقضه لم يكن معبراً عنه.

(١) التقرير والتحرير ١٩٤/٢.

المطلب الثالث

حكم الهزل في إنشاء الالتزام من حيث الحل والحرمة

قال شيخ الإسلام، وابن القيم: إن الهزل فيما هو من حقوق الله تعالى لا يجوز، وقد يصل بصاحبه إلى الكفر. ومن ذلك الهزل في العبادات، والهزل في النكاح لأنه يشبه العبادات.

ودليل ذلك (أن النبي ﷺ سمع رجلاً يقول لامرأته: يا أختي، فقال ﷺ: أختك هي؟؟ فكره ذلك ونهى عنه)^(١).

وأما الهزل فيما هو من حقوق العباد فمباح، ومن ذلك ما رواه أنس بن مالك - رضي الله عنه (أن رجلاً من أهل البادية كان اسمه زاهر، وكان ﷺ يحبه، وكان رجلاً دميماً، فأتاه النبي ﷺ يوماً وهو يبيع متاعه فاحتضنه من خلفه وهو لا يبصره. فقال من هذا؟ أرسلني. فالتفت، فعرف النبي ﷺ فجعل النبي ﷺ يقول: من يشتري هذا العبد؟ فقال: يا رسول الله إذا والله تجدني كاسداً. فقال النبي ﷺ: لكن عند الله لست بكاسد)^(٢).

وقصد رسول الله ﷺ أنه عبد الله، وقوله (من يشتري مني العبد)؟ صيغة استفهام^(٣).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢٥١/٥، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يقول لامرأته يا أختي وأخرجه أبو داود في سننه ١٣٥/٣، ١٣٦، كتاب النكاح، باب الرجل يقول لامرأته يا أختي، قال المنذري في مختصر أبي داود ١٣٦/٣: هذا مرسل، وله عند أبي داود إسناد آخر بلفظ مقارب، وذكر أبو داود ما يدل على اضطرابه. اهـ.

(٢) نقلته مختصراً من الشرائع للترمذي ص ٢٠٠.

(٣) أعلام الموقعين ١٢٦/٣، الفتاوى الكبرى ٦/٦٥.

المطلب الرابع

أثر التصريح بالهزل

البحث في أثر التصريح بالهزل يرد في حالة القول بأن نية الهزل لا تبطل الالتزام، فيقال هل يختلف الحكم في حالة التصريح؟.

في شأن النكاح يقول شيخ الإسلام: لو قال «زوجتك هازلاً» انعقد^(١). وأما في غير النكاح فلم أجد نصاً في المسألة، ولكن بالرجوع إلى تعليقات القائلين بعدم تأثير نية الهزل على الالتزام يتبين أن التصريح بالهزل يمنع إنشاء الالتزام وليس كنية الهزل، فإنهم عللوا لعدم تأثير نية الهزل على الالتزام بأن العاقد قد أتى بالسبب المنشئ للالتزام فينشأ، ونية العاقد لا تقوى على الفصل بين السبب وحكمه^(٢). وهذا التعليل لا يصدق على حالة التصريح؛ لأن الهازل إذا صرح في لفظه بأنه هازل، فإن هذه الصيغة لا تصلح لأن تكون سبباً ينشأ به الالتزام؛ لأنها لا تدل على رضا المتكلم بإنشاء الالتزام، بل تدل على ضده. كما أنهم قالوا في التعليل لصحة الالتزام مع وجود نية الهزل «بأن في عدم تصحيحه إبطالاً لحق العاقد الآخر بقول غيره. وهذا التعليل لا يرد في حالة تصريح العاقد بالهزل.

(١) الفتاوى الكبرى ٦/ ٧٣.

(٢) انظر ص ٥٩٣.

المطلب الخامس

طرق إثبات الهزل عند التنازع في ثبوته

إذا ادعى المتلفظ باللفظ المنشيء للالتزام أنه كان هازلاً فيما صدر عنه، فإن صدقه الآخر ثبتت أحكام الهزل في هذا الالتزام، وإن لم يصدقه، فقولان لأهل العلم: قول بأن القول قول المنكر مع يمينه. وإليه ذهب الحنفية^(١). وقول بأنه ينظر في القرائن ودلالة الحال فإن تبين أنه كان هازلاً حكم بثبوت الهزل كأن يكون المجلس مجلس هزل لاجد، بخلاف مالم أقم سلعة في السوق عرضها للبيع، وأوجب بالبيع، ثم ادعى أنه كان هازلاً لاجداً، فالظاهر من دلالة الحال أنه جاد لاهازل. إلى هذا ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة، وقال بعض الحنابلة يضاف إلى القرينة الحالية يمين المدعي^(٣).

وشذ بعض الحنفية، فقالوا: إن القول قول مدعي الهزل دون بينة ولا يمين^(٤). وهو مردود؛ لأن فيه قبولاً لدعوى أحد المتنازعين في حق مشترك دون بينة^(٥)، وقد ثبت في السنة أن البينة على المدعي، فإن لم يكن له بينة، فاليمين على من أنكر^(٦).

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٢١٠.

(٢) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣/ ٣ - ٥، مواهب الجليل ٣/ ٤٢٣.

(٣) حاشية بن قاسم ٤/ ٣٣٢، كشاف القناع ٣/ ١٥٠.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٦.

(٥) الإنصاف ٤/ ٢٦٦، كشاف القناع ٣/ ١٥٠.

(٦) انظر في ذلك قصة الحضرمي والكندي في صحيح مسلم ٢/ ١٥٩، ١٦٠ كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجر بالنار.

المبحث الثالث

العقد السوري ، وحكمه .

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: بيان حقيقة السورية .

المطلب الثاني: حكم عقد التلجنة من حيث الصحة والبطلان .

المطلب الثالث: حكم العقد المبني على سورية اختيارية ، وطرق إثبات السورية .

المطلب الرابع: حكم التعاقد مع مضطر .

المطلب الأول

بيان حقيقة الصورية

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: معنى الصورية في العقود، وبيان أقسامها.

المسألة الثانية: الفرق بين الصورية وما يقاربها.

المسألة الثالثة: موضوع الصورية.

المسألة الرابعة: محل الصورية.

المسألة الخامسة: الشروط التي يجب توافرها في العقد حتي يوصف بأنه صوري.

المسألة الأولى

معنى الصورية في العقود، وبيان أقسامها

الصورية في العقود هي: أن يتفق طرفان على إجراء عقد - ما - صورة، لاحقيقة. ولذلك فإن البحث في الصورية منصب على العقود دون سائر الالتزامات.

وتنقسم العقود الصورية باعتبار الباعث عليها إلى قسمين:

القسم الأول: عقد التلجئة وهو العقد الذي يلجأ طرفاه إلى إجرائه صورة لاحقيقة؛ دفعاً للضرر عنهما أو عن أحدهما. ومن أمثلته أن يخاف رجل على ماله من ظالم، فيبيعه صورة لاحقيقة إلى من لا يقدر الظالم على أخذه منه^(١).

القسم الثاني: العقد الصوري الاختياري، وهو العقد الذي يجريه طرفاه صورة لاحقيقة؛ لكسب مغنم مادي أو معنوي كاشتساب السمعة. ومن أشهر أمثلته أن يبيع الرجل لابنه أرضاً بيعاً صورياً، ليتمكن من أخذ قرض بناء باسم ابنه. أو يبيع رجل غير مرخص له بمزاولة العمل التجاري محله التجاري إلى رجل مرخص له بيعاً صورياً.

ولكن شاع إطلاق عقد التلجئة على كل عقد صوري سواء أقصد به دفع ضرر، أم جلب مصلحة^(٢). ولذا فإن أقوال الفقهاء وأدلتهم في عقود التلجئة هو شامل لجميع العقود الصورية.

وقد استعملوا «لفظ التلجئة» في جميع مباحث العقد الصوري فيما يتعلق بتعريفه ومحله وشروطه وأحكامه، لكنني استخدمت في البحث لفظ «العقد الصوري» لأنه يصدق على كل عقد صوري بخلاف لفظ «التلجئة» فإنه يصرف ذهن القارئ، أو السامع إلى نوع معين من العقود الصورية.

وينقسم العقد الصوري باعتبار تأثيره على حقوق غير العاقلين إلى ثلاثة أقسام:

(١) العقد الصوري الذي يؤدي إلى تضييع حقوق لأشخاص غير العاقلين. كأن يبيع المدين ماله لابنه تهرباً من تقسيم المال بين الغرماء.

(١) المجموع ٣٣٤/٩، الفتاوى الكبرى ٦٢/٦.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٦/٥، الفتاوى الكبرى ٦٣/٦.

- (٢) العقد الصوري الذي يؤدي إلى حفظ حقوق العاقدین دون إضرار غیرهما .
 (٣) العقد الصوري الذي ليس فيه حفظ لحقوق العاقدین ، ولا تضييع لحقوق غیرهما ، وإنما يقصد به مغنماً معنوياً .

المسألة الثانية

الفرق بين الصورية وما يقاربها

أولاً: الفرق بين الهزل، والصورية في العقود .

الحنفية يطلقون «الهزل» على كل عقد لم يقصد صاحبه انعقاده، فيدخل فيه العقد الصوري من تلجئة وغيرها، إضافة إلى عقود الهازل^(١).

أما غير الحنفية فيفرقون بين الهزل، والصورية من وجهين:

الأول: أن الباعث على الهزل هو مجرد العبث، وأما الباعث على الصورية فهو القرار من الضرر كما في التلجئة، أو طلب مغنم كما في الصورية الاختيارية^(٢).

الثاني: أن الهزل لا يسبقه في الغالب تواطؤ بين طرفي العقد، وقد ينفرد به أحدهما وقد يكون في التزام ينشأ بالإرادة المنفردة، وأما الصورية فلا تكون إلا بتواطؤ بين طرفي عقد^(٣).

ثانياً: الفرق بين التلجئة والإكراه:

الفرق بينهما من ثلاثة أوجه.

الأول: ينصب الإكراه على إجراء العقد فيكون مطلوب المكره من المكره أن يجري المكره العقد^(٤)، أما التلجئة فهي أن يخاف الإنسان على ماله فيحتال لتخليصه بأن يبيعه بيعاً صورياً، أو يؤجره، أو يهبه، أو يعيره لمن يقدر على حفظه.

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٥، حاشية ابن عابدين ٢٧٣/٥، شرح فتح القدير ١٠٧/٣.

(٢) الفروع ٤/٤٩، كشاف القناع ٣/١٤٩، المغني ٦/٣٠٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/٢٧٤، الفتاوى الكبرى ٦/٦٣.

(٤) انظر الأمثلة على ذلك في: حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٣، مواهب الجليل ٤/٢٤٨، المجموع ٩/١٥٨ - ١٦٠.

الروض المربع، وحاشية ابن قاسم ٤/٣٣٢.

الثاني: أن المكروه توفرت عنده إرادة إنشاء الالتزام مع أنه غير راض عن ذلك في الأصل إلا أنه باشر سبب الإنشاء؛ درءاً لمفسدة أعظم^(١). بينما العاقد في عقد التلجئة لم تتوفر عنده إرادة إنشاء الالتزام ولم يقصد من مباشرته الإنشاء، وإنما التعمية على الآخرين^(٢) وهذا أيضاً فرق بين الإكراه والصورية الاختيارية في العقود.

الثالثة: أن الإكراه قد ينصب على أحد طرفي العقد دون الآخر، وقد يعمهما^(٣). بينما لا يكون العقد «تلجئة» إلا باتفاق بين طرفيه. وهذا أيضاً فرق بين الإكراه والصورية الاختيارية في العقود.

وورد في كلام الفقهاء لفظ الإلجاء وهو صورة من صور الإكراه^(٤)، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «من استولى على ملك إنسان بلا حق، ومنعه إياه حتى يبيعه له فهو كبيع المكروه بلا حق فلا يصح البيع، لأنه ملجأ إليه»^(٥)، ويسمى المالكية الملجأ بهذه الصفة ماشابها المضغوط^(٦).

المسألة الثالثة

موضوع الصورية

الصورية، إما أن تكون في إنشاء الالتزام، وإما أن تكون في الإقرار به، فإن اتفقا على أن يُقرأ ببيع لم يكن، فأقرا بذلك فهو باطل، ولا تصححه الإجازة^(٧)، وأما الأول فهو محل البحث في هذه الرسالة، لأنه صورية وردت على الإنشاء^(٨).

وأورد المالكية في النكاح مسألة فيها الإقرار بالنكاح لحاجة دفعت إلى ذلك، وصورتها أنه إذا خطب رجل من آخر ابنته، فقال «قد زوجها زيدا»، فقام زيد يدعي الزوجية، ففيها قولان: قول بأن النكاح واجب للطالب، وعللوا له بأن النكاح لا لعب فيه ولا اعتذار، وقول بأنه لا يلزم^(٩).

(١) الفتاوى الكبرى ٦/٦٤.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/٦٦، المغني ٦/٣١٨.

(٣) انظر الأمثلة على ذلك في: حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٣، مواهب الجليل ٤/٢٤٨، المجموع ٩/١٥٨ - ١٦٠، الروض المربع، وحاشية ابن قاسم ٤/٣٣٢.

(٤) التقرير والتحرير ٢/٢٠٦، شرح الكوكب المنير ١/٥٠٩.

(٥) حاشية ابن قاسم ٤/٣٣٢.

(٦) مواهب الجليل ٤/٢٨٤ - ٢٥١.

(٧) بدائع الصنائع ٥/١٧٦، الفتاوى الهندية ٣/٢١٠، مواهب الجليل ٣/٤٥٤، الفتاوى الكبرى ٦/٦٢.

(٨) مواهب الجليل ٣/٤٢٤.

المسألة الرابعة

محل الصورية

ترد الصورية على ثلاثة مواضع:

الموضع الأول: العقد نفسه. بأن يتفق الطرفان على ألا يكون بينهما عقد، وأن ما يفعلانه من مباشرة أسباب العقد لا يكون من أجل تكوين العقد، وإنما لغرض آخر^(١).

الموضع الثاني: تفاصيل العقد، مع قصدهم إنشاء العقد حقيقة، كأن يعقدا النكاح حقيقة ولكنهما يسميان مهراً في الظاهر أكثر، أو أقل مما اتفقا عليه في الباطن تجملاً أمام الناس^(٢).

الموضع الثالث: آثار العقد مع قصدهم إنشاء العقد حقيقة. كأن يعقدا عقد بيع حقيقة لا صورة، ويعلنان للناس في أثناء العقد أن تسليم المبيع سيكون في الوقت الفلاني، على خلاف ما اتفقا عليه في الباطن^(٣). ومحل البحث مقتصر على الصورية المتعلقة بالموضع الأول؛ لأن موضوع البحث إنشاء الالتزام، فلا يتعلق به من الصورية إلا ما كان متعلقاً بإنشاء العقد.

المسألة الخامسة

الشروط التي يجب توافرها في العقد حتى يوصف

بأنه صوري

الشرط الأول: أن يسبق العقد اتفاق بين طرفيه على أنهما يجريانها صورياً لاحقياً، فإذا لم يكن بينهما اتفاق ونوى أحدهما الصورية، ولم يعلم به الآخر فإن العقد لا يكون صورياً^(٤)، وكذلك إذا اتفقا على أن يكون العقد صورياً، ثم قبل العقد رجعا عن ذلك، ثم عقداه فإنه لا يكون صورياً^(٥). ويسمى الفقهاء الاتفاق السابق للعقد «مواضعة».

(١) التقرير والتحجير ١٩٤/٢، حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥، الفتاوى الهندية ٢٠٩/٣، الفتاوى الكبرى ٦٨/٦ - ٧١، كشاف القناع ١٤٩/٣، ١٥٠.

(٢) التقرير والتحجير ١٩٤/٢، حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥، الفتاوى الهندية ٢٠٩/٣، الفتاوى الكبرى ٦٨/٦ - ٧١، كشاف القناع ١٤٩/٣، ١٥٠.

(٣) التقرير والتحجير ١٩٤/٢، التوضيح على التنقيح ١٨٢/٢، المجموع ٣٣٤/٩، كشاف القناع ١٤٩/٣، ١٥٠.

(٤) حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥، الفتاوى الكبرى ٦٦/٦.

الشرط الثاني: أن تكون الصورية مشروطة بين العاقدین قبل العقد صراحة، ولا تكفي دلالة الحال بل لابد من التصريح.

نص على ذلك الحنفية^(١). وتقوم دلالة الحال والعرف مقام التصريح عند من يقول: إن الشرط المتعارف عليه يأخذ حكم الشرط المتفق عليه عند العقد^(٢).

الشرط الثالث: أن يستحضر العاقدان في أثناء العقد نية الصورية، فإذا غفلا عن ذلك لا يكون العقد صورياً.

به قال بعض الحنفية. وعللوا له: بأن الأصل في العقود أنها تحمل على الجدل الذي يدل عليه لفظ العاقدین، ومراعاة ذلك أولى من مراعاة اتفاق سابق لم يجدد بلفظ ولا نية^(٣).

وذهب الحنابلة^(٤)، وفريق آخر من الحنفية إلى أنه لا يشترط استحضار نية الصورية^(٥).

وعللوا له: بأن العادة دلت على أنهما بنيا عقدهما على المواضعة السابقة، وهذا هو الظاهر، فإن مقصودهما بالعقد صون المال عن ظالم ونحو ذلك من المقاصد، وليس مقصودهما نقل الملك، فيبقى حكم المواضعة السابقة قائماً ما لم يأت ما ينسخها.

واعترض عليه: بأن إجراءهما العقد دون استحضار نية الصورية نسخ منهما للمواضعة السابقة.

وأجيب عنه: بأنه يستقيم لو أنهما نويا الإعراض عن المواضعة السابقة^(٦).

والذي يظهر لي أنه لا يثبت الشرط الثاني، لعدم صحة ما استدل به مثبته.

الشرط الرابع: ألا يصرح العاقدان في أثناء العقد بأنه صوري.

به قال الحنابلة^(٧). وخالفهم في ذلك الحنفية فإنهم يسمونه عقد تلجئة^(٨)، والأولى اشتراطه فيما يظهر لي؛ لأنه إذا صرح فيه بذلك خلا من المعنى الذي بسببه سُمي عقداً صورياً، وتحول إلى عقد تضمن شرطاً ينافي مقتضى العقد.

(١) التوضيح على التتبع ١٨٧/٢، حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤.

(٢) انظر هذا القول في الفتاوى الكبرى ٢٧٠/٦.

(٣) التقرير والتحجير ١٩٥/٢، التوضيح وشرحه التلويح ١٨٧/٢.

(٤) أعلام الموقعين ٩٢/٣، ٢٠٠، كشف القناع ١٤٩/٣.

(٥) التقرير والتحجير ١٩٥/٢.

(٦) الفتاوى الكبرى ٦٨/٦.

(٧) حاشية ابن عابدين ٢٧٤/٥.

المطلب الثاني

حكم عقد التلجنة من حيث الصحة والبطلان

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم عقد التلجنة في غير النكاح من حيث الصحة والبطلان.

المسألة الثانية: حكم نكاح التلجنة من حيث الصحة والبطلان.

المسألة الأولى

حكم عقد التلجئة في غير النكاح من حيث الصحة والبطالان

في المسألة قولان:

القول الأول: أن العقد لا ينشأ إذا سبقته مواضعة على أنه تلجئة لاحقية. هو قول عند الحنفية^(١). وقول عند الحنابلة^(٢)، هو اختيار شيخ الإسلام^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

مراعاة نية العاقدين ومقصدتهما؛ فإنهما لم يقصدا إنشاء العقد، ولم ينوياه بل قصدا ونويا عدم إنشائه^(٤).

الدليل الثاني:

أن المواضعة السابقة للعقد كالشرط المقارن له، ولو شرط في العقد أنه لا ينعقد، لم ينعقد^(٥).

القول الثاني: أن العقد ينشأ إذا باشر العاقدان أسباب إنشائه ولو سبقه مواضعة على أنه تلجئة، لاحقية.

هو قول جمهور الحنفية^(٦)، وقول المالكية^(٧)، وهو قول الشافعية^(٨)، وقول عند الحنابلة^(٩).

(١) حاشية ابن عابدين على البحر الرائق ٩٩/٦.

(٢) الإنصاف ٢٦٥/٤، كشاف القناع ١٤٩/٣، المغني ٣٠٨/٦.

(٣) الفتاوى الكبرى ٦٦/٦.

(٤) الفتاوى الكبرى ٦٦/٦، المغني ٣٠٨/٦.

(٥) الفتاوى الكبرى ٦٦/٦، المغني ٣٠٨/٦.

(٦) تيسير التحرير ٤٥٩/٢ حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤، ٢٧٤/٥، ٢٧٥، الفتاوى الهندية ٣/٢١٠.

(٧) مواهب الجليل ٢٤٩/٤.

(٨) التمهيد للأسنوي ص ١٣٣، المجموع ٣٣٤/٩.

(٩) الإنصاف ٢٦٥/٤، الفروع، وحاشيته تصحيح الفروع ٤٩/٤، المغني ٣٠٨/٦.

وذهب المالكية، وبعض الحنفية إلى أن العقد يكون موقوفاً على إجازة المضطر من العاقدين.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن العقد إذا أُجرى بأركانه وشروطه وجب أن يُحكم بانعقاده، ولا يؤثر فيه ماتقدم من مواضعة؛ لأنها خارجة عن العقد^(١).

واعترض عليه باعتراضين:

الأول: أن السبب الذي ينشأ به العقد عارضه مانع مبطل لمعناه وهو نية التلجئة.

الثاني: أن الضرورة تستلزم اعتبار المواضعة السابقة للعقد كأنها واقعة فيه، فإن العاقدين اضطرا إلى التظاهر بالعقد ليفرا من ضرر^(٢).

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - القول الأول، فلا ينشأ عقد التلجئة؛ لعدم وجود السبب المنشئي للعقد على الوجه الذي يصح به، وذلك لوجود التعارض بين التعبير الظاهر والنية.

المسألة الثانية

حكم نكاح التلجئة من حيث الصحة والبطان

لم يفرق الفقهاء بين النكاح وغيره في أثر المواضعة على التلجئة، إلا الحنابلة، فقد ورد عندهم فيه قولان:

قول بأن نكاح التلجئة صحيح^(٣).

واستدلوا على ذلك بدليلين:

الأول: أن نكاح التلجئة كنكاح الهازل؛ لأن أكثر ما فيه أنه غير قاصد للعقد بل هازل، ونكاح الهازل يصح^(٣).

الثاني: أن العاقد لو شرط في العقد رفع موجه مثل: أن يشرط ألا يطأها، أو أنها لا تحل له. ونحو ذلك يصح العقد دون الشرط، على المشهور في المذهب،

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٧، ٥٠٨، المجموع ٩/٣٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٧٦.

(٣) أعلام الموقعين ٣/٩٣، الإنصاف ٨/٤٧، الفتاوى الكبرى ٦/٦٧، ٦٨ كشاف القناع ٥/١٥٥، المغني ٩/٤٦٣.

والمواضعة على التلجنة شرط من هذا النوع فإنهما يتفقان على أن يعقدا عقداً لا يقتضي موجه^(١).

وأما القول الثاني فقد قال عنه شيخ الإسلام: ويتخرج في نكاح التلجنة أنه باطل.

ودليله: أن الاتفاق الموجود قبل العقد بمنزلة الشروط فيه في أرجح القولين في المذهب، ولو شرطاً في العقد أنه نكاح تلجنة لاحقيقة لكان نكاحاً باطلاً، وإن قيل فيه خلاف فإن غاية ما يقتضيه أن يكون كما لو شرطاً أنها لا تحل له، وهذا الشرط يفسد العقد على الخلاف المشهور^(١).

والصحيح أن النكاح ينشأ، ولو كان تلجنة؛ لاختصاص النكاح بأنه يوجد بوجود سببه الظاهر، ولو عارضته النية.

(١) أعلام الموقعين ٣/٩٣، الإنصاف ٨/٤٧، الفتاوى الكبرى ٦/٦٧، ٦٨ كشف القناع ٥/١٥٥، المغني ٩/٤٦٣.

المطلب الثالث

حكم العقد المبني على صورة اختيارية ، وطرق إثبات الصورة.

وفيه ثلاث مسائل .

المسألة الأولى: حكم العقد المبني على صورة اختيارية من حيث الصحة والبطالان .

المسألة الثانية: حكم تعمد الصورة من غير اضطرار من حيث الحل والحرمة .

المسألة الثالثة: طرق إثبات الصورة عند التنازع في ثبوتها .

المسألة الأولى

حكم العقد المبني على صورة اختيارية من حيث الصحة والبطالان

الفقهاء لم يفرقوا في حكمهم على العقد الصوري بين ما يكون اضطرارياً وهو التلجئة، أو بغير اضطرار وهو العقد الصوري الاختياري. لذا فإن القولين السابقين في عقد التلجئة يسريان هنا على العقود الصورية الاختيارية.

وتعليقات الفقهاء التي بنوا عليها أقوالهم في التلجئة تصدق على العقد الصوري الاختياري، فالذين صححوه بنوا ذلك على أن سبب انعقادهم وجد فلا يتخلف أثره بالمواضعة السابقة، والذين حكموا بطلانه راعوا في ذلك مقصد العاقدين. وهذه التعليقات تصدق على العقد الصوري الاضطراري، كما تصدق على الاختياري فيما يظهر لي.

المسألة الثانية

حكم تعمد الصورية من غير اضطرار من حيث الحل والحرمة

الحكم على تعمد الصورية من غير اضطرار يختلف باختلاف ماهية العقد، وبالباعث على الصورية.

ففقء النكاح فيه شبه بالعبادة لذا منع الشارع فيه الهزل^(١)، والزم الهازل بالعقد، والصورية لها حكم الهزل؛ لأن في كل منهما استعمالاً للفظ المنشيء للالتزام في غير ماوضع له.

(١) أعلام الموقعين ٣/١٢٦، الفتاوى الكبرى ٦/٦٥.

ومن الأمثلة المشهودة للصورية في عقد النكاح قيام بعضهم باستخراج وثيقة عقد نكاح مع وضعه الإمضاء الدال على الإيجاب في السجل المخصص لضبط العقود، وليس له أي قصد أو نية في إنشاء العقد، وكل مقصوده الحصول على وثيقة العقد؛ ليحصل بها على قرض أو مصلحة أخرى.

ومن الأمثلة التي لها وجود في الواقع أن بعض الناس يجري عقد النكاح لزوجته أمام القاضي، ويكون ملزماً بذلك بينما رغبته أن يجريه في بيت أبيها، وبمشهد من الأقارب، وفي وليمة كما جرت به العادة، فبعد أن يجري له القاضي العقد في مجلس القضاء يقوم بإجراء العقد مرة أخرى خارج المحكمة بالصورة التي يرغبها.

أما الصورية في غير النكاح كالبيع والإجارة فيرجع في الحكم عليها إلى المقصد منها، فإن كان المقصد منها مباحاً فإنها تكون مباحة، لأن الهزل في المعاملات غير محرم، والصورية التي فيها منفعة مباحة أولى بالإباحة من الهزل. ومن أمثلة ذلك أن يكتب الرجل لابنه عقد إيجار للدار التي أسكنه إياها دون أجر؛ حتى يتمكن الابن من الحصول على الخدمة الهاتفية. وأما إن كان المقصد غير مباح فإن الصورية تكون غير مباحة.

المسألة الثالثة

طرق إثبات الصورية عند التنازع في ثبوتها

القول في إثبات الصورية عند التنازع في ثبوتها هو كالقول في إثبات الهزل عند التنازع في ثبوته، وكلام أهل العلم فيهما واحد، وهو عام لكل مسألة فيها استعمال للفظ الالتزام، مع عدم إرادة أثره الموضوع له.

المطلب الرابع

حكم التعاقد مع مضطر

وفيه نهيد، ومسألتان:

نهيد: في بيان المقصود بالتعاقد مع مضطر.

مدار البحث في هذه المسألة على حكم التبايع مع مضطر، وهو قاعدة للتعاقد مع مضطر بأي نوع من العقود.

قال أهل العلم ببيع المضطر هو: أن يُكره على بذل مال، فيضطر إلى بيع شيء من ممتلكاته ليقدم المال. ويسمى أيضاً عند المالكية بيع المضغوط. وقد يكون الإكراه على بذل المال إكراهاً بحق، وقد يكون بغير حق.

فالفرق بين بيع المكره، وبيع المضطر: أن الأول وقع الإكراه فيه على البيع نفسه، فيكره على بيع داره ونحوه، وأما الثاني فإن البائع لم يكره فيه على البيع، ولكنه أكره على سبب البيع فاضطر إلى أن يبيع^(١).

وأدخل الحنفية^(٢)، والخطابي^(٣) في بيع المضطر من يضطر إلى طعام أو شراب، أو لباس، أو غيرهما ولا يجد من يبيعه حاجته إلا بأكثر من ثمنها بكثير، وكذلك الشراء، وكلام الإمام أحمد يحتمله، فإنه فسر مبايعة المضطر - في رواية - بقوله: أن يجيثك محتاج فتيهه مايساوي عشرة بعشرين^(٤).

(١) انظر في جميع ما سبق: حاشية ابن عابدين ٥٩/٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٦/٣. مواهب الجليل ٢٤٨/٤، ورضة الطالبين ٢٨٧/٣، حاشية ابن قاسم على الروض ٣٣٢/٤، ٣٣٣. كشاف القناع ٣/١٥٠. المبدع ٧/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٩/٥.

(٣) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٤٧/٥.

(٤) المبدع ٧/٤.

المسألة الأولى

حكم التعاقد مع مضطر من حيث الصحة والبطالان

لأهل العلم في الانعقاد قولان:

القول الأول: لا ينعقد البيع من المضطر.

هو قول عند الشافعية^(١)، وعند الحنابلة^(٢).

وأدلة هذا القول ما يلي:

الدليل الأول:

ماورد من نهى عن مبايعة المضطر^(٣): من ذلك: حديث علي - رضي الله عنه - قال (خطبنا رسول الله ﷺ فقال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعرض الموسر على مافي يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَسَوَّا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٤).
ويُبايع المضطرون، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر^(٥). قال ابن مفلح: «وفسره أحمد - في رواية - بأن يجيئك محتاج، فتبيعه مايساوي عشرة بعشرين»^(٦).
ومنها حديث عبد الله عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: (ولا يشتري مال امريء مسلم في ضغطة)^(٧).

(١) روضة الطالبين ٢٨٧/٣.

(٢) حاشية ابن قاسم ٣٣٢/٤، المبدع ٧/٤.

(٣) المحلى ٢٢/٩.

(٤) سورة البقرة، الآية رقم ٢٣٧.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ٤٧/٥، ٤٨، كتاب البيوع، باب في بيع المضطر. والبيهقي في سننه ١٧/٦، كتاب البيوع، باب في بيع المضطر والمكروه.

(٦) المبدع ٧/٤.

(٧) أخرجه البيهقي في سننه ١٨/٦.

وقد اعترض على الاستدلال بهذين الحديثين: بأن أسانيدهما ضعيفة، فلا تقوم بهما حجة^(١).

الدليل الثاني:

أن الرضا غير متحقق في بيع المضطر، فهو كبيع المكره بلاحق.
واعترض عليه: بأن البيع لم يلحقه أي إكراه، وغالب بيوع الناس لا تكون إلا من حاجة وضرورة^(٢).

الدليل الثالث:

أن بيع المضطر لا يخلو من الغبن الفاحش.

القول الثاني: ينعقد البيع من المضطر.

هو قول المالكية^(٣)، وقول عند الشافعية^(٤)، وعند الحنابلة^(٥)، وقول ابن حزم^(٦)، وقول الحنفية، إلا أنهم قالوا: إن البيع إذا كان فيه غبن فاحش على المضطر في الثمن فإنه يكون فاسداً^(٧)، كبيع المكره ينعقد موقوفاً على إجازة المضطر^(٨).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال (بينما نحن في المسجد إذ خرج علينا رسول الله ﷺ، فقال: انطلقوا إلى يهود، فخرجنا معه حتى جئنا بيت المدراس^(٩)، فقام

(١) قال الخطابي في معالم السنن ٤٧/٥ وإسناد الحديث المروي عن علي فيه رجل مجهول لاندري من هو. فإنه مروي عن شيخ من تميم عن علي. إلا أن عامة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه. اهـ وقال ابن حزم في المحلى ٢٢/٩: الحديثان إسناد كل منهما مرسل لا يحتج به. وقال البيهقي في السنن ١٧/٦، ١٨: وقد روي الحديث من أوجه عن علي، وابن عمرو وكلها غير قوية.

وزاد ابن الترمذاني في الجوهر النقي ١٧/٦، ١٨ على ذلك: بأن في الإسناد صالح بن عامر، وهو رجل مجهول. وليس كما قال البيهقي: إنه أبو عامر والصحيح أنه صالح بن عامر، كما سماه أبو داود، والذهبي في الميزان، وأبو عامر صالح بن رستم الخزاز رجل معروف، أخرج له مسلم، ووثقه جماعة وليته بعضهم.

(٢) المحلى ٢٢/٩.

(٣) معالم السنن ٤٧/٥.

(٤) روضة الطالبين ٢٨٧/٣، المجموع ١٦١/٩.

(٥) حاشية ابن قاسم ٣٣٢/٤، ٣٣٣، المدع ٧/٤.

(٦) المحلى ٢٢/٩.

(٧) حاشية ابن عابدين ٥٩/٥.

(٨) غمز عيون البصائر ٢٠٥/٣.

(٩) قال الحافظ في الفتح ٣٣٣/١٢، المدراس: - بكسر الميم وآخره مهملة - مفعال من الدرس، والمراد به كبير اليهود، ونسب البيت إليه؛ لأنه هو الذي كان صاحب دراسة كتبهم.

النبي ﷺ، فناداهم: يامعشر يهود أسلموا تسلموا. فقالوا: بلَغْتَ ياأبا القاسم. فقال: ذلك أريدُ. ثم قالها الثانية فقالوا: قد بلغت أبا القاسم. ثم قال الثالثة فقال: إعلموا أن الأرض لله ورسوله وإني أريدُ أن أجلكم، فمن وجد منكم بماله شيئاً فليُعيه، وإلا فاعلموا أنما الأرض لله ورسوله^(١).

قال الخطابي: استدل أبو عبد الله البخاري بحديث أبي هريرة - هذا - على جواز بيع المُكْرَه والحديث ببيع المضطر أشبه، فإن المكروه على البيع هو الذي يُحمل على بيع الشيء شاء أو أبى، واليهود لم يبيعوا أرضهم لأنهم ألزموا بذلك، ولكنهم شحوا على أموالهم فاخترأوا بيعها، فصاروا كأنهم اضطروا إلى بيعها، كمن رهقه دين فاضطر إلى بيع ماله فيكون جائزاً، ولو أكره عليه لم يجز^(٢). قال - الحافظ -: لم يقتصر البخاري في الترجمة على المكروه، وإنما قال: «بيع المكروه ونحوه في الحق»، فدخل في ترجمته المضطر، وكأنه أشار إلى الرد على من لا يصحح بيع المضطر^(٣).

الدليل الثاني:

أن النبي ﷺ ابتاع أصواغاً من شعير لقوت أهله، ومات عليه السلام ودرعه مرهونة في ثمنها^(٤). فصح أن المضطر إلى قوته وقوت أهله، وبيعه ما يبتاع به القوت بيع صحيح ولازم^(٥).

الدليل الثالث:

أن البيع الذي يجزیه المضطر هو بيع عن تراضٍ وقد أحل الله أكل المال به^(٦).

الترجيح:

الراجح - فيما تبين لي - هو القول الثاني؛ لأن الرضا بالبيع صاحب العقد، والاضطرار لا ينافيه، وسائر العقود الأخرى حكمها حكم البيع.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣٣٢/١٢، كتاب الإكراه، باب في بيع المكروه ونحوه.

(٢) وذلك على وجه العموم، وليس المقصود أن النبي ﷺ لو أكره اليهود لم يجز، بل يجوز؛ لأنه لا يكرههم إلا بحق.

(٣) فتح الباري ٣٣٢/١٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ١٦٨/٥، كتاب الرهن، باب من رهن درعه. عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه.

(٥) المحلى ٢٢/٩.

(٦) حاشية ابن قاسم ٣٣٣/٤، المحلى ٢٣/٩.

المسألة الثانية

حكم التعاقد مع مضطر من حيث الحل والحرمة

في المسألة قولان.

القول الأول: أن الشراء من المضطر مكروه.

قال الخطابي: هو قول عامة أهل العلم^(١)، وعليه نص بعض الحنابلة^(٢)، وهو لازم قول من قال إن البيع من المضطر لا ينعقد.

ودليل هذا القول

ما ورد من أحاديث في النهي عن مبايعة المضطرين، وقال الخطابي مستدلاً بحديث علي - رضي الله عنه - من اضطر إلى البيع لدين يركبه فيبيع بالوكس من أجل الضرورة، فهذا سبيله في حق الدين والمروءة ألا يبيع على هذا الوجه، وألا يفتات عليه بمال، ولكن يُعان ويقرض ويستعمل له إلى الميسرة حتى يكون له في ذلك بلاغ^(٣).

القول الثاني: أن الشراء من المضطر جائز، وإذا قصد المشتري إعانته فهو مأجور. هو قول المالكية^(٤)، واختيار شيخ الإسلام^(٥).

ودليله: أن الناس لو امتنعوا من الشراء منه كان أشد ضرراً عليه^(٦).

والراجح فيما يظهر لي أن الحكم يتبع المقصد، فإن كان المقصد إعانة المضطر بما فيه إعانة له فإن المعين يكون مأجوراً، وإن كان فيه بخس لحقه فهو بين الكراهة والتحريم. وإن لم يقصد المتعامل مع المضطر شيئاً من ذلك، وإنما قصد تحقيق مصلحة نفسه بعقد رضيه المضطر دفعاً لمفسدة أعظم، فلا وجه للقول بتأثيره. وفي حكم البيع سائر العقود الأخرى.

(١) معالم السنن ٤٧/٥.

(٢) حاشية ابن قاسم ٣٣٣/٤.

(٣) معالم السنن ٤٧/٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٦/٣، مواهب الجليل ٢٤٨/٤.

(٥) حاشية ابن قاسم ٣٣٣/٤، كشف القناع ٣/١٥٠.

(٦) مواهب الجليل ٢٤٨/٤، حاشية ابن قاسم ٣٣٣/٤.

المبحث الرابع

تأويل الملتزم لفظ الالتزام بغير المعنى الظاهر

وفيه زعميد، ومطلبان.

المطلب الأول: أثر التأويل على إنشاء الالتزام.

المطلب الثاني: الضوابط المعتبرة في الحكم بثبوت التأويل.

التمهيد، وفيه: بيان معنى التأويل:

التأويل هو: إرادة المتكلم بلفظه معنى يخالف المعنى الظاهر للمخاطب^(١). وأكثر ما يرد موضوع التأويل في كلام أهل العلم في أبواب الطلاق، واليمين، والعق، لذا فأمثلتهم تنصب على هذه المسائل، ومن أمثلتهم أن يقصد بقوله «أنت طالق» أنها طالق من زوج كان قبله، أو يقصد بقوله «عبدى حر» أنه عفيف عن الفاحشة^(٢). والتأويل في الالتزامات أن يأتي المرء بلفظ يفيد إنشاء الالتزام، ولكنه يضمن في نفسه معنى آخر لا يفيد الإنشاء.

(١) أعلام الموقعين ٣/ ١٠٨، ١٢١، شرح منتهى الإرادات ٣/ ١٧٧.

المطلب الأول

أثر التأويل على إنشاء الالتزام

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر التأويل على إنشاء عقد النكاح.

المسألة الثانية: أثر التأويل على إنشاء غير النكاح من الالتزامات.

المسألة الأولى

أثر التأويل على إنشاء عقد النكاح

الأصل في تعارض النية مع اللفظ في شأن النكاح قوله رسول الله ﷺ: (ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة)^(١). لذلك قال أهل العلم: إن نية الهزل في النكاح لا تمنع الانعقاد عملاً بالحديث^(٢)، ولم يخرج عن ذلك إلا قليل^(٣)، والتأويل في النكاح له حكم الهزل - فيما يظهر لي - لأن الخاصية المذكورة في الحديث هي للنكاح لا للهزل، وهي أن النكاح إذا وجد سبب انعقاده الظاهر، فإنه ينعقد ظاهراً وباطناً، ولو عارضته النية.

المسألة الثانية

أثر التأويل على إنشاء غير النكاح من الالتزامات

تخريجاً على أقوال أهل العلم وتعليلاتهم في الهزل والصورية، فإن هذه المسألة فيها قولان:

القول الأول: لا ينشأ الالتزام مع وجود التأويل المعارض له.

هو قول ابن القيم^(٤) ولازم قول كل من يغلب جانب النية على جانب اللفظ^(٥). قال ابن القيم: المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها وإما ألا يكون قاصداً كالمكره والنائم، وإن كان قاصداً للتكلم بها، فإما أن يكون عالماً بغاياتها

(١) انظر تخريجه في ص ٥٨٩.

(٢) التقرير والتحجير، ١٩٧٢، الموافقات ٣٢٦/٢، نهاية المحتاج ٢٠٩/٦، المغني ٤٦٣/٩.

(٣) شرح منح الجليل ٢٠٨/٢. روضة الطالبين ٥٤/٨.

(٤) أعلام الموقعين ١٢١/٣.

(٥) هو قاعدة المالكية وقولهم في الهزل، انظر حاشية الدسوقي ٤/٣، وهو المشهور عند الحنابلة في الهزل. انظر

أعلام الموقعين ١٢٤/٣، كشاف القناع ١٥٠/٣، وفي التلجنة، انظر كشاف القناع ١٤٩/٣، المغني ٣٠٨/٦.

متصوراً لها، وإما ألا يدري معانيها البتة، وإن كان متصوراً معانيها عالماً بدلولها فإما أن يكون قاصداً لها وإما ألا يكون قاصداً، فإن لم يكن قاصداً لها فإما أن يقصد خلافها، وإما ألا يقصد معناها ولا خلافه وهو الهازل، وإن قصد غير معناها فإما أن يقصد مايجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله «أنت طالق» من زوج كان قبلي ففي هذه الحالة لا تلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى^(١).

ومستند هذا القول مراعاة نية المتكلم، وإعمالها في اللفظ^(٢).

القول الثاني: ينشأ الالتزام مع وجود التأويل المعارض له.

هو لازم قول الحنفية، فإن كل من أتى بلفظ الالتزام، ولم يرد به الإنشاء هو - عندهم - هازل، والالتزام عندهم ينشأ مع وجود نية الهزل، ولكنه يكون موقوفاً على إجازة الهازل، فإن أجازته نفذ وإلا بطل^(٣). وهو صريح قول العز بن عبد السلام فإنه قال: «من ذكر لفظاً ظاهراً مع الأدلة على شيء، ثم تأوله لم يقبل تأويله في الظاهر»^(٤) وهو لازم قول من يعمل لفظ الالتزام مع معارضة النية له^(٥).
ودليل هذا القول، أن الالتزام ينشأ إذا وجد سبب إنشائه^(٦).

الترجيح:

الذي ظهر لي رجحانه، أن التأويل كنية الهزل والصورية، لا ينشأ الالتزام بوجوده؛ إعمالاً للنية في اللفظ.

(١) أعلام الموقعين ١٢١/٣.

(٢) نصوا على ذلك في الهزل، انظر الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٦٤/٦، وفي التلجئة، انظر المغني ٣١٨/٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤، شرح فتح القدير ١٠٧/٣.

(٤) قواعد الأحكام ١١٨/٢.

(٥) هو قول الشافعية وقاعدتهم في الهزل، انظر المجموع ١٧٣/٩، نهاية المحتاج ٢٧٥/٣، وفي التلجئة انظر التمهيد للأسنوي ص ١٣٣، المجموع ٣٣٤/٩، وهو قاعدة بعض الحنابلة الهزل، انظر أعلام الموقعين ١٢٤/٣، الفتاوى الكبرى ٦٤/٦، وفي التلجئة انظر الفروع ٤٩/٤، المغني ٣٨/٦.

(٦) عللوا بذلك في الهزل والتلجئة، انظر حاشية ابن عابدين ٥٠٧/٤، ٥٠٨، المجموع ٣٣٤/٩.

المطلب الثاني

الضوابط المعتبرة في الحكم بثبوت التأويل

يجب قبل الحكم ببطلان الالتزام الذي عارضه التأويل النظر إلى حق الطرف الآخر في الالتزام إذا كان الالتزام عقداً من طرفين، فإن قبل دعوى صاحبه بأنه كان متأولاً حكم ببطلان العقد، وذلك على القول بأن التأويل يعطل إنشاء الالتزام. وإذا لم يصدقه، فإن وجدت قرينة على دعواه أخذ بها، وإن لم تقترن بكلامه قرينة وادعى ذلك مجرد دعوى لم تقبل منه^(١).

ودليل ذلك قياس التأويل في العقود على التأويل في اليمين المتعلقة بحقوق العباد، وقد قال النبي ﷺ في شأن اليمين (يمينك على ما يصدقك به صاحبك)، وفي لفظ (اليمين على نية المستحلف)^(٢). والعلة في ذلك: أن في إجراء اللفظ على ظاهره ورد التأويل؛ حفظاً للحقوق ومنعاً لحدودها، وأكل أموال الناس بالباطل^(٣).

ومن القرائن التي تقوي دعوى التأويل، ما ذكره أهل العلم من ضوابط للعمل بالتأويل في الإيمان في حقوق العباد، الضابطين التاليين

الضابط الأول: النظر إلى سبب التأويل.

وفي ذلك قال أهل العلم: لو ادعى رجل على آخر بحق وهو معسر به، فحلف المدعى عليه «أن المدعي لا يستحق المدعى به»، وتأول يمينه بأن «لا يستحقه الآن» صح تأويله، ولا يؤخذ بيمينه؛ لأن خصمه ظلمه بمطالبته، وهو يعلم أنه معسر، بخلاف التأويل بغير حق فإنه لا يصح، ويقع فيه اليمين على المعنى الظاهر للخصم أو الحاكم^(٤).

الضابط الثاني:

أن يؤول اللفظ بمعنى يحتمله من جهة اللغة، فإذا أوله بمعنى لا يحتمله فإنه لا يقبل منه لا ظاهراً ولا باطناً^(٥).

(١) أعلام الموقعين ٣/ ١٢١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢٧٤، كتاب الإيمان، باب يمين الخالف على نية المستحلف.

(٣) بدائع الصنائع ٣/ ٢٠، شرح منتهى الإرادات ٣/ ١٧٧.

(٤) بدائع الصنائع ٣/ ٢٠، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، شرح منتهى الإرادات ٣/ ١٧٧.

(٥) قواعد الأحكام ٢/ ١١٩.

الفصل الثالث

إختلاف النية مع اللفظ دون قصد

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: الجهل بحقيقة الالتزام ، وأثره .

المبحث الثاني: الغلط ، وأثره .

المبحث الأول

الجهل بحقيقة الالتزام، وأثره

وفيه زمهير وثلاثة مطالب:

- المطلب الأول:** جهل الملتزم بالحقيقة الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه .
- المطلب الثاني:** جهل الملتزم بالآثار الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه .
- المطلب الثالث:** جهل الملتزم ببطلان الشرط الجعلي الذي أدخله على الالتزام .

التمهيد: وفيه التعريف بالجهل.

الجهل هو: انتفاء العلم بالمقصود^(١).

وهو يطلق على معنيين:

الأول: الجهل البسيط، وهو خلو الذهن عما يكشف حقيقة الشيء.

الثاني: الجهل المركب، وهو اعتقاد جازم غير مطابق للواقع^(٢).

والجهل الذي له علاقة بإنشاء الالتزام يرد على ثلاث صور:

جهل بالحقيقة الشرعية للالتزام، وجهل بآثار الالتزام، وجهل ببطلان الشرط الجعلي الذي أدخله الملتزم على العقد.

(١) تيسير التحرير ٢١١/٤.

(٢) تيسير التحرير ٢١١/٤، شرح التلويح ١٨٠/٢، كشف اصطلاحات الفنون ٤٥٣/١، المعجم الوسيط ١/١٤٤.

المطلب الأول

جهل الملتزم بالحقيقة الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أثر الجهل بالحقيقة الشرعية للالتزام.

المسألة الثانية: ضابط الالتزام الذي يعذر المرء بجهل حقيقته الشرعية.

المسألة الأولى

أثر الجهل بالحقيقة الشرعية للالتزام

نص المالكية، والشافعية، والحنابلة على: أن تلفظ بلفظ ناقل للملك في المنافع، أو الأعيان، أو الأبضاع، وهو لا يعلم معناه أنه لا يلزمه مقتضاه^(١). ولم ينص الحنفية على حكم هذه المسألة بخصوصها ولكنهم قالوا: إن الجاهل يعذر فيما يمكن الجهل به^(٢).

والأدلة على ذلك مايلي:

الدليل الأول:

أن هذا الجاهل لم يلتزم بمقتضى اللفظ الذي نطق به، ولم يقصده، ولا إرادة له فيه، ومن كان هذا حاله لا يقال عنه إنه باشر السبب الذي ينشأ به الالتزام^(٣).

الدليل الثاني:

أن إلزام المرء بمقتضى اللفظ الصادر عنه الذي لا يفهم معناه هو من التكليف بما لا يطاق، وقد أعفى الشارع بفضلته ورحمته العباد من التكليف بما لا يطاق^(٤).

المسألة الثانية

ضابط الالتزام الذي يعذر المرء بجهل حقيقته الشرعية

الالتزامات تتفاوت في درجة شيوعها بين الناس، ولذلك يتفاوت إمكان وقوع الجهل بها حسب شيوعها، ولم أجد لأهل العلم ضابطاً خاصياً بالالتزامات يفرق به

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٧٨، ٨٠، الفروق للقرافي ١/١٦٢، الفرق ٩٤، قواعد الأحكام للعزيز ابن عبد السلام ٢/١٢٠، ١٢١، أعلام الموقعين ٣/١٠٥، ١٢١، شرح الكوكب المنير ١/٤٣٧، ٤٣٨.

(٢) تيسير التحرير ٤/٢١٧ - ٢٢٥، شرح التلويح ٢/١٨١ - ١٨٥.

(٣) الفروق ١/١٦٢، قواعد الأحكام ٢/١٢٠، ١٢١، أعلام الموقعين ٣/١٠٥، ١٢١.

(٤) شرح الكوكب المنير ١/٤٣٨.

بين ماتقبل دعوى الجهل فيه ومالاتقبل، فوجب الرجوع في ذلك إلى الضوابط العامة فيما يعذر فيه المرء بالجهل ومالاتيعذر.

وفي بيان ذلك يقول القرافي: «وضابط مايعفى عنه من الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، ومالاتيعذر الاحتراز عنه ولايشق، لم يعف عنه»^(١). وقال الإمام الشافعي: إن ما لم يرد فيه نص صريح في الكتاب أو السنة، ولم يتعقد عليه إجماع، يعذر العامة إذا جهلوه^(٢)، ووافقه في ذلك الحنفية^(٣)، وقال ابن اللحام: «القول بإعذار الجاهل إنما محله إذا لم يقصر ويفرط في تعلم الحكم، أما إذا قصر أو فرط فلا يعذر جزماً»^(٤).

ومن المسائل التي قالوا بعدم الإعذار فيها بالجهل مسألة البكر إذا استأذنها أبوها في تزويجها فسكتت، ثم لما تم العقد ادعت بأنها لم ترض وأنها كانت تجهل أن سكوتها رضا، لاتعذر بذلك، ويلزمها العقد.

نص على ذلك الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والحنابلة^(٧).

وعللوا له: بأن دليل هذه المسألة مشهور، يغلب على مثلها أنه لايجهله.

وقال الحنفية: أن الأمة لوحدث لها ذلك وادعت الجهل عذرت به، وعللوا له بأن الأمة تكون مشغولة عادة بخدمة مولاهما عن طلب العلم، فالدليل بالنسبة لها غير معروف في الغالب^(٨).

ومن المسائل التي لايعذر فيها بالجهل، أن الأمة إذا عتقت ولم تطلب فسخ نكاحها من زوجها العبد، وادعت أنها كانت تجهل أن لها الخيار لم تسمع دعواها وبطل خيارها^(٩).

وذهب بعض أهل العلم إلى أن دعواها تسمع إذا كان الحكم غير مشتهر عند الناس^(١٠).

(١) الفروق ١٤٩/٢، ١٥٠.

(٢) الرسالة ص ٣٥٧.

(٣) تيسير التحرير ٢٢٣/٤ - ٢٢٧.

(٤) القواعد والفوائد ص ٥٨.

(٥) التوضيح شرح التنقيح بهامش شرح التلويح ١٨٥/٢.

(٦) مسائل لايعذر فيها بالجهل على مذهب مالك ص ٣٦.

(٧) كشف القناع ١٠٣/٥.

(٨) التوضيح ١٨٥/٢.

(٩) مسائل لايعذر فيها بالجهل ص ٦٣، ٦٤، كشف القناع ١٠٣/٥.

(١٠) تيسير التحرير ٢٢٥/٤، ٢٢٧، مسائل لايعذر فيها بالجهل ص ٦٤.

ومنها أن الشريك إذا سككت بعد علمه بالبيع فلم يطلب الشفعة، جهلاً منه بأنه يستحقها، سقط حقه في الشفعة على قول^(١). وإذا كان يعلم أنه يستحق الشفعة، ولكنه كان يجهل أن سكوته عن طلبها مسقط لها، فإن كان مثله يمكن أن يجهل ذلك، عُدَّ بجهله، وإن كان مثله لا يمكن أن يجهل ذلك عادة لم يعذر، وسقط حقه في الشفعة، وذلك عند بعض أهل العلم^(٢).

فيتبين مما سبق من الضوابط والأمثلة أن أهل العلم راعوا في قبول دعوى الجهل، وإبطال العقد بها حق الطرف الآخر في العقد، فينظر في الأمر الذي ادعى الجهل به. هل هو مما شاع علمه بين العامة أم هو مما يقتصر علمه على الخاصة، وينظر إلى حال مدعي الجهل.

فبناء على تلك الضوابط فإن دعوى الجهل بالحقيقة الشرعية للالتزام ترد على إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الدعوى متعلقة بعقد من العقود الشائعة التي لاتخفى على عامة الناس، وأهل الجهل منهم، كلفظ البيع، فإن الناس بمختلف طبقاتهم يعلمون المقصود منه ويعرفون طبيعة العقد، وأنه ناقل للملك. فهذه الدعوى لاتقبل إلا بما يثبتها، وما يثبتها أن يقبل الطرف الآخر دعوى الجهل هذه فيصدقها، أو لكون العاقد قد عبر عن العقد بلمغة غير لغته فاحتمال جهله بمعنى ماتلفظ به قوي. لذلك قال أهل العلم إن الأعجمي إذا قال: «زوجتك» وهو لايعرف معناه، لاينعقد النكاح^(٣).

الحالة الثانية: أن تكون الدعوى متعلقة بعقد من العقود غير الشائعة، كعقد التحكيم، فإن عامة الناس يجهلون طبيعة هذا العقد، ويجهلون الفرق بينه وبين عقد الصلح، أو المشورة، وربما أجرى أحدهم العقد بلفظ التحكيم، وهو يقصد الصلح. فهذه الدعوى تقبل، فيما يظهر لي.

(١) مسائل لايعذر فيها بالجهل ص ٣٧، وشرح منتهى الإرادات ٤٣٧/٣، تصحيح الفروع بهامش الفروع ٥٤٢/٤.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤٣٧/٣.

(٣) نهاية المحتاج ٢١١/٦، الإنصاف ٤٨/٨.

المطلب الثاني

جهل الملتزم بالآثار الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه

لكل التزام آثار شرعية تترتب عليه عند تمام إنشائه، فمن آثار عقد البيع اللزوم وتسليم الثمن والمثمن، ومن آثار عقد النكاح وجوب النفقة للزوجة، فإذا جهل الملتزم آثار الالتزام الذي أقدم عليه، كلها أو بعضها، أو تصورهما على غير واقعها الشرعي، فهل لهذا الجهل أثر على صحة الالتزام؟.

يُرجع في ذلك إلى ما أورده أهل العلم من ضوابط، وتعليلات، وأمثلة في جهل الإنسان بالآثار المترتبة على فعل أو قول أقدم عليه.

قال القرافي: حكى الشافعي، والغزالي الإجماع على أن المكلف لا يجوز له أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله فيه، فمن باع وجب عليه أن يتعلم شرع الله في البيع، ومن آجر وجب عليه أن يتعلم ما شرعه الله في الإجارة، ومن قارض وجب عليه أن يتعلم حكم الله تعالى في القراض، وهكذا جميع الأقوال والأعمال، ودليل ذلك قول رسول الله ﷺ: (طلب العلم فريضة على كل مسلم)^(١).

ومن قواعد المالكية^(٢)، والشافعية^(٣) أن العبرة في صحة العقد بموافقة الشرع في

(١) الفروق ١٤٨/٢، الفرق ٩٣، والحديث اختلف أهل العلم في الحكم على إسناده، فقد نقل ابن الجوزي في العلل ٦٢/١، ٦٦ عن الإمام أحمد أنه قال لا يثبت عندنا في هذا الباب شيء. ونقل السخاوي في المقاصد الحسنة ص ٢٧٥ عن ابن راهوية والبيهقي، والمناوي في فيض القدير ٢٦٧/٤ عن النووي وابن القطان، والعجلوني في كشف الخفا ٥٦/٢ عن ابن عبد البر كقول الإمام أحمد.

بينما صححه وحسنه طائفة من أهل العلم، فقد نقل المناوي في فيض القدير ٢٦٦/٤ عن السيوطي أنه قال: جمعت له خمسين طريقاً وحكمت بصحته لغيره، ولم أصحح حديثاً لم أسبق لتصحيحه سواء. ونقل المناوي عن المزي: أن طرق الحديث تبلغ به رتبة الحسن. وقال العجلوني: إن له طريقاً عن أنس، رجاله ثقات، يرويه عنه نحو عشرين تابعياً.

(٢) تهذيب الفروق ١٦٤/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٤١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٤١.

الواقع، ونفس الأمر لا في ظن العاقد فقط، فلو أجرى العقد على وجه فاسد، وهو يظنه صحيحاً فإن العقد فاسد في البيوع والنكاح وغيرهما.

وقال الحنابلة: إن المكلف يلزمه تعلم أحكام الشرع فيما يحتاج إلى تعلمه، فإذا قصر في ذلك أو فرط فلا يعذر، جزماً^(١).

واتفق أهل العلم على أن من شرب الخمر، وهو يعلم أنها محرمة، ولكنه يجهل ما يترتب على شربها من عقوبات شرعية، أن جهله هذا لا ينفعه^(٢).

وإذا كان هذا في الخمر وهي مما يدرأ بالشبهات فالعقود وسائر الالتزامات أولى ألا يعذر فيها بهذا النوع من الجهل.

فإذا أجرينا على الالتزامات ما قيل في العقوبات خلصنا إلى أن من باشر سبباً من أسباب إنشاء الالتزام، وكان في الوقت نفسه يجهل بعض الآثار الشرعية لذلك الالتزام أن لفظه ينشأ به الالتزام.

(١) القواعد والفوائد لابن اللحام ص ٥٨.

(٢) التاج والإكليل ٣١٧/٦، الحارثي ١٠٨/٨، أسنى المطالب ١٥٩/٤، روضة الطالبين ٩٥/١٠، ١٧٠، الإنصاف ٢٣١/١٠، كشف القناع ١١٨/٦.

المطلب الثالث

جهل الملتزم ببطلان الشرط الجعلي

الذي أدخله على الالتزام

لكل التزام آثار شرعية معينة تنشأ عنه، وأعطى الشارع أطراف الالتزام الحق في إدخال استثناءات على هذه الآثار أو إضافة آثار أخرى لم تكن موجودة في الأصل، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالشروط الجعلية.

فالشروط إذا رغب فيه الملتزم يصبح جزءاً هاماً من الالتزام، ومن دونه تتغير صورة الالتزام وحقيقته في ذهن الملتزم تغييراً قد يؤدي إلى عدوله عنه، فإذا رضي بالالتزام وباشر السبب المنشئ له، واشترط فيه شرطاً لا يقره الشرع، وكان يجهل ذلك، فإن هذا الجهل هو جهل بطبيعة وحقيقة الالتزام الذي أقدم عليه، إذ تصور أنه سيكون على الصفة الفلانية، فإذا بهذه الصفة يتعذر وجودها حكماً.

وبسبب هذه العلاقة الوثيقة بين الشروط الجعلية وأثر الجهل على إنشاء الالتزام، أعرض في هذا المطلب للشروط الجعلية، في حدود ما يفيد في بيان أثر الجهل على إنشاء الالتزام.

والحديث عن الشروط الجعلية يكون - غالباً - في العقود دون الالتزامات التي تنشأ بإرادة منفردة، لذا سينصب الحديث عن الشروط الجعلية في العقود.

وقد اتفق أهل العلم على أن الشروط الجعلية، منها ما هو صحيح، ومنها ما هو فاسد. وينقسم الفاسد باعتبار أثره على الالتزام إلى قسمين.

قسم يتسبب في بطلان الالتزام، وقسم يبطل، ولكن الالتزام ينشأ صحيحاً.

ومحل البحث هنا في نوعي الشرط الفاسد، ففي الحالات التي بطل فيها الالتزام بسبب الشرط الفاسد ينظر إلى علة البطلان، هل هي مراعاة تصور العاقد للعقد الذي رضي به، أو أن ذلك ليس له اعتبار، فإن كان له اعتبار ثبت أن الجهل ببطلان الشرط

الجعلي له أثر في امتناع إنشاء الالتزام؛ لأنه مع عدم الجهل امتنع فمع الجهل أولى . وفي الحالات التي نشأ فيها الالتزام، وبطل فيها الشرط ينظر في أقوال من ذهب إلى ذلك، هل فيها تفريق بين الجاهل ببطلان الشرط والعالم بذلك أو لا؟ فإذا ثبت الفرق، ثبت أن للجهل ببطلان الشرط أثراً في منع إنشاء الالتزام.

وتقتضي طبيعة البحث في هذه المسألة أن تفرد الآراء الفقهية في كل مذهب على حدة، لأن أكثر الفقهاء لم ينص على حكم الجهل ببطلان الشرط الجعلي، فيؤخذ حكمها في كل مذهب من قاعدة فقهاه في أثر الشرط الفاسد على الحكم ببطلان العقد.

الحنفية: قسموا الشرط الفاسد إلى قسمين:

القسم الأول: ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين، وهو لا ينافي مقتضى العقد، وهذا حكمه يختلف باختلاف ماهية العقد، فإن كان من التبرعات، أو من المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع فإن الشرط يلغو والعقد يصح^(١) وإن كان عقد معاوضة مالية فإنه يفسد^(٢).

وعللوا لذلك بتعليلين:

التعليل الأول: أن المشروط منفعة، وقد فانت على الشارط ولم يعرض عنها بشيء، فكان العقد بهذه الصورة ربا. وهذا المحذور لا يوجد في التبرعات^(٣)، ولا في المعاوضات غير المالية.

التعليل الثاني: أن إقرار العقد مع إلغاء الشرط تقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده^(٤).

القسم الثاني: شرط لا يقتضيه العقد، ولا منفعة فيه لأحد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه. فهذا الشرط يلغو عندهم ويصح العقد^(٥). وعللوا لذلك بأن تصحيح العقد مع إلغاء هذا الشرط لا يؤدي إلى منازعة؛ لأنه ليس للشارط حق المطالبة^(٥).

ويتبين بذلك أن الحنفية لم يراعوا في هذه المسألة تصور الشارط للعقد الذي

(١) البحر الرائق ٦/١٩٤.

(٢) شرح فتح القدير ٦/٧٨، ٧٩.

(٣) السابق، البحر الرائق ٦/١٩٤، ٢٠٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/٨٥، الهداية مع شرح فتح القدير ٦/٧٨.

(٥) الهداية ٦/٧٩.

رضي به، وإنما راعوا الضرر الذي يلحق بصاحب الشرط، فإن وصل إلى حد خروج ماله عن ملكه بغير عوض - وذلك في عقود المعاوضة - فإن العقد يبطل. وبذلك لا يكون للجهل ببطلان الشرط أثر في الحكم ببطلان الالتزام.

وعند المالكية: الشرط الفاسد في النكاح يبطل العقد^(١).

وفي غير النكاح نوعان:

النوع الأول: الشرط المتنافي مقتضى العقد وهو قسمان:

القسم الأول: ما أدى إلى غرر، أو جهل في العقد، أو ربا كشرط مشورة شخص معين، أو شرط الخيار إلى مدة مجهولة، فهذا يوجب فسخ البيع على كل حال، ولا خيار لأحد العاقلين في إمضائه^(٢).

القسم الثاني: ما لم يؤد إلى ذلك وفيه منافاة لمقتضى العقد، فهذا النوع اختلف فيه على قولين.

أحدهما: أنه يفسخ على كل حال^(٣).

ثانيهما: أنه يفسخ إذا تمسك المشتري بشرطه، أما إن ترك الشرط صح العقد^(٤). وفي كلا القولين مراعاة للتصور الذي في ذهن المشتري، ولكن اختلف القولان في طريقة معالجة القصور في هذا التصور.

النوع الثاني: ما يكون الشرط فيه غير صحيح، إلا أنه خفيف، فلم تقع له حصة من العوض، وذلك في عقود المعاوضة فيصح العقد ويبطل الشرط. ومثاله: أن يتنازع الحائط بشرط البراءة من الجائحة، فلا يبطل البيع؛ لأن الجائحة أمر نادر، فلم يقع لشرطه حصة من الثمن، ولم يلزم الشرط إذ حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة^(٥).

فيتبين بذلك أن مذهب المالكية كمذهب الحنفية، لا يراعي جهل الشارط ببطلان شرطه.

وعند الشافعية: الشرط الفاسد في عقد النكاح يلغو ويصح العقد، وفي قول شاذ أن العقد يفسد^(٦).

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٣٢٧، ٣٣٤.

(٢) تحرير الكلام ص ٣٤٥، شرح منح الجليل ٥٧٢/٢.

(٣) تحرير الكلام ص ٣٥٠، شرح منح الجليل ٥٦٨/٢، ٥٦٩.

(٤) تحرير الكلام ص ٣٢٧، ٣٣٤.

(٥) تحرير الكلام ص ٣٦٥.

(٦) المجموع ٣٦٩/٩.

وفي غير النكاح قسموا الشرط الفاسد إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط المنافي لمقتضى العقد، وهذا يُبطل العقد^(١).

القسم الثاني: الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد ولا هو من مقتضياته، وليس

فيه غرض صحيح للمشتري، كأن يبيعه سيارة، ويشترط عليه ألا يلبس الكتان، فالشرط يلغو، والعقد يصح^(٢).

وعلموا لذلك: بأن تصحيح العقد دون الشرط لا يورث تنازعا في الغالب^(٣).

هذا هو المعتمد عند الشافعية، وفي قول ضعيف لا يفسد العقد بالشروط الفاسدة^(٤)، ودليله حديث بريرة الذي روته أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - قالت فيه: (جاءني بريرة، فقالت: كاتب أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية فأعنيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدّها لهم ويكون ولاؤك لي، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ، فقال: خذها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء، الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق^(٥).

فالشافعية راعوا مقصود العاقد فلم يصححوا العقد من دونه إلا في النكاح، وفي حالة اشتراطه شرطاً ليس فيه غرض صحيح يناسب العقد.

في مذهب الحنابلة، الشرط الفاسد على نوعين:

النوع الأول: أن يشترط أحد العاقلين نفعاً معلوماً. فالشرط فاسد على رواية، لكن العقد صحيح^(٦).

النوع الثاني: أن يشترط أحد العاقلين على صاحبه عقداً آخر، أو

(١) أسنى المطالب ٣١/٢، المجموع ٣٦٨/٩.

(٢) المجموع ٣٦٤/٩، نهاية المحتاج ٤٥٩/٣.

(٣) أسنى المطالب ٣١/٢.

(٤) المجموع ٣٦٩/٩.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٤٠/٤، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل.

(٦) الإنصاف ٣٤٥/٤، ٣٤٦.

شرطاً ينافي مقتضى العقد - غير العتق - فالشرط باطل، وفي فساد العقد روايتان:
الرواية الأولى: أنه فاسد، ودليلها: أن العاقد إنما رضي بزوال ملكه عما في يده
بالشرط الذي اشترطه، فلو صح العقد دونه لزال ملكه من غير رضاه^(١).

وهذا التعليل لا يفرق بين من كان عالماً بطلان شرطه ومن كان جاهلاً.

والرواية الثانية: أن العقد صحيح، ولصاحب الشرط الخيار في فسخ العقد
وإمضائه، وقال بعضهم: له أن يأخذ أرش مانقصر بفوات شرطه، وقيل: يختص
استحقاق الأرش بمن كان جاهلاً بطلان شرطه^(٢).

ودليل الرواية الثانية: حديث بريرة^(٣). **وجه الاستدلال:** أن النبي ﷺ أبطل
الشرط، ولم يبطل العقد^(٤).

واعترض على الاستدلال به باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن حديث بريرة خاص تعارض مع خبر عام، وهو نهيه ﷺ
عن بيع وشرط^(٥)، والعام إذا عارضه خاص بحث عن مرجح، والمرجح هنا يقضي
بتقديم العام، والمرجح هو أن العام هنا مانع، والخاص مبيح، والقاعدة تقول إن مافيه
الإباحة منسوخ بما فيه النهي، فيحمل حديث بريرة على ما قبل النهي^(٦)، فلا يكون
فيه دليل على صحة العقد مع إبطال الشرط.

الاعتراض الثاني: أن المراد بقوله ﷺ (اشترطي لهم الولاء) أي عليهم؛ بدليل
أنه أمرها به، ولا يأمرها بأن تشتتر شرطاً فاسداً^(٧).

وأجيب عنه بأجوبة:

الأول: أن الولاء ثابت للمعتق، فلا حاجة إلى اشتراطه^(٨).

(١) الإنصاف ٣٥١/٤، المغني ٣٢٥/٦.

(٢) المغني ٣٢٥/٦.

(٣) السابق، الإنصاف ٣٥١/٤.

(٤) المغني ٣٢٦/٦.

(٥) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٨٨/٤، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع:
رواه الطبراني في الأوسط عن عبد الله بن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وفي طريق عبد الله ابن
عمرو مقال. اهـ. وكذلك قال الحافظ في الفتح ٣٧١/٥.

(٦) شرح فتح القدير ٧٧/٦.

(٧) المغني ٣٢٦/٦.

(٨) المغني ٣٢٦/٦ - ٣٢٧، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٣٨/٢٩.

الثاني: أنهم أبوا البيع، إلا أن يشترط الولاء لهم، فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها^(١).

الثالث: قولكم إنه لا يأمرها بفاسد قول صحيح، فإنه ﷺ لم يأمرها أمر إلزام ولا نذب، فهو ليس أمراً في الحقيقة، وغاية ما فيه أنه ﷺ أرشدها أن تشترط لمواليها الولاء، حيث أبوا أن يبيعوها لعائشة، فلما تعنتوا أخبرها النبي ﷺ أنه لا يكون الولاء لهم، اشترطوه، أو لم يشترطوه، فلا ضرر من أن تشترطه لهم^(٢)، وهو منطوق ما جاء في رواية أخرى للحديث (أن عائشة أرادت أن تشتري جارية فتعنتها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: لا يمنعك ذلك، فإنما الولاء لمن أعتق)^(٣).

القول الثالث: إن كان مشترط هذا الشرط الباطل جاهلاً بالتحريم، ظاناً أنه شرط لازم فهذا لا يكون العقد في حقه لازماً، ولا يكون أيضاً باطلاً، بل له الفسخ.

قال شيخ الإسلام: هذا ظاهر مذهب أحمد. وقال: «والقول بأن البيع باطل في مثل هذا ضعيف مخالف للأصول». واختار أنه لا أرش له إذا اختار الشارط إمضاء العقد، إلا بالتراضي، أو عند تعذر الرد^(٤).

ودليل هذا القول:

الجمع بين قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وبين ما دل عليه حديث بريرة، فإن الآية تقتضي ألا يلزم المرء بعقد إلا على الوجه الذي رضي به الشرط الذي اشترطه، وحديث بريرة يدل على أن من رضي بعقد، واشترط فيه شرطاً يعلم أنه باطل، أن العقد يلزمه وشرطه يلغو، وموضع ذلك من الحديث أن أهل بريرة أبوا أن يتنازلوا عن شرطهم الباطل، فقام النبي ﷺ عشية، فقال: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب فهو باطل، وإن كان مائة شرط)، ثم جرى العقد بين عائشة وأولئك القوم، فإما أن يكونوا قد تابوا عن هذا الشرط، وإما

(١) المغني ٦/٣٢٦.

(٢) المغني ٦/٣٢٦ - ٣٢٧، مجموع فتاوى الإسلام ابن تيمية ٢٩/٣٣٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤/٤٤٠.

(٤) مجموع الفتاوى ٢٩/٣٣٨.

أن يكونوا قد أقدموا عليه مع العلم بالتحريم، والاحتمال الثاني هو الذي يدل عليه الحديث وسياقه^(١).

ويمكن أن يستدل للقول الثالث بحديث جابر - رضي الله عنه - (أن رسول الله ﷺ قضى بالعُمري أنها لمن وهبت له)^(٢).

قال ابن حجر: والظاهر أنه ما كان مقصود العرب بهما إلا تمليك الرقبة بشرط أن يعود الموهوب إلى الواهب إذا مات الموهوب له، فجاء الشرع بمراغمتهم فصحح العقد على نعت الهبة المحموده^(٣).

القول المختار في أثر الجهل ببطلان الشرط الجعلي:

الذي يبدو لي رجحانه، أن جهل العاقد ببطلان شرطه يجب أن يكون له اعتبار في الحكم على العقد فيكون لصاحب الشرط الخيار في إمضاء العقد دون الشرط أو فسخه، وذلك أنه ما رضي بالعقد، من دون الشرط، والعقد بالشرط الفاسد لا يقره الشرع، فلا يلزمه ما لم يرضه، ولا يقبل منه ما رضى به، إلا أن يغير صفته فيُخرج منه الشرط الفاسد.

والحكم يعم الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة، فإنها تشترك مع العقد في أنها جميعاً لا تنصح إلا بالرضا.

(١) مجموع الفتاوى ٣٣٩/٢٩، ٣٤٠.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، ٢٨٢/٥، كتاب الهبة، باب ما قيل في العمري والرقبي.

(٣) فتح الباري ٢٨٤/٥.

المبحث الثاني

الغلط وأثره على إنشاء الالتزام

وفيه زعميد وسبعة مطالب:

- المطلب الأول: الغلط في ماهية الالتزام، وأثره.
- المطلب الثاني: الغلط في محل الالتزام، وأثره.
- المطلب الثالث: الغلط في وصف محل الالتزام، وأثره.
- المطلب الرابع: الغلط في القيمة، وأثره.
- المطلب الخامس: الغلط في التعبير عن الإرادة، وأثره.
- المطلب السادس: الغلط في الباعث على الالتزام، وأثره.
- المطلب السابع: وسائل كشف الغلط، وإثباته.

التمهيد وفيه التعريف بالغلط، وبيان الشروط التي بوجودها يتحقق وجود، الغلط.
وفيه فرعان.

الفرع الأول: في التعريف بالغلط، والتفريق بينه وبين ما يقاربه.

أولاً: التعريف. الغلط هو: الشعور بالشيء على خلاف ما هو عليه^(١). وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد، لولا هذا التوهم لما أقدم عليه^(٢).

ثانياً: الفرق بين الغلط والجهل:

من أوضح الأمثلة على ذلك قول المالكية: إن الإمام مالكا سئل عن باع مصلى، ثم قال المشتري: «هو والله من الحرير»، فقال البائع: «ما علمت أنه من الحرير، ولو علمت ذلك مابعته بهذا الثمن». قال مالك: «هو للمشتري، ولا شيء للبائع»^(٣) فهذا مثال للجهل.

ومثال الغلط أن يسمي أحد العاقدين شيئاً بغير اسمه مثل أن يقول البائع «أبيعك هذه الياقوتة»، فيجدها زجاجة فلا خلاف عند المالكية أن الشراء لا يلزم المشتري^(٤).

وقال عليش: «^(٥) ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً بها وبين من قصد إخراج ثوب بدينار، فأخرج ثوباً بأربعة أن الأول جهل وقصر إذ لم يسأل من يعلم ما هو، والثاني غلط، والغلط لا يمكن التوقي منه»^(٦).

والغلط فيه نوع جهل^(٧)، لأن الغلط ناشيء عن قصور في العلم بالمعقود عليه وفي كثير من الأحيان يكون سبب الغلط الجهل.

(١) العدوي على الخرشي ١٢٢/٧.

(٢) المدخل إلى الفقه الإسلامي ١/٣٩٠.

(٣) مواهب الجليل ٤٦٦/٤.

(٤) الخرشي ١٥٢/٥، مواهب الجليل ٢٦٦/٤.

(٥) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أحمد بن محمد عليش، الطرابلسي الدار، المصري القرار.

شيخ المالكية بمصر، ومفتيها. أجازته الشيخ حميدة العدوي، ويوسف الصاوي، وغيرهما. تخرج على يديه من

علماء الأزهر طبقات متعددة. وألف تأليف كثيرة في شتى فنون العلم، أكثرها مطبوع.

منها «منح الجليل». أمتحن بالسجن لما احتلت دولة الانكليز مصر. ومات بآثر ذلك سنة ١٢٩٩ هـ.

انظر الاعلام ١٩/٦، شجرة النور ٣٨٥/١.

(٦) شرح منح الجليل ٦٧٩/٢.

(٧) الفروق ١٢٤/٤.

ثالثاً: الفرق بين الغلط والخطأ

الخطأ هو فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواء^(١). وأكثر الفقهاء يجعلون الخطأ، والغلط بمعنى واحد^(٢). وذكر بعضهم فرقاً بينهما، وهو: أن متعلق الخطأ الجنان، ومتعلق الغلط اللسان^(٣).

رابعاً: الفرق بين الغلط والتدليس.

الفرق بينهما أن التدليس فيه إيهام متعمد من قبل أحد العاقلين، بخلاف الغلط فسببه وهم صادر عن الغالط^(٤).

خامساً: الفرق بين الغلط والغبن

الفرق بينهما أن الغبن هو أثر من آثار الغلط، وقد يكون أثراً لتدليس^(٥).

الفرع الثاني: الشروط التي بتوافرها يتحقق وجود الغلط بتوافرها.

هذه الشروط بعضها منصوص عليه في كلام الفقهاء، وبعضها ظاهر من توارد أمثلتهم على معنى معين.

الشرط الأول: أن يتبين أن الالتزام على خلاف ما كان يظنه الملتزم، ففي البيع - على سبيل المثال - قد يأتي المبيع على صفة تخالف ما كان يظنه المشتري، وذلك الظن ناشيء عن أحد ثلاثة أسباب:

(أ) أن يشترط تلك الصفة في المبيع صراحة.

(ب) اطراد العرف بوجودها في المبيع.

(ج) أن يفعل الطرف الآخر مايورث لدى المشتري الظن بحصولها^(٦).

الشرط الثاني: ألا يكون الاختلاف بين ما يظنه العاقد والواقع ناتجاً عن فعل متعمد من الطرف الآخر، قصد به إيهام الأول، فإن كان الأمر كذلك فإن هذا العمل يكون من باب التدليس والغش، لا الغلط^(٧).

الشرط الثالث: أن يتبين أن الغالط لم يكن يعلم عند الإنشاء أنه وقع في الغلط، فإذا تبين أنه كان يعلم فإن الالتزام لا يُعد من مسائل الغلط^(٨).

(١) التلويح ١٩٥/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢٢/٧، المهذب ٢٣٣/١.

(٣) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ١٤٢/٢.

(٤) مغني المحتاج ٥٠/٢، ٦٣، المبدع ٨١/٤.

(٥) الكافي في فقه أهل المدينة ٦٦/٢، مغني المحتاج ٥٠/٢، كشف الفناع ٢١٢/٣، المبدع ٧٧/٤.

(٦) روضة الطالبين ٤٥٨/٣، مغني المحتاج ٨٥/٢، ٨٧.

(٧) مغني المحتاج ٥٠/٢، ٦٣، المبدع ٨١/٤، ٩١.

(٨) البحر الرائق ٢٦/٦، الحرشي ١٥٢/٥.

الشرط الرابع: أن يكون المعقود عليه مطابقاً لما جاء في تعبير العاقلين، فإن كان مختلفاً فهو يدخل في فوات الوصف المرغوب المشروط، أو الغش، والتدليس^(١)؛ لأن الغلط هو ظن مخالف في نفس العاقد، فيأتي المعقود عليه مطابقاً لما ظهر في تعبير العاقد، ولكنه مخالف لما يريده. إذ الوصف المرغوب لم يرد في عبارة العاقد، وإنما دل العرف على ثبوته، أو دلت قرينة أخرى على أنه مقصود للعاقد، ففواته يكون من مسائل الغلط.

الشرط الخامس: أن يظهر الغلط للعاقلين.

وهذا الشرط دلت عليه أمثلة الفقهاء في مسائل الغلط. فمن ذلك قول الحنفية: إذا كان للرجل ابتان، الكبرى عائشة والصغرى فاطمة، فأراد تزويج الكبرى، فغلط فقال في إيجابه «زوجتك ابتي فاطمة» فإن العقد يصح، ويقع على فاطمة، لكنه لو قال «زوجتك ابتي الكبرى فاطمة» لا ينعقد^(٢). ففي الصورة الأولى لم يقع في كلام الولي ما يدل على الغلط، مع أنه غلط فلم يكن لغلطه تأثير، بينما في الصورة الثانية التي ظهر فيها التناقض في كلام الولي أدى الغلط إلى عدم قيام العقد.

وعند المالكية: لو باع رجل لآخر حجراً بثمان سiser، ثم تبين أن هذا الحجر ياقوتة تبلغ مالاً كثيراً، فإن كان البائع قد سمى المبيع باسم يصدق على الحجر العادي الرخيص، وعلى الحجر النفيس، أو لم يورد اسم المبيع واكتفى باسم الإشارة «أبيعك هذا»، فإن الغلط ليس له تأثير، والعقد صحيح نافذ، وأما إن كان البائع قد سماه باسم لا يصدق عليه كأن يقول: «أبيعك هذه الزجاجة»، ثم تبين أنه ياقوتة فللغلط - حيثئذ - تأثير يؤدي إلى وقف نفاذ البيع^(٣).

وقال الشافعية: لو قال البائع للمشتري «بعتك بهذه الدراهم»، فإن بان بعد ذلك أنها نحاس بطل العقد؛ لأنه صرح بلفظ الدراهم، وأما إذا لم يصرح بالعقد صحيح ونافذ، كما لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة، فإن كان قد صرح بلفظ الجوهرة فبان أن نحاساً بطل العقد، وإن كان لم يصرح صح العقد ونفذ^(٤).

وقال الحنابلة: لو خطب رجل امرأة بعينها فأجيب إلى ذلك، ثم في العقد

(١) روضة الطالبين ٤٥٨/٣، ٤٧٠ كشف القناع ٢١٢/٣.

(٢) البحر الرائق ٩١/٣، الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٢٦/٣، الفتاوى الهندية ١/٥٧٠.

(٣) مواهب الجليل ٤٦٦/٤.

(٤) حاشية قليوبي ١٦٤/٢.

أوجب الولي بأختها الكبرى، فقبل الخاطب، وهو يظن أنها الصغرى التي خطبها لم يصح العقد^(١)، قال ابن قدامة: «ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها، فإن العقد بلفظه متناول للكبرى، ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح»^(٢).

(١) الفروع ٥/ ١٧٠، كشف القناع ٥/ ٤٢.

(٢) المغني ٩/ ٤٨٢.

المطلب الأول

الغلط في ماهية الالتزام، وأثره

المقصود بالغلط في ماهية الالتزام أن يكون في خلد الملتزم التزام معين، ولكنه يسمي آخر، وهذا إما أن يكون سببه الجهل بمعنى الالتزام الذي سماه يظنه أنه الذي في خلده وليس كذلك، وقد سبق بحث أثر الجهل بمعنى العقد على إنشاء الالتزام^(١). وإما أن يكون سببه خطأ اللسان في تسمية الالتزام الذي يريده كأن يقول: «بعثك»، وهو يريد «أجرتك»، وهذا محل بحثه في الغلط في التعبير عن الإرادة.

(١) انظر ص ٦٢٢، ٦٢٣ من هذا البحث.

المطلب الثاني

الغلط في محل الالتزام ، وأثره

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: بيان المراد بمحل الالتزام .

المسألة الثانية: أثر الغلط في محل الالتزام .

المسألة الأولى

بيان المراد بمحل الالتزام

لم أجد ضابطاً جامعاً مانعاً لبيان المقصود بمحل الالتزام، فيعوض عن ذلك بذكر الضوابط العامة وتنويع الأمثلة.

قال المالكية: إن المراد بالغلط في ذات المبيع جهل اسمه الخاص وحقيقته المتضمنة ذلك، ومثاله، أن لفظ «الحجر» يصدق على كل حجر نفيس، أو رخيص، فهو اسم عام، أما لفظ الياقوت فلا يصدق إلا على نوع معين من «الحجر»، فإذا قال البائع للمشتري «بعتك هذا الحجر»، فتبين أنه ياقوت، فإن المسألة لاتعد من مسائل الغلط؛ لأن الرجل استعمل الاسم العام الذي يدخل فيه الياقوت فلا اختلاف بين لفظه والواقع، لكن إذا استعمل الاسم الخاص، فقال «بعتك هذا الياقوت»، فتبين أنه حجر آخر لا يشمل اسم الياقوت فإن المسألة تدخل حيثثذ في نطاق الغلط^(١).

أما غير المالكية من الفقهاء فيعبرون عن الغلط في ذات المحل بأنه الغلط في الجنس، وهو لا يختلف عن مصطلح «الاسم العام» الذي استخدمه المالكية.

وقال السرخسي من الحنفية في بيان ضابط الجنس: «إذا تفاوتت الأغراض والمقاصد بين الشيئين تفاوتاً كبيراً كالزجاج والماس، أو اتحدت الأغراض ولكن اختلفت القيمة اختلافاً كبيراً، كالدار المبنية بالأجر، والمبنية باللبن، كان الجنس مختلفاً بعضه عن بعض»^(٢). أو وقع اختلاف في شيء له اعتباره في الرغبة، كاختلاف الجنس أن يشتري ثوباً على أنه هروي فإذا هو بلخي^(٣). ومن أمثلة الحنفية على اختلاف الجنس أن يشتري ثوباً على أنه أبيض فإذا هو مصبوغ أو على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو مصبوغ بزعفران، أما لو اشتراه على أنه مصبوغ بالعصفر فإذا هو أبيض، فإذته لا يكون من اختلاف الجنس. ومن أمثلتهم على اختلاف الجنس: أن يشتري

(١) الخروشي ١٥٢/٥، مختصر خليل مع الشرح الكبير للدردير ١٣٩/٣، ١٤٠.

(٢) الميسوط ١٢/١٣.

(٣) فتاوى قاضيخان، على هامش الفتاوى الهندية ١٣٤/٢.

أرضاً على أنه لا بناء فيها أو لا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل، أو أرضاً على أن أشجارها كلها مثمرة فإذا هي غير مثمرة^(١). والحب ودقيقه - عندهم - جنسان مختلفان^(٢). والياقوت جنس والزجاج جنس واحد^(٣). وإذا باعه ثوباً على أنه من القز فإذا هو ملحَم، فإن كانت سداه من القز ولحمته من القز فالجنس لم يختلف، وإن كانت اللحمية من غير القز فقد اختلف الجنس؛ لأن الأصل في الثوب هو اللحمية وإنما يصير ثوباً بها^(٤). والكتب كلها عندهم جنس واحد؛ لأن الكتاب اسم للسواد على البياض، وإنما تختلف أنواعه^(٥). والمعز والضأن عندهم جنس واحد^(٦).

وقال ابن قدامة في بحثه في الربا: يختلف الجنس باختلاف المنفعة، فالتمر الهندي جنس والبرني جنس آخر، وعسل القصب جنس وعسل النحل جنس آخر، واللحمان كل منهما جنس بحسب أصله^(٧). وقال بعضهم: اللحمان كلها جنس واحد؛ لا اشتراكها في الاسم، والصحيح أنها أجناس باختلاف أصولها^(٧). ومثل الشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩) لا اختلاف الجنس بالزجاجة والجوهر فكل منهما جنس، وبالبغل والحمار كل منهما جنس.

المسألة الثانية

أثر الغلط في محل الالتزام

لأهل العلم في هذه المسألة قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام مع وجود الغلط في ذات المحل، ولكنه يكون موقوفاً، فإذا أجازاه الغالط نفذ.

هو قول عند الحنفية اشتهر عن الكرخي^(١٠)، ويرى بعض الحنفية أن هذا القول لا

(١) البحر الرائق ٢٧/٦، بدائع الصنائع ١٣٩/٥، ١٤٠.

(٢) بدائع الصنائع ١٤٠/٥.

(٣) فتاوى قاضيخان ١٣٤/٢، المبسوط ١٣/١٣.

(٤) بدائع الصنائع ١٠/٥.

(٥) الفتاوى الهندية ٣/١٤٠، ١٤١.

(٦) الفتاوى الهندية ٣/١٤١.

(٧) المغني ٦/٨٤، ٨٥.

(٨) حاشية قليوبي على شرح المحلي ١٦٢/٢، المجموع ٢٣٤/١٢.

(٩) كشاف القناع ٣/١٦٥، شرح منتهى الإرادات ١٤٦/٢.

(١٠) تبين الحقائق ٤/٥٣، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ٢/١٣٤.

وجود له في المذهب، وأن مانقل في ذلك على غير ظاهره^(١). وهو قول المالكية^(٢). واستثنوا منه الالتزام الذي يباشره الوكيل فإنه لا ينشأ مع الغلط، بل هو باطل بلا نزاع عندهم^(٣). وهو وجه عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥).

ويقع الاختلاف بين أصحاب هذا القول في عقد النكاح، فيما لو اختار الغالط فسخ العقد هل يفسخ، أو لا، والخلاف فيه تابع للخلاف في فسخ النكاح ونحوه بفوات الوصف المشروط، فذهب بعضهم إلى أنه يفسخ إذا اختار المتضرر فسخه كسائر العقود، وذهب آخرون إلى أن النكاح لا يقبل الفسخ^(٦).

دليل القول الأول:

أن العقد وقع على العين، وهي موجودة، فيصح البيع^(٧)، فحتى لا يلزم الغالط بما لم يرضيه يعطى الخيار في إمضاء العقد أو رده.

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام مع وجود الغلط في ذات المحل.

هو قول أبي حنيفة، وصاحبيه^(٨)، وهو المذهب عند الشافعية^(٩)، وقول الحنابلة^(١٠).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن المعقود عليه المصرح به في لفظ العاقد معدوم، والعقد على المعدوم لا يصح^(١١). وفي حالة البيع إذا أشار المشتري إلى شيء وسمى شيئاً آخر من جنس آخر تعلق العقد بالمسمى؛ لأن التسمية أبلغ من الإشارة في التعريف، فإن الإشارة تُعرف الذات الحاضرة، والتسمية تعرف الحقيقة المدرجة فيها تلك الذات^(١٢).

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٥٣/٤.

(٢) الخرشي ١٥٢/٥، شرح الزرقاني على خليل ١٥٣/٥.

(٣) الخرشي ١٥٢/٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣١٥، المذهب ٢٨٧/١.

(٥) الإنصاف ٢٩٦/٤.

(٦) تبين الحقائق ٥٣/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٤، ٣١٥، قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ١٥٥، ١٥٦.

(٧) المذهب ٢٩٤/١.

(٨) بدائع الصنائع ١٣٩/٥، حاشية ابن عابدين ٥٣/٥، ٥٤، ٢٣٧، ٢٣٨.

(٩) الأشباه والنظائر ص ٣١٥، روضة الطالبين ٤٩٥/٣، المجموع ٣٣٤/١٢.

(١٠) الإنصاف ٢٩٦/٤، كشف القناع ١٦٥/٣.

(١١) بدائع الصنائع ١٤٠/٥، المجموع ٣٣٤/١٢.

(١٢) شرح فتح القدير ٦٧/٦، مجمع الأنهر ٦٠/٢.

الدليل الثاني:

الجهل بالمبيع وعدم رؤية يحصل بها معرفته، فإن المسمى الذي وقع عليه العقد غير الحاضر المشار إليه^(١).

الدليل الثالث:

أنه بيع خلا عن الرضا، فإن الغالط لم يرض بما وقع عليه العقد ظاهراً، فإلزامه من أكل أموال الناس بالباطل، وقد نهى الله تعالى عن ذلك^(٢).

الدليل الرابع:

أنه بيع غرر، فإن الغالط لا يدري ما باع ولا ما ابتاع وهذا من أعظم الغرر^(٣).

الترجيح:

يظهر لي أن الراجح هو تصحيح غير النكاح من الالتزامات إذا حصل فيها غلط في تعيين ذات المحل، والمرجح لهذا القول هو تصحيح معاملات الناس ما أمكن. وهذا ممكن هنا دون تفويت حق من حقوق الله، فإن التراضي الذي أمر الله تعالى به قائم دون تفويت حق الغالط، فإن له الخيار في أن يمضي الالتزام أو يبطله.

(١) شرح المنهاج ١٤٦/٢، كشاف القناع ١٦٥/٣.

(٢) شرح الفتح ٨٧/٦، المحلى ٤٣٩/٨.

(٣) كشاف القناع ١٦٥/٣، المحلى ٤٣٩/٨.

المطلب الثالث

الغلط في وصف محل الالتزام ، وأثره

وفيه مسالتان:

المسألة الأولى: الغلط في وصف جوهرى ، وأثره .

المسألة الثانية: الغلط في وصف غير جوهرى ، وأثره .

المسألة الأولى

الغلط في وصف جوهري، وأثره

سار الفقهاء في تقسيم الغلط المتعلق بمحل الالتزام إلى غلط في الجنس، وغلط في الوصف، وجعلوا الغلط في الوصف نوعاً واحداً، وانفرد السرخسي، والكاساني بتقسيمه إلى قسمين: غلط في وصف جوهري، وغلط في وصف غير جوهري. وجعلوا الأول ملحقاً بالغلط في الجنس في أثره على إنشاء الالتزام. ومثل السرخسي للغلط في الوصف الجوهري لمحل الالتزام بما لو باع داراً على أن بناءها آجر، فإذا هو لبين، فإنه يأخذ حكم الغلط في الجنس، مع أن اللبّن والآجر جنس واحد، إلا أنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً فكانا كالجنسين المختلفين^(١).

وقال الكاساني: إن الذكر والأنثى من الرقيق من بنى آدم في الأصل جنس واحد، ولكن اختلفت المنفعة فيهما اختلافاً فاحشاً، فالتحقا في الحكم بمختلفي الجنس حقيقة^(٢).

وقال زفر^(٢)، والشافعية^(٣) هما جنس واحد. وذهب الحنابلة^(٤)، وأكثر الحنفية^(٥) إلى أن كلاهما جنس في حقيقته، وفي حكمه.

وأما الذكر والأنثى في الحيوان فهما جنس واحد عند الحنفية؛ للتقارب في منافعهما^(٦)، وكل منهما جنس عند الشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

والحكم على الغلط في هذا النوع من الأوصاف كالحكم على الغلط في المحل.

(١) المبسوط ١٢/١٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٤٠.

(٣) المجموع ٣٣٤/١٢.

(٤) كشف القناع ٣/١٦٥.

(٥) البحر الرائق ٦/٢٦.

(٦) المبسوط ١٢/١٣.

(٧) المجموع ٣٣٤/١٢.

(٨) كشف القناع ٣/١٦٥.

المسألة الثانية

الغلط في وصف غير جوهري، وأثره

وفيها فرعان:

الفرع الأول: بيان المراد بالوصف غير الجوهري.

الوصف غير الجوهري، هو الذي لا يؤدي اختلافه إلى اختلاف الجنس. ومثل له الحنفية بما لو اشترى كتاباً على أنه كتاب النكاح لمحمد بن الحسن فإذا هو كتاب الطلاق، أو كتاب الطب. أو كتاب النكاح ولكن ليس له، فالجنس واحد، والوصف ليس جوهرياً؛ لأن الكتاب هو السواد على البياض^(١). ولو باع ياقوتاً على أنه أحمر فإذا هو أصفر، أو عبداً كاتباً فإذا هو غير كاتب، أو باع داراً على أن فيها بناء فإذا هي ليس فيها بناء. أو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي معز، فهما جنس واحد؛ لأن حكمهما في الزكاة واحد^(٢). وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس^(٣)، أو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد، أو غلاماً على أنه تاجر، أو كاتب فإذا هو لا يحسن الكتابة، أو على أنها بغلة فإذا هو بغل، أو على أنها ناقة فإذا هو جمل، أو على أنه لحم معز فإذا هو لحم ضأن، أو على أن هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل^(٤) أو قال بعثك هذا الثوب القز، فإذا هو ملحوم وكانت لحمته قز^(٥).

ومثلوا له في النكاح بما لو قال «زوجتك هذه الفتاة العربية»، فبانت أعجمية أو عكسه، أو هذه العجوز فبانت شابة، أو عكسه^(٦). لو اشترى عبداً على أنه خصي

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ١٤٠. ١٤١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٠، البسوط ١٣/ ١٢.

(٣) تبين الحقائق ٦/ ٢٦، المجموع ١٢/ ٣٣٤، المهذب ١/ ٤٨٧.

(٤) تبين الحقائق ٦/ ٢٦، المجموع ١٢/ ٣٣٤، المهذب ١/ ٤٨٧.

(٥) بدائع الصنائع ٥/ ١٤٠.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٥.

فبان فحلاً فقيل إن هذه من الغلط في وصف المحل، لاختلاف منفعة كل منهما، فالخصي يؤمن دخوله على النساء^(١)، وقيل: لا يعد من مسائل الغلط^(٢).

الفرد الثاني: بيان أثر الغلط في وصف غير جوهري على إنشاء الالتزام.

لأهل العلم في هذه المسألة قولان

القول الأول: ينشأ الالتزام مع وجود الغلط في وصف جوهري ويكون للغلط

الخيار في الفسخ.

هو قول جمهور أهل العلم، فبه قال الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وهو الصحيح المشهور عند الشافعية^(٦).

دليل القول الأول:

قال الحنفية: إذا أشار في البيع إلى شيء وسمى غيره، وكان العيبان من جنس واحد، فإنه يُعمل بالإشارة لا التسمية؛ لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما بأن تُجعل الإشارة للتعريف، والتسمية للترغيب، فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس فلا يمكن أن يُجعل أحدهما تابعاً للآخر فاعتبرت التسمية؛ لأنها أقوى^(٧).

والتعليل الذي يجمع عليه أصحاب القول الأول، هو أن محل العقد موجود معلوم، وإنما وقع الغلط في أحد أوصافه، وهذا يُجبر بالخيار، ولا يستلزم إبطال عقد قام على التراضي^(٨).

القول الثاني: أن الالتزام لا ينشأ مع وجود الغلط في وصف جوهري.

هو قول شاذ عند الشافعية^(٩)، وهو ظاهر كلام ابن حزم، فإنه قال: «ولا يجوز بيع شيء لا يدري بآئعه ماهو وإن دراه المشتري، ولا مالا يدري المشتري ماهو وإن دراه البائع، ولا ما جهلاه جميعاً، ولا يجوز البيع حتى يعلم البائع والمشتري ماهو، ويرياه

(١) روضة الطالبين ٤٥٨/٣.

(٢) تبين الحقائق ٢٦/٦.

(٣) تبين الحقائق ٥٣/٤، المبسوط ١٢/١٣.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٥٣/٥، مواهب الجليل ٤٦٦/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ١٤٧/٢، كشف القناع ١٦٤/٣.

(٦) روضة الطالبين ٤٥٨/٣، نهاية المحتاج ٢٨/٤.

(٧) مجمع الأنهر ٦٠/٢، شرح الفتح، والعناية ٦٧/٦.

(٨) تبين الحقائق ٥٣/٤، مواهب الجليل ٤٤٦/٤، نهاية المحتاج ٢٨/٤، كشف القناع ١٦٤/٣.

(٩) المجموع ٣٢٩/١٢.

جميعاً، أو يوصف لهما عن صفة من رآه وعلمه كمن اشترى زُبرة فوجدها فضة، وهكذا في كل شيء، وسواء وجده أعلى مما ظن، أو أدنى أو الذي ظن كل ذلك باطل مفسوخ أبداً، لا يجوز لهما تصحيحه بعد علمهما به إلا بابتداء عقد برضاها معا^(١).

دليل القول الثاني:

أن الالتزام في هذه الصورة دخله الغرر، وخلا عن التراضي المعتبر، فالذي وقع عليه التراضي غير الذي وقع عليه العقد، فلا يصح^(١).

ويعترض عليه بأن العقد وقع على موجود، واختلاف الوصف يجبره تمكين المتضرر من الفسخ.

الترجيح:

يظهر لي رجحان القول الأول، على التفصيل والتعليل الذي ورد في الترجيح في مسألة الغلط في المحل.

(١) المحلي ٤٣٩/٨.

المطلب الرابع

الغلط في القيمة ، وأثره

وفيه مسالتان:

- المسألة الأولى: الغلط في ثمن المبيع في بيوع الأمانة، وأثره على العقد.
- المسألة الثانية: الغلط في مقدار المبيع.

المسألة الأولى

الغلط في ثمن المبيع في بيع الأمانة، وأثره على العقد.

بيع الأمانة، هي التي تعتمد على إخبار البائع عن الثمن الذي غرمه في شراء سلعته، وبناء عليه يتفق مع المشتري على أن يبيعه السلعة بثمنها أو أزيد أو أقل. فإذا غلط البائع فأخبر بثمن أزيد، أو أنقص من الثمن الحقيقي، فإن لأهل العلم قولين في صحة هذا البيع.

القول الأول: ينعقد بيع الأمانة مع غلط البائع في الإخبار عن الثمن.

به قال المالكية^(١)، والحنابلة^(٢)، وهو قول عند الشافعية^(٣). واختلف أصحاب هذا القول في إثبات الخيار للغالط. ولم ينص الحنفية على هذه المسألة ولكنهم ذكروا صورة أخرى مشابهة، وهي فيما لو كذب البائع في الإخبار عن الثمن، فصححوا العقد^(٤). فإذا صح العقد مع الكذب فأولى أن يصح مع الغلط.

ودليل هذا القول:

أن الزيادة في الثمن عيب، والعيب لا يمنع صحة البيع، كالعيب في وصف المبيع^(٥).

القول الثاني: لا ينعقد بيع الأمانة مع غلط البائع في الإخبار عن الثمن.

هو قول عند الشافعية.

وعللوا له بأن من شروط صحة البيع أن يكون الثمن معلوماً للعاقدين حال العقد، وفي حال الغلط يكون الثمن الصحيح غير معلوم للمشتري^(٦).

ويعترض عليه: بأن العقد ينبنى على الظاهر، والثمن وقت العقد كان معلوماً.

(١) التاج والإكليل ٤/٤٩٤، الشرح الكبير للدردير ٣/١٦٨.

(٢) كشف القناع ٣/٢٣١، ٢٣٢، المغني ٦/٢٧٥، ٢٧٦، المبدع ٤/١٠٤.

(٣) روضة الطالبين ٣/٥٣٣.

(٤) تبين الحقائق ٤/٧٥، شرح فتح القدير ٦/٥٠٠.

(٥) تبين الحقائق ٤/٧٥، المبدع ٤/١٠٤.

(٦) روضة الطالبين ٣/٥٣٣، شرح المحلى وحاشية قليوبي ٢/٢٢٤.

الترجيح:

ماذهب إليه جمهور أهل العلم هو الأرجح؛ لأن الأصل تصحيح العقود ما أمكن وعدم إبطالها، وتصحيح العقد هنا هو الواجب لتوفر أركانه وشروطه.

المسألة الثانية

الغلط في مقدار المبيع

مثاله: أن يبيع قطعة قماش بعشرة دراهم وهو يظن أن طولها عشرة أذرع، فإذا

هي أكثر أو أقل. ولأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: لا ينعقد البيع مع وجود الغلط في مقدار المبيع.

هو قول عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

واستدل ابن قدامة لبطلان البيع فيما لو قال «بعتك هذه الأرض» على أنها عشرة أذرع فبان أنها أحد عشر، بأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة، وإنما باع عشرة، ولا إجبار المشتري على أخذ بعض المبيع وإنما اشترى الكل، وعليه ضرر في الشركة أيضاً^(٣).

القول الثاني:

ينعقد البيع مع وجود الغلط في تعيين مقدار المبيع وللمتضرر الخيار بين الإمضاء والفسخ.

هو قول الحنفية^(٤)، وهو قول عند الشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦).

ودليلهم: أن الزيادة في حق البائع أو النقص في حق المشتري، كالعيب في وصف من أوصاف المبيع لا يمنع صحة العقد، ويدفع الضرر عن المتضرر بأن يعطى الخيار^(٧).

والراجح: فيما يظهر لي القول الثاني؛ لأنه جمع بين تصحيح العقد، وتمكين المتضرر من دفع الضرر عن نفسه، وهذا أقرب إلى مقصود الشارع من إبطال العقد.

(١) روضة الطالبين ٤٠٧/٣.

(٢) المغني ٢١١/٦.

(٣) المغني ٢١١/٦.

(٤) تبين الحقائق ٦/٤.

(٥) روضة الطالبين ٤٠٧/٣.

(٦) الإنصاف ٤/٣٦٠، ٣٦١، كشف القناع ١٩٧/٣، المغني ٢١١/٦.

(٧) المغني ٢١١/٦.

المطلب الخامس

الغلط في التعبير عن الإرادة، وأثره

الغلط في التعبير عن الإرادة هو: مخالفة التعبير الصادر عن الملتزم لمقصوده، كأن يريد العاقد أن يقول «سبحان الله»، فجرى على لسانه «بعت هذه الدار»^(١). أو أراد أن يقول: «أجرتُ هذه السيارة»، فزل لسانه، فقال «بعت هذه السيارة».

ويسمي الفقهاء هذا النوع من الغلط بالخطأ، أو سبق اللسان.

ويدور كلام الفقهاء في موضوع الغلط حول مسألتين:

الأولى: الغلط في تسمية الالتزام المقصود كأن يقول «أجرت»، وهو يريد أن يقول «بعت».

الثانية: الغلط في تسمية المرأة المعقود عليها عقد النكاح.

ويلحق بذلك مسألة ثالثة وهي: خطأ الوسيط في نقل عبارة الملتزم.

المسألة الأولى

الغلط في تسمية الالتزام المقصود

للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: ينشأ الالتزام مع وجود الخطأ في تسمية الالتزام المقصود.

هو قول عند الحنفية، وإذا كان نكاحاً فإنه يكون نافذاً. وأما غير النكاح فإنه يكون موقوفاً، ومنهم من قال إن بيع المخطيء كبيع الهازل، ومنهم من قال إنه كبيع المكره. والفرق بينهما أن إلحاقه بالمكره يقتضي أن ملك المشتري يثبت على المبيع إذا قبضه، وأما إلحاقه بالهازل فلا يقتضي ذلك^(٢). وعلى ذلك تقاس بقية الالتزامات.

(١) كشف الأسرار ٤/١٥٠٢، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٤/٣٦٥.

(٢) التقرير والتحجير ٢/٢٠٦، شرح التلويح على التوضيح ٢/١٩٦، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٤/٣٦٥.

دليل القول الأول:

أن اللفظ المنشئ للعقد قد صدر عن العقد باختياره، واستكمل العقد صورته الظاهرة فينشأ ولا يتوقف على حصول الرضا القلبي؛ لأنه أمر باطن من المتعذر الاطلاع عليه، فيبنى الحكم بصحة العقد وبطلانه على وجود السبب الظاهر مع العقل والبلوغ، فإن مجموع ذلك يدل على وجود الرضا القلبي عند العاقد، وأنه قصد العقد الذي تلفظ به، ولا يتخلف ذلك إلا في حالات نادرة والأحكام تُبنى على الغالب لا النادر^(١).

وهذا الاستدلال شامل للعقد ولغيره من الالتزامات.

واستدلوا على صحة النكاح ونفوذه بقياسه على الهزل في النكاح، وقد ورد النص بأن الهزل في النكاح كالجد^(٢).

واعترض عليه: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الهازل قصد اللفظ المنشئ للالتزام، وكل ما في الأمر أنه لم يقصد سريان آثاره الشرعية، أما المخطيء فلم يقصد اللفظ، وإنما سبق به لسانه^(٣).

واستدل من الحق من الخفية المخطيء بالمكره، بأن كلاً منهما صدر عنه السبب المنشئ للعقد باختياره، وإنما تخلف الرضا بنفاذ العقد، فإذا قبض المكره أو المخطيء العين المعقود عليها نفذ البيع؛ لأنه تبين بالقبض وجود الرضا^(٤).

واعترض جمع من الخفية على ذلك، فقالوا: إن بيع المخطيء لا يكون كبيع المكره في الحكم، بل كبيع الهازل؛ لأن المخطيء فوق الهازل، إذ لا قصد للمخطيء في خصوص اللفظ الذي صدر عنه، ولا في حكمه، فأقل الأمر أن يجعل كالهازل فلا يملك المبيع بالقبض^(٥).

القول الثاني: لا ينشأ الالتزام مع وجود الخطأ في تسمية الالتزام المقصود.

به قال المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، وظاهر أقوالهم أنه لا فرق في ذلك

(١) التقرير والتحجير ١/٢٠٤، ٢٠٦، تيسير التحرير ٢/٣٠٦.

(٢) شرح فتح القدير ٣/٣٤.

(٣) أعلام الموقعين ٣/١٢٥.

(٤) شرح التلويح على التوضيح ٢/١٦٦.

(٥) شرح فتح القدير ٣/٣٤.

(٦) الفروق ١/١٦٢، ١٦٣، الفرق السادس والعشرون.

(٧) مغني المحتاج ٢/٧، ٢٧، نهاية المحتاج ٣/٣٨٤، ٣٨٥.

(٨) أعلام الموقعين ٣/١٠٥، ١٠٦، ١٢١.

بين النكاح وغيره. قال الرملي: «لأبد في الطلاق وسائر العقود من قصد اللفظ لمعناه»^(١). وقال ابن القيم إن المتكلم بصيغ العقود لا يلزمه حكمها إذا لم يقصد التكلم بها، أو قصد ولكنه لم يكن متصوراً معناها، أو قصد معنى غير معناها مما يحل له^(٢). ومما يقوي أن هذا القول يشمل النكاح، وأنهم لم يجعلوه كنكاح الهازل، أنهم فرقوا بين من طلق هازلاً، وبين من جرى لفظ الطلاق على لسانه خطأ، فأوقعوا الطلاق بالنسبة للأول، ولم يوقعوه بالنسبة للثاني^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن شرط صحة الالتزام، هو وجود الرضا من الملتزم، ولا يتحقق إلا مع الشعور والإرادة والاختيار، وليس المخطيء كذلك^(٤).

الدليل الثاني:

رفع المؤاخذه عن العباد فيما أخطأوا فيه بقوله تعالى:

﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(٥).

وقوله ﷺ: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٦).

واعترض عليه: بأن هذه النصوص لا تقتضي أكثر من رفع المؤاخذه الأخروية من حيث التأثيم وعدمه^(٧).

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لي القول الثاني؛ لأن هذا النوع من الغلط يقدر في الرضا الذي هو شرط لصحة كل عقد وكل التزام.

(١) نهاية المحتاج ٣/٣٨٤.

(٢) أعلام الموقعين ٣/١٢١.

(٣) مغني المحتاج ٧/٢٧، المغني لابن قدامة ١٠/٣٧٦.

(٤) الفروق ١/١٦٣.

(٥) الأحزاب: ٥.

(٦) أخرجه ابن ماجه في السنن ١/٦٥٩. والحاكم في المستدرک ٢/١٩٨، كتاب الطلاق،. واختلف الائمة في الحكم على إسناده، فالحاكم صححه. وقال: هو على شرط الشيخين، وأقره الذهبي. وحسنه النووي في المجموع ٩/١٦١. ولكن الحافظ في التلخيص ١/٢٨٢ أعل جميع طرقه، ونقل عن محمد ابن نصر قوله إن الحديث ليس له إسناده يحتج بمثله. اهـ.

وانظر الاستدلال بالآية، والحديث في شرح ابن ملك ص ٩٩٢.

المسألة الثانية

الغلط في تسمية المرأة المعقود عليها عقد نكاح

أكثر الفقهاء من الأمثلة لهذا النوع من الغلط، لما للنكاح من أهمية تميزه عن سائر العقود. وهذه الأمثلة تجمعها أربع صور.

الصورة الأولى: رجل له بنت واحدة فعقد لها، ولكنه سماها بغير اسمها.

اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: لا ينشأ العقد.

هو قول الحنفية^(١)، وقول مرجوح عند الشافعية^(٢).

وعللوا له، بأن العقد يقع على المسمى، وليست له ابنة بالاسم الذي نطق به في العقد^(٣).

ويعترض عليه، بأن العقد لا يقع على الاسم، وإنما على المرأة، وليس للولي إلا ابنة واحدة فلا غرر في العقد.

القول الثاني: ينشأ العقد وينفذ فور انعقاده.

هو القول الراجح عند الشافعية^(٤)، وقول الحنابلة^(٥).

وعللوا له، بأن وصف الولي المعقود عليها بأنها ابنته أقوى من التسمية، فيؤخذ بالوصف ويلغو الاسم^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٦/٣.

(٢) روضة الطالبين ٤٣/٧.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٦/٣.

(٤) روضة الطالبين ٤٣/٧.

(٥) الفروع ١٧٠/٥، المغني ٤٨٣/٩.

(٦) روضة الطالبين ٤٣/٧، المغني ٤٨٣/٩.

الترجيح:

الظاهر رجحانه هو القول الثاني؛ لأن الولي لو عقد لها دون أن يسميها واكتفى بوصفها بأنها ابنته صح العقد، ولأن اسم المرأة ليس من الأوصاف التي تطلب فيها، فقواته لا يتنافى مع مقصود الخاطب.

الصورة الثانية: رجل له بنت واحدة، ولما عقد لها سماها بغير اسمها، ولكنه أشار إليها وهي في مجلس العقد.

لهم فيها قولان:

القول الأول: لا ينشأ العقد. هو قول مرجوح عند الشافعية^(١).

القول الثاني: ينشأ العقد. به قال الحنفية^(٢)، وهو المختار عند الشافعية^(٣)، وهو قول الحنابلة^(٤).

ودليلهم: أن الإشارة أقوى من التسمية فيعمل بها، والعلة في كون الإشارة أقوى أنها لا تحتمل غير المشار إليه بخلاف، الاسم، فإنه يحتمل المشاركة^(٥).

الترجيح:

القول الثاني: ظاهر الرجحان على الأول؛ لأن شرط صحة العقد هو تعيين الزوجة بما تتميز به، وقد تحقق بالإشارة.

الصورة الثالثة: رجل له أكثر من بنت فعقد لإحداهن وسماها بغير اسمها. لأهل العلم في حكمها قولان:

القول الأول: لا ينشأ العقد.

هو قول الحنفية^(٦)، والمشهور عند الحنابلة^(٧).

ودليله: أن العقد ينصرف إلى المسماة، وليس للولي بنت بهذا الاسم^(٨).

القول الثاني: ينشأ العقد. هو قول عند الشافعية^(٩)، وعند الحنابلة^(١٠).

(١) روضة الطالبين ٤٣/٧.

(٢) البحر الرائق ٩١/٣، حاشية ابن عابدين ٢٦/٣، الفتاوى الهندية ١/٢٧٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٤، روضة الطالبين ٤٣/٧.

(٤) كشف القناع ٤١/٥: المغني ٤٨٢/٩.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢٦/٣، المغني ٤٨٢/٩.

(٦) البحر الرائق ٩١/٣، حاشية ابن عابدين ٢٦/٣.

(٧) كشف القناع ٤١/٥، المغني ٤٨٢/٩.

(٨) حاشية ابن عابدين ٢٦/٣، المغني ٤٨٢/٩.

(٩) روضة الطالبين ٤٣/٧.

(١٠) المغني ٤٨٢/٩.

واشروطوا أن تنصرف نية الولي والخاطب إلى البنت المقصودة التي غلط الولي في اسمها أما لو نوى الولي بنتاً ونوى الزوج أخرى، فإن العقد لا يصح^(١).

الترجيح:

يظهر لي أن العقد ينشأ نافذاً في حق المسماة، ما لم تظهر قرينة صريحة في أن الولي قد أخطأ. ففي حالة عدم وجود القرينة يصح العقد؛ لأنه تم بإيجاب وقبول على محل قابل للعقد، وفي حالة وجود القرينة، كأن تكون المرأة قد سُميت باسمها الصحيح قبل العقد، وأجري العقد بناء على ماسبق، ولكن الولي أخطأ فسمى في إيجابه غير المخطوبة، ثم أخطأ الخاطب فقبل المسماة في هذه الحالة، تبين لنا أن العقد بصورته الظاهرة لم يتحقق فيه شرط الرضا فلا يصح. ولا بد من لفظ آخر يتحقق فيه شرط الرضا.

الصورة الرابعة: رجل له أكثر من بنت فعقد لواحدة وسماها بغير اسمها، ولكنه أشار إليها في مجلس العقد

اتفقت الأقوال على أن العقد ينشأ في حق المشار إليها، كما هي الحال في الصورة الثانية مع التعليل نفسه. غير أنه يرد هنا القول الضعيف عند الشافعية، كما ورد في الصورة الثانية.

المسألة الثالثة

غلط الوسيط في نقل عبارة الملتزم

لم أجد من نص على حكم هذه المسألة، فوجب الرجوع إلى أقرب مسألة مشابهة، وهي مسألة الوكيل إذا باشر الالتزام على صفة مخالفة لما أمره به الموكل فإن ذلك لا يلزم الموكل^(٢). فإذا كان هذا في الموكل فإن الوسيط أولى ألا ينشأ بعبارته الخاطئة التزام، وذلك أن الوسيط مجرد مخبر وكلامه مجرد خبر.

فلا يمكن الحكم بالانعقاد؛ لأن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب، والقبول في هذه الصورة لم يكن قبولاً لما أوجبه العاقد الأول، فلم يحصل بينهما ارتباط، ولا توافق على محل واحد، وكل من الارتباط والتوافق شرط للانعقاد^(٣).

(١) المغني ٤٨٢/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٢٤/٦، مغني المحتاج ٢/٢٢٢، المغني ٢٤١/٧.

(٣) البحر الرائق ٤٨٩/٥، المجموع ١٦٩/٩، ١٧٠، الروض المربع ٣٢٩/٤.

ولا يمكن الحكم بالانعقاد بناء على عبارة الوسيط الناقل؛ لأن عبارته مجرد خبر
لا صيغة إنشاء، فهو لا يملك حق الإنشاء نيابة عن الموجب، كما هي الحال في الوكيل
فإنه يملك ذلك ومع ذلك لم تلزم عبارته الموكل.

المطلب السادس

الغلط في الباعث على الالتزام ، وأثره

وفيه زعميد ، ومسالتان :

المسألة الأولى : فسخ عقد الإجارة لعذر طاريء .

المسألة الثانية : أثر الغلط في الباعث على الالتزام .

التمهيد وفيه : بيان المقصود بالغلط في الباعث ، وعلاقته بمسألة فسخ عقد الإجارة لعذر طاريء :

المقصود بالغلط في الباعث على الالتزام ، أن يكون الملتزم حمله على إنشاء الالتزام سد حاجة معينة ، فتبين له عدم وجود هذه الحاجة ، أو أنها موجودة لكن على صفة مخالفة لما كان يظن ، وأنها لاتسد بالالتزام الذي أنشأه ، بل بنوع آخر من الالتزامات ، كما لو استأجر موظف منزلاً في مدينة جدة ظناً بأن مكان وظيفته الجديدة في جدة ، ثم لما أنشأ عقد الإجارة تبين له أن الوظيفة ليست في جدة ، المدينة ، ولكن في بلدة أخرى تابعة لها بعيدة عنها ، بحيث إنه لا يستطيع أن يسكن في جدة ، ويباشر عمله في تلك البلدة .

لم أجد في هذه المسألة نصوصاً بخصوصها في كلام الفقهاء ، وأقرب المسائل التي يمكن تخريج الحكم عليها هي مسألة فسخ عقد الإجارة بطلب من أحد طرفي العقد بسبب عذر طاريء يصيب طالب الفسخ بضرر بالغ إذا ألزم بالعقد . كأن يستأجر حانوتاً ليستخدمه في عرض بضاعته ، فيفلس ويخسر بضاعته ، أو يستأجر رجلاً ليقلع له ضرساً يؤلمه ، فيزول الألم ، فالاستمرار في العقد في هذه الأحوال يترتب عليه إهدار مال المستأجر من غير مقابل .

فيكون البدء ببحث مسألة فسخ عقد الإجارة .

المسألة الأولى

فسخ عقد الإجارة لعذر طارئ

اتفق أهل العلم على أن العقد يفسخ إذا تلفت العين المستأجرة أو ذهبت منفعتها المعقود عليها. واختلفوا فيما لو كانت العين باقية، ومنفعتها قائمة، لكن ترتب على الإلزام بالعقد ضرر على أحد طرفي العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العذر الطارئ على أحد العاقلين سبب لفسخ العقد.

هو قول الحنفية، وشرطه عندهم أن يتعذر الانتفاع بالإجارة بسبب العذر الطارئ، أو يكون في إلزام المعذور بالعقد ضرر فاحش عليه وغرم دون مقابل^(١).

والعذر قد يكون من جهة المستأجر كأن يستأجر حانوتاً فيفلس، أو يغير صنعته كأن يستأجر دكاناً للبيع والشراء، فيغير صناعته إلى النجارة، فيحتاج إلى ورشة لا دكان، أو استأجر رجلاً ليهدم له داراً، ثم بدا له ألا يهدمها، له الفسخ، بخلاف ما لو أراد الفسخ ليستأجر آخر، ليس له ذلك إلا برضا العامل. أو استأجر طباًحاً لطبخ له وليمة العرس، فعدل عن الزواج أو استأجر داراً ثم بدا له أن يخرج إلى بلد آخر.

وقد يكون العذر من جهة المؤجر، نحو أن يلحقه دين فلا يجد قضاء إلا ببيع الدار التي أجزها^(٢).

فإذا كان استمرار العقد لا يترتب عليه ضرر فليس له الفسخ كأن يكون اكترى داراً، ثم اشترى داراً ليس له الفسخ؛ لأنه يمكنه الانتفاع بالتي اشتراها بتأجيرها، بخلاف ماله اكترى دابة ليسافر عليها ثم اشترى دابة، له الفسخ؛ لأن تأجير الدابة ليس كتأجير الدار لاختلاف أثر الركوب على الدابة من شخص إلى آخر. ولو كان مؤجر الدابة قد وجد مستأجراً بسعر أكثر فليس له الفسخ.

(١) بدائع الصنائع ١٩٨/٤، ٢٢٣، ١٨٣/٦، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٨١/٦ - ٨٣، المبسوط ٢/١٦.

وإذا عدل مستأجر الدابة عن السفر ليفسخ العقد فليس له الفسخ^(١).

وقد اختلف الحنفية في بيان كيفية الفسخ، فقال بعضهم: إن الإجارة تنفسخ تلقائياً بوجود العذر، وقيل: بل يكون الفسخ ممكناً، وقال الكاساني: والصواب أنه ينظر إلى العذر، فإن كان يوجب الامتناع عن المضي فيه شرعاً، كما في الإجارة على خلع الضرر فإنها تنتقض بنفسها، وإن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك، لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجب العقد، فلا يفسخ إلا بالفسخ، وهو حق للعاقِد. وفي قول آخر عندهم يتوقف الفسخ على التراضي أو القضاء^(٢).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن العاقِد التزم بالعقد على صورة لا ضرر فيها، فإذا تغير أثر العقد، فتج عنه ضرر، لم يكن العاقِد ملزماً به لأنه لم يلتزمه على هذه الصورة^(١).

الدليل الثاني:

قياس فسخ الإجارة في حالة التضرر من استمرارها على فسخ عقد البيع قبل قبض المبيع لوجود عيب في المبيع، والجامع بينهما: أن المنافع المعقود عليها في الإجارة غير مقبوضة دفعة واحدة، وإنما تُستوفى بالتدريج، فما لم يستوف منها يأخذ حكم المبيع غير المقبوض^(١).

وعلل الكاساني لانفساخ الإجارة تلقائياً بالعذر الظاهر: بقياسها في حالة العذر على وجود عيب في المبيع قبل القبض، فهو يوجب للعاقِد حق الفسخ دون توقف على قضاء أو رضاء.

وعلل من قال منهم بتوقف الفسخ على التراضي أو القضاء: بأن استحقاق الفسخ خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبه الرد بالعيب بعد القبض^(٢).

القول الثاني: أن العذر الطاريء على أحد العاقدين لا يخوله فسخ الإجارة، ما لم تتغير العين أو المنفعة المعقود عليها بحيث يتعذر استيفاء المنفعة منها. هو الأصح عند المالكية^(٤)، وهو قول الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٨، ٢٢٣، ١٨٣/٦، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦/٨١ - ٨٣، المبسوط ١٦/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٩٩، ٢٠٠.

(٣) بدائع الصنائع ٤/٢٠٠.

(٤) أسهل المدارك ٢/٣٢٩، ٣٣٠، شرح منح الجليل ٣/٧٩٢ - ٧٩٤.

(٥) روضة الطالبين ٥/٢٤٠، مغني المحتاج ٢/٣٥٥، المهذب ١/٤١٢.

(٦) كشف القناع ٤/٢٩، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٠/٢٦٢.

فمن اكرى دابة للحج فعجز عن الخروج للمرض، أو ذهاب المال ليس له الفسخ، أو استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها ثم هلك الزرع، أو استأجر دابة ثم سرق الشيء الذي اكرى الدابة لحمله فإن الأجرة عليه. أو أكرى داره فتزوج أو قدم أهله فاحتاج إليها فليس له الفسخ^(١). وقال الأشرم: قلت لأبي عبد الله: رجل اكرى بعيراً، فلما قدم المدينة قال له: «فاسخني». قال: ليس ذلك له، قد لزمه الكراء. قلت: فإن مرض المستكري بالمدينة؟ فلم يجعل له فسخاً^(٢).

وأما إذا تعذر استيفاء المنفعة بسبب منشه العين المعقود عليها كدار انهدمت، أو دابة هربت، فإن العقد يفسخ، وفي حكم ذلك إذا تعذر استيفاء المنفعة بسبب غالب عام كأن يستأجر داراً فيحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان، أو يستأجر دابة للحج فتحصر البلد فلا يستطيع الخروج للحج، بخلاف ما لو كان المانع خاصاً بالمستأجر، كأن يكون له أعداء فلا يتمكن من سكن الدار، أو يمرض فلا يتمكن من السفر فليس له الفسخ^(٣).

دليل القول الثاني:

قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) وعقد الإجارة من العقود اللازمة بالاتفاق، فليس لأحد العاقدین فسخ العقد، وتقويت حق الآخر في لزوم العقد؛ للعذر الذي طرأ عليه، ولا يد لصاحبه فيه^(٥).

واعترض عليه بأن القول باللزوم في حالة وجود الضرر وإنكار الفسخ في هذه الحالة خروج عن الشرع والعقل، فإنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقبلها، فسكن الوجع أنه يجبر على القلع، وهذا قبيح شرعاً وعقلاً^(٦).

القول الثالث: تنفسخ الإجارة بتلف العين التي تستوفى منها المنفعة، وتلف العين التي تستوفى بها المنفعة. ولا تنفسخ بمجرد الضرر.

هو قول عند المالكية، فتتفسخ الإجارة إذا انهدمت الدار المؤجرة، وتنفسخ إذا استأجر من يزيل له ضرره فسكن الوجع، أو استأجر سيافاً يستوفى له القصاص فعفا أولياء الدم، أو استأجر حائناً فأمر السلطان بغلق الحوانيت^(٥).

(١) المهذب ١/٤١٢، المغني ٨/٢٣.

(٢) المغني ٨/٣١، ٣٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٠/٣٤٤، المغني ٨/٣١، ٣٢.

(٤) سورة المائدة، الآية الأولى.

(٥) كشف القناع ٤/٢٩، المغني ٧/٣٢.

(٦) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٤/٣٠، ٣١، شرح منح الجليل ٣/٧٩٢.

الظاهر أن دليل هذا القول هو أن تلف ماتستوفى به المنفعة كتلف العين نفسها.

الترجيح:

لم يتبين لي وجه الترجيح في هذه المسألة لتعارض الأدلة في ذهني، وهي الأدلة التي تمنع أكل المال بالباطل، مع الأدلة التي تأمر بالوفاء بالعقود، وعدم قدرتي على الجمع بينها.

المسألة الثانية

أثر الغلط في الباعث على إنشاء الالتزام

من خلال تعليقات أهل العلم في حكم فسخ عقد الإجارة بالعدر الطارئ، يتبين أنهم لا يفرقون بين العذر الذي لم يكن موجوداً وقت إنشاء العقد، ثم وجد بعد إنشائه، والعذر الذي كان موجوداً وقت الإنشاء، لكن المتضرر لم يتنبه له، والصورة الثانية للعذر هي المشابهة لمسألة البحث، وهي الغلط في الباعث؛ لأن الضرر في هذه المسألة قائم ولكن العاقد غلط فلم يتنبه له.

وبناء على التفصيل السابق لأهل العلم في فسخ عقد الإجارة بالعدر، فإن المضي في العقد إذا ترتب عليه ضرر على العاقد الذي وقع في الغلط فإن العقد يكون لازماً له، بالاتفاق، ولا يكون الغلط - حينئذٍ - عذراً يبيح الفسخ.

أما إذا ترتب عليه ضرر فعلى التفصيل السابق. وعلى ذلك سائر العقود اللازمة.

المطلب السابع

وسائل كشف الغلط وإثباته

الغلط لا يتبين إلا بمعرفة مقصود الملتزم، فينظر فيه، فإن وجد مخالفاً لعبارته الظاهرة تبين حيثئذ وجود الغلط، وللكشف عن مقصود الملتزم وإثبات غلظه وسائل:

الوسيلة الأولى: أن يظهر الغلط في تصرف الملتزم كأن يشير إلى شيء، ويسميه بغير اسمه^(١).

وفي المفاضلة بين الإشارة والتسمية، يقول الكاساني: الأصل أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا في باب البيع، ينظر إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية، ويتعلق العقد بالمسمى، وإن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة، فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا، ويلحقان بمختلفي الجنس، وإن قلَّ التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به^(٢). وهذا يجري في سائر الالتزامات من عقود وغيرها^(٣).

وعلل بعضهم لذلك، بأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة؛ لأن الإشارة لتعريف الذات والتسمية لإعلام الماهية، وهو أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ في التعريف، ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه، فكانت الإشارة أولى بالاعتبار في متحدي الجنس؛ لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه، فأمكن الجمع بينهما، بأن تجعل الإشارة للتعريف، والتسمية للترغيب فثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه، بخلاف مختلفي الجنس؛ لأن المسمى فيه مثل المشار إليه، وليس بتابع، فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الأعراف عند تعذر الجمع بينهما، وهذا هو الأصل في العقود كلها^(٤).

(١) تبين الحقائق ٢٦/٦، مواهب الجليل ٤٦٦/٤، كشاف القناع ٣/٣/١٦٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥/١٤٠.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٣/٥، الفتاوى الهندية ٣/١٤١.

(٤) مجمع الأنهر ٦٠/٢.

وقال السيوطي: قاعدة: «إذا اجتمعت الإشارة والعبارة، واختلف موجبهما غلبت الإشارة»^(١)، فإذا قال بعثك داري هذه وحددها، وغلط في حدودها صح البيع، بخلاف مالو كانت الدار في مكان آخر؛ لأن التعويل في الحاضرة على الإشارة^(٢).

وقال ابن قدامة: إذا عقد الولي لبنته، فسمها بغير اسمها، ولكنه أشار إليها، وهي في مجلس العقد، صح العقد على المشار إليها؛ تغليبا للإشارة على التسمية^(٣).
الوسيلة الثانية: أن تقوم البيئة بذلك^(٤).

الوسيلة الثالثة: دلالة الحال. كأن يبيع حجراً في سوق الجواهر^(٥)، أو يشتري زجاجة بثمان كثير يظنها جوهرة^(٦)، وتحتاج هذه القرينة إلى يمين تعضدها عند بعض أهل العلم^(٧).

الوسيلة الرابعة: ظهور عيب في المعقود عليه. قال بعض أهل العلم أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه، فإذا وجد به عيباً تبين غلظه وأنه معذور^(٨)، وذلك إذا كان المبيع معيباً لا تنفق معه السلعة عادة، فإذا اشتراه بثمان السليم تبين أنه غلط.
الوسيلة الخامسة: أن يصدقه الطرف الآخر في ادعائه الغلط فإذا لم يصدقه يمضي الالتزام قضاءً على ما تلفظ به^(٩).

(١) الأشباه والنظائر ص ٣١٤.

(٢) الأشباه ٣١٦.

(٣) المغني ٤٨٢/٩.

(٤) الشرح الكبير للدردير ١٦٨/٣.

(٥) مواهب الجليل ٤٦٦/٤.

(٦) روضة الطالبين ٤٧٠/٣.

(٧) مواهب الجليل ٤٩٤/٤.

(٨) روضة الطالبين ٤٥٩/٣، المبدع ٨٥/٤، ٨٧.

(٩) الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٣٦٥/٤، الشرح الكبير للدردير ١٦٨/٣. مواهب الجليل ٤٩٤/٤.

الفصل الرابع

إنشاء الالتزام المباح ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات.

المبحث الثاني: اتفاق العاقدین علی إنشاء عقد مباح؛ ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

المبحث الثالث: انفراد أحد العاقدین بقصد إنشاء العقد المباح؛ ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

المبحث الأول

ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات

وفيه نهيد ومطلب:

نهيد: في صور التوسل بالتزام شروع للوصول إلى عمل غير مشروع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: نسبة التزامات المكلفين، ومقاصدهم منها إلى مقاصد الشارع، من حيث الموافقة والمخالفة.

شرع الله تعالى المعاملات بين العباد لتحصيل مصالح معينة، وجعل لكل نوع من المعاملات أثراً يميزه عن غيره. فشرع عقد البيع لنقل الملك بالعوض، وعقد القرض لإرفاق المقرض، وعقد النكاح للسكن والألفة بين الزوجين، والخلع لحصول البيونة المتضمنة افتداء المرأة من رق بعلها.

فإذا فعل المكلف سبباً منها وابتغى به ثمرة غير ما جعلت تلك الأسباب طريقاً له فقد ناقض مقصود الشارع، واحتال لتحقيق مقصوده. ولالتزامات المكلفين ومقاصدهم في موافقتها ومخالفتها أحكام الشريعة ومقاصدها أحوال:

الأول: أن يكون كل من العمل والمقصد موافقاً لمقاصد الشارع، كمن يجري عقد البيع على شروطه الشرعية بقصد نقل الملك.

الثانية: أن يكون العمل والمقصد مخالفاً لمقصد الشارع، كمن يجري عقداً ربوياً بقصد أكل الربا^(١).

الثالثة: أن يكون مقصد المكلف من إنشاء الالتزام مقصداً يوافق مقاصد الشارع، لكن المكلف لم يهتد إلى العمل الذي يحقق ذلك، فجاء التزامه مخالفاً لما شرعه الشارع، كمن أجرى عقد إجارة بقصد الانتفاع بالعين المؤجرة، لكنه أخل بشرط من شروط صحة العقد.

(١) الفتاوى الكبرى ١٧/٦، ١١٧، ١١٨.

الرابعة: أن يكون الالتزام موافقاً في صورته الظاهرة لمراد الشارع، لكن مقصد الملتزم مخالف لمقصد الشارع. وهذه الحالة الرابعة هي موضوع البحث في هذا الفصل.

الفرع الثاني: صور التوسل بالالتزام مشروع للوصول إلى عمل غير مشروع.

الصورة الأولى: التحايل لإسقاط حق لله تعالى أو لعباده كالتحايل بالبيع لقطع الحول في المال الذي تجب فيه الزكاة. وكهبة المدين ماله لابنه هرباً من الغرماء.

الصورة الثانية: التحايل لاستباحة المحرمات: كاستعمال نكاح المتعة وسيلة للوطء الحرام.

الصورة الثالثة: التحايل لارتكاب المكروهات. مثل من أراد التخلص من حكم الكراهة في أخذ الأجرة على تعلم القرآن، فاستوهم من المتعلم قدر الأجرة، أو مايقاربها ليسلم من المخالفة الظاهرة، وإن كان في الباطن لم يخرج عن حكم المخالفة لعدم زوال المفسدة التي نهي عن الأخذ من أجلها.

الصورة الرابعة: التحايل لإسقاط المندوبات. كمن أراد أن يتخلص من الفقراء والمساكين الذين يحضرون عند الصرام، فيأخذون ماجرت العادة بأخذه من اللقاط مما هو صدقة لا زكاة واجبة. فاحتال لذلك بالصرام ليلاً.

الصورة الخامسة: التحايل لتحريم المباحات. كالرجل يريد منع ابنه من الزواج من امرأة فيحتال لذلك بالعقد عليها، ثم يطلقها لتكون من حلائل آبائه، فتحرم عليه على التأييد^(١).

(١) انظر فيما سبق من صور على سبيل الإجمال في فتح الباري ٣٤٢/١٢، الموافقات ٣/٢٠١، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ١٠٨/٦، ١١٨، ١١٩، إغاثة اللهفان لابن القيم ٧٢/٢، ٧٣، ٧٤، ٨٠، ٨٢.

المطلب الأول

ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات

اتفق أهل العلم على أن الملتزم إذا صرح في أثناء الالتزام بمقصده المخالف لمقصد الشارع فإن الالتزام لا يصح. وعلى أن الالتزام يصح إذا جرى في صورته الظاهرة على أحكام الشريعة، ولم توجد قرينة على أن لصاحبه مقصداً مخالفاً للشريعة. واختلفوا في صحة الالتزام الذي جرى في صورته الظاهرة على أحكام الشريعة ولم يصح الملتزم في أثناء إنشائه بمقصد مخالف لمقاصد الشارع، ولكن وجدت قرينة على وجود هذا المقصد، وأنه الباعث له على إنشاء الالتزام^(١). فهل تكون العبرة باللفظ الظاهر، أو بالمقصد الباعث على إنشاء الالتزام؟.

قولان لأهل العلم:

القول الأول: أن العبرة في الحكم على العقود وسائر الالتزامات بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني.

هو قول الإمام مالك، فكل تصرف يؤدي إلى معارضة مقصود الشارع هو - عنده - باطل^(٢). وقال شيخ الإسلام: هو قول الإمام أحمد والصحيح من أقوال أصحابه، وقال: إن القصد المنافي لمقصود الشارع إذا دلت عليه قرينة، فالعقد باطل، وإذا لم يظهر، فالعقد يكون باطلاً فيما بين العاقد، وبين الله تعالى. فإذا ادعى بعد العقد أنه قصد به مقصداً يفسده، فإن صدقه العاقد الآخر بطل العقد في الظاهر، كما هو في الباطن، وإذا لم يصدق فلا يؤخذ بإقرار غيره^(٣). وهذا عام في كل الالتزامات وليس خاصاً بالعقود.

ومن القرائن التي عدّها أصحاب هذا القول كاشفة عن المقصد، حال الملتزم،

(١) فتح الباري ٣٤٤/١٢، الموافقات ٢٠٠/٤، ٢٠٢، القروق ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤، أعلام الموقعين ١٠٨/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/٣٥٩، الحاشي ٩٤/٥، الموافقات ١٩٨/٤، مواهب الجليل ٢٩٢/٤.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣١/٦، وانظر أعلام الموقعين ٩٨/٣، ١٠٨.

كالهبة من المريض مرض الموت لأحد الورثة، وكارتباط العقد بعقد آخر بحيث يتحصل من مجموع العقدين أمر محرم، كمن يبيع سلعة بعشرة نسيئة، ثم يشتريها بعقد آخر بشمانية نقداً، ومنها أن يقع التصريح بالمقصد المعارض لمقصد الشارع قبل العقد، ثم ينبنى العقد عليه^(١).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول رسول الله ﷺ (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)^(٢).

قال ابن حجر: فمن نوى بعقد البيع الربا وقع في الربا، ولا يخلصه من الإثم صورة البيع، ومن نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً، ولا يخلصه من ذلك صورة النكاح، وكل شيء قصد به تحريم ما أحل الله، أو تحليل ما حرم الله كان إثماً، ولا فرق في حصول الإثم في التحليل على الفعل المحرم بين الفعل الموضوع له، والفعل الموضوع لغيره إذا جعل ذريعة له^(٣).

ومن الأحكام الشرعية التي تدل على أن المقاصد والنيات هي مدار الحكم في المعاملات كما هو الشأن في العبادات مايلي:

(أ) أنه يحرم على الرجل أن يدفع إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع، إلا أن يتقاضا، ويجوز دفعه بمثله على وجه القرض، وقد اشتركا في أن كلاهما يدفع ربوياً ويأخذ نظيره، وإنما فرق بينهما القصد، فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض ونفعه، وليس مقصوده المعاوضة والربح^(٤).

(ب) أن من وجد مالا في الطريق فرفعه، فإن كان بقصد تعريفه ورده إلى صاحبه متى وجدته فهو لقطه وإن تلف بيده دون تعدٍ أو تفريط لم يضمن؛ لأن يده يد أمانة، وإن كان قد رفعه بقصد الاستيلاء عليه وتملكه فهو غصب، ويده يد ضمان فيضمنه إذا تلف بكل حال.

ومن دفع عن آخر مالاً وفاء لدينه أو نفقة واجبة عليه لمن تجب عليه نفقته من زوجة أو غيرها، فإن كان الدفع بقصد الرجوع على المدفوع عنه كان له الرجوع بما دفع، وإن كان بغير قصد الرجوع لم يملك الرجوع، وصار متبرعاً^(٥).

(١) شرح منيع الجليل ٥٨٦/٢، ٥٨٧، اعلام الموقعين ١١٤/٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ١٥/١، كتاب بدء الوحي، الحديث الأول.

(٣) فتح الباري ٣٤٤/١٢، وبمثله قال شيخ الإسلام، انظر الفتاوى الكبرى ٣١/٦، ٥٤، وابن القيم في إغاثة اللهيان ٩٦/٢.

(٤) اعلام الموقعين ٩٨/٣، ٩٩.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ١٤١/٦.

(ج) ومن ذلك ما جاء في حديث يحيى بن إسحاق النهائي، قال: سألت أنس ابن مالك الرجل منا يُقرض أخاه المال، فيُهدى إليه، فقال: قال رسول ﷺ (إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه، أو حمّله على الدابة فلا يركبها، ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك)^(١).

قال شيخ الإسلام: «ومن لم ينظر إلى المقاصد في العقود أجاز مثل ذلك، وخالف بذلك سنة رسول الله ﷺ»^(٢).

الدليل الثاني:

أن الشارع قد سد كل عمل موصل إلى الحرام، ولو كان ذلك العمل في الأصل مباحاً، ولهذا اتفق أهل العلم على منع الجمع بين بيع وسلف لكيلا يكون ذريعة إلى القرض الربوي، واتفقوا على تحريم قليل الخمر وإن كان لا يسكر، وعلى تحريم الخلوة بالأجنبية وإن كان عنيئاً، وغير ذلك مما يكثر ويعلم على وجه القطع أن الشرع حكم فيها بالمنع؛ لأنها ذرائع إلى المحرمات، فعلى هذه القاعدة يجب الحكم بتحريم وبطلان كل التزام يفضي في مآله إلى المعصية، ويستخدم طريقاً إليها، ولو وافق في صورته الظاهرة أحكام الشريعة^(٣).

ويعارض هذا الدليل قول النووي: إن الشريعة لاتعطي الذريعة حكم الشيء المتوصل بها إليه إلا إذا كانت مستلزمة له، فاتفق أهل العلم مقصود به هذا النوع من الوسائل^(٤).

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه مع الزوائد ٨١٣/٢ كتاب الصدقات، باب القرض من حديث إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد الضبي عن يحيى. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٨١٣/٢ والشوكاني في نيل الأوطار ٢٣٢/٥، والبوصيري في الزوائد ٨١٣/٢، عتبة ضعفه أحمد وأبو حاتم، وثقه ابن حبان، وإسماعيل بن عياش ضعيف. ويحيى هو يحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله. أهد. وأجاب شيخ الإسلام عن ذلك فقال في الفتاوى الكبرى ١٥٩/٦. ١٦٠: ليس هذا يحيى بن أبي إسحاق الحضرمي وإنما هو - والله أعلم - يحيى بن يزيد الهنائي، فلعل كنية أبيه أبو إسحاق، وكلاهما ثقة. وعتبة بن حميد قال عنه أبو حاتم: هو صالح الحديث، وروى عن الإمام أحمد أنه قال: هو ضعيف ليس بالقوي، ثم قال: لكن هذه العبارة يقصد بها إنه ليس ممن يصح حديثه وإنما هو ممن يُحسن حديثه، وقد كانوا يسمون حديث مثل هذا ضعيفاً، ويحتجون به لأنه حسن. وإسماعيل بن عياش حافظ ثقة في حديثه عن الشاميين وغيرهم، وإنما يضعف حديثه عن الحجازيين. وليس حديثه هذا عن الحجازيين.

(٢) الفتاوى الكبرى ١٦٠/٦.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٥٩، ٣٦٠، الفروق ٢/٣٢، الفرق ٥٨، أعلام الموقعين ٣/١٥٦، ١٥٨، الفتاوى الكبرى ١٧٤/٦.

(٤) المجموع ١٠/١٥٩.

الدليل الثالث:

أنه قد ورد الخبر عن الله سبحانه وتعالى ورسوله ﷺ عن أقوام يستحلون المحرمات بتغيير أسمائها، وهذا ما يفعله أصحاب الخيل، فإنهم يعمدون إلى الأحكام فيعلقونها بمجرد الألفاظ، ويزعمون أن الذي يستحلونه ليس داخلاً في لفظ الشيء المحرم، وبناء الأحكام في المعاملات على المقاصد والمعاني يسد باب الخيل. ومن النصوص الواردة في تحريم الخيل ووجوب رد الأحكام إلى المقاصد قوله ﷺ (ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها)^(١). وقال الأوزاعي قال رسول الله ﷺ: (يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع)^(٢).

وعن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - قال بلغ عمر أن فلاناً باع خمراً، قال: قاتل الله فلاناً، ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم، فجملوها فباعوها)^(٣). قال شيخ الإسلام: جمّلوها معناه: أذابوها حتى تصير ودكاً، فيزول عنها اسم الشحم. فأكلوا الشحم بعدما غيروا صورته، وقالوا: ما أكلنا الشحم مع أنهم أكلوه، ولكن بعد أن أصبح له أسم آخر وصورة أخرى، فلو كان التحريم معلقاً بمجرد اللفظ، وبظاهر من القول دون رعاية لمقصود الشيء المحرم ومعناه وحقيقته لم يستحق اليهود اللعنة لوجهين:

أحدهما: أن الشحم خرج بتجميله عن أن يكون شحماً، وصار ودكاً، كما يخرج الربا بالاحتتيال فيه عن لفظ الربا إلى أن يصير بيعاً عند من يستحل ذلك^(٤).

الثاني: أنهم لم ينتفعوا بعين الشحم وإنما انتفعوا بالثمن. فيلزم من راعى مجرد الألفاظ دون المقاصد والحقائق ألا يحرم ذلك إلا أن يكون الله تعالى حرم الثمن تحريماً غير تحريم الشحم، فلما لعن النبي ﷺ اليهود على استحلالهم الأثمان مع تحريم المثلث وإن لم ينص على تحريم الثمن، علّم أن الواجب النظر إلى المقصود من جهة أن تحريم العين تحريم للانتفاع بها بأي وجه من الوجوه^(٥).

قال شيخ الإسلام: ولمن يُجوز الخيل في باب الأثمان من هذا الضرب فنون كثيرة

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ١٢٢٣/٢ كتاب الأشربة، باب الخمر يسمونها بغير اسمها. قال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٤٠/٦ «وهذا إسناد صالح متصل».

(٢) قال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٤١/٦. «هو مرسل له شواهد من المسند، وقال المرسل صالح للاعتضاد به باتفاق الفقهاء».

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٨٣/٤، كتاب البيوع، باب لا يذنب شحم الميت ولا يباع ودكه.

(٤) الفتاوى الكبرى ٣٤/٦، ٣٦.

يعلقون الحكم فيها بمجرد اللفظ من غير التفات إلى المقصود، فيقعون في مثل ما وقعت فيه اليهود^(١).

الدليل الرابع:

عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)^(٢). قال شيخ الإسلام في معرض استدلاله بهذا الحديث والحكم بإباحة التصرفات التي يقصد بها إسقاط واجب، أو استباحة محرم اكتفاء بالصورة الظاهرة من البدع المحدثه في الدين، أول ما عرفت في أواخر عصر صغار التابعين بعد المائة الأولى بسنين كثيرة، والقول ببدعية هذا المنهج في الحكم على التصرفات من عقود وغيرها، أمر لا يشك فيه أدنى من له علم بآثار السلف^(٣).

الدليل الخامس:

أن أصحاب رسول الله ﷺ أجمعوا على إبطال الالتزام الذي يقصد من ورائه أمر محرم، وإجماعهم حجة قاطعة، يجب اتباعها^(٤).

الدليل السادس:

أن التحايل بالعقد إلى ما يخالف مقصود الشارع من مشروعية العقد مخادعة لله تعالى فقول القائل «بعت»، و«اشتريت»، و«أنكحت»، و«نكحت» إنشاء للعقد، فإذا لم يكن مقصوده انتقال الملك الذي وضعت له هذه الصيغة، ولا ثبوت النكاح الذي جعلت له هذه الكلمة، بل قصد ما ينافي العقد، أو قصد بالعقد شيئاً آخر خارجاً عن أحكام العقد، وهو أن تعود المرأة إلى زوجها المطلق بعد الطلاق، أو تعود السلعة إلى البائع بأكثر من ذلك الثمن، كان بذلك مخادعاً؛ لمباشرته الكلمات التي وضع الشارع لها حقائق ومقاصد، وهو لا يريد مقاصدها وحقائقها. وهو ضرب من النفاق في آيات الله وحدوده^(٥).

والتحيل على هذا الوجه كما أنه مخادعة لله تعالى هو استهزاء بآيات الله فإن العهود والمواثيق من آيات الله وقد استخدمها المحتال على وجه مخالف لمقصود الشارع فيجب إبطال هذا الاستهزاء، وإبطاله يكون بعدم الاعتداد به، وعدم تحقيق

(١) الفتاوى الكبرى ٣٦/٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على حور فالصلح مردود، انظر الصحيح مع شرحه عمدة لقاري ١٩٣/١١.

(٣) الفتاوى الكبرى ٧٧/٦، ٧٩.

(٤) الفتاوى الكبرى ١٦٢/٦ - ١٦٤.

(٥) الفتاوى الكبرى ٢٠/٦، ٢١.

مقصد المستهزئ، فإذا كان مقصده تصحيح الالتزام يجب الحكم ببطالان ذلك الالتزام، وإن كان المستهزئ قصد اللعب بهذه الألفاظ، دون لزوم حكمها وجب إبطال لعبه بإلزامه بأحكامها^(١).

الدليل السابع:

أن كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله باطل، والمناقضة واقعة من وجهين:

الوجه الأول: أن الشارع إنما شرع العقود والالتزامات لتحصيل مصالح معينة ودرء مفاسد معينة، فمن ابتغى بهذه العقود غير ما وضعت له فقد جعل المصلحة التي اعتبرها الشارع ملغاة، والمفسدة التي درأها الشارع مقصودة.

الوجه الثاني: أن المكلف إذا استخدم العقود ونحوها وسيلة لغير ما شرعت له، فهو في الحقيقة لم يباشر العقد الذي شرعه الله، وإنما باشر عملاً آخر يشبهه في الصورة، ولكنه يخالفه في المآل؛ لذا كان شيئاً غيره^(٢).

القول الثاني: العبرة في الحكم على العقود وسائر الالتزامات بالألفاظ لا المقاصد.

أشهر من ذهب إلى هذا القول الإمام الشافعي، فقد قال: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولابعدة بين المتبايعين، وأجزئته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت، كانت تفسد البيع»^(٣) واختلف الشافعية في نوع الكراهة في كلام الشافعي، هل هي للتحريم، أو للتنزيه^(٤). ولكن لا تلازم عندهم بين القول بتحريم العقد، والقول ببطالانه^(٥) فيصح مع وجود القصد المحرم ظاهراً وباطناً^(٥).

وهو مذهب الحنفية^(٦). إلا أنهم خرجوا عنه في مسائل كثيرة: منها قولهم بتحريم العينة^(٧)، وتحريم الهدية للقاضي^(٨)، وتصحيح العقد بلفظ عقد آخر، مراعاة للمقصد^(٩).

(١) الفتاوى الكبرى ٢٢/٦، ٢٣، الموافقات ٢/٣٣٥.

(٢) الموافقات ٢/٣٣٣ - ٣٣٥، الفتاوى الكبرى ١٦٦/٦، ١٦٧.

(٣) الأم ٣/٧٤.

(٤) فتح الباري ١٢/٣٤٤.

(٥) تكملة المجموع ١٠/١٦٢.

(٦) بدائع الصنائع ٣/١٨٧.

(٧) البحر الرائق ٦/٩٠.

(٨) تبين الحقائق ٤/١٧٨.

(٩) شرح القواعد لأحمد الزرقاء ص ١٣.

وللحنفية، والشافعية قاعدة تقول: «العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني» هي محل اتفاق عند الحنفية^(١)، ومحل خلاف عند الشافعية^(٢) ولكنها محصورة عندهم في موضوع واحد، هو إجراء العقد بلفظ عقد آخر وكذلك سائر الالتزامات، كإجراء البيع بلفظ السلم، ولا يدخل فيها الحكم ببطان العقد إذا قصد به أمراً مخالفاً لمقصد الشارع.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قال فيه الشافعي: إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ، وأمر أمته أن يجروا الأحكام الدنيوية على الناس حسبما يظهر منهم دون اعتبار بالمقاصد والنيات. ففرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا، فتحقق دماؤهم إذا أظهروا الإسلام، ثم أطلع الله رسوله ﷺ على قوم يظهرون الإسلام ويسرون غيره فلم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا، فقال لنبيه ﷺ: ﴿قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قَوْلُوا أَسْلَمْنَا﴾^(٣)، ويعني أسلمنا بالقول مخافة القتل والسبي، ثم أخبرهم أنه يشيهم، إن هم أطاعوا الله ورسوله.

وقال في المنافقين وهم صنف ثان: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ﴾، إلى قوله ﴿اتَّخِذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾^(٤). يعني جنة من القتل فجعل لدعواهم أثراً.

وبذلك مضت أحكام رسول الله ﷺ فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق، أعلمهم أن جميع أحكامه على ما يُظهرون. فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم؛ استدلالاً على أن ما أظهروا خلاف ما أبطنوا بدلالة منهم، أو غير دلالة لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة^(٥).

واستكمل ابن القيم تبين دليل الشافعي قائلاً: وقد جعل النبي ﷺ الهازل بالنكاح، والطلاق، والرجعة كالجداد بها مع أنه لم يقصد حقائق هذه العقود، وأبلغ

(١) شرح القواعد للزرقاء ص ١٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٦ - ١٦٩، نهاية المحتاج ٨٥/٤.

(٣) سورة الحجرات، الآية رقم ١٤.

(٤) سورة المنافقون، الآية رقم ١، ٢.

(٥) الأم ٢٩٧/٧، أعلام الموقعين ٣/ ١٠٠ - ١٠٣.

من هذا قوله ﷺ: (إنما أقضي بنحو ما أسمع، فمن قضيتُ له شيء من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطعُ له قطعة من النار)^(١)، فأخبر النبي ﷺ أنه يحكم بالظاهر، وإن كان في نفس الأمر لأجل للمحكوم له ما حكم له به، وفي هذا كله دلالة على إلغاء المقاصد والنيات في العقود، وإبطال سد الذرائع، ووجوب اتباع ظواهر عقود الناس وألفاظهم^(٢).

وقد اعترض ابن القيم على هذا الدليل بقوله: إن أدلة الشافعي وأضعافها كلها إنما تدل على أنه إذا ظهر أن قصد المتكلم موافق لكلامه وجب حمل اللفظ على القصد، وإذا لم يظهر له قصد يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره. وليس هذا محل النزاع، إنما النزاع فيما لو ظهر أن للمتكلم قصداً هو بخلاف ما أظهره في كلامه، فهل الاعتبار بظواهر الألفاظ، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها. وقد تضافرت أدلة الشرع على أن القصود في العقود معتبرة^(٣).

الدليل الثاني:

أن الله تعالى قد تجاوز لهذه الأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به^(٤).

ويعترض عليه: بأن الخلاف ليس في حديث النفس المجرد عن العمل، وإنما في عمل انبنى على نية، والحديث فيه دلالة على أن حديث النفس إذا بعث صاحبه على عمل معين فإنه يحكم على هذا العمل بحسب الباعث عليه المكنون في النفس.

الدليل الثالث:

السبب الذي ينشأ به القصد هو الإيجاب والقبول فإذا وجد نشأ العقد، والمقصد غير المشروع الذي لم يصرح به في العقد هو شيء خارج عن العقد^(٥).

ويعترض عليه: بأن السبب لا يؤتي ثماره إلا إذا خلا من المانع، والمقصد المخالف لمقاصد الشريعة مانع من تحقق أثر الإيجاب والقبول.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ مقارب ١٣/١٨٤، كتاب الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لأجل حراماً ولا يحرم حلالاً.

(٢) اعلام الموقعين ٣/١٠٣، ١٠٤.

(٣) اعلام الموقعين ٣/١٠٩.

(٤) الأم ٥/٨٠. وأخرج مسلم في صحيحه ١/١٤٧، كتاب الإيمان، باب الإسراء برسول الله ﷺ أن الله تعالى قال لنبيه ﷺ: (ومن هم بسينة فلم يعملها لم يكتب شيئاً).

(٥) الأم ٣/٧٤.

الترجيح:

الراجع - فيما يظهر لي - القول الأول؛ لأن أدلتهم منصبة على المقصد الذي دلت عليه قرائن خارجية، وهي مسألة المخالفين، بينما أدلة أصحاب القول الثاني منصبة على المقصد الذي لم تدل عليه قرينة، وبقي في علم الغيب.

المبحث الثاني

اتفاق العاقدین علی إنشاء عقد مباح لیكون وسیلة
إلى عمل غیر مباح

وفیه مطلبان:

المطلب الأول: بیع العینة.

المطلب الثاني: بیع أو تأجیر السلعة لمن یستخدمها فی عمل محرم.

المطلب الأول

بيع العينة

وفيه تمهيد ومسالتان:

المسألة الأولى: حكم بيع العينة من حيث الحل والحرمة.

المسألة الثانية: حكم بيع العينة من حيث الصحة والبطالان.

التمهيد وفيه بيان صفة بيع العينة:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: صور بيع العينة.

الصورة المشهورة للعينة أن يبيع سلعة بضمن مؤجل، أو حال لم يقبض، ثم يشتريها بأقل منه نقداً.

بهذه الصورة فسر الصحابة - رضوان الله عليهم - «العينة»^(١). ونص عليها جميع الفقهاء^(٢)، ولها صور أخرى^(٣). واستعمل لفظ «العينة» في معنى أوسع مما هو مشهور اصطلاحاً، فأطلقه الإمام أحمد على اقتصار التاجر على أن يبيع بضاعته نسيئة، ولا يبيع شيئاً منها نقداً، وقد كره الإمام ملازمة هذا الطريق من البيع^(٤).

وأطلق المالكية اسم «العينة» على البيع المبني على مواعدة سابقة تمت قبل أن يملك البائع السلعة المعقود عليها، وحرموها في بعض الصور، وكرهوها في صور أخرى، وأباحوها، في صور دون كراهة^(٥). وبلغت أربعاً وعشرين صورة^(٦). وقال المالكية

(١) تهذيب السنن ١٠١/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٥، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٨٨/٣، ٨٩، مواهب الجليل، ٤٠٤/٤. تخریج الفروع للزنجاني ص ١٨٠، الروض المربع ٣٨٤/٤، غاية المنتهى ١٩/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٥، مواهب الجليل ٤٠٤/٤، تهذيب السنن ١٠٩/٥.

(٤) تهذيب السنن ١٠٩/٥، المغني ٢٦٢/٦.

(٥) حاشية الدسوقي ٨٩/٣، ٩٠.

(٦) شرح منح الجليل ٥٨٨/٢، الفروع ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤، مواهب الجليل ٣٩٢/٤.

في تبين ضابط العينة المحرمة: «إن كان المبيع - ثوباً مثلاً - فاجعله ملغياً، كأنه لم يقع فيه عقد، ولا وقع فيه ملك، واعتبر ماخرج من اليد خروجاً مستقراً انتقل الملك به وما عاد إليها، وقابل أحدهما بالآخر، فإن وجدت في ذلك وجهاً محرماً ما لو أقرأ بأنهما عقداً عليه لفسخت عقدهما، فامنع هذا البيع»^(١). وكل بيع من بيوع الآجال، يسميه المالكية، عينة فكثرت صور العينة عندهم حتى أن القرافي قال: «وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة»^(٢).

الفرع الثاني: شروط تحقق العينة في البيع.

الشرط الأول: كون العقد الثاني قبل قبض الثمن الأول.

نص عليه الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الشرط الثاني: عدم تغير المبيع بنقص أو عيب. كأن تكون سيارة فتصدم.

نص عليه الحنفية^(٦)، والحنابلة^(٧).

الشرط الثالث: أن يكون المشتري هو البائع:

نص عليه الحنفية^(٨)، والمالكية^(٩)، والحنابلة^(١٠).

فإذا كان وكيله، فالبيع عينة عند المالكية^(١١)، والحنابلة^(١٢)، وهو قول الصحابين

من الحنفية^(١٣)، وفي القول الآخر عند الحنفية البيع بهذه الصفة ليس عينة^(١٤).

وإذا كان قريبه ممن لا تقبل شهادته له فالبيع عينة في قول أبي حنيفة^(١٥).

(١) شرح منج الجليل ٥٨٨/٢، الفروق ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤، مواهب الجليل ٣٩٢/٤.

(٢) الفروق ٣٢/٢، الفرق ٥٨.

(٣) مجمع الأنهر ٦٠/٢.

(٤) أسهل المدارك ٢٥٦/٢، ٢٥٧، مواهب الجليل ٣٩٤/٤.

(٥) حاشية العنقري على الروض ٥٤/٢، شرح منتهى الإرادات ١٥٨/٢.

(٦) البحر الرائق ٩٠/٦، بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(٧) المبدع ٤٩/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٨/٢.

(٨) البحر الرائق ٩٠/٦.

(٩) بداية المجتهد ١٤٢/٢، الخرشي ٩٥/٥.

(١٠) المغني ٢٦٣/٦.

(١١) الخرشي ٩٥/٥، مواهب الجليل ٣٩٣/٤.

(١٢) المبدع ٤٩/٤، المغني ٢٦٣/٦.

(١٣) البحر الرائق ٩٠/٦، بدائع الصنائع ٢٠٠/٥.

(١٤) المبسوط ١٢٤/١٣.

(١٥) تبين الحقائق ٥٤/٤، شرح فتح القدير ٦٨/٦.

وفي قول ثان هو للصاحين^(١)، وللمالكية^(٢)، وللحنابلة: أن البيع ليس عينة، قال الحنابلة ما لم يكن حيلة^(٣).

وإذا كان وارثه فالبيع عينة في قول أبي يوسف^(٤)، والمالكية^(٥).

وفي قول ثان نص عليه جمهور الحنفية: إن البيع ليس عينة، إذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال حياته^(٦).

الشرط الرابع: كون الثمن من جنس الأول.

نص عليه الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والحنابلة^(٩).

فإذا كان من غير جنسه، فإن كان عرضاً، فالبيع ليس عينة اتفاقاً، كأن يبيع السلعة بنقد، ثم يشتريها بعرض^(١٠).

وإن كان قد باع بنقد دنانير مثلاً، ثم اشتراها بنقد من نوع آخر (دراهم مثلاً)، فقولان:

القول الأول: أن البيع عينة. نص عليه الحنفية^(١١)، والمالكية^(١٢)، وبعض الحنابلة^(١٣).

القول الثاني: أن البيع ليس عينة، وهو قول زفر^(١٤)، وجمهور الحنابلة^(١٥).

الشرط الخامس: أن يكون الثمن الثاني أقل من الأول:

نص عليه الحنفية^(١٦)، والمالكية^(١٧)، والحنابلة^(١٨).

(١) البحر الرائق ٩٠/٦، بدائع الصنائع ١٩٩/٥، ٢٠٠.

(٢) مواهب الجليل ٣٩٣/٤، الشرح الكبير ٣٤٢/٢.

(٣) المبدع ٤٩/٤، غاية المنتهى ٢٠/٢.

(٤) البناء بهامش شرح الفتح ٤١٨/٦، بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(٥) البيان والتحصيل ٩٠/٧، مواهب الجليل ٣٩٤/٤، الخرشي ٩٥/٥.

(٦) البدائع ١٩٩/٥، البحر الرائق ٩٠/٦.

(٧) تبين الحقائق ٥٥/٤، البحر الرائق ٩٠/٦.

(٨) مواهب الجليل ٣٩٢/٤.

(٩) شرح الروض المربع ٣٨٦/٤، المبدع ٤٩/٤.

(١٠) البحر الرائق ٩٠/٦، مواهب الجليل ٣٩٧/٤، المغني ٢٦١/٦.

(١١) تبين الحقائق ٥٥/٤.

(١٢) الخرشي ٩٨/٥، مواهب الجليل ٣٩٦/٤.

(١٣) الروض المربع ٣٨٦/٤، غاية المنتهى ١٩/٢.

(١٤) المبسوط ١٢٣/١٣.

(١٥) المبدع ٤٩/٤.

(١٦) حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٥، بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

(١٧) مواهب الجليل ٣٩٢/٤.

(١٨) الروض المربع ٣٨٤/٤، ٣٨٥، غاية المنتهى ٢١/٢.

الشرط السادس: أن يكون الثمن الأول مؤجلاً والثاني نقداً.

به قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

فإذا كانا نقداً فالبيع ليس عينة، إلا أن المالكية قالوا إنه يكون عينة، إذا كان العاقدان من المعروفين بالتعامل بالعينة^(٤).

الشرط السابع: أن يشتريها المشتري، أو وكيله.

نص عليه الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والحنابلة^(٧).

فإذا كان الشراء من وارث المشتري ففي كون العقد عينة قولان:

قول: أنه عينة، وإليه ذهب الحنفية^(٨). وقول: أنه ليس عينة، وإليه ذهب المالكية^(٩)، والحنابلة^(١٠).

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥/٥.

(٢) الخرشي ٩٥/٥.

(٣) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٣٨٥/٤.

(٤) مواهب الجليل ٣٩٣/٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٩٩/٥، المبسوط ١٢٥/١٣.

(٦) الخرشي ٩٥/٥، الشرح الصغير ٤١/٢.

(٧) غاية المتهى ٢٠/٢.

(٨) البحر الرائق ٩٠/٦.

(٩) البيان والتحصيل ٩٠/٧، ٩١.

(١٠) كشف القناع ١٨٥/٣.

المسألة الأولى

حكم بيع العينة من حيث الحل والحرمه

تحرير محل النزاع:

اتفق أهل العلم على أنه لا يجوز للمسلم أن يقصد بالعقد المباح في الأصل التوسل به إلى الربا^(١). واتفقوا على تحريم بيع العينة إذا ورد في العقد الأول شرط صريح بإجراء العقد الثاني. واختلفوا في حكمه إذا تم دون شرط صريح^(٢).
وقال القرطبي: اتفقوا على منع من باع بالعينة، إذا عُرِف بذلك وكانت عادته^(٣). اهـ. ولكن الخلاف في ذلك قائم^(٤).

ولأهل العلم في حكم بيع العينة من حيث الحل والحرمه ثلاثة أقوال:

القول الأول: بيع العينة محرم.

هو قول الحنفية^(٥)، مع أن أصلهم عدم الاعتداد بالمقاصد. وصرحوا بأن الحامل لهم على تركه في هذه المسألة وجود النصوص الدالة على خلافه^(٦).
وهو قول المالكية^(٧). ويقول القرافي في تحرير مذهب المالكية في هذه المسألة:

اختلف في وجه المنع في بيوع الآجال، فقبل لأنها أكثر معاملات أهل الربا، وقيل بل سداً لذرائع الربا، فعلى الأول من علم من عادته تعمد الفساد حُمِل عقده عليه وإلا مضى، فإن اختلفت العادة منع الجميع وإن كان من أهل الدين والفضل، ثم قال: «وضابط هذا الباب أن المتعاقدين إن كانا يقصدان إظهار مايجوز ليتوصلا به إلى

(١) الموافقات ٤/ ٢٠٠.

(٢) شرح منح الجليل ٥٨٦/٢، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٧٤/٢٨.

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٦٠.

(٤) انظر قول الشافعي في الأم ٧٤/٣.

(٥) البحر الرائق ٦/ ٩٠، حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٥، ٣٢٦.

(٦) بدائع الصنائع ١٩٩/٥، تبين الحقائق ٥٣/٤.

(٧) أسهل المدارك ٢٥٦/٢، بداية المجتهد ١٤١/٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٥٩.

ما لا يجوز فيفسخ العقد إذا كثر القصد إليه اتفاقاً من المذهب، فإن بعدت التهمة بعض البعد وأمكن القصد إليه فقولان^(١).

وهو قول لبعض الشافعية إذا كان البيعان ممن اعتاد التعامل بالعينة وعرفاً بذلك^(٢).
وهو قول الحنابلة^(٣).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم)^(٤).

وجه الاستدلال بالحديث: أن النبي ﷺ جعل التبايع بالعينة من مظاهر الخروج العملي عن الدين، ومن أسباب نزول الذل على المسلمين، ووصفه بهذه الصفات دليل على أنه محرم^(٥).

واعترض عليه من جهة المعنى: بأنه اقترن في الحديث بيع العينة بأعمال ليست من المحرمات، وهي العمل على البقر، والاشتغال بالزرع^(٦).

والجواب عن هذا الاعتراض: أن المقصود بالعمل على البقر، والاشتغال بالزرع ما أشغل منه عن الجهاد، كما دل عليه قوله ﷺ (وتركتكم الجهاد)، وليس مطلق العمل والاشتغال^(٧).

(١) الفروق ٢٦٨، الفرق ١٩٤.

(٢) روضة الطالبين ٤١٧/٣.

(٣) اعلام الموقعين ٣/٣٢٣، الروض المربع ٤/٣٨٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩/٤٣٠، ٤٣٦، المغني ٢٦٠/٦.

(٤) أخرجه الإمام أحمد في السند ٤٤/١٥، وأبو داود في سننه ٩٩/٥، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة. وقال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٤٤/٦، ٤٥ إن الإمام أحمد رواه فقال: أنبأنا أسود بن عامر، حدثنا أبو بكر، عن الأعمش، عن عطاء بن أبي رباح، عن ابن عمر. قال شيخ الإسلام رجال هذا الإسناد أئمة مشاهير، لكن نخاف ألا يكون الأعمش سمعه عن عطاء، أو أن عطاء لم يسمعه من ابن عمر. لكن الإسناد الثاني لأبي داود يرفع هذا التخوف، فقد رواه أبو داود بإسناد صحيح إلى حيوة بن شريح المصري، عن إسحاق، إلى عبد الرحمن الحراساني ثقة، أن عطاء الحراساني حدثه عن ابن عمر، قال سمعت رسول الله ﷺ قال ... وعطاء الحراساني ثقة مشهور، وحيوة بن شريح كذلك وأفضل. وأما إسحاق بن عبد الرحمن فشيخ روى عنه أئمة المصريين. اهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ١٧/٤: ولكن للحديث طريق أحسن من هذا، رواه الإمام أحمد في كتاب الزهد. اهـ. وقد جمع البيهقي في سننه ٣١٦/٥، والخافظ في التلخيص ١٩/٣ طرق الحديث والفاظه.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٢٦/٥، الفتاوى الكبرى ٤٤/٦، المغني ٢٦٢/٦.

(٦) نيل الأوطار ٢٠٨/٥.

(٧) السابق.

وهذا التفسير للحديث له أصل في كتاب الله تعالى، فإن الله تعالى يقول ﴿وَأَنْفَقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(١).

قال أبو أيوب الأنصاري: إنها نزلت في الأنصار لما قال بعضهم لبعض، وقد فتح الله على نبيه: ألا نلقتُ إلى أموالنا فنشمرها، فنزلت، قال أبو أيوب: «فالإلقاء إلى التهلكة، أن نقيم في أموالنا، ونصلحها ونُدع الجهاد»^(٢).

الدليل الثاني:

عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة - رضي الله عنها -، فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصاري، وامرأة أخرى، فقالت أم ولد زيد: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بشمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته بستمانمائة درهم نقداً، فقالت لها عائشة: أبلغني زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بثمنا شريت، وبثمنا اشتريت^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث: أن الوعيد الشديد الذي توعدت به عائشة على العينة لا يلحق إلا من ارتكب معصية كبيرة، كما أنها وصفت بيع العينة بأنه سوء، ولو لم يكن عندها في ذلك كله نقل عن رسول الله ﷺ لما استجازت أن تقول له فإنه مما لا يُجترأ عليه بالاجتهاد^(٤)، وقد ذمت عائشة العقد الأول؛ لأنه وسيلة، والثاني؛ لأنه المقصود^(٥).

وقد اعترض علي الاستدلال بهذا الحديث من جهة الإسناد، ومن جهة المتن:

فمن جهة الإسناد قال ابن عبد البر: هذا الخبر لا يشته أهل العلم بالحديث، ولا هو مما يحتج به عندهم^(٦). وقال الدارقطني: الحديث ضعيف، لأن امرأة أبي إسحاق السبيعي مجهولة الحالة^(٧).

(١) سورة البقرة، الآية رقم ١٩٥.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ٢١٢/٥ كتاب تفسير القرآن، ماجاء في تفسير سورة البقرة، وأبو داود في سننه ٣٧٠/٣، كتاب الجهاد، باب قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾، والحاكم في المستدرک ٢٧٥/٢، قال الترمذي: الحديث حسن، صحيح، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٣٣٠/٥، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل. والدارقطني في السنن ٥٢/٣، في البيوع، وعبد الرزاق في مصنفه ١٨٤/٨، ١٨٥.

(٤) نيل الأوطار ٢٠٦/٥، بدائع الصنائع ١٩٨/٥، ١٩٩، الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٤٨/٦.

(٥) البحر الرائق ٩٠/٦، شرح فتح القدير ٩٠/٦، شرح فتح القدير ٧٠/٦، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٥٩/٣، المجموع ١٥٤/١٠، أعلام الموقعين ١٦٧/٣، نيل الأوطار ٢٠٦/٥.

(٦) سنن البيهقي ٢٢١/٥.

(٧) سنن الدارقطني ٥٢/٣.

وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن امرأة أبي إسحاق هي العالية بنت بن شراحيل، وهما إمامان، قاله ابن الترمذاني^(١) وقال ابن سعد: والعالية دخلت على عائشة وسمعت منها^(٢)، وقال ابن القيم: ولا يعرف أحد قط من التابعين أنكر على العالية هذا الحديث، ولا قدح فيها من أجله^(٣)، وقال: وقد روى عنها زوجها وابنها، وهما من هما، فذلك تعديل لها^(٤).

واعترض عليه من جهة المعنى باعتراضين:

الاعتراض الأول: يحتمل أن سبب إنكار عائشة أن الثمن في البيع الأول إلى أجل غير معلوم، لا لأجل أنها اشترت بنقد وباعته إلى أجل. قاله الشافعي^(٥). وأجيب عنه بثلاثة أجوبة:

الأول: أن مذهب عائشة جواز البيع إلى أجل غير معلوم^(٦).

الثاني: أن عائشة صححت البيع الأول، فلو كانت أنكرته لكونه إلى أجل غير معلوم لما صححته^(٧).

الثالث: أن السائلة قالت لعائشة «أرأيت إن لم أخذ إلا رأس مالي»، فقلت عائشة عليها هذه الآية: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾^(٨).

دليل على أن التغليظ والإنكار منها على البيع إنما كان لأجل أنه ربا، لا لأجل جهالة الأجل^(٩).

الاعتراض الثاني: أن غاية ما دل عليه هذا الأثر أن عائشة، وزيداً - رضي الله عنهما - اختلفا في حكم بيع العينة، فترجح قول الذي معه القياس، والقياس مع زيد. ووجه القياس: أن كلا من البيعتين منفصلة عن الأخرى، وتوفرت فيها شروط الصحة، ودليل ذلك أن المشتري لو عاد فباع السلعة بما اشتراها به، أو أكثر صح عند الجميع^(١٠).

(١) الجوهر النقي ٥/ ٣٣٠.

(٢) الطبقات الكبرى ٨/ ٣٥٧.

(٣) اعلام الموقعين ٣/ ١٦٧.

(٤) تهذيب السنن ٥/ ١٠٠.

(٥) الام ٣/ ٧٨.

(٦) تبين الحقائق ٤/ ٥٤، شرح فتح القدير ٦/ ٧١، المجموع ١٠/ ١٥٤.

(٧) الجوهر النقي ٥/ ٢٣١.

(٨) سورة البقرة، الآية رقم ٣٧٥.

(٩) الفتاوى الكبرى ٦/ ٤٨، ٤٩، وانظر هذه الرواية في مصنف عبد الرزاق ٨/ ١٨٥.

(١٠) الام ٣/ ٧٨.

الدليل الثالث:

أنه صح عن جمع من الصحابة أنهم قالوا: إن بيع العينة مما حرمه الله ورسوله، وأنه من استحلال الربا باسم البيع.

نقل هذا عن أنس^(١)، وابن عباس^(٢) - رضي الله عنهم -، وقال شيخ الإسلام: ولم يبلغنا أن أحداً من الصحابة، بل ولا من التابعين رخص في ذلك، مع ما نقل عنهم من تحريمه، فيكون حجة، بل إجماعاً^(٣).

الدليل الرابع:

أن العينة ذريعة إلى الربا، وسد الذرائع في الشريعة ثابت، والربا أحق ما حُمت مراتعه وسُدَّت طرائقه. ووجه الربا فيه: وجود التفاضل بين النقيدين في الثمن الأول والثمن الثاني^(٤). قال محمد بن الحسن: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم، اخترعه أكلة الربا^(٥).

وقد اعترض عليه الشافعية باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن التهمة لا تحرم البيع الذي أحله الله^(٦).

وهذا هو أصل عند الشافعية في كل الالتزامات.

الاعتراض الثاني: أن العقد الأول لا يستلزم وجود الثاني فلا يكون ذريعة له^(٧).

وأجيب عنه بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فالبيعان في صورة العينة متلازمان في قصد المتبايعين، فكأنهما صرحا بالقصد فيكون القصد موجوداً حكماً، وإن لم يصرح به^(٨).

القول الثاني: بيع العينة جائز.

هو قول أبي يوسف من الحنفية، وقال بعض الحنفية: إن الجائز عنده التورق^(٩).

(١) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ٤٦/٦.

(٢) تهذيب السنن ١٠١/٥ وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٧/٦، ٤٨، وعبد الرزاق في مصنفه ١٨٧/٨.

(٣) الفتاوى الكبرى ٤٨/٦.

(٤) بدائع الصنائع ١٩٩/٥، الجامع لأحكام القرآن ٣/٣٦٠، الروض المربع ٤/٣٨٤، المبدع ٤/٤٨.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٢٦/٥.

(٦) الأم ٧٨/٣.

(٧) المجموع ١٥٩/١٠.

(٨) شرح منج الجليل ٥٨٦/٢.

(٩) قال شيخ الإسلام مجموع الفتاوى ٤٣٤/٢٩: التورق أن يشتري السلعة نسيئة ثم يبيعها لآخر نقداً، وقد تنازع فيها السلف والعلماء.

لا العينة^(١)، وهو قول جمهور الشافعية^(٢)، وقال الشاطبي: إن الجواز عند من قال به، محله عندهم إذا لم يظهر أن مقصد العاقدین التحايل على الربا^(٣). ولكن الشافعية أباحوا العينة ممن اعتاد التعامل بها وعرف بذلك^(٤)، فقولهم بالإباحة لا يرد عليه ما قاله الشاطبي.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

الأصل في العقود الإباحة، وقد تم البيع بأركانه وشروطه فيجب أن يكون صحيحاً. فهو كما لو باع سلعة بدينار، ثم اشتراها نقداً بدينار أو أكثر، أو اشتراها بأقل، لكن بعد مدة^(٥).

اعترض عليه: بأن العقد صورته الظاهرة صورة الحلال، وحقيقته الحرام، فلا يجوز أن تراعى الصورة وتلغى الحقيقة والمقصود، ولا يليق أن ننسب إلى الشارع أنه لعن أكل الربا، وأباح له أكله بطريق الحيلة^(٥). والصور المذكورة في الدليل تهمة التحايل على الربا منتفية عنها، بخلاف صورة العينة.

الدليل الثاني:

عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - (أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمر جنب، فقال رسول الله ﷺ: أكل تمر خبير هكذا؟ قال: لا والله يا رسول الله، إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: لاتفعل، بيع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيهاً^(٦). ووجه الدلالة: أن قوله ﷺ (ثم ابتع بالدراهم جنيهاً) أمر بالشراء، وهو يشمل الذي باع عليه الجمع وغيره، فالنبي ﷺ لم يفصل، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال^(٧).

واعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن هذا عام يحتمل صورة العينة وغيرها، وحديث عائشة،

ومافي معناه خاص بتحريم العينة، والخاص مقدم على العام.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٢٥/٥.

(٢) الأم ٧٨/٣، تلخيص التحير ١٩/٣، روضة الطالبين ٤١٧/٣.

(٣) الموافقات ٢٠٠/٤.

(٤) تكملة المجموع ١٥٥/١٠، وانظر الأم ٧٨/٣، والمحلى ٤٧/٩، ٤٨.

(٥) أعلام الموقعين ١٣٤/٣.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ٤٦٧/٤، كتاب البيوع باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه.

(٧) تكملة المجموع ١٥٥/١٠.

الاعتراض الثاني: أن البيع الوارد في حديث أبي سعيد يفترق عن بيع العينة في أمور لها أثرها في الحكم، فالثمن في كل من البيعين نقد بخلاف العينة، فإن أحدهما نسيئة، وبائع الجمع يشتري الجنيب من آخر^(١).

الدليل الثالث:

أن ابن عمر - رضي الله عنه - سئل عن رجل باع سرجاً بنقد، ثم أراد أن يبتاعه بدون ماباعه قبل أن يتنقد. فقال: لعله - أي المشتري - لو باعه من غيره باعه بدون ذلك فلم ير به بأساً^(٢). كما أن زيدا يرى الجواز ولذلك فعله، كما هو ثابت في حديث امرأة السبيعي.

واعترض عليه: بأن ابن عمر نقل عنه النهي عن بيع العينة^(٣)، فلا يكون هذا الخبر حجة في أنه يرى الإباحة. وأما زيد فإنه لم يقل بإباحة بيع العينة، وفعله له قد يكون سهواً منه. فلا يكون فعله مذهباً له.

القول الثالث: أن بيع العينة يحرم إذا وقع من اعتاد ذلك. هو قول عند الشافعية.

وعملوا له: بأن العادة بمنزلة الشرط المصرح به.

واعترض عليه: بأن قاعدة الشافعي عدم اعتبار العرف والعادة في الحكم بتحريم العقود^(٤).

سبب الخلاف والترجيح:

قال الزنجاني من الشافعية: إن سبب الخلاف هو التعارض القائم بين قول الصحابي والقياس، فإن عائشة - رضي الله عنها - أفتت بتحريم بيع العينة وبطلانه، والقياس يقتضي صحته، لتوفر شروط صحة البيع، فبعضهم قدم القياس، ومنهم الشافعي، وبعضهم قدم الأثر، وترك ما يقتضيه القياس^(٥).

(١) الفروق ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤، الفتاوى الكبرى ١٣٥/٦.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه ١٨٧/٥، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع السلعة، ثم يريد اشتراها بنقد، واللفظ له. والبيهقي في سننه ٣٣١/٥، البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل، ثم يشتريه بأقل، ولفظه: أن رجلاً باع من رجل سرجاً ولم ينقد ثمنه منه، فأراد صاحب السرج الذي اشتراه أن يبيعه، فأراد الذي باعه أن يأخذه دون ماباعه.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٣١٦/٥. وابن أبي شيبة في المصنف ٤٧/٦.

(٤) تكملة المجموع ١٥٧/١٠.

(٥) تخريج القواعد على الأصول ص ١٨٠.

وأما شيخ الإسلام، وابن القيم فيريان أن سبب الخلاف هو: اختلافهم في مراعاة المقاصد فمن راعاها حكم بتحريم بيع العينة، ومن لم يراعها جعله من البيوع المباحة؛ عملاً بلفظ العقدين^(١).

والسبب الثاني هو الأصوب والموافق لواقع المسألة.

والراجع: - والله أعلم القول الأول الذي ذهب أصحابه إلى تحريم بيع العينة، والمرجح له أمران:

الأول: خصوص الأدلة الواردة في تحريم بيع العينة.

الثاني: عموم الأدلة التي ثبت بها أن المقاصد لها اعتبار في الحكم بصحة العقود وسائر الالتزامات وبطلانها. وفي بيع العينة وجدت القرينة القوية التي تدل على أن هذا البيع ما أجري بهذه الصورة إلا للتوصل به إلى أكل الربا، وهذه القرينة، هي ارتباط العقدين، مع الحرص على أن يكون الثمن في الأول أجلاً في الثاني نقداً بأقل من الأول، وأن يكون البائع الأول هو الذي يشتري السلعة، وبتركيب العقدين بهذه الصورة المتكلفة توصل العقدان إلى القرض الربوي، وظهر أن المشتري ليس له في السلعة غرض وإنما غرضه الإقراض، وأن البائع ليس البيع مقصوده، وإنما مقصوده الإقراض برّبا.

المسألة الثانية

حكم بيع العينة من حيث الصحة والبطلان

الحكم على بيع العينة بالبطلان فرع عن الحكم فيه بالتحريم. وقد اتفق القائلون بتحريم بيع العينة على أن العقد الثاني منه باطل^(٢)، وذلك فيما يظهر لي، وفيه خلاف ضعيف عند المالكية^(٣). والعلة في ذلك أنه ربا محض^(٤).

وأما الحكم على العقد الأول فمحل خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول: أن العقد الأول باطل.

هو المشهور عند المالكية، وقيده بعضهم بأن تكون السلعة في يد المشتري^(٥). وهو قول عند الشافعية^(٦)، والمشهور عند الحنابلة^(٧).

(١) الفتاوى الكبرى ١٦٠/٦، أعلام الموقعين ١١٧/٣، ١١٨.

(٢) مواهب الجليل ٤٠٣/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٨/٢.

(٣) مواهب الجليل ٤٠٣/٤.

(٤) الفروق ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤، مواهب الجليل ٤٠٣/٤، ٤٠٥.

(٥) تكملة المجموع ١٥٧/١٠، روضة الطالبين ٤١٧/٣.

(٦) تهذيب السنن ١٠٧/٥، شرح منتهى الإرادات ١٥٨/٢، الفتاوى الكبرى ٤٩/٦.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول عائشة لأُم ولد زيد «بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت»^(١) فذمت العقدين معاً، وهذا دليل على أن حكمهما واحد^(٢).

واعترض عليه بإعتراضين:

الاعتراض الأول: أن عائشة - رضي الله عنها - أنكرت الأول مع صحته؛ لأنها علمت أنها قصدت به إيقاع البيع الثاني كما يفعل الناس^(٣).

والجواب عن هذا الاعتراض: أن تفسير الإنكار بأنه دليل على البطلان أولى من تفسيره بأنه دليل على الصحة.

الاعتراض الثاني: أن ذمها العقد الأول المقصود به التأكيد، لا الحكم ببطلانه^(٤).

الدليل الثاني:

أن عائشة - رضي الله عنها - وصفت ماجرى بين زيد وأم ولده من مبيعة بأنه ربا، ولم تفرق بين العقدين الأول والثاني، فتحقق الربا بمجموع العقدين، فحكمهما واحد^(٥).

القول الثاني: العقد الأول صحيح.

هو قول عند المالكية^(٦)، وقول عند الحنابلة، وشرطه عندهم ألا يكون العاقدان اتفقا على أن يكون الأول توطئة للثاني^(٧). وقال بعض الحنفية: إنه بيع صحيح^(٨)، وقال آخرون منهم: إنه فاسد^(٩)، وقال في مجمع الأنهر في التفريق بين الصحيح والفساد عند الحنفية: «وأعلم أن البيوع على أنواع: صحيح، وهو المشروع بأصله ووصفه، وباطل وهو ضده، ولا يفيد الملك بوجه، وفساد وهو المشروع بأصله دون الوصف، ويفيد الملك إذا اتصل به القبض»^(١٠).

(١) انظر تخريجه في ص ٦٨٧، ٦٨٨.

(٢) تهذيب السنن ١٠٧/٥.

(٣) الجوهر النقي ٢٣١/٥.

(٤) الفروع ١٧٠/٤.

(٥) الفتاوى الكبرى ٤٩/٦. وانظر الروض المربع ٣٨٦/٤. غاية المتبهي ١٩/٢.

(٦) مواهب الجليل ٤٠٣/٤.

(٧) الفروع ١٧٠/٤.

(٨) حاشية ابن عابدين ٣٢٦/٥.

(٩) البحر الرائق ٩٠/٦. والعناية بهامش شرح فتح القدير ٦٨/٦، ٦٩.

(١٠) ٥٣/٢.

دليل القول الثاني:

هو أن تلاوة عائشة الآية دليل على إبقائها العقد الأول، وأن العقد الذي أنكرته هو الثاني^(١).

وعلل الحنفية لقولهم إن العقد فاسد: بأن النهي عاد على العقد نفسه فاقضى فساد، فإن العقد فيه شبهة الربا؛ ولأجل ذلك تعلق به النهي^(٢).

الترجيح:

الراجح فيما يظهر لي القول الأول؛ لأن اسم «العينة» يقصد به مجموع العقدين، فيشملهما حكم العينة. ولأن العقدين ماهما - في الحقيقة - إلا عقد واحد، لا ينفصل أحدهما عن الآخر عند البائع والمشتري، فالحكم بالتحريم والبطالان متوجه إليهما معاً.

(١) الجواهر النقي ٢٣١/٥.

(٢) شرح فتح القدير ٧١/٦.

المطلب الثاني

حكم إجراء العقد مع من يستخدم العقود عليه في معصية

تحرير محل النزاع: محل النزاع فيما لو قصد أحد العاقدين بالعقد الاستعانة به على فعل معصية، وعلم الآخر بقصده إما بتصريح منه، وإما بقرينة^(١). فإن ظن ظناً فالتزاع قائم في دخول العقد بهذه الصفة في محل النزاع، واختار شيخ الإسلام أن الظن الغالب كاليقين^(٢).

أما إذا لم يظهر عند العقد، أو قبله ما يدل على وجود ذلك القصد، فلا خلاف في جواز العقد وصحته^(٣). فإذا استعمل أحد العاقدين المعقود عليه بعد ذلك في معصية، فلا يكون ذلك سبباً لفسخ العقد، لا خلاف بين الأئمة في ذلك، وإنما يؤمر بالمعروف وينهى عن المنكر^(٤)، ولو أدى ذلك إلى حرمانه من الانتفاع بالمعقود عليه^(٥).

ويخرج عن محل النزاع: ما لو اشترط أحد العاقدين في العقد استعمال المعقود عليه في المعصية، فإنه لو فعل فسد العقد بالاتفاق^(٦). ولا خلاف بين أهل العلم في: أنه يحرم على العاقد أن ينوي بالعقد إعانة الآخر على المعصية^(٧)، وإنما اختلفوا في بطلانه وفي تحريمه إذا علم بقصده، ولكنه لم ينو إعانته.

والنزاع في هذه المسألة مقصود به العقود التي يكون فيها المعقود عليه محلاً للمعصية، فإن لم يكن ولكن قصد أحد العاقدين أن يخالف أحكام الشرع في العقد،

(١) كشاف القناع ١٨٢/٣، المغني ٣١٩/٦.

(٢) الإنصاف ٣٢٧/٤، مواهب الجليل ٢٦٤/٤.

(٣) الفتاوى الكبرى ٥٧/٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ٨١/٦.

(٥) نهاية المحتاج ٤٧٢/٣.

(٦) نهاية المحتاج ٤٥٩/٣.

(٧) نيل الأوطار ١٥٤/٥، حاشية ابن عابدين ٣٩١/٦، حاشية ابن قاسم ٣٧٤/٤.

كان يقصد البائع عدم تسليم المبيع، أو يقصد المشتري عدم تسليم الثمن فالعقد صحيح، ويلزم كلاً من العاقلين أن يفي بمقتضيات العقد^(١).

ولأهل العلم في إجراء العقد مع من يستخدم المعقود عليه في معصية ثلاثة أقوال.

القول الأول: لا يجوز إجراء العقد مع من يستخدم المعقود عليه في معصية.

هو قول المالكية^(٢). ومن أمثلة ذلك عندهم قولهم إنه لا يجوز بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح، ولا بيع ثياب الحرير ممن يلبسها من الرجال^(٣)، ولا بيع الجارية المملوكة من قوم يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة، أو هم أكلون للحرام ويطعمونها منه، ولا يحل للمسلم أن يحمل خمرأ بنفسه ولا بدابته^(٤).

وأما الحكم ببطالان العقد فقد اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال: قول بصحته، وقول ببطالانه، وقول بأنه يصح إذا فات الثمن، ويفسخ إذا لم يفت^(٥). وعن صرح بصحته القرافي، فإنه قال: لا يحكم بفساد بيع السيف من قطاع الطريق، والعنب من الخمار^(٦)، وعن صرح ببطالانه الخطاب^(٧)، والونشريسي^(٨)، وأورد في قواعد المالكية قاعدة «فساد الصحيح بالنية»^(٩)، ومثل لها بما لو اشترى عنبأ على أن يعصره خمرأ، أو أكرى دارأ ممن يبيع فيها الخمر^(٩). وهو قول مالك وابن القاسم نصوا عليه فيمن أجر نفسه أو داره لمن يتخذها كنيسة، أو نفسه لحمل خمر لنصراني، أنه لا أجر له^(١٠).

وهو مذهب الخنابلة، فإن كل عقد فيه إعانة على المعصية هو محرم وباطل عندهم، وكذا سائر الالتزامات كالهبة والإعارة. فيحرم بيع العصير لمن يتخذ خمرأ،

(١) كشاف القناع ٣/ ١٨٢.

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٢٦٣.

(٣) مواهب الجليل ٤/ ٢٦٣، ٢٦٧.

(٤) المدونة مجلد ٤ ص ٤٢٤، ٤٢٥.

(٥) البيان والتحصيل ٩/ ٣٩٤.

(٦) الفروق ٣/ ٢٦٨، الفرق ١٩٤.

(٧) مواهب الجليل ٤/ ٢٦٣.

(٨) هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني. من أكثر المالكية إحاطة بقواعد الإمام مالك وفتاواه. أخذ عن علماء تلمسان، وله مؤلف كبير جمع فيه فتاوى مالكية الأندلس وأفريقية، سماه «المعيار المغرب». وألف في قواعد المالكية كتابه «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك». خرج من تلمسان بعد أن نكمت عليه حكومتها امرأ، فاستقر بفاس في المغرب إلى أن مات بها سنة ٩١٤ هـ. انظر الاعلام ١/ ٢٦٩، ومقدمة كتابه إيضاح المسالك.

(٩) إيضاح المسالك ص ٢١٠، قاعدة رقم ٣١٥.

(١٠) المدونة مجلد ٤ ص ٤٢٤، ٤٢٥.

وإجارة الدار لمن يبيع الخمر فيها، أو يتخذها كنيسة أو بيت نار، ولا يحل للقصاب والخباز أن يبيع اللحم أو الخبز ممن يعلم أنه يدعو عليه من يشرب المسكر، ولا يبيع الدباج للرجال، ولا يبيع الجوز من الصبيان ليلعبوا به القمار، ولا يبيع الأمة للغناء، ولا يبيع السلاح في الفتنة، أو للبغاة أو قطاع الطرق أو أهل دار الحرب^(١)، ولا يجوز بيع الرقيق أو تأجيرهم ممن عرف باللوأط، أو إجارة حانوته ممن يقيم سوق المعصية^(٢). وكره الإمام الشراء من البياعين الذين يسعى بعضهم في ضرر ببعض بإنقاص السعر^(٣). وروى عن الإمام أحمد فيمن حمل خنزيراً، أو ميتة، أو خمرًا لنصراني أنه قال: أكره أكل كرائه، ولكن يُقضى للحمال بالكراء، فإذا كان لمسلم فهو أشد، قال القاضي: هذا محمول على أنه استأجره ليريقها، فأما إن كان للشرب فمحذور، ولا يحل أخذ الأجرة عليه، والمذهب تحريم هذه الإجارة وعدم صحتها^(٤). وفي المذهب قول بأن العقد صحيح^(٥).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن الله تعالى قد نهى عن التعاون على الإثم والعدوان فقال: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٦).

فكل عقد يفرض إلى إعانة أحد طرفيه على العصية هو من التعاون على الإثم والعدوان، وهو محرم بنص الآية^(٧).

الدليل الثاني:

عن عمران بن حصين - رضي الله عنه - (أن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة)^(٨).

(١) الروض المربع ٣٧٤/٤، كشاف القناع ١٨٢/٣، المبدع ٤٢/٤، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٣٦/٢٩، ٢٧٥، المغني ٣١٧/٦ - ٣١٩.

(٢) أعلام الموقعين ١٥٨/٣، المغني ١٣٣/٨.

(٣) الفتاوى الكبرى ١٦١/٦.

(٤) المغني ١٣١/٨.

(٥) المبدع ٤٣/٤، المغني ٣١٩/٦.

(٦) سورة المائدة، الآية الثانية.

(٧) فتح الباري ٢٧٨/٤، أعلام الموقعين ١٥٨/٣، المبدع ٤٢/٤، مجموع الفتاوى ٢٧٥/٢٩، المغني ٣١٨/٦.

(٨) الفتاوى الكبرى ٥٧/٦. والحديث روي موقوفاً ومرفوعاً. والمرفوع أخرجه البيهقي في سننه ٣٢٧/٥، كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر، والسيف عن بعضي الله عز وجل. والموقوف ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه ٣٧٨/٤ في البيوع، باب بيع السلاح في الفتنة وغيرها. وقال الحافظ في الفتح ٣٧٨/٤ وصله ابن عدي في الكامل. والمرفوع ضعفه الحافظ في الفتح، وفي التلخيص ١٨/٣، والبيهقي ٣٢٧/٥. والهيتمي في مجمع الزوائد ٩٠/٤.

الدليل الثالث:

عن بريدة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: (من حبس العنب أيام القطف؛ حتى يبيعه من يهودي أو نصراني، فقد تقحم النار على بصيرة)^(١)، وفي لفظ: (أو من يعلم أنه يتخذ خمرًا)^(٢). استدل به شيخ الإسلام والشوكاني على تحريم كل عقد أعان على معصية^(٣).

الدليل الرابع:

عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: (لُعنت الخمر على عشرة وجوه: لعينها، وشاربها، وساقها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وأكل ثمنها)^(٤).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لعن عاصر الخمر، ومعتصرها ومعلوم أنه إنما يعصر عنباً فيصير عصيراً، ثم بعد ذلك قد يخمر وقد لا يخمر، ولكن لما قصد بالاعتصار تصديره خمرًا استحق اللعنة، وذلك إنما يكون على فعل محرم، فثبت أن عصير العنب لمن يتخذ خمرًا محرم، فتكون الإجارة عليه باطلة، والأجرة محرمة، وإذا كانت الإجارة على منفعة محرمة باطلة، فيبيع نفس العنب أو العصير لم يتخذ خمرًا أقرب إلى التحريم والبطلان، فإنه أقرب إلى الخمر من عمل العاصر^(٥).

وقد اعترض على هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول: ليس في الحديث دليل على تحريم بيع العنب ممن يتخذ خمرًا؛ لأن المراد بلعن بائعها وأكل ثمنها بائع الخمر، وكذلك بقية الضمائر المذكورة هي عائدة على الخمر ولو مجازاً، كما في «عاصرها» و«معتصرها» فإنه يؤول إلى الخمر^(٥).

(١) اختلف أهل العلم في الحكم على إسناده، فحسه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٦٧. وضعفه ابن الجوزي في العلل المتناهية في الأحاديث الواهية ٨٨/٢. وانظر غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام للألباني ص ٥٥.

(٢) الفتاوى الكبرى ٥٧/٦، نيل الأوطار ١٥٤/٥.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه ٥٨٩/٣، كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلًا، وقال الحافظ في تلخيص الحبير ٧٣/٤: رواه ثقات. وأخرجه الحاكم في المستدرک ٣١/٢ وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وأخرجه الإمام أحمد في المسند ١١٦/١٦، وقال الهيثمي في المجمع ٧٦/٥: رجاله ثقات، وقال المنذري في الترغيب والترهيب ١٨١/٣: إسناده صحيح. وقال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٥٦/٦: سنده جيد. وقال روي من طرق عدة يصدق بعضها بعضاً.

(٤) اعلام الموقعين ١٥٨/٣، الفتاوى الكبرى ٥٦/٦، المغني ٣١٨/٦.

(٥) نيل الأوطار ١٥٤/٥.

ويجاء عنه: بأن الخمر لاتعصر، وبأن النهي عن حمل الخمر دليل على تحري المشاركة في عقد فيه إعانة على العصية.

الاعتراض الثاني: أن الحمل الملعون صاحبه في الحديث، المقصود به الحمل المقترن بنية الإعانة على المعصية^(١).

الدليل الخامس:

عن أبي أمامة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (لاتتبعوا القينات المغنيات ولا تشتروهن، ولا تعلموهن، ولا خير في تجارة فيهن، وثمنهن حرام)^(٢). قال الشوكاني: هو دليل على منع البيع إذا قامت قرينة على استعمال المبيع في معصية^(٣).

الدليل السادس:

أن الصحابة - رضوان الله عليهم - كانوا يمنعون كل عقد فيه إعانة على المعصية. فقد قيل لسعد بن أبي وقاص: تبع عنك لك لمن يتخذ عصيراً؟ فقال: بئس الشيخ أنا إن بعث الخمر^(٤). وروي عن ابن عمر مثله. وقال شيخ الإسلام: إن ابن عمر سئل عن بيع العصير، فقال: لا يصلح، فقال السائل: إن عصيرته وشربته مكاني، قال: فلا بأس. قال: فما بال بيعه حرام، وشربه حلال؟. فقال له ابن عمر: ما أدري أجئت تستفتيني، أم جئت تماريني^(٥). وقال ابن حبيب: نهى عن بيعه، لأنه يصرف إلى الخمر إلا أن يكون يسيراً، ويكون مبتاعه مأموناً، يعلم أنه إنما يشتريه ليشره عصيراً كما هو، فلا بأس به^(٦).

(١) الفتاوى الخالية بهامش الفتاوى الهندية ٣٢/٢، وانظر الأشباه والنظائر مع شرحه للحموي ٩٧/١.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ٥٧٩/٣، ٥٨٠، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات.

والبيهقي في سننه ١٤/٦، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع المغنيات، وابن ماجه في سننه ٧٣٣/١. تحقيق أحمد شاكر، كتاب التجارات، باب ما لا يحل بيعه. وأحمد في المسند ٣١/١٥. وقال الترمذي: في إسناده علي بن يزيد تكلم فيه بعض أهل العلم. ونقل ابن التركماني في الجوهر النقي ١٤/٦ عن ابن حبان قدحاً شديداً في إسناده الحديث وقال «إذا اجتمع في إسناده خبر عبید الله، وعلي بن يزيد، والقاسم لم يكن ذلك الخبر إلا مما صنعتهم». وقال الألباني في صحيح ابن ماجه ١٠/٢ إسناده حسن صحيح.

(٣) نيل الأوطار ١٥٤/٥.

(٤) أخرجه النسائي في سننه ٢٩٥/٨، مع شرح السيوطي، كتاب الأشربة، باب الكراهية في بيع العصير. وعبد الرزاق في مصنفه ٢١٨/٩، كتاب الأشربة، باب العصير، شربه، وبيعه. وابن أبي شيبة في مصنفه ٥٩٨/٦، كتاب البيوع والأقضية، باب في بيع العصير.

(٥) أخرجه النسائي في سننه ٢٩٥/٨، كتاب الأشربة، باب العصير شربه وبيعه، وابن أبي شيبة في مصنفه ٥٩٨/٦، كتاب البيوع والأقضية، في بيع العصير.

(٦) الفتاوى الكبرى ٢٨٨/٦، ونهى ابن عمر عن بيع العصير ورد بسياق آخر مشابه لما ورد عن سعد أخرجه الإمام أحمد في المسند ٢٨/١٥، وقال الهيثمي في المجمع ٩٠/٤، ٩١: رجاله رجال الصحيح، خلا عبد الواحد، وقد وثقه ابن حبان.

وقال شيخ الإسلام: «ولم يبلغنا عن أحد من الصحابة أنه خالف في تحريم بيع العصير ممن يتخذه خمراً إلا ما روي عن أبي موسى الأشعري، من أنه كان يبيع العصير، وهذه حكاية حال، فيحتمل أنه كان يبيعه ممن يتخذه خلأً، أو يشربه عصيراً، أو نحو ذلك»^(١).

وقال في الاستدلال بهذه الآثار: ثم في معنى ما ذكر كل بيع أو إجارة أو هبة أو إعارة تعين على معصية إذا ظهر القصد، وإن كان احتمال عدم استعمالها في المعصية قائماً^(٢).

الدليل السابع:

القياس يقتضي ألا يسوى بين بيع السلاح لمسلم ليجاهد به في سبيل الله، وبيعه لمن يقتل به مسلماً، ولا بين بيع العنب لمن يأكله، وبيعه لمن يصنع به الخمر، ولا بين بيع دار لمن يتخذها مسجداً وبيعه لمن يتخذها كنيسة. فمن شأن الشارع التفرقة بين الأضداد في الحكم والتسوية بين المتماثلات^(٣).

الدليل الثامن:

أن أهل العلم قد اتفقوا على منع تأجير الأمة لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها. فلزمهم أن يطردوا الحكم في كل الصور التي تشترك معها في علة التحريم، ألا وهي الإعانة على المعصية^(٤).

واستدل ابن قدامة على بطلان كل عقد فيه إعانة على المعصية بقوله: «وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل»^(٥)، وقوله هذا جارٍ على قاعدة «النهي يقتضي الفساد»^(٦). واعترض عليه: بأن التحريم لا يستلزم بطلان العقد، كما في التدليس في البيع فإنه محرم، لكنه لم يستلزم بطلان البيع^(٥). وأجاب عنه ابن قدامة بجوابين:

الأول: أن المحرم في بيع التدليس هو التدليس لا البيع، أما العقد الذي فيه إعانة على معصية فهو نفسه معصية.

(١) الفتاوى الكبرى ٦/٢٨٧.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/٥٧، ومثله في المغني ٦/٣١٨.

(٣) أعلام الموقعين ١/٢٩١.

(٤) المغني ٦/٣١٨.

(٥) المغني ٦/٣١٩.

(٦) انظر هذه القاعدة واختلاف أهل العلم فيها في كتاب «تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد» للمحافظ العلاني. ص ٢٨١.

الثاني: أن الحق في بيع التدليس للآدمي، وله أن يسقط حقه ويمضي البيع، وأما الحق في النهي عن العقد الذي فيه إغانة على المعصية فهو لله تعالى فيفسد البيع بتضييعه، كبيع درهم بدرهمين^(١).

واستدل من قال من المالكية إن العقد الذي فيه إغانة على المعصية لا يبطل - مع أنه محرم ومع أن المالكية اتفقوا على فساد بيع العينة - بقول إن النوع الأول من العقود ليس فساداً في نفسه، ولكنه مقتضى للفساد، بينما العينة وما شابهها من البيوع فساد في نفسه، فإن المعنى الفاسد وهو أكل الربا هو الباعث عن العقد، وبالعقد يتوصل إلى الربا^(٢).

ويرد عليه الاعتراض: بأنه إذا كان مقتضياً للفساد فهو فساد في نفسه.

القول الثاني: يجوز إجراء العقد مع من يستخدم المعقود عليه في معصية.

هو قول الشافعية، قال الشافعي: «أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، وأكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه»^(٣) حتى لو تحقق البائع من أن المشتري سيتخذ العصير خمراً، أو يقتل بالسلاح ظلماً، فإن البيع عندهم صحيح، واختلفوا في التحريم في حالة التحقق^(٤). وأجازوا بيع خشب لمن يتخذ آلة لهو، أو سلاح لقاطع طريق^(٥).

واستثنوا بيع السلاح للحربي فإنه حرام، لو باعهم إياه لم ينعقد على الصحيح في المذهب، وفي وجه شاذ أنه يصح مع أنه حرام، ولكن لا يجوز تسليم السلاح إليهم^(٦)، وقالوا إن طريق رفع المعصية هو التغيير بسلطة الحاكم، لا بمنع العقد^(٧).

وممن اشتهر عنه هذا القول سيفان الثوري، فإنه قال: «بع الحلال ممن شئت»^(٨).

(١) المغني ٣١٩/٦.

(٢) الفرق ٢٦٨/٣، الفرق ١٩٤.

(٣) الام ٧٤/٣.

(٤) مغني المحتاج ٣٨/٢، نهاية المحتاج ٤٧٢/٣.

(٥) حاشية قليوبي ١٨٤/٢، المهذب مع المجموع ٣٥٣/٩، ٣٥٤.

(٦) المجموع ٣٥٤/٩، نهاية المحتاج ٤٧٢/٣.

(٧) حاشية قليوبي ١٨٤/٢.

(٨) أخرجه ابن أبي شبة، كتاب البيوع والأقضية، في بيع العصير ٦١١/٦.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(١).

فإذا تم البيع بأركانه وشروطه، فهو حلال وصحيح^(٢).

اعترض عليه باعتراضين:

الأول: أن عموم الآية مخصوص بصور كثيرة، فيخص منها محل النزاع، بما ورد فيه من أدلة^(٣).

الثاني: أن السبب المفضي للعقد لا يفضي إليه، إذا عارضه مانع^(٤).

الدليل الثاني:

أن محل العقد - في ذاته - مباح، واستخدامه في فعل محرم قد يقع، وقد لا يقع، فهو أمر غير ملازم للعقد، فالذي يشتري السيف ليقتل به ظلماً قد لا يفعل، والذي يشتري العنب ليعصره خمرأً قد لا يفعل^(٥).

واعترض عليه: بأن إعانة قاصد المعصية على تنفيذ ما عزم عليه هو تعاون على الإثم والعدوان، كما أن إعانة قاصد الخير على تنفيذ ما عزم عليه هو تعاون على البر والتقوى^(٦).

الدليل الثالث:

أن النهي إذا عاد إلى معنى خارج عن ماهية العقد ولازمه فإنه لا يقتضي فساد^(٧). ويعترض عليه، بأن مقصود الشارع من النهي عن إجراء العقد مع من يريد اتخاذه وسيلة للمعصية، لا يتحقق إلا بإبطال ذلك العقد.

وفرق الشافعية بين بيع السلاح للحربي وبيعه لقاطع الطريق، بأن الإعانة على المعصية في البيع للحربي متحققة؛ لأنه محارب، أما الإعانة في البيع لقاطع الطريق فغير متحققة، فإنه قد يفعل وقد لا يفعل، ولا عبرة بما مضى من حاله^(٨).

القول الثالث: التفصيل في الحكم على العقد الذي فيه إعانة على المعصية.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢) المغني ٦/٣١٨.

(٣) المغني ٦/٣١٩.

(٤) الأم ٣/٧٤.

(٥) أعلام الموقعين ٣/١١٠، الروض المربع ٤/٣٧٤، المبدع ٤/٤٣.

(٦) نهاية المحتاج ٣/٤٦٣.

(٧) نهاية المحتاج ٣/٤٧٢.

إليه ذهب الحنفية فقالوا: إن العقد أو غيره من الالتزامات الذي فيه إعانة على المعصية يحرم في حالتين:

الأول: أن يقصد الملتزم إعانة غيره على المعصية، قال ابن نجيم: «إن بيع العصير ممن يتخذه خمرًا إن قصد به التجارة فلا يحرم، وإن قصد به التخمير حرم»^(١).

الثانية: أن تقوم المعصية بعين المعقود عليه، فأما إذا لم تكن تقوم به، وإنما يستعان به على المعصية فيجوز العقد، ما لم يُقصد به الإعانة على المعصية، قال الحموي^(٢): «فإن قلت قد جوزوا بيع العصير ممن يتخذه خمرًا، ولم يجوزوا بيع الأمرد ممن يلوط به، فما الفرق؟. قلت: الفرق: أن المعصية في الأمرد تقوم بعينه، بخلاف العصير فإنه حلال»^(٣).

ولابد من عرض مسائل تطبيقية تكشف عن حقيقة قول الحنفية، منها أن أبا حنيفة كره بيع السلاح في الفتنة لمن يعرف أنه من أهل الفتنة، لكنه أجاز للمسلم بيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرًا من غير كراهة، بشرط ألا ينوي به الإعانة على المعصية. وفرق بين الصورتين بأن المعصية لاتقام بعين العصير، وإنما يحول من عصير إلى خمر، بخلاف السلاح فإن المعصية تقوم بعينه^(٤).

واختلف أبو حنيفة والصاحبان في تأجير المسلم بيته من ذمي، ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو يبيع فيه الخمر، فقال الصاحبان: لا ينبغي أن يكره لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على معصية، وأجازه أبو حنيفة من غير كراهة: لأن الإجارة تقع على منفعة البيت، والمعصية أمر منفصل عن ذلك. وأجاز الحنفية لولي الأمر منع الذمي من استخدام الدار بيعة من باب الحسبة^(٥).

وأجاز للمسلم أن يؤجر نفسه للذمي في حمل خمر؛ لأن الإجارة على الحمل ليست معصية ولا سبباً في وقوعها. ويجوز له أن يؤجر نفسه لمجوس ليوقد لهم النار؛ لأن التصرف في النار، والانتفاع بها مباح. أو يؤجر نفسه للذمي ليرعى له خنازير. وكره الصاحبان ذلك كله؛ لأن فيه إعانة على المعصية^(٦).

(١) الأشباه والنظائر مع شرحه ٩٧/١.

(٢) هو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحموي. من علماء الحنفية. حموي الأصل، مصري النشأة. تولى إفتاء الحنفية، وتولى التدريس بالمدرسة السلمانية بالقاهرة. وصنف كتباً كثيرة منها «غمز

عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم». توفي سنة ١٠٩٨ انظر الإعلام ١/ ٢٣٩.

(٣) غمز عيون البصائر ٩٧/١، وانظر حاشية ابن عابدين ٣٩١/٦.

(٤) بدائع الصنائع ١٧٦/٤، ١٨٩، تبين الحقائق ٢٩/٦، حاشية ابن عابدين ٣٩١/٦.

(٥) بدائع الصنائع ١٧٦/٤، ١٨٩، تبين الحقائق ٢٩/٦، حاشية ابن عابدين ٣٩١/٦.

(٦) ماسبق، الفتاوى الخاتمة بهامش الهندية ٢/ ٣٢٤.

وأجاز أبو حنيفة بيع آلات الغناء مع الكراهة، أما الصاحبان فقالا: لا ينعقد بيعها. وعلل أبو حنيفة للجواز: بأن هذه الآلات أموال يمكن الانتفاع بها في المباح، كأن تُجعل ظروفاً للأشياء ونحو ذلك. وقال الصاحبان: أنهما آلات معدة للفسق والفساد، فليست أموالاً، فلا يصح بيعها^(١). ومنع أبو حنيفة كل بيع، أو إجارة على لهو كخناء ونحوه إذا ذكر ذلك شرط في العقد، فإن لم يذكر وكان للمعقود عليه استعمال آخر مباح، فإن العقد يصح، إلا أنه خرج عن ذلك في بيع القرد، فإنه حكم عليه بأنه بيع فاسد؛ وعلل لذلك، بأن القرد يتخذ عادة للهو وإن كان احتمال استعماله في غير ذلك وارد^(٢).

دليل القول الثالث:

أن العقد إذا لم تقم المعصية بعينه، ولم يقصد به صاحبه الإعانة على المعصية، وتوفرت أسباب صحته من إيجاب وقبول وجب أن ينشأ صحيحاً. أما إذا قامت المعصية به، أو قصد به أحد العاقلين إعانة الآخر على المعصية فإنه يكون محرماً؛ لأنه يكون - حيثئذ - من التعاون على الإثم والعدوان.

هذا ما تبين لي من تعليقات الحنفية لأمثلتهم في المسألة، وهي شاملة كل الالتزامات من عقود أو غيرها.

الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - القول الأول القاضي بتحريم كل عقد فيه إعانة على المعصية ومستند الترجيح أمران:

الأول: أنه عهد من الشارع أنه إذا حرم شيئاً حرم كل ما كان طريقاً إليه، بأن كان سبباً موصلاً إليه كتحريم النظر إلى الأجنبية، أو كان معيناً عليه كلعن، كاتب الربا وشاهديه.

الثاني: أن المسلم مأمور بتغيير المنكر بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وليس وراء ذلك مثقال ذرة من إيمان^(٣)، فإذا أجرى عقداً فيه إعانة على معصية دخل في قوله ﷺ: (وليس وراء ذلك مثقال ذرة من إيمان).

وأما الحكم ببطان العقد، فإني أتوقف عن الترجيح فيه؛ لأنه لم يتبين لي وجه الترجيح.

(١) بدائع الصنائع ١٤٤/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٩٠/٤، ١٤٣/٥ تبين الحقائق ١٢٥/٥، ٢٩/٦، الفتاوى الخانية ٣٢٤/٢، المبسوط ٣٩/١٦.

(٣) جاء ذلك في حديث عبد الله بن مسعود، وحديث أبي سعيد الخدري اللذين أخرجهما مسلم في صحيحه ٥١، ٥٠/١. كتاب الإيمان.

المبحث الثالث

انفراد أحد العاقلين بقصده إنشاء العقد المباح
ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: الالتزامات التي يجريها المريض مريض الموت.
- المطلب الثاني: النكاح بنية التحليل.
- المطلب الثالث: النكاح مع تبين نية الطلاق.
- المطلب الرابع: العقد على العين، أو المنفعة لاحتكارها.

المطلب الأول

الالتزامات التي يجريها المريض مرض الموت

وفيه تمهيد، وثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إثبات أن لمرض الموت أثراً على الحكم على صحة الالتزام.

المسألة الثانية: حكم التبرع لوارث من المريض مرض الموت.

المسألة الثالثة: حكم التبرع لأجنبي من المريض مرض الموت.

المسألة الرابعة: حكم إنشاء عقود المعاوضة من المريض مرض الموت.

تمهيد: وفيه التعريف بمرض الموت.

قال شيخ الإسلام في تعريفه: هو المرض الذي يكثر حصول الموت منه^(١). ولا يلزم من ذلك أن احتمال الهلاك فيه غالب على احتمال السلام، أو مساو^(٢). ويأخذ حكم مرض الموت أحوالاً تعرض للإنسان، ويكثر حصول الموت منها، كالمخاض بالنسبة للمرأة، وكرجل محكوم عليه بالقتل، أو أسير عند قوم، عادتهم قتل الأسرى^(٣). أما من حصل اليأس من حياته كمن ذُبح، أو بينت أحشاؤه، فحكمه حكم الميت، لا المريض مرض الموت^(٤). ويُعرف المرض بأنه مرض الموت بالعلم المستفيض بين الناس، أو بقول أهل الطب^(٥).

وقد يكون للمرض أثر بالغ على المريض كأن يُقْعِده عن الحركة، أو يعطل أغلب حواسه، لكن لا تكون له خطورة على حياته فلا يسمى - حيثئذ - مرض الموت^(٦). ولكن لا يكون للمرض أثر على التزامات المريض حتى يموت منه فعلاً، فأما إن عوفي منه فإن ما أنشأ من التزامات في أثناء إصابته تكون صحيحة وناظفة^(٧).

(١) الاختيارات مع الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٤٠، ٤٤١، وورد هذا أيضاً في بدائع الصنائع ٣/ ٢٢٤، شرح فتح القدير ٨/ ٤، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥/ ٧٨، الخرشبي ٥/ ٣٠٤، ٣٠٥. الأم ٤/ ١٠٧، روضة الطالبين ٦/ ١٣٠. الفروع ٤/ ٦٦٧.

(٢) الاختيارات ٥/ ٤٤٠.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٥، مجمع الأنهر ٢/ ٤٢٧، الخرشبي ٥/ ٤٠٥، ٣٠٥، أسنى الطالب ٣/ ٣٧، المحرر ١/ ٣٧٧، ٣٧٨، المغني ٨/ ٤٩١. ٤٩٤.

(٤) الفروع ٤/ ٦٦٧، كشف القناع ٤/ ٣٢٥.

(٥) الخرشبي ٥/ ٣٠٤، روضة الطالبين ٦/ ١٣٠، الفروع ٤/ ٦٦٧، المغني ٨/ ٤٩٠.

(٦) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٤، ٣٨٥، المغني ٨/ ٤٨٩.

(٧) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٤، ٣٨٧، الخرشبي ٥/ ٣٠٦، كشف القناع ٤/ ٣٢٤، المغني ٨/ ٤٩٠.

المسألة الأولى

إثبات أن لمرض الموت أثراً على صحة الالتزام

جاء في هذه المسألة خلاف ضعيف، لكن لما كان المخالف قد احتج بنصوص نقلية لزم إيراد قوله. فالمسألة بذلك فيها قولان:

القول الأول: لمرض الموت أثر في الحكم على صحة الالتزامات التي يباشر المريض أسباب إنشائها.

هو قول جمهور أهل العلم، فيه قال الحنيفة^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة الجمهور:

الدليل الأول:

عن عمران بن الحصين - رضي الله عنه - (أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، فاعتق اثنين، وأرق أربعة)^(٥). قال ابن قدامة: فإذا لم ينفذ العتق مع سرايته، فغيره أولى^(٦).

واعترض عليه ابن حزم بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن الخبر نص في العتق، وإنما ألحق به غيره قياساً، والقياس كله باطل^(٧).

والجواب عنه: أن إبطال القياس مذهب شاذ.

الاعتراض الثاني: أنه ليس في الخبر أن الرجل كان مريضاً، وإنما جاء بلفظ عند موته، وقد يفاجئ الموت الصحيح فيوقن به.

(١) الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٣٥، مجمع الأنهر ٢/٣٥٤.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ٣٠١/٢، مواهب الجليل ٢٧/٦.

(٣) الأم ٩٥/٤، روضة الطالبين ١٢٣/٦، ١٣١.

(٤) الفروع ٦٤٦/٦، المغني ٤٧٤/٨.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ١٣٩/١١، ١٤٠، في جواز بيع المذبر.

(٦) المغني ٤٧٤/٨.

(٧) المحلى ٣٥٨/٩.

الاعتراض الثالث: أن المعتق إنما أعتق الأعبد الستة على وجه الوصية. فيكون الحكم خاصاً بالوصية.

الاعتراض الرابع: أن العلة في إبطال النبي ﷺ إعتاق الرجل كل عبدة أنه لم يكن له مال غيرهم^(١).

والجواب عن كل هذه الاعتراضات أنها احتمالات ضعيفة لا يجوز أن يُرد بها الدليل، ويُصرف عن ظاهره.

الدليل الثاني:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم)^(٢). قال ابن قدامة: «وهذا يدل بفهمه على أنه ليس له أكثر من الثلاث»^(٣).

وقد اعترض: ابن حزم عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول: أنه لا يصح من حيث الإسناد، ففي إسناده كذابون.

الاعتراض الثاني: أنه في الوصية لافي التصرف المنجز قبل الموت^(٤).

والجواب عنه: أن التفريق بين الوصية والعطية محض تحكم.

القول الثاني:

ليس لمرض الموت أثر على الالتزامات التي يباشر المريض أسباب إنشائها، فتصح منه، كما تصح من الصحيح.

به قال ابن حزم^(٥).

أدلة ابن حزم:

الدليل الأول:

العمومات الدالة على استحباب إخراج المال، ابتغاء مرضاة الله، كقول الله تعالى:

﴿ وافعلوا الخير ﴾^(٦).

(١) انظر جميع هذه الاعتراضات في المحلى ٣٥٨/٩.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، ٩٠٤/٢ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث. قال المحقق محمد فؤاد عبد الباقي: وفي إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد.

(٣) المغني ٤٧٤/٨.

(٤) المحلى ٣٥٥/٩.

(٥) المحلى ٣٤٨/٩.

(٦) السابق، والآية في سورة الحج، الآية رقم ٧٧.

ويرد عليه الاعتراض: بأن التبرع على صفة نهى عنها الشارع ليس من فعل الخير.

الدليل الثاني:

عن محمد بن سيرين أن امرأة رأت في منامها فيما يرى النائم أنها تموت إلى ثلاثة أيام، فأقبلت على مابقي عليها من القرآن فتعلمته، وشذبت مالها وهي صحيحة، فماتت إلى ثلاث، فسأل زوجها أبا موسى الأشعري؟ فقال له أبو موسى: أي امرأة كانت امرأتك؟ قال: ما أعلم أحداً أخرى أن يدخل الجنة منها إلا الشهيد، ولكنها فعلت ما فعلت وهي صحيحة، فقال أبو موسى: هي كما تقول، فعلت ما فعلت وهي صحيحة، فلم يرده أبو موسى^(١). قال ابن حزم: فهذا أبو موسى يجيز فعل من أيقن بالموت، وهو في حال أشد من المريض، وهي أيضاً ذات زوج غير راض بإخراجها كل مالها^(٢).

ويرد عليه الاعتراض: بأن الأثر حجة على ابن حزم لا له، فإن أبا موسى علل لتصحح تبرع المرأة بكل مالها، بأنها فعلت ذلك وهي صحيحة، وهذا صريح بأنه يرى بأنها لو فعلت ذلك وهي مريضة لكان لفعلها حكم آخر.

وقول ابن حزم: إن المرأة لما رأت في منامها أنها تموت إلى ثلاث صارت في حال يقين من حلول الموت في آخر الثلاث، وأن ذلك أمانة على الموت أقوى من المرض المخوف، قول مجانب الصواب، والله أعلم، فإن المنام ليس من مصادر العلم، والموت لا يعلم أجله إلا الله.

الترجيح:

ماذهب إليه الجمهور هو الأرجح، كما دل عليه حديث عمران بن حصين، وعدم وجود ما يعارضه.

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى ٣٥١/٩.

(٢) المحلى ٣٥٢/٩.

المسألة الثانية

حكم التبرع لوارث من المريض مرض الموت

البحث في حكم الوصية من المريض مرض الموت، هو أصل للبحث في سائر التبرعات. وقد اختلف أهل العلم في حكم الوصية لوارث من المريض مرض الموت على قولين:

القول الأول: لاتنشأ الوصية لوارث من المريض مرض الموت.

به قال المالكية^(١)، وهو قول عند الشافعية^(٢)، وعند الحنابلة^(٣)، وإذا أجاز الورثة مافعله مورثهم، فإن ذلك يكون عطية مبتدأة منهم.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّيْهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾^(٤).

ووجه الاستدلال: أن من شرط صحة الوصية ألا يكون فيها مضارة بالورثة، وفي الوصية لبعض الورثة مضارة بالباقيين^(٥).

الدليل الثاني:

عن أبي أمامة - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث)^(٦). قال الشافعي: «فإذا

(١) الخرشي ١٦٩/٨.

(٢) الآم ١٠٨/٤، ١١٣، ١١٥. نهاية المحتاج ٤٩/٦.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣٧٣/٤، المغني ٣٩٦/٨.

(٤) سورة النساء، الآية رقم ١٢.

(٥) الخرشي ٧١/٨.

(٦) فتح الباري ٤٣٩/٥، مجمع الأنهر ٦٩٢/٢.

والحديث أخرجه الترمذي في سننه ٤٣٣/٤ [طب الثانية تحقيق إبراهيم عطوة]، كتاب الوصايا باب لاوصية لوارث. وأخرجه الدار قطني في سننه ٩٨/٣، كتاب القرائض، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح». وقال=

قال رسول الله ﷺ لا وصية لوارث فحكم الوصية حكم ما لم يكن^(١).
واعترض على الاستدلال بالحديث بأن الحديث رواية عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - فيها زيادة تدل على أن الوصية تكون موقوفة على إجازة الورثة؛ لا باطلة وهي قوله ﷺ (لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة)^(٢)، قال البيهقي: فيكون معنى الأحاديث العامة، ومنها قوله ﷺ (لا وصية لوارث) أي لا وصية نافذة^(٣).

القول الثاني: تنشأ الوصية لوارث من المريض مرض الموت، ولكنها تكون موقوفة على إجازة الورثة.

به قال الحنفية^(٤)، وهو قول عند المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

حديث ابن عباس المتقدم (لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة)^(٨). قال

= البيهقي في سننه ٢٦٤/٦: قال الشافعي «وروى بعض الشاميين حديثاً ليس مما يُثبت أهل الحديث بأن بعض رجاله مجهولون، فروينا عن النبي ﷺ مقطوعاً، واعتمدنا على حديث أهل المغازي عامة أن النبي ﷺ قال عام الفتح: (لا وصية لوارث)، وإجماع العامة على القول به»، وأجاب ابن التركماني عن ذلك بقوله: «إن الشافعي يقصد بتضعيفه طريقاً معينة من طرق الحديث، هي التي عناها بقوله «وروى بعض الشاميين حديثاً... الخ». ثم قال ابن التركماني: وهذا الإسناد ليس في رجاله مجهول، وابن عياش معروف، ورواه عن شامي. وروايته عن الشاميين صحيحة، ولهذا أخرج الترمذي هذا الحديث وقال حسن صحيح. اهـ. وبمثل ذلك قال المنذري في مختصره لسنن أبي داود ١٥٠/٤، والزليعي في نصب الراية ٤٠٣/٤.

وقال البيهقي: «وقد روي هذا الحديث من أوجه كلها غير قوية» فأجاب ابن التركماني بقوله: «وقد ذكرناه من ثلاثة أوجه كلها قوية. اهـ. وصحح الترمذي هذه الأوجه، وقال الحافظ في الفتح ٤٣٨/٥: ولا يخلو إسناد كل منها عن مقال لكن مجموعها يقتضي أن للحديث أصلاً، بل جنح الشافعي في الأمر إلى أن هذا المتن متواتر. اهـ. وقال الألباني في إرواء الغليل ٩٥/٦: وجزم السيوطي وغيره من المتأخرين أن هذا الحديث متواتر، ومارد من تضعيف بعض أهل العلم له، إنما هو تضعيف لبعض طرقه.

(١) الأم ١٠٨/٤.

(٢) نيل الأوطار ٤١/٦. والحديث قال عنه الحافظ في التلخيص ٩٢/٣: أخرجه أبو داود في المراسيل عن عطاء الخراساني مرسلاً به. اهـ وقال البيهقي في السنن ٢٦٣/٦: عطاء هذا لم يدرك ابن عباس ولم يره. وقال الحافظ: ووصله يونس بن راشد فيما أخرجه الدارقطني، والمعروف المرسلة. اهـ وأخرجه البيهقي بهذا الإسناد، وأعله بأن فيه عطاء وهو غير قوي.

وروي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال الحافظ في التلخيص ٩٣/٣، والزليعي في نصب الراية ٤٠٤/٤: «وإسناده واه».

(٣) كشف القناع ٣٤٠/٤.

(٤) المبسوط ١٧٥/٢٧، مجمع الأنهر ٦٩١/٢، ٩٦٢، الهداية مع شرح الفتح ٣٤٨/٩.

(٥) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٣٧٦/٦، مواهب الجليل ٣٩٤/٦، الكافي ٣٢٠/٢.

(٦) روضة الطالبين ١٠٩/٦، نهاية المحتاج ٤٩/٦.

(٧) كشف القناع ٣٤٠/٤، ٣٤١، ٣٦٥، الفروع ٦٦١/٤، المغني ٣٩٦/٨.

(٨) المبسوط ٢/٢٩، المغني ٣٩٦/٨، وانظر تخريجه في ص.

البهوتي: «والاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة»^(١).

الدليل الثاني:

أن المريض مرض الموت أهل لإنشاء الالتزامات جميعاً، وإنما مُنِعَ مع بعضها وقُيد تصرفه في أخرى من أجل حق الورثة، وحقهم لا يفوت إذا صححنا الالتزام مع وقف نفاذه على إجازتهم، فلم يعد هناك موجب لإبطال تصرف البالغ الرشيد، والحجر عليه في ماله^(٢).

والوقف كالوصية عند عامة أهل العلم^(٣)، إلا أنه جاء في رواية - عن الإمام أحمد - التفريق بينهما، فيصح الوقف من المريض مرض الموت على بعض الورثة، ولا تصح الوصية. وعللوا للتفريق بينهما بأن الوصية فيها تمليك، وليس الوقف كذلك فإنما هو إباحة الانتفاع^(٤).

والهبة حكمها حكم الوصية^(٥).

وكذلك البيع الذي فيه محاباة من المريض للوارث المشتري فوق ما هو متعارف عليه في البيوع اختلفوا فيه على القولين السابقين^(٦).

والراجح فيما يظهر لي أن الالتزام الذي فيه تبرع من المريض مرض الموت لوارث ينشأ موقوفاً على إجازة الورثة؛ لأن في ذلك جمعاً بين حق المرء في التصرف في ماله، وصيانة حق بقية الورثة.

المسألة الثالثة

حكم التبرع لأجنبي من المريض مرض الموت

وفيها فرعان:

الفرع الأول: حكم التبرع لأجنبي من المريض الذي له وارث.

البدء في سرد التبرعات في هذا الفرع يكون بالوصية.

(١) كشف القناع ٤/ ٣٤٠.

(٢) فتح الباري ٥/ ٤٣٩، المبسوط ٢/ ٢٩، المغني ٨/ ٣٩٦.

(٣) الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٣٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ٣٤٥ - ٣٤٧، الفتاوى الهندية ٢/ ٤٥١، التاج والإكليل ٦/ ٢٦، الخرشبي ٧/ ٨٥، الشرح الكبير للدردير ٤/ ٨٢، ٨٣، روضة الطالبين ٥/ ٣٢٧، ١١٠/ ٦، جواهر العقود ١/ ٣٢٠، الإنصاف ٧/ ١٤٤، الفروع ٤/ ٦٤٦.

(٤) الفروع ٤/ ٦٦٨، كشف القناع ٤/ ٣٢٣، المغني ٨/ ٢١٧، ٢١٨.

(٥) مجمع الأنهر ٢/ ٣٥٤، الكافي في فقه أهل المدينة ١/ ٣٠٢، الأم ٤/ ١٠٤، المغني ٨/ ٤٧٤.

(٦) البهجة شرح التحفة ٢/ ٨٢، المدونة ٤/ ١٦٧، روضة الطالبين ٦/ ١٣١ شرح منتهى الإرادات ٢/ ٥٣١، كشف القناع ٤/ ٣٧، المحرر ١/ ٣٧٩، ٣٨٠.

والوصية إذا كانت بالثلث فمادونه، فإنها تكون صحيحة ونافذة باتفاق أهل العلم^(١) وإذا كانت بأكثر من الثلث، ففيها قولان:

القول الأول: لاتنشا الوصية لغير وارث من مريض مرض الموت له وارث.
هو قول المالكية^(٢)، وقول الشافعي^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤). وقالوا إن الورثة إذا أجازوا ما فعله مورثهم، فإن إجازتهم تكون عطية مبتدأة منهم، وليست إمضاء لوصية مورثهم.

ودليل هذا القول حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - الذي قال فيه: (جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال يرحمُ الله ابنَ عفراء. قلتُ يارسول الله: أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلتُ: فالشطر؟ قال: لا. قلتُ: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تذرَ ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم)^(٥).

واعترض علي الاستدلال بالحديث: بأن النهي الوارد فيه دليل علي منع الوصية لأجنبي بشيء زائد علي الثلث، ولكن لايلزم منه بطلان الوصية؛ لأن النهي راجع إلى وصف خارج عن ماهية الوصية، وهو سد الباب أمام تغيير الموارث^(٦)، وإذا عاد النهي إلى وصف خارج عن ماهية المنهي عنه فإنه لا يقتضي فساد.

القول الثاني: تنشا الوصية لغير وارث من مريض مرض الموت له وارث لكنها تكون موقوفة على إجازة الورثة.

به قال الحنفية^(٧)، وهو قول عند المالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠). والفرق بين إمضاء فعل الموصي على أنه هبة من الورثة وبين إمضائه على أنه وصيته أجازها الورثة، قال فيه صاحب الكفاية: «وكل ما جاز بإجازة الورثة يملكه المُجاز من قبل الموصي - عندنا - وعند الشافعي - رحمه الله - من الوارث، وثمرة هذا الخلاف تظهر في مسائل منها: أن الإجازة تصح عندنا في مشاع يحتمل القسمة، ويصير ملكاً للموصي له قبل التسليم، ويجيز الوارث علي التسليم بعد الإجازة، وعند الشافعي

(١) مجمع الأنهر ٦٩٢/٢، جواهر العقود ٤٤٦/١.

(٢) الخرشي ١٧١/٨.

(٣) الأم ١٠٥/٤، مغني المحتاج ٤٧/٤.

(٤) المغني ٤٠٤/٨.

(٥) نهاية المحتاج ٥٤/٦، والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ٤٢٧/٥، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس.

(٦) نهاية المحتاج ٥٥/٦.

(٧) حاشية ابن عابدين ٦٠٠/٦، البسوط ١٥٢/٢٧.

(٨) حاشية العدوي على الخرشي ١٧١/٨، الكافي ٣١٩/٢، ٣٢٠.

(٩) روضة الطالبين ١٠٨/٦، ١٠٩، مغني المحتاج ٤٧/٤.

(١٠) الفروع ٦٦١/٤، المغني ٤٠٤/٨.

تنفذ هبته من الوارث حتى أنه إن سلم إليه يصح، وإن لم يسلم إليه بطلت ولا يجبر عليه^(١).

وقال البهوتي: «وإجازتهم - أي الورثة - لما زاد على الثلث للأجنبي وللوراث بشيء، تنفيذ لقول الموصي لاهبة مبتدأة، كما يقوله من قال ببطلان الوصية، فلا تفتقر الإجازة إلى شروط الهبة، والمراد بالشروط هنا ما تتوقف عليه الصحة، وإن كان داخلاً في الماهية من الأركان كالإيجاب والقبول وغيرها، كالقبض، وكالعلم بما وقعت فيه الإجازة، والقدرة على تسليمه، ولاتثبت الهبة فيما وقعت فيه الإجازة فلو كان المجيز أباً للمجاز لم يكن له الرجوع فيما أجاز له لانه؛ لأن الأب إنما يملك الرجوع فيما وهبه لابنه، والإجازة تنفيذ لما وهبه غيره لابنه؛ لأن الإجازة ليست بهبة^(٢).

ودليل القول الثاني:

الجمع بين حق المالك في التصرف في ملكه، وبين حق الورثة في مال مورثهم. والوقف فيه القولان كالوصية^(٣)، إلا أن كلاً من المالكية^(٤)، والشافعية^(٥) اتفقوا على أن الوقف الزائد على الثلث ينشأ موقوفاً، مع أن لكل من المذهبين قولاً في الوصية ببطلاتها. وفي وجه عند الحنابلة يصح الوقف إذا زاد على الثلث وينفذ، ولم يوجد عندهم قول بالنفاذ في الوصية^(٦). ولعل العلة في هذه الفروق: أن الوقف ليس فيه تمليك عين المعقود عليه، كما هي الوصية.

والهبة حكمها حكم الوصية^(٧)، قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا»^(٨). ومحل الإجماع هو الهبة المقبوضة في حياة الواهب، وأما إذا مات الواهب قبل القبض فلاهل العلم قولان: قول بأنها تبطل بموت الواهب^(٩). وقول بأنها لا تبطل ويقوم الوارث مقام الواهب في الإذن في الإقباض، أو الرجوع عن الهبة^(١٠).

(١) الكفاية على الهداية ٣٤٩/٩.

(٢) كشف القناع ٣٤١/٤، ٢٤٢ ومثله في المغني ٣٩٦/٨، ٣٩٧، شرح المنتهى ٥٤١/٢، ٥٤٢، نهاية المحتاج ٥٥، ٥٤/٦.

(٣) الإسعاف في أحكام الأوقاف ص ٣٥، ٣٦، الفتاوى الخانية بهامش الهندية ٣١٦/٣.

(٤) الكافي ٣٠٩/٢، مواهب الجليل ٢٧/٦.

(٥) روضة الطالبين ١٢٣/٦، ١٣١، الكافي ٣٠٩/٢.

(٦) الفروع وحاشية تصحيح الفروع ٦٤٦/٦، ٦٤٧، كشف القناع ٣٢٣/٤، المغني ٢١٦، ٢١٥/٨.

(٧) مجمع الأنهر ٣٥٤/٢، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٠١/٢، ٣٠٢، روضة الطالبين ١٢٣/٦، ١٣١، المغني ٤٧٤/٨.

(٨) الأم ٩٥/٤، المغني ٤٧٤/٨.

وأما المحاباة في البيع: ^(١) فإن كانت في حدود الثلث، فإنها لا أثر لها على البيع فيصح وينفذ ^(١). وإن زادت فلها تأثير. والنظر في هذا التأثير على قسمين:

القسم الأول: حكم البيع بالنسبة للقدر المساوي للثلث.

جاء فيه قولان:

القول الأول: أن البيع لا ينشأ.

به قال بعض الشافعية ^(٢)، وبعض الحنابلة ^(٣).

والعلة عندهم: أن البيع يبطل بالنسبة لما زاد على الثلث وإذا بطل بعضه بطل كله، لأنه عقد واحد والمبيع واحد ^(٣).

والقول الثاني: أن البيع ينشأ في القدر المساوي للثلث.

هو قول الحنفية ^(٤)، والمالكية ^(٥)، وقول عند الشافعية ^(٦)، والحنابلة ^(٧).

القسم الثاني: حكم البيع بالنسبة للقدر الزائد على الثلث.

البحث في هذا القسم فرع عن القول الثاني في القسم الأول، فإن الذين صححوا العقد فيما يساوي الثلث قالوا: إن الزائد عن الثلث يبقى موقوفاً على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ بناء على العقد الذي أبرمه المورث ^(٨)، وأما إن ردوا فلهم في الحكم على البيع بالنسبة لهذا الزائد على الثلث قولان:

القول الأول: يبطل البيع فيما زاد على الثلث إذا رده الورثة.

هو قول عند المالكية ^(٩)، والشافعية ^(١٠)، والحنابلة ^(١١).

(١) المحاباة: أن يذل العاقد جزءاً من ماله للآخر دون عوض من باب السماح في المعاوضة، ويكون القدر المحابي به أكثر مما يتغابن الناس فيه عادة، فأما إن وقع النقص، أو الزيادة على العاقد بسبب جهله بالأثمان فهذا غبن لامحاباة

انظر في ذلك البهجة شرح التحفة ٨٢/٢، الأم ١٠٢/٤، ١٠٣، المغني ٤٩٨/٨.

(٢) روضة الطالبين ٤٢٧/٣.

(٣) المغني ٤٩٨/٨.

(٤) حاشية ابن عابدين ١٥١/٦.

(٥) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٠٧/٣.

(٦) الأم ١٠٣/٤.

(٧) المغني ٤٩٨/٨.

(٨) حاشية ابن عابدين ١٥١/٦، حاشية ابن رحال ١٨/٢، روضة الطالبين ٤٢٧/٣، المغني ٤٩٨/٨.

(٩) حاشية ابن رحال ١٨/٢، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ٣٠٧/٣.

(١٠) روضة الطالبين ٤٢٧/٣.

(١١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤٥٥/٣، الفروع ٦٦٩/٤، ٦٧٠، المغني ٤٩٨/٨.

والعلة في ذلك: أن الشأن فيما كان موقوفاً على إجازة أحد من الناس أنه يبطل إذا رده.

القول الثاني: يصح البيع فيما زاد على الثلث وإن رده الورثة.

ويخير المشتري بين أن يدفع للورثة مانقصة من الثمن بسبب محاباة المورث البائع، أو يفسخ البيع.

به قال الحنفية^(١)، وهو قول عند المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

والعلة في ذلك: أن الورثة ينحصر حقهم في القدر الذي حابى به مورثهم المشتري، فإذا استوفوه لم يكن لهم حق فيما سواه.

وفي العقود التي لا يكون فيها للمحاباة ضرر على الورثة: لا يكون للمحاباة أثر في إبطال العقد، ولا في وقف نفاذه؛ لذلك قال بعض الشافعية^(٥)، وبعض الحنابلة^(٦):

إن عقد المساقاة يصح من المريض مرض الموت، وينفذ ولو كان فيه محاباة.

وعلاوة لذلك بأن العامل يأخذ نصيبه من الثمرة الحادثة، وليس من رأس المال^(٧).

ويري آخرون من أهل العلم: أن لهذه المحاباة ضرراً على الورثة.

ووجه ذلك: أن النماء في المساقاة هو من عين المال، فهو في حقيقته زيادة في ملك المورث؛ فلذلك أعطوا هذه المحاباة حكم الهبة^(٨).

وذهب فريق ثالث: إلى أن الضرر على الورثة يوجد إذا كان البذر من المالك،

فإن كان من العامل فلا ضرر عليهم؛ لأنه يكون كمن أعار أرضه لمن يزرعها دون عوض. فيصح عقد المساقاة، وينفذ في هذه الحالة^(٩).

واتفق أهل العلم على أن المحاباة في تأجير المريض بدنه لا تؤثر في صحة العقد ولانفاذه؛ لأنه لاحق للورثة في بدن المورث^(١٠).

(١) حاشية ابن عابدين ١٥١/٦.

(٢) حاشية ابن رحال ١٨/٢.

(٣) روضة الطالبين ٤٢٧/٣.

(٤) الفروع ٦٦٩/٤، ٥٤٧، المغني ٤٩٨/٨.

(٥) روضة الطالبين ١٢٥/٥.

(٦) المغني ١٧٠/٧، ١٧١.

(٧) المغني ١٧٠/٧، ١٧١.

(٨) روضة الطالبين ١٢٥/٥، المغني ١٧١/٧.

(٩) المبسوط ١٢٨/٢٣، ١٢٩.

(١٠) حاشية ابن عابدين ٧٢٣/٦، ٧٢٤، الخرشي ٣٠٥/٥، روضة الطالبين ١٣٣/٦، شرح منتهى الإرادات ٥٣٠/٢.

وأما في تأجيله ماله، فاختلفوا على قولين؛ منهم من قال: إنه لا أثر للمحاباة على الورثة؛ لأن العقد يبطل بموت المؤجر، فيكون كأنه أعار عين ماله للمستأجر في حياته، فيصح العقد وينفذ^(١). ومنهم من قال: إن في المحاباة ضرراً على الورثة؛ لأن العقد لا ينقطع بموته^(٢).

الفرع الثاني: حكم التبرع لأجنبي من المريض الذي لا وارث له.

إن كان التبرع بالثلث فما دون فهو صحيح ونافذ، وإن كان بأكثر ففي صحته خلاف.

والأصل في هذه المسألة الوصية، وباقي التبرعات تتبعها في الحكم. وفي صحة الوصية قولان:

القول الأول: لا تنشأ الوصية بأكثر من الثلث من المريض مرض الموت، ولو لم يكن له وارث. هو قول المالكية^(٣)، والصحيح عند الشافعية^(٤)، وقول للإمام أحمد^(٥).

والعلة في ذلك: أن لعموم المسلمين حقاً فيما زاد على الثلث، فلا يُقر الموصي على تقويته.

القول الثاني: تنشأ الوصية بأكثر من الثلث من المريض مرض الموت إذا لم يكن له وارث. به قال الحنفية^(٦)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وعملوا له: يزوال المانع فإن المنع من الزيادة عن الثلث كان رعاية لحق الورثة، فلما زال عاد الحكم إلى أصله، وهو صحة تصرف الإنسان في ماله. الترجيح:

الراجح - فيما يظهر لي - أن الموصي إذا لم يكن له وارث فله أن يوصي بما شاء من ماله؛ لأن الأصل صحة تصرف المرء بماله، وليس في هذه الصورة ما يستلزم الخروج عن الأصل. وتأخذ سائر التبرعات حكم الوصية؛ لأنها مشتركة في الأصل المبني عليه الحكم.

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٧٢٣، ٧٢٤.

(٢) كشف القناع ٤/٣٢٨.

(٣) الخرشني ٨/١٧١.

(٤) روضة الطالبين ٦/١٠٦، ١٠٧.

(٥) المقنع ص ١٦٩.

(٦) حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٢.

المسألة الرابعة

حكم إنشاء عقود المعاوضة من المريض مرض الموت

ونختار فرعان:

الفرع الأول: البيع بثمن المثل.

اتفق أهل العلم على أن للمريض مرض الموت أن يبيع ويشترى بثمن المثل. ويتاجر بأنواع التجارة، وينفق على نفسه وعياله بالمعروف في كل ما يحتاج إليه، وذلك إذا جرى العقد مع غير وارث^(١).

وأما إن كان مع وارث وكان بثمن المثل فالبيع صحيح بالاتفاق، ولكنهم اختلفوا في نفاذه على قولين:

القول الأول: أن نفاذه متوقف على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ وإلا بطل. هو قول أبي حنيفة^(٢)، وقول عند المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعملوا له: بأن في ذلك إثارة لبعض الورثة بعين من أعيان ماله، وحقوق الورثة تتعلق بالعين، كما تتعلق بالمالية، فللناس في الأعيان أغراض، فلو أراد الوارث أن يوصي بأن يُعطى أحد ورثته الدار الفلانية بنصيبه من الميراث لما صح ذلك^(٥).

القول الثاني: أن العقد صحيح ونافذ: به قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن^(٦)، وهو قول جمهور المالكية^(٧)، وقول الشافعية^(٨)، وقول عند الحنابلة^(٩).

(١) المبسوط ١٤/١٥٠، الخرشي ٥/٣٠٥، روضة الطالبين ٦/١٣١، كشاف القناع ٤/٣٣٣.

(٢) المبسوط ١٤/١٥٠.

(٣) البهجة شرح التحفة ٢/٨٢.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٣/٤٥٥، الفروع ٤/٦٦٨.

(٥) ماسبق، المبسوط ١٤/١٥٠، ١٥١.

(٦) المبسوط ١٤/١٥٠.

(٧) الخرشي ٥/٣٠٥، المدونة ٤/١٦٧.

(٨) روضة الطالبين ٦/١٣١.

(٩) الفروع ٤/٦٦٨، المحرر ١/٣٧٩.

وعملوا له: بأنه بيع لا تبرع فيه، ولا إضرار بالورثة، كالبيع لأجنبي^(١).

واعترض عليه: بوجود الفارق بينه وبين البيع لأجنبي فالأجنبي، ليس شريكاً للورثة، فإذا خصه الوارث بعين من ماله لم يكن في إضرار بالورثة، لذلك اتفقوا على أن المريض مرض الموت لو أقر لأجنبي بدين أو عين لزم الورثة، بخلاف ما لو أقر بشيء من ذلك لو ارث^(٢).

والراجع فيما يظهر لي: أن البيع نافذ لتحقيق أركانه وشروط صحته، وما اختص به الوارث من عين مال مورثه، إنما كان بطريق المعاوضة العادلة الخالية من التبرع.

الفرع الثاني حكم النكاح من المريض مرض الموت

قد يكون المرض له خطورة على حياة المريض، ولكنه لا يبطل قواه، فيجد المريض في نفسه الرغبة في النكاح، والقوة عليه. وقد يكون للمريض غرض آخر في النكاح مشروعا غير الاستمتاع كالخدمة والمؤانسة، ولأهل العلم في صحة العقد قولان:

القول الأول: للمريض مرض الموت أن يتزوج، سواء أكان المريض رجلاً أم امرأة. هو قول جمهور أهل العلم. فيه قال الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وهو قول عند المالكية، وقيد بعض أصحاب هذا القول من المالكية بأن يكون المريض في حاجة إلى النكاح للخدمة أو لغيرها^(٦).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾^(٧)، فقلوله سبحانه ﴿فَانكحُوا﴾ خطاب عام يدخل فيه المريض مرض الموت^(٨).

الدليل الثاني:

أن هذا هو المعهود عند أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، نقل ذلك عن

(١) المبسوط ١٤/١٥٠، الشرح الكبير ٣/٤٤٥، كشاف القناع ٤/٣٢٧.

(٢) المبسوط ١٤/١٥١.

(٣) الحجة علي أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ٣/٤٩٥.

(٤) الأم ٤/١٠٣، روضة الطالبين ٦/١٣٢.

(٥) المغني ٨/٤٨٧.

(٦) بداية المجتهد ٢/٤٦، ٤٧، مواهب الجليل ٣/٤٨١.

(٧) سورة النساء، الآية الثالثة.

(٨) المغني ٨/٤٨٧.

عدد منهم ولم يعرف لهم مخالف منهم. فعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «إذا نكح الرجل المرأة وهو مريض فإنَّ صداقها من الثلث»^(١). وعن معاذ بن جبل - رضي الله عنه - أنه قال في مرضه الذي مات فيه: «زوجوني فإنني أكره أن ألقى الله تعالى عزياً»^(٢).

القول الثاني: ليس للمريض مرض الموت أن يتزوج.

هو قول مالك، قال سحنون لابن القاسم: «قلت: رأيت المرأة تزوج وهي مريضة أيجوز تزويجها أم لا؟ قال: لا يجوز تزويجها عند مالك. قلت: فإن تزوجها ودخل بها الزوج وهي مريضة؟ قال: إن ماتت كان لها الصداق إن كان مسها ولا ميراث بينهما. قلت: فإن صحت أئشبت النكاح؟ قال: قد اختلف فيه قال: ولقد كان مالك مرة يقول يفسخ، ثم عرضته عليه فقال: امحه»^(٣).

ودليل هذا القول:

أن في عقد النكاح إضراراً بالورثة بإدخال وارث جديد عليهم، وقد نهى الله ورسوله عن الإضرار بالورثة^(٤).

وورد عليه اعتراضان:

الاعتراض الأول: أن وطء المريض زوجته قد يؤدي إلى الحمل، وبالحمل يدخل وارث جديد على الورثة، ومع ذلك لا يصح القول بمنع المريض من الوطء، مما يدل على فساد الدليل السابق^(٥).

وأجاب عنه المالكية: بوجود الفارق، وهو أن النكاح ينتج عنه دخول وارث جديد يقينا، أما الوطء فلا يؤدي حتماً إلى دخول وارث جديد، وإنما يحتمل أن يؤدي إلى ذلك^(٥).

الاعتراض الثاني: قال فيه ابن رشد: «إن هذا الاستدلال عمل بالمصالح المرسلة في غير موضعه، فإن العمل بها يكون فيما لأنص فيه، وقد ورد النص بصحة النكاح من المريض مرض الموت»، ثم قال: «حتى أن قوماً رأوا أن هذا القول

(١) رواه محمد بن الحسن في كتابه الحجة على المدينة ٥٠١/٣، وقال: رجاله ثقات إلا أن ابن لهيعة اختلط كما احترقت كتبه. وقال المحشي على كتاب الحجة: في سنده انقطاع يرويه نافع عن عمر.

(٢) أخرجه ابن شعبة في مصنفه ١٢٧/٤. واحتج به الشافعي في الأم ١٠٣/٤.

(٣) المدونة ٢٤٦/٢.

(٤) الخرشي ٣٣٤/٣، المدونة ٢٤٦/٢.

(٥) الخرشي ٣٣٤/٣. مواهب الجليل ٤٨١/٣.

بهذا القول شرع زائد، وإعمال هذا القياس يوهن مافي الشرع من التوقيف»^(١).

سبب الخلاف والترجيح:

قال ابن رشد: إن سبب الخلاف، تردد النكاح بين البيع والهبة في أثره، والبيع من المريض مرض الموت صحيح ونافذ، والهبة لاتصح إلا من الثلث^(١).

والراجح فيما يظهر لي صحة عقد النكاح من المريض مرض الموت؛ لأن الأصل صحة العقد إذا تم بأركانه وشروطه، ولم أجد في تعليقات المخالفين ما يقوى على معارضة ذلك الأصل.

(١) بداية المجتهد ٤٦/٢.

المطلب الثاني

النكاح بنية التحليل

وفيه نهيد، وأربع مسائل:

المسألة الأولى: حكم النكاح المصرح فيه بشرط التحليل.

المسألة الثانية: أثر نية التحليل على عقد النكاح.

المسألة الثالثة: بيان مصدر نية التحليل المؤثرة في عقد النكاح.

المسألة الرابعة: حكم النكاح إذا تغيرت نية الزوج، وقصد استدامة العقد.

نهيد فـ: التعريف بنكاح التحليل.

إذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً، فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؛ لقول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾^(١) إلى قوله ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾^(٢).

فإذا نكحت زوجاً غيره عقد عليها ليستديم نكاحها؛ لايطلقها بعد وطئها، فهذا نكاح صحيح بالاتفاق سواء أمسكها بعد ذلك أم طلقها. وأما إن عقد عليها من أجل أن يطأها ثم يطلقها لتحل للأول، فهذا نكاح التحليل، وله صورتان:

الأولى: أن يعقد النكاح ويشترط فيه على الزوج أن يطلق المرأة بعد وطئها.

الثانية: ألا يشترط ذلك في العقد، ولا يذكر فيه، لكن يتفق الزوج مع المرأة، أو مع الولي على أن يطلق بعد الوطء. أو نوى الزوج ذلك دون علم الزوجة ووليها^(٣).

فالنكاح في الصورة الأولى نكاح تحليل، لاختلاف في ذلك، وإنما الخلاف

(١) سورة البقرة، الآية رقم ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم ٢٣٠.

(٣) إقامة الدليل على إبطال التحليل، لشيخ الإسلام ضمن الفتاوى الكبرى ٨/٦، ٩٥، المحلى ١٠/١٨٣.

فى صحته وبطلانه . أما اعتبار الثانى نكاح تحليل فمحل خلاف بين أهل العلم .
وصود الأول بالبحث النكاح فى صورته الثانية؛ لأنه نكاح عارضت فيه النية،
والمقصد السبب الظاهر الذى ينشأ به العقد . لكن النكاح المصرح فيه بشرط التحليل
هو أصل للبحث فى كل مسائل نكاح التحليل، فإنه لا يفتح باب البحث فى صحة
النكاح فى صورته الثانية حتى يثبت بطلان النكاح المصرح بشرط التحليل فيه، فكانت
البداية بالأصل .

المسألة الأولى

حكم النكاح المصرح فيه بشرط التحليل

اتفق أهل العلم على تحريم النكاح الذى يشترط فيه التحليل^(١)، ودليلهم على
التحريم ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من تغليظ فى النهى عن نكاح
التحليل، ومنه حديث عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - : (أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لعن المحلل والمحلل له)^(٢) .

ولكنهم اختلفوا فى هذا النكاح، هل ينعقد أو لا ينعقد، على قولين :

القول الأول: لا ينشأ عقد النكاح إذا اشترط فيه التحليل، ولا يحصل به التحليل .
به قال جمهور أهل العلم، فهو قول محمد بن الحسن من الحنفية^(٣)، وقول
المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٦) .

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (لعن المحلل والمحلل له)^(٧) .

-
- (١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤١٤/٣ . شرح منح الجليل ٥٨/٢ . الأم ٧٩/٥ ، الفتاوى الكبرى ١٩٥/٦ .
(٢) له طرق كثيرة أصحابها ما رواه عن ابن مسعود الإمام أحمد فى المسند ١٩٤/١٦ ، والترمذي فى السنن ٤١٨/٣ .
ورود الحديث بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لعن الله المحلل والمحلل له» . وأخرجه عن عقبه بن
عامر الحاكم فى المستدرک ١٩٨/٢ ، والبيهقي فى سننه ٢٠٨/٧ .
والحديث صحيحه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصححه الترمذي وحسنه الحافظ ابن حجر فى التلخيص ١٧٠/٣ .
وشيخ الإسلام فى الفتاوى الكبرى ١٩٢/٦ - ١٩٥ ، وأفاض فى ذكر الفاظه والدفاع عن إسناده .
(٣) تبين الحقائق ٢٥٩/٢ ، المبسوط ١٠/٦ .
(٤) حاشية الدسوقي ٢٣٠/٢ ، شرح منح الجليل ٥٨/٢ .
(٥) شرح المحلي ٢٤٧/٣ ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٤٤/٢ .
(٦) الإنصاف ١٦١/٨ ، الروض المربع ٣٢٠/٦ ، ٣٢١ ، الفتاوى الكبرى ٨/٣ .
(٧) المبسوط ١٠/٦ ، أعلام الموقعين ٤٨/٣ .

ووجه دلالة الحديث على بطلان النكاح: أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن من نكح بهذه الصفة، واللعن لا يكون إلا على فعل محرم، والنكاح المحرم باطل باتفاق الفقهاء^(١)، وقال ابن القيم: «وكيف يلعن رسول الله رجلاً من أمته نكح نكاحاً صحيحاً»^(٢).

وقد اعترض عليه بأن اللعن في الحديث مقصود به إظهار خساسة المحلل بالمباشرة، والمحلل له بالعود بعد مضاجعة غيره، وليس المقصود بطلان العقد^(٣).
والجواب أن ما ذكروه من معنى دل عليه اللعن صحيح، ولكن قَصْرُه عليه تحكم بلا دليل.

الدليل الثاني:

عن عمر - رضى الله عنه - أنه قال: «والله أُوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها»^(٤).
والرجم يدل على بطلان العقد، وأن الوطء كان زناً^(٥).

الدليل الثالث:

أن اشتراط التحليل في العقد منافي لمقتضى العقد، وما كان كذلك فاشتراطه مانع من الانعقاد^(٦).
القول الثاني: أن النكاح الذي صرح فيه أصحابه بأن نكاح التحليل نكاح صحيح.

به قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، وزفر، غير أن أبا يوسف خالفهم في قولهم في قوله إن هذا النكاح لا تحل به المرأة لزوجها الأول مع أنه صحيح، وذهب أبو حنيفة إلى أنها تحل به^(٧). وهو قول عند الحنابلة^(٨)، قال المرداوي: «وعنه يصح العقد، ويبطل الشرط. ذكرها جماعة»^(٩).

(١) الفتاوى الكبرى ١٩٥/٦، ١٩٦.

(٢) أعلام الموقعين ٤٢/٣.

(٣) بدر المتقى بهامش مجمع الأنهر ١/ ٤٤٠. تبين الحقائق ٢/ ٢٥٩.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٦/ ٢٦٥، كتاب النكاح باب التحليل، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤/ ٢٩٤. كتاب النكاح، الرجل يطلق امرأته فيزوجها رجلاً ليحلها له.

(٥) أعلام الموقعين ٤٨/٣.

(٦) تبين الحقائق ٢/ ٢٥٩، الجوهرة النيرة ٢/ ١٢٩، المبسوط ٦/ ١٠.

(٧) تبين الحقائق ٢/ ٢٥٩، الجوهرة النيرة ٢/ ١٢٩، المبسوط ٦/ ١٠.

(٨) الفروع ٥/ ٢١٥، قاعدة في العقود لشيخ الإسلام ص ٢٠٦، ٢٠٧.

(٩) الإنصاف ٨/ ١٦١.

دليل القول الثاني

ما ورد عن النبي ﷺ من نهى عن نكاح التحليل، فإنه دل على صحة هذا النكاح من وجهين:

الأول: أن النبي ﷺ سماه نكاحاً. وينصرف اللفظ إلى المعنى الشرعى للنكاح. وهو لا يطلق في الشرع إلا على النكاح الصحيح^(١).

الثاني: أن النبي ﷺ سمى الزوج محلاً، وسمى الأول محلاً له، وهذا دليل على أنه يحصل به التحليل، ولا يكون كذلك إلا إذا كان صحيحاً^(٢).

ويعترض على الوجه الأول من الاستدلال: بأن وصف نكاح التحليل بأنه نكاح ورد في معرض النهي عنه وليس وصفاً مطلقاً، واقتراحه بالنهي يدل على أنه غير معتبر شرعاً.

واعترض على الوجه الثاني: بأن النبي ﷺ سماه محلاً، لأنه قصد التحليل في موضوع لا يحصل فيه كما في قول الله تعالى عن المشركين: ﴿يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً﴾^(٣).

الترجيح:

الراجع هو القول الأول لموافقة مقصود الشارع من النهي عن نكاح التحليل، فإن الأصل في الأبضاع التحريم، ولا تستباح إلا بالطريق الذي شرعه الله، ومانه الله عنه لا يكون مما شرعه الله.

المسألة الثانية

أثر نية التحليل على عقد النكاح

وفيها فرعان:

الفرع الأول: أثر نية التحليل على انعقاد النكاح.

للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: لا ينشأ عقد النكاح إذا قارنته نية التحليل، ولا يحصل به التحليل.

حكاه شيخ الإسلام عن جمع من التابعين^(٤)، وهو قول عند الحنفية فيما لو جرت

(١) الإنصاف ١٦١/٨.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤١/٤.

(٣) السابق. والآية في سورة التوبة، رقم ٣٧.

(٤) الفتاوى الكبرى ٨/٦.

العادة بأن مثل هذا النكاح يقصد للتحليل^(١)، وهو قول المالكية^(٢)، ولكنهم قالوا: إنه لو حكم بصحته حاكم يرى ذلك فإنه يصح، وبه تحل للأول^(٣)، وهو قول عند الحنابلة^(٤)، اختاره شيخ الإسلام^(٥)، وقال: إن الزوج إذا انفرد بهذه النية، ولم تطلع الزوجة عليها، فإن العقد في الظاهر يكون صحيحاً، وفيما بينه وبين الله يكون باطلاً^(٦).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

عن عكرمة عن عبد الله بن عباس - رضى الله عنهم - قال: سئل رسول الله ﷺ عن المحلل، فقال: (لا). إلا نكاح رغبة، لانكاح دُكْسة، ولا استهزاء بكتاب الله، ثم يذوق العسيلة^(٧).

قال شيخ الإسلام: الدلسة من التدليس وهو الكتمان والمخادعة، فمن قصد التحليل فقد دلس مقصوده الذى يبطل العقد، وكتم النية الردية بمتزلة المخادع^(٨).

واستدل به شيخ الإسلام، وقال: هو معضد بحديث آخر عن عمرو بن دينار، أنه سئل عن رجل طلق امرأته، فجاء رجل من أهل القرية بغير علمه ولا علمها، فأخرج شيئاً من ماله، فتزوجها؛ ليحللها له، فقال لا، ثم ذكر أن النبي ﷺ سئل عن مثل ذلك؛ فقال: (لا). حتى ينكحها مرتغباً لنفسه، حتى يتزوجها مرتغباً لنفسه، فإذا فعل ذلك لم تحل له حتى تذوق العسيلة^(٩).

(١) حاشية ابن عابدين ٤١٥/٣.

(٢) الخروشي ٢١٦/٣، ٢١٧، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٣٠/٢.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٣٠/٢، شرح منج الجليل ٥٨/٢.

(٤) الإنصاف ١٦١/٨، الروض المربع ٣٢٠/٦، ٣٢١.

(٥) الفتاوى الكبرى ٨/٦.

(٦) الفتاوى الكبرى ٢٧١/٦، ٢٧٢.

(٧) قال ابن حزم في المحلى ١٨٤/١٠: هذا حديث موضوع؛ لأن فيه إسحاق بن محمد الفروي، وهو ضعيف جداً متروك الحديث، وقد رواه عن إبراهيم بن إسماعيل وهو - بلا شك - إما ابن مجمع، وأما ابن أبي حبيبة، وكلاهما ضعيف لا يحتج بهما. اهـ. وأورده شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٢٤٠/٦ نقلاً عن أبي إسحاق الجوزجاني، وأورد سنده وليس فيه «إسحاق» الذي شنع عليه ابن حزم، وإنما فيه إبراهيم بن إسماعيل ابن أبي حبيبة، ثم قال: وإسناد هذا الحديث جيد إلا إبراهيم بن إسماعيل فإنه قد اختلف فيه، وقال أحمد بن عدي: هو صالح في باب الرواية، ويكتب حديثه على ضعفه، وهذا الذي قاله ابن عدي عدل من القول، وله عدة أحاديث بهذا الإسناد روى منها الترمذي، وابن ماجه، فمثل هذا يكتب حديثه للاعتبار به، وقد جاء حديث مرسل يوافق هذا. اهـ. وهو حديث عمرو بن دينار. اهـ.

(٨) الفتاوى الكبرى ٢٤٠/٦.

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة مرسلًا في مصنفه ٢٩٥/٤. وقال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٢٤١/٦: وهذا المرسل حجة؛ لأن الذين أرسله احتج به، ولولا ثبوته عنده لما جاز أن يحتج به من غير أن يسنده.

الدليل الثاني:

عموم لعنه ﷺ المحلل، والمحلل له^(١).

والدليل على أن الحديث عني به كل محلل أظهر التحليل. أو أضمره، وأنه لا يجوز قصره على من شرط التحليل وحده من وجوه:

الوجه الأول: أن المحلل هو من لم يبيع بالزواج نفعا لنفسه، وإنما قصد أن تكون المرأة حلالا لغيره، وهذا المعنى متحقق فيمن صرح بقصده في العقد ومن لم يصرح، ولا موجب لتخصيصه بمن صرح^(٢).

الوجه الثاني: أنه ﷺ لو عني التحليل المشروط في العقد خاصة، أو التحليل الذي تواطأوا عليه دون المقصود للعن الزوجة والولي، كما لعن أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، بل كانت المرأة أحق باللعن من الزوجين؛ لأنها شاركت كلا منهما فيما يفعله، فلما خص باللعة الزوجان علم أنه ﷺ عني التحليل المكتوم عن المرأة، ووليها الذي تواطأ عليه المطلق والزوج^(٣).

الوجه الثالث: أن التحليل المشروط في العقد لم يقع بين المسلمين على عهد رسول الله ﷺ وأصحابه، فإنه حيثئذ يشهد به الشهود، فيظهر للناس فينكرونها، ويحولون بين الرجل وهذا النكاح، فلما لعن ﷺ المحلل زجراً عن ذلك، علم أنه من الأمور التي تخفى على العامة كالسرقة والزنا وغير ذلك^(٤).

الوجه الرابع: أننا لو قصرنا التحريم على التحليل المشروط في العقد، لم تكن العلة هي التحليل ولا شيئاً من لوازم التحليل، بل العلة توقيت النكاح أو شرط الفقرة فيه بالعقد، وهذا المعنى ليس من لوازم قصد التحليل^(٥).

الوجه الخامس: أن أصحاب النبي ﷺ أعطوا نية التحليل حكم اشتراط التحليل مستنديين في ذلك إلى ما سمعوه عن النبي ﷺ من لعنه المحلل^(٥).

وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن الحديث لا يعم كل محلل ومحلل له بالاتفاق؛ لأنه يستثنى منه بالاتفاق الرجل الذي يتزوج المطلقة ثلاثاً وليس عنده نية التحليل، بل عقد بنية الاستدامة، ثم بدا له فطلقها، وهو في واقع الأمر محلل ولو لم ينو ذلك عند

(١) تفسير ابن كثير ١/٤٩٥، شرح منتهى الإرادات ٣/٤٢، الفتاوى الكبرى ٦/١٠، ٢٣٥.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/٢٣٥.

(٣) الفتاوى الكبرى ٦/٢٣٥.

(٤) الفتاوى الكبرى ٦/٢٣٦.

(٥) الفتاوى الكبرى ٦/٢٣٨.

العقد، وزوجها محلل له، فثبت بذلك أن الحديث ليس على عمومه، وإنما المقصود باللعن فيه بعض المحللين وبعض المحلل لهم^(١).

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن الصورة المذكورة ليست داخلية في الحديث حتى يقال إنها مستثناة منه، وأن استثناءها دليل على عدم عموم الحديث؛ لأن المقصود باللعن في الحديث من دخل العقد ليحلل المرأة لمطلقها لا ليستمتع هو بها، ويستديم نكاحها.

الاعتراض الثاني: لعن المحلل محمول على ما لو طلب الأجر على فعله^(٢).

ويجاب عنه: بأنه لا يتوقف وصفه بأنه محلل على طلبه الأجرة حتى يحمل الحديث على ما ذكر.

الدليل الثالث:

أن النكاح بنية التحليل لو كان جائزاً لكان النبي ﷺ دل عليه من طلق ثلاثاً، فإنه كان أرحم الناس بأمرته وأحبهم لمياسير الأمور، فلما لم يأمر به هو، ولا أحد من خلفائه مع مسيس الحاجة إليه علم أن هذا لا سبيل إليه، وأن من أمر به فقد تقدم بين يدي الله ورسوله^(٣).

الدليل الرابع:

أن الصحابة - رضوان الله عليهم - كانوا يرون أن نية التحليل كاشتراطه في العقد، ويعدون سفاحاً، ويستدلون على ذلك بما رووه عن رسول الله ﷺ من لعن المحلل والمحلل له. نقل ذلك عن عمر، وعثمان، وابن عمر، وابن عباس، وغيرهم - رضى الله عنهم - ولم يعرف لهم مخالف في عهدهم^(٤).

ومن ذلك «أن رجلاً جاء إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجها أخ له من غير مؤامرة منه ليحللها لأخيه. قال: لا نكاح إلا نكاح رغبة، كنا نعد هذا سفاحاً على عهد رسول الله ﷺ»^(٥).

(١) المحلى ١٨٣/١٠.

(٢) مجمع الأنهر ٤٣٩/١.

(٣) الفتاوى الكبرى ٢٤٢/٦.

(٤) الشرح الكبير ٢٤١/٤، الفتاوى الكبرى ٢٤١/٦، وأورد عدداً من الآثار في ص ٢٤٢، ٢٤٣.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک ١٩٩/٢، وصححه، ووافقه الذهبي. وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٢٧٠/٤ رجاله رجال الصحيح. وأسند شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٢٤١/٦، ٢٤٢، وقال: هذا إسناد جيد.

وقد اعترض ابن حزم على جميع الآثار الواردة بهذا المعنى بأنها هالكة لا يحتج بها^(١).

الدليل الخامس:

أن النكاح بقصد التحليل ينافي مقصد الشارع من مشروعية عقد النكاح من وجهين:

الوجه الأول: أن قصد الشارع من عقد النكاح أن يكون كل واحد من الزوجين سكناً للآخر. وجعل بينهما مودة ورحمة. ولا يكون العقد كذلك إلا إذا نوى به العاقد الاستدامة^(٢).

الوجه الثاني: أن قصد الشارع من عقد النكاح إباحة المرأة للنكاح نفسه، وفي نكاح التحليل يكون مقصود النكاح أن تكون المرأة التي يعقد عليها منكوحة لغيره، لا له، فكان قصده مناقضاً لقصد الشارع، فوجب إبطال قصده بإبطال وسيلته^(٣).

اعتراض عليه: بأن المحلل لم يناقض قصد الشارع من النكاح، وإنما ضم إليه مقصداً آخر، هو حسن، فإن مقصد الشارع من إباحة النكاح هو تمكين الزوجين من الاستمتاع بالمباح، وهذا القصد حاصل من المحلل، وقصد التحليل يحصل تبعاً، وهو مقصود حسن فإن فيه جمعاً بين متباينين أضر بهما وبأولادهما الفراق، فإذا قصد المحلل التسبب في الجمع بينهما من غير أن يشعرهما بذلك، فهذا عمل فيه إحسان للمسلم، والمقصد الذي يكون بهذا الوصف لا يمتنع اجتماعه مع المقصود الأصلي للشارع من مشروعية النكاح، كمن ينكح المرأة لمصاهرة أهلها، كفعل عمر لما خطب أم كلثوم ابنة علي - رضى الله عنهم -، أو لتقوم على بنات أو أخوات له كفعل جابر بن عبد الله - رضى الله عنه -، وكل هذه المقاصد التابعة المطلوبة عرفاً هي مطلوبة شرعاً^(٤).

وأجاب عنه شيخ الإسلام بأن المقصد الذي حرك المحلل إلى إنشاء الالتزام إن كان متعارضاً مع مقصد الشارع من إباحة الالتزام، فإنه يؤدي إلى بطلان الالتزام، كما هي الحال في قصد التحليل، فإن حقيقته إبطال عقد النكاح بعد حصول الوطاء. ومقصد الشارع استمرار العشرة الزوجية والإعفاف وتحقيق السكن لكل من الزوجين، وإذا كان مقصد المكلف غير متعارض مع مقصد الشارع، فإنه لا يؤثر على الالتزام، كأن

(١) المحلى ١٨٠/١٠.

(٢) أعلام الموقعين ٣/٣٥ - ٤٩.

(٣) شرح منح الجليل ٥٨/٢، الفتاوى الكبرى ٤٩/٦، ٥٧.

(٤) الفتاوى الكبرى ١١٤/٦، ١١٥.

يقصد بالنكاح مصاهرة الكرام أو الاستعانة بالزوجة في خدمة أخواته، فإن تلك المقاصد لا تنافي النكاح، بل تستدعي بقاءه ودوامه.

والمصلحة المدعاة في التحليل ملغاة في الشرع بلعن رسول الله ﷺ للمحلل والمحلل له، ولو كان معروفاً وإصلاحاً لأمر الله تعالى به، كما أمر بالإصلاح بين المتخاصمين.

والضيق الذي يحصل على المطلق ثلاثاً هو بسبب مخالفته لأداب الشريعة في إيقاع الطلاق، ومن فعل فعلاً جر على نفسه تضييقاً لا يجوز الاحتياك للتوسعة عليه، فمن ظاهر من زوجته ولم يجد عتق رقبة وبه شبق لم يمكنه وطؤها حتى يصوم شهرين متتابعين، وإنما يسعى الإنسان في مصلحة أخيه بما أحله الله^(١).

الدليل السادس:

أن نية التحليل تتعارض مع الرضا بالعقد الذي هو شرط في صحته، ووجه التعارض أن المحلل لم يرض بالعقد الذي قصده الشارع، ومن لم يكن راغباً في مقصود العقد لم يكن راضياً بالعقد، فلا عقد له^(٢).

الدليل السابع:

أن من شارب غيره في بيع، أو نكاح على صفات اتفقا عليها، ثم تعاقد بناء عليها فهي من عقودهم وعهودهم لا يعقلون ولا يفهمون إلا ذلك، ولا تفرق العرب بين شرط متقدم على العقد، وشرط مقارن، ومن صور ذلك أنه لو وصف المبيع، أو الثمن المعين بصفات عند التساوم، ثم بعد ذلك بزمان تعاقد كان العقد مبنياً على ما تقدم بينهما من الصفة، حتى إذا ما ظهر المبيع ناقصاً عن تلك الصفة كان له الفسخ، ولولا أن الصفة المتقدمة كالمقارنة لما وجب ذلك.

والشرط العرفي كالشرط اللفظي، ومن صور ذلك أنه لو أطلق الدراهم والدنانير، في عقد بيع، أو نكاح انصرف إلى النقد الغالب المعروف بين المتعاقدين، وكان هذا العرف مقيداً للفظ باتفاق أهل العلم^(٣).

القول الثاني: ينشأ عقد النكاح إذا قارنته نية التحليل، ويتم به التحليل.

(١) الفتاوى الكبرى ٦/ ١١٤ - ١١٧.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/ ٢٦١.

(٣) الفتاوى الكبرى ٦/ ٢٦٧ - ٢٧٠.

هو قول الحنفية^(١)، وقول لبعض المالكية^(٢)، وقول الشافعية^(٣)، وقول عند الحنابلة^(٤). وقال شيخ الإسلام: «هذا الذي ذكرناه من اختلاف العلماء، وما ذكر من الخلاف في المذهب فيما إذا قصد التحليل، ولم يشترط عليه قبل العقد ولا معه، فأما إذا توطأ على التحليل قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد فهو كالمشروط في العقد عند كثير من هؤلاء»^(٥). ويقابل هذا الكثير قليل ذهبوا إلى أن الزوج والولي والزوجة لو اتفقوا قبل العقد على فسخ النكاح بعد الوطء، ثم عقدوا بناء على الاتفاق السابق ولم يصرحوا به في أثناء العقد صح العقد^(٦).

أدلة القول الثاني.

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾، فقد جعل الله تعالى النكاح من الثاني سبباً يحلها للأول فإذا حصل فقد تحقق السبب الشرعي لحلها للأول.

واعترض عليه شيخ الإسلام بقوله: إن الشارع لما حرم المطلقة ثلاثاً على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره، ثم يفارقها لم يكن مقصوده وجود الحل للأول ولو كان كان هذا مقصوده لنصب له سبباً يفضي إليه في الغالب، أما أن تنكح زوجاً غيره، ثم تبين منه فهذا لا يحصل غالباً بل نادراً، فعلم أن الشارع لم يجعله سبباً يقصد تحقيقه، بينما جعل الشارع لمن بانت منه زوجته بيتونة صغرى سبباً لتحليلها له يفضي إلى ذلك في الغالب وهو العقد عليها. وبهذا يظهر الفرق بين ما جعله الشارع سبباً مفضياً إلى الحكم.

وأمر بتحصيله لتحصيل موجهه، وبين ما جعله الشارع سبباً. فمن الأول: أسباب حل المال والوطء فإنهما حرام، حتى يتحقق سبب الإباحة في المال بالبيع والهبة ونحوهما، وفي الوطء بالعقد وملك اليمين.

ومن الثاني: تحريم الخبائث حتى توجد ضرورة وتحريم نكاح الإماء، لكن لا يحل للمرأة أن تعتمد الذهاب إلى مكان لا طعام فيه بقصد أن يستحل الميتة، ولا يحل له أن يستعمل دواء يثير شهوته ليستباح نكاح الأمة^(٧).

(١) الجوهرة النيرة ١٢٩/٢، الميسر ٩/٦.

(٢) بداية المجتهد ٥٨/٢، التاج والإكليل ٤٦٩/٣.

(٣) الأم ٨٠/٥، شرح المحلي ٢٤٧/٣.

(٤) الإنصاف ١٦١/٨، الشرح الكبير ٢٤٠/٤.

(٥) الفتاوى الكبرى ١٢/٦، ١٣.

(٦) الأم ٨٠/٥، فتح الوهاب ٤٤/٢، مغني المحتاج ١٨٣/٣.

(٧) الفتاوى الكبرى ١١٢/٦ - ١١٤.

الدليل الثاني:

حديث امرأة رفاعة القرظي، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني، فبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هذبة الثوب، فقال: (أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا. حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك)^(١). قال ابن حزم: «فهذه حجة قاطعة لنا؛ لأن فيه أن رسول الله ﷺ لم يبطل نكاحها لعبد الرحمن، مع تقديره أنه إنما يريد إحلالها لرفاعة»^(٢).

ويعترض على هذا الاستدلال بأنه مبنى على أن عبد الرحمن لم يتزوجها إلا ليحلها لرفاعة، وهو ادعاء لادليل عليه، بل أن الظاهر خلافه؛ لأن عبد الرحمن أبى أن يطلقها.

الدليل الثالث:

قال ابن سيرين: «قدم رجل مكة، ومعه إخوة له صغار، وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً، فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وامرأته، فطلقها فقال لها: هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً، ويحللك لي؟ قالت: نعم إن شئت، فأخبروه ذلك، قال: نعم. فتزوجها، فدخل بها، فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار، فجاء القرشي يحوم حول الدار، ويقول: ياويله غلب على امرأته، فأتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي. قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين، قال: أرسلوا إليه. فلما جاء الرسول قالت له المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال: ليس بموضعي بأس، قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك: أنطلق امرأتك؟ فقل والله، لا أطلقها، فإنه لا يُكرهك. وألبسته حلة، فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي شرف ذا الرقعتين، فدخل عليه، فقال له: أنطلق امرأتك؟ قال: لا، والله لا أطلقها، فقال له عمر: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط»^(٣).

ووجه الاستدلال، أن شرط التحليل تقدم العقد، وإنبنى العقد عليه، وحكم عمر بصحته^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢٩٥/٥، ٢٩٦، كتاب الشهادات، باب شهادة المختبيء.

(٢) للحلي ١٨٥/١٠.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢٦٧/٦، ٢٦٨، والبيهقي في سننه ٢٠٩/٧ كتاب النكاح، باب من عقد النكاح مطلقاً لا بشرط. وقال شيخ الإسلام في الفتاوى الكبرى ٢٤٦/٦: أن الإمام أحمد قال عن هذا الأثر ليس له إسناد، ونقل عن أبي عبيد أنه قال: هذا حديث مرسل لابن سيرين، وإن كان مأموناً إلا أنه لم ير عمر، ولم يدركه. أهد. وقال الشافعي في الأم ٨١/٥ سمعت هذا الحديث مستنداً شاذاً مؤثقلاً عن ابن سيرين يوصله عن عمر.

(٤) الأم ٨١/٥، الشرح الكبير لابن قدامة ٤٠/٤، الفتاوى الكبرى ٢٤٥/٦.

واعترض عليه بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أنه مرسل، والمرسل ضعيف^(١)، وقد عارض أثراً مسنداً عن عمر، والمرسل إذا عارض المسند لم يلتفت إليه. فقد أثر عن عمر: أنه وقف على المنبر، وقال: لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجتهما. وهو عام في التحليل المشروط، والمكتوم^(٢).

الاعتراض الثاني: يحتمل أن إرادة التحليل كانت من الزوج المطلق، وأن الثاني لم ينو التحليل^(٣)، وسياق القصة يقوي هذا الاحتمال، فإن الزوج الأول لما جاء إلى عمر إنما قال: غلبت على امرأتي، ولم يقل غدربي، ولو كان المتزوج واطأه على أن يطلقها لقال غدربي. وأقل ما في ذلك أن ذا الرقعتين يكون قد وعده أن يطلق، ولم يكن عازماً على ذلك، ثم أخلفه فشكاه^(٤).

الاعتراض الثالث: أن عمر لم يأمر بإعادة المرأة، ولا أباح دوام نية التحليل، بل فيه أنه صار نكاح رغبة بعد أن كان تحليلاً، فإن كان بنكاح مستأنف فلا كلام، وإن كان باستدامة النكاح الأول فهذا مما قد يسوغ فيه الخلاف، وليس هو محل النزاع^(٥).

الدليل الرابع:

قياس النكاح بقصد التحليل على النكاح من الهازل في صحة العقد مع وجود القصد المنافي للعقد^(٦).

اعترض عليه بفساد هذا القياس من أربعة أوجه^(٧):

الوجه الأول: أن السنة وأقوال الصحابة فرقّت بين قصد التحليل ونكاح الهازل، ومن نقل عنه التفريق عمر، وعلي، وابن مسعود - رضي الله عنهم - أجمعين.

الوجه الثاني: أن قاعدة اعتبار المقاصد في الحكم على العقود تقضي بأن المؤثر في العقد هو وجود القصد المناقض لمقصود الشارع وأما انعدام قصد موجب العقد مع انعدام القصد المناقض فلا يؤثر في العقد. ونكاح التحليل من الأول بينما نكاح الهازل من الثاني.

الوجه الثالث: أن تأثير الهزل يختلف عن تأثير قصد التحليل فيما لو صرح بكل

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٢٤١، الفتاوى الكبرى ٦/٢٤٦، المغني ١٠/٥٣.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/٢٤٦.

(٣) ماسبق - شرح منتهى الإرادات ٢/٤٢.

(٤) الفتاوى الكبرى ٦/٢٤٦، ٢٤٧.

(٥) الفتاوى الكبرى ٦/٢٤٩.

(٦) الفتاوى الكبرى ٦/٧٢.

(٧) الفتاوى الكبرى ٦/٧٢ - ٧٦.

منهما المكلف في تصرفه، فلو صرح في طلاقه بأنه هازل لم يمنع ذلك وقوع الطلاق بالاتفاق، وقياسه أنه لو صرح في عقد النكاح بأنه هازل لم يمنع ذلك انعقاده، بينما لو أجرى عقد النكاح وصرح فيه بقصد التحليل لم يصح العقد عند المخالف. فإذا ثبت الفرق بينهما في حالة ثبوت القصد لفظاً فإن ثبوته بالبينة يكون مثله.

الوجه الرابع: أن مراعاة المقاصد في الالتزامات تستلزم أن من قصد بالعقد غير ما وضع له أن يعاقب بنقيض قصده، فمن قصد بصورة العقد الهزل والاستهزاء دون ثبوت موجب العقد يعاقب بتفويت قصده وهو الهزل، وإلزامه بما ترتب على كلامه، ومن قصد بالنكاح التحليل يفوت عليه مقصوده بإبطال نكاحه، ولو قيل بتصحيح نكاحه لتحقيق له مقصوده.

الدليل الخامس:

أن مجرد القصد الذي لم يصرح به في العقد ليس فعلاً، ولا هو في مقام الفعل؛ لأن الذي نوى الطلاق قد يفعل وقد لا يفعل. فلا يبطل العقد إلا بما شرط فيه، ولهذا لو اشترى عبداً، واشترط عليه البائع ألا يبيعه بطل العقد، ولو اشترى بنية ألا يبيعه لا يبطل^(١).

يعترض عليه: بأن القصد المجرد عن الفعل قد لا يؤخذ عليه صاحبه، أما إذا انبنى عليه فعل فإنه الحكم ينبني على صورة الفعل الظاهرة، وعلى المقصد الباعث عليه.

سبب الخلاف والترجيح:

قال ابن رشد: إن سبب الخلاف هو اختلافهم فيما يدل عليه لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له، فمنهم من يرى أنه يدل على التأثيم فحسب، ومنهم من يرى أنه يدل على التأثيم وبطلان العقد^(٢).

والراجح فيما يظهر لي أن العقد إذا سبقه اتفاق بين الزوج والمرأة، أو الولي على أن يكون النكاح تحليلاً، فإنه يكون كاشتراطه في العقد، فإن التفريق بين الشرط المتقدم والمقارن فيه تفويت لما قصده الشارع من منع الشروط المنافية للعقود. ومثل ذلك إذ دل العرف على أن النكاح ماهو إلا نكاح تحليل، فإن العرف يفسر مقاصد المكلفين.

أما إذا نوى الزوج التحليل، ولم يطلع أحداً على نيته، فلم يظهر لي الحكم الراجح في هذه الصورة.

الفرع الثاني: حكم نية التحليل من حيث الحل والحرم.

قال شيخ الإسلام: إن أهل العلم اتفقوا على أن قصد الزوج إذا ظهر للزوجة، أو وليها، أو زوجها الأول فإن النكاح يكون منهيّاً عنه حينئذ، ولم يرخص فيه أحد،

(١) الأم ٧٩/٥، ٨٠، المذهب ٤٨/٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤٠/٤.

(٢) بداية المجتهد ٥٨/٢.

وإنما وقع الخلاف فيما لو قصد الزوج التحليل ولم يظهر قصده للزوجة، أو وليها، أو زوجها الأول^(١)، فمنهم من ذهب إلى تحريم هذا القصد، ومنهم من قال إنه مكروه^(٢)، ومنهم من قال: إن الزوج مأجور على هذه النية^(٣)، والذين قالوا بالتحريم استدلوا بما ورد من تغليظ في النهي عن نكاح التحليل، كلعنه ﷺ المحلل والمحلل له. وهو الراجح؛ لأن اللعن يدل على ذلك^(٤).

المسألة الثالثة

بيان مصدر نية التحليل المؤثرة في عقد النكاح

يمكن أن توجد نية التحليل لدى الزوج، أو المطلق، أو المرأة، أو وليها وفي تعيين النية المعتبرة في الحكم على العقد أربعة أقوال:

القول الأول:

أن العبرة بنية الزوج، فلو نوت المرأة ووليها بالعقد التحليل، ولم ينو الزوج فإنه لا يكون تحليلاً^(٥).

ودليله أن أحاديث النهي خوطب بها الزوج لا الزوجة^(٦).

والدليل على عدم اعتبار نية الزوجة، أن مطلقة رفاعه لما جاءت تشتكي إلى النبي ﷺ، علم منها أنها كانت تريد أن ترجع إلى رفاعه، ولم يجعل ذلك مانعاً من رجوعها إليه، وإنما جعل المانع عدم وطء الثاني^(٧).

واعترض عليه بأنه يحتمل أن نية المفارقة من تلك المرأة لم توجد إلا بعد العقد^(٧).

وأجيب عنه: بأن النبي ﷺ لم يستفصل منها، فلم يسألها عن نيتها وقت العقد فدل ذلك على أن نية المفارقة منها لا تؤثر في العقد، سواء أوجدت وقت العقد أم بعده، فإن ترك الاستفصال في حكاية الحال، مع قيام الاحتمال بمنزلة العموم في المقال^(٧).

(١) بداية المجتهد ٥٨/٢، الفتاوى الكبرى ١٩٥/٦.

(٢) الأم ٨٠/٥، شرح المحلى ٢٤٧/٣، الإنصاف ١٦١/٨، الشرح الكبير ٢٤٠/٤.

(٣) تبين الحقائق ٢٥٩/٢، مجمع الأنهر ٤٣٩/١.

(٤) بداية المجتهد ٥٨/٢، الفتاوى الكبرى ١٩٥/٦.

(٥) حاشية الدسوقي ٢٣٠/٢، الخروشي ٢١٧/٣، الإنصاف ١٦٢/٨، حاشية ابن قاسم ٣٢٢/٦، الشرح الكبير

لابن قدامة ٢٤١/٤.

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤١/٤.

(٧) الفتاوى الكبرى ٣٠١/٦.

القول الثاني:

أن العبرة بنية الزوج أو الزوجة فنيته كنيته، فإذا نوت التحليل باطناً، ولم تُظهره صح العقد حكماً، وبطل بينها وبين الله تعالى^(١).

واحتجوا على اعتبار نية الزوجة بأنها وإن كانت لا تملك الطلاق إلا أنها تملك أن تتسبب فيه بما يؤدي إليه غالباً، وذلك بأن تنوي إساءة العشرة حتى تلجئه إلى طلاقها^(٢).

القول الثالث:

لا يكون النكاح تحليلاً إلا إذا نوى الزوجان معاً التحليل^(٣).

القول الرابع:

أن النية من الزوج أو المرأة أو المطلق تجعل النكاح تحليلاً^(٤).
وعلموا لاعتبار نية المطلق، بأنه يمكنه أن يسعى في ترتيب نكاح مطلقة من الثاني ليحللها له^(٥).

ويعترض عليه: بأنه وإن فعل المطلق فإن ذلك لا يلزم الزوج بشيء، فهو فعل لا أثر له على العقد، لافي إنشائه، ولا في إنهائه.

والراجع: فيما يظهر لي أن العبرة بنية الزوج وحده، لأنه هو الذي يملك الطلاق.

المسألة الرابعة

حكم النكاح إذا تغيرت نية الزوج، وقصد استدامة العقد

يأتي هذا التغير في نية الزوج على ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن ينوي قبل العقد التحليل، ثم يرجع عن هذه النية عند العقد.

فالنكاح في هذه الصورة صحيح^(٦)؛ لأنه عقد خلا عن النية المفسدة.

الصورة الثانية: أن ينوي بالعقد التحليل، ويدخل في العقد على هذه النية، ثم

يبدو له بعد العقد أن يستديم النكاح.

والنكاح في هذه الصورة نكاح تحليل باطل، وإذا رغب في نكاح المرأة فعليه أن

يستأنف العقد.

(١) الإنصاف ٨/١٦٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٢٤١، الفتاوى الكبرى ٦/٢٢٨.

(٢) الفتاوى الكبرى ٦/٢٩٨.

(٣) الفتاوى الكبرى ٦/٢٩٩.

(٤) الإنصاف ٨/١٦٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٢٤١.

قال شيخ الإسلام: إن هذا هو الذي دلت عليه السنة وأمر به عمر، وعثمان - رضي الله عنهما^(١).

وقال شيخ الإسلام: إنه لو قيل بصحة العقد في هذه الصورة لكان ذلك سائغاً، وأثر ذي الرقعتين يحتمل ذلك، فيحتمل أن يكون ذو الرقعتين قد نوى التحليل، ثم نوى استدامة العقد، وأقره عمر أن يمسك زوجته^(٢).

الصورة الثالثة: أن يشارط المرأة أو وليها على التحليل قبل العقد، ثم ينوي في نفسه استدامة العقد.

في حكم هذه الصورة قولان:

القول الأول: أن النكاح نكاح تحليل باطل.

والعلة في ذلك: أن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن، فإن كان صحيحاً وجب الوفاء به، وإن كان باطلاً أثر في العقد، فيبطله إن كان مما تبطل به العقود. ولا يجوز إلزام الزوجة بنكاح لم ترض به، ولا يجوز تصحيح النكاح الذي رضيت به؛ لأنه لم يرض به الله ورسوله، وإنما يصح العقد برضا العاقدین بشيء رضي الله ورسوله^(٣).

القول الثاني: أن النكاح صحيح^(٤).

والعلة في ذلك: أنه عقد خلا من النية المفسدة له. ونية الزوجة أو وليها التحليل غير مؤثرة في العقد^(٥).

والراجع: في ذلك - والله أعلم - أن بناء العقد على المشاركة المتقدمة كالمشاركة المقارنة للعقد، لأنهما بمعنى واحد، والمفاسد المترتبة عليهما واحدة، فكل منهما مناقضة لمقصود الشارع، وارتكاب للنهي، مع اختلاف يسير في أسلوب المناقضة والمخالفة.

(١) الفتاوى الكبرى ٨/٦.

(٢) الفتاوى الكبرى ٢٤٩/٦.

(٣) الفتاوى الكبرى ٢٤٧/٦.

(٤) حاشية العدوي على الخرشي ٢١٦/٣، شرح منح الجليل ٥٦/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٢/٣. المغني

٥٣/١٠.

(٥) المغني ٥٣/١٠.

المطلب الثالث

النكاح مع تبين نية الطلاق

وفيه تمهيد، وثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حكم نكاح المتعة.

المسألة الثانية: حكم النكاح مع تبين نية الطلاق من حيث الصحة والبطان.

المسألة الثالثة: حكم النكاح مع تبين نية الطلاق من حيث الحل والحرم.

التمهيد: وفيه بيان صفة نكاح المتعة، والفرق بينه وبين النكاح مع تبييت نية الطلاق:

نكاح المتعة: هو النكاح المؤقت الذى يُجعل له وقت ينتهى إليه. وذكر له الفقهاء صوراً كثيرة منها ما هو متفق على أنه نكاح متعة، ومنها ما فيه خلاف. وأهم هذه الصور أربع:

الصورة الأولى: أن يوقت الزوج النكاح إلى أجل مسمى، كشهر. فهذا نكاح متعة بلاخلاف^(١). سواء أ جاء شرط الأجل من الرجل على المرأة أم على وليها أم شرطته المرأة^(٢)، وقبله الرجل.

الصورة الثانية: أن يوقت الزوج النكاح إلى أجل غير مسمى، كإلى سفره من البلد أو انتهاء الموسم.

اختلف فى النكاح على هذه الصورة، ففى قول الشافعية^(٣)، وقول جمهور المالكية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥) هو متعة. وفى قول عند المالكية^(٦)، وعند الحنابلة ليس متعة^(٧). ونبه شيخ الإسلام على أنه لو نوى أنه إذا سافر وأعجبته أمسكها، وإلا طلقها جاز ذلك، وأنه ليس داخلاً فى الخلاف المذكور^(٨).

الصورة الثالثة: أن يتفق الزوج قبل العقد مع المرأة أو وليها على أن يكون النكاح متعة، ثم يقيم العقد بناء على هذا الاتفاق، لكن لا يصرح عند العقد بما يدل على التوقيت.

فالنكاح فى هذه الصورة متعة فى قول^(٩)، وليس متعة فى قول آخر^(١٠). وهذه الصورة والتالية لها هما المقصودتان بالبحث فى هذا المطلب.

الصورة الرابعة: أن ينوى الزوج توقيت النكاح دون علم الزوجة أو وليها. وفى اعتبار النكاح فى هذه الصورة نكاح متعة قولان^(١١).

والى جانب هذه الصور الأربع، التى دار كلام أهل العلم فى نكاح المتعة حولها،

(١) فتح البارى ٧٩/٩، المدونة مجلد ١٩٦/٢، الأم ٧٩/٥، قاعدة فى العقود لشيخ الإسلام ص ٢٠٧.

(٢) شرح منح الجليل ٣٣/٢.

(٣) الأم ٧٩/٥، مغنى المحتاج ١٤٢/٣.

(٤) التاج والإكليل ٤٤٦/٣، شرح منح الجليل ٣٣/٢.

(٥) قاعدة فى العقود ص ٢٠٧، المغنى ٥٧١/٧.

(٦) حاشية العدوى على الخرشي ١٩٦/٣.

(٧) كشف القناع ٩٧/٥، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٠٧/٣٢، المغنى ٥٧١/٧.

(٨) مجموع الفتاوى ١٠٧/٣٢.

(٩) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤١/٤، كشف القناع ٩٦/٥.

(١٠) الأم ٧٩/٥.

(١١) شرح منح الجليل ٣٣/٢، الأم ٧٩/٥، مجموع الفتاوى ١٠٦/٣٢.

ورد في كلامهم صور أخرى أطلقوا عليها وصف المتعة من باب التوسع في مدلول الكلمة، من ذلك أن المالكية^(١)، والشافعية^(٢) يسمون نكاح التحليل نكاح متعة.

ومنها: أن النكاح المضاف إلى زمن مستقبل، هو نكاح متعة عند المالكية، كقول الرجل «إن مضى شهر فانا أتزوجك»، وقصد بهذه الصيغة الانعقاد، لا مجرد الوعد، بحيث أنه لا يأتي بصيغة عقد عند حلول الأجل^(٣).

ومنها: أن الزوج إذا شرط على نفسه طلاق المرأة في وقت معين مستقبل، فحكمه حكم نكاح المتعة في قول عند المالكية وعند الحنابلة، وفي القول الآخر لا يكون متعة^(٤).

فالفارق بين نكاح المتعة، والنكاح مع تبين نية الطلاق هو في التصريح بشرط التوقيت، فهو مصرح به في نكاح المتعة، ومبيت في الصورة الثانية. وصورة التبيين هو المقصود الأول بالبحث، لأن فيها تعارضاً بين التعبير الظاهر والنية، أما نكاح المتعة فالتعبير الظاهر فيها وافق النية، ولكن صورة نكاح المتعة هي أصل لمسألة التبيين، فكان لزاماً إيراد البحث في الأصل أولاً، ثم يتلوه البحث في الفرع.

المسألة الأولى

حكم نكاح المتعة

نقل جمع من أهل العلم الإجماع على أن نكاح المتعة نكاح محرم وباطل، وأنه لا ينعقد.

وعن نقل الإجماع القاضي عياض^(٥)، وابن العربي^(٦)، وشيخ الإسلام^(٧)،

(١) شرح منح الجليل ٥٨/٢.

(٢) الأم ٨٩/٥، شرح المحلى ٢٤٧/٣.

(٣) التاج والإكليل ٤٤٦/٣، الشرح الكبير ٢١٣/٢.

(٤) فتح الباري ٧٩/٩، الإنصاف ١٦٤/٨، شرح منتهى الإرادات ٤٣/٣، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ١٤٨/٣٢، المغنى ٤٩/١٠.

(٥) حاشية الدسوقي ٢١٣/٢، شرح الزرقاني على الموطأ ١٥٤/٣.

والقاضي عياض: هو أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى. كان إماماً في الحديث وعلمه. حافظاً لمذهب مالك، بصيراً بالفقه والأصول واللغة. من شيوخه ابن رشد الجند، وابن العربي، والقرطبي. وله مؤلفات شهيرة منها «إكمال المعلم في شرح صحيح مسلم». وكان صلباً في الحق. مات سنة أربع وأربعين وخمسمائة في سراكش، قيل: إنه مات مسموماً.

انظر الديباج ٤٦/٢ - ٥١.

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٣٢/٥، ١٣٣.

(٧) مجموع الفتاوى ١٠٨/٣٢.

وابن بطلال^(١)، والكاساني^(٢) وابن المنذر^(٣)، والقرطبي^(٤).

والأصل في نكاح المتعة التحريم، ثم أباحه رسول الله ﷺ، ثم حرمه إلى الأبد. واختلف أهل العلم في عدد المرات التي أبيع فيها ثم حرم، فقيل إنه لم يبح إلا مرة واحدة، ثم حرم، وتكرر التأكيد على التحريم، وقيل إنه أبيع أكثر من مرة، وحرم بعد كل مرة، واختلفوا في عدد المرات^(٥).

وقال ابن القيم: إن التحريم المؤبد لها كان في عام الفتح ولم تبح بعده^(٦)، وقال الحافظ عن الأحاديث الواردة في تحريم المتعة وزمن التحريم: «فلا يصح من الروايات شيء بغير علة إلا غزوة الفتح»^(٧). وهو حديث الربيع بن سبرة (أن أباه غزا مع رسول الله ﷺ فتح مكة، قال: فأقمنا بها خمس عشرة، فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء، ثم قال: فلم أخرج حتى حرمها رسول الله ﷺ)^(٨).

ونقل عن عبد الله بن عباس - رضى الله عنه - أنه كان يفتى بإباحة نكاح المتعة لمن اضطر إليه، كالمغترب غربة طويلة مع قلة اليسار وشدة الغلظة، وأنه جعل ذلك بمنزلة إباحة الميتة للمضطر، لاحتل إلا للضرورة^(٩).

وأنكر عليه قوله من الصحابة من هو أكبر منه سناً وأطول صحبة لرسول الله ﷺ، منهم علي^(١٠)، وابن الزبير^(١١)، وابن عمر^(١٢)، وقال ابن عمر: «وهل كان ابن عباس إلا غلاماً صغيراً». ونقل عنه أنه رجع عن رأيه^(١٣).

(١) فتح الباري ٧٨/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٨٧/٣.

(٣) فتح الباري ٧٨/٩.

وابن المنذر هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري. شيخ الحرم، وصاحب المؤلفات الفريدة في نهجها «الأشرف»، و«الإجماع». كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل. مجتهداً لا يقلد أحداً. مات بمكة سنة ثمان عشرة وثلاثمائة. انظر أعلام النبلاء ٤٩١/١٤، طبقات الحفاظ ص ٢٣٠.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ١٣٢/٥.

(٥) فتح الباري ٧٥/٩، زاد المعاد ٣/٣٤٤، ٣٤٥.

(٦) زاد المعاد ٣/٣٤٣.

(٧) فتح الباري ٧٩/٩.

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٢٦/٢، ومع شرح النووي ٨٥/٩.

(٩) أخرجه البيهقي في السنن ٢٠٤/٧، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة. والطحاوي في مشكل الآثار ٦/٣، كتاب النكاح، باب المتعة. وقال الحافظ في الفتح ٧٦/٩: وأخرجه الخطابي، والفاكهي، ووكيع، فهذه أخبار يقوى بعضها بعضاً. وانظر معالم السنن للخطابي ١٨/٣، وإرواء الغليل للألباني ٣١٩/٦.

(١٠) أخرجه البخاري في صحيحه ٧١/٩، كتاب النكاح، باب نهى النبي ﷺ عن نكاح المتعة.

(١١) أخرجه مسلم في صحيحه ١٠٢٦/٢.

(١٢) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه ٢٩٣/٤، وقال الحافظ في التلخيص وإسناده قوى، وقال الهيثمي في المجمع ٢٦٨/٤: رجاله رجال الصحيح خلا المعافى بن سليمان وهو ثقة.

(١٣) أخرجه الترمذي في السنن ٤٣٠/٣، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم نكاح المتعة، والبيهقي في سننه ٢٠٥/٧، ٢٠٦. وقال الحافظ في الفتح ٧٨/٩: ما نقل في رجوع ابن عباس أسانيد ضعيفة.

واجتهد عمر - رضى الله عنه - فى إشاعة النهى عن نكاح المتعة لما بلغه أن بعض الصحابة لم يعلم بالنهى الناسخ، وتوعد بالرجم من استمتع^(١).

ونكاح المتعة باطل لا ينعقد، وعلى هذا نص جمهور أهل العلم^(٢)

ودليله أن النبى ﷺ لما حرم المتعة قال فى النساء المستمتع بهن: (فمن كان عنده منهن شئ فليخل سبيلها)^(٣).

وشذ زفر^(٤) وبعض الحنابلة^(٥). فقد ذهب زفر إلى أن النكاح لا يكون متعة إلا إذا عقد بلفظ المتعة، أما إذا عقده بلفظ النكاح، وقرنه بشرط التوقيت، كأن يقول «أتزوجك شهراً»، فهذا عنده ليس نكاح متعة، وإنما هو عقد نكاح اقترن به شرط التوقيت، وهو شرط فاسد فيصح العقد، ويبطل الشرط، كما هى قاعدة الحنفية فى النكاح أنه لا يبطل بالشروط الفاسدة^(٦). وبهذا علل أيضاً من صحح نكاح المتعة من الحنابلة^(٥).

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين:

الاعتراض الأول: بأن النكاح لا يحتمل التوقيت؛ لأن التوقيت يرفع أصل العقد فى جزء من الزمان فيمنع الانعقاد^(٤).

الاعتراض الثانى: أن كل لفظ يفيد التوقيت هو نص على المتعة؛ لأن نكاح المتعة لا يخالف النكاح المشروع إلا فى التوقيت^(٤).

المسألة الثانية

حكم النكاح مع تبين نية الطلاق

من حيث الصحة والبطالان

وقع الخلاف بين أهل العلم فى حكم النكاح فى هذه الصورة مع اتفاقهم على بطلان نكاح المتعة لوجود الفارق بينهما، وهو التصريح فى المتعة بشرط التوقيت، وتبينه وعدم التصريح به فى الثانية.

القول الأول: النكاح مع تبين نية الطلاق نكاح باطل. وهو نكاح متعة.

(١) شرح الزرقانى على الموطأ ٣/ ١٥٤.

(٢) بدائع الصنائع ٣/ ١٨٧.

(٣) هو فى حديث سيرة عند مسلم والاستدلال به فى فتح البارى ٩/ ٧٨.

(٤) المبسوط ٥/ ١٥٣.

(٥) قاعدة فى العقود ص ٢٠٦، ٢٠٧.

هو قول عند الخنابلة^(١)، وأشهر من قال به الأوزاعي^(٢). وشرطه أن ينوى الزوج لطلاق قطعاً، أما لو نوى أنها إن أعجبه أمسكها، وإن لم تعجبه طلقها، فالنكاح صحيح^(٣). وإذا دل الحال على أن النكاح مؤقت فهو متعة^(٤)، وإذا تقدم العقد تواطؤ على التوقيت، فذلك أبلغ في بطلانه^(٥).

أدلة القول الأول:

دليلهم على بطلان النكاح بنية التوقيت، هو أن العبرة في العقود بالمقاصد^(٥) ودليلهم على بطلان النكاح بشرط التوقيت المتقدم على العقد هو أن الشرط المتقدم كالمقارن^(٥).

وعلوا لقولهم إنه نكاح متعة، بأنه مؤقت وهذا هو نكاح المتعة^(٦).

وفرق شيخ الإسلام بينه وبين نكاح المتعة، بأن نكاح المتعة مثل الإجارة ينقضى بإنقضاء المدة، ولا ملك له عليها بعد انقضاء الأجل، وأما النكاح مع تبين نية الطلاق فملكه فيه ثابت مطلق، وقد تتغير نيته فيمسكها^(٧).

القول الثاني: النكاح مع تبين نية الطلاق صحيح.

هو قول الحنفية^(٨). وقول بعض المالكية^(٩) وقيده بعضهم بأنه يشترط لصحة العقد ألا تشعر المرأة، أو وليها بنيتها، فإن شعرت هي، أو وليها بطل العقد، وكان متعة^(١٠).

وهو قول الشافعية^(١١)، نص عليه الشافعي^(١٢). وهو قول عند الخنابلة^(١٣)، هو اختيار شيخ الإسلام^(١٤). وبين قول الشافعي وقول شيخ الإسلام فارق هام، وهو:

(١) الروض المربع ٣٢٤/٦، شرح المنتهى ٤٣/٣.

(٢) فتح الباري ٧٩/٩، قاعدة في العقود ص ٢٠٦.

(٣) مجموع الفتاوى ١٠٨/٣٢.

(٤) الفروع ٢١٥/٥.

(٥) أعلام الموقعين ١٣٣/٣.

(٦) شرح منح الجليل ٢٣/٢.

(٧) مجموع الفتاوى ١٠٦/٣٢، ١٤٧.

(٨) بدائع الصنائع ١٨٧/٣.

(٩) التاج والإكليل ٤٦٩/٣، مواهب الجليل ٤٤٦/٣.

(١٠) شرح منح الجليل ٢٣/٢.

(١١) مغنى المحتاج ١٤٠/٣.

(١٢) الأم ٨٠/٥.

(١٣) الإيضاح ١٦٣/٨، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤٣/٤، المغنى ٤٨/١٠.

(١٤) مجموع الفتاوى ١٤٨/٣٢.

أن الزوج لو اتفق مع المرأة أو وليها قبل العقد على توقيت النكاح، ثم أجريا العقد خائلاً من اشتراط التوقيت، ولكنه مبنى على المواطأة السابقة، فإن العقد يكون صحيحاً عند الشافعي^(١)، وباطلاً عند شيخ الإسلام، فإن الشرط المتقدم - عنده - كالمقارن، والشرط العرفي كاللفظي^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن العبرة في العقود بالألفاظ لا المقاصد بهذا استدل الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤).

الدليل الثاني:

أن الرجل لا يجب عليه أن ينوى عند العقد احتباس امرأته^(٥).
ويرد عليه الاعتراض: بأن الخلاف ليس في اشتراط ذلك، ولكن في أثر نية التطليق.

الدليل الثالث:

إن مجرد نية الطلاق عليها حكم الطلاق فيما لو وجدت بعد العقد، وذلك بالاتفاق إلا على قول شاذ، فكذلك لا تؤثر هذه النية عند العقد^(٦).

وعلل شيخ الإسلام لتفريقه بين نية التحليل، ونية التطليق، حيث قال إن الأولى كالتصريح بشرط التحليل، وأن الثانية ليست كالتصريح بشرط التطليق، علل لذلك: بأن المحلل ليس له مقصود في النكاح، وإنما هو يثبت العقد ليزيله ليحل المرأة لغيره لا لنفسه، وهذا لا يكون مشروعاً بحال، بخلاف النكاح بنية التطليق، فإن الناكح له غرض فيما شرع له النكاح^(٧).

الترجيح:

لم يتبين لى وجه الترجيح فى المسألة.

(١) الأم ٥/ ٨٠.

(٢) مجموع الفتاوى ١٠٨/ ٣٢.

(٣) بدائع الصنائع ٣/ ١٨٧.

(٤) الأم ٥/ ٨٠.

(٥) الإنصاف ٨/ ١٦٣، الشرح الكبير ٤/ ٢٤٣.

(٦) مجموع الفتاوى ١٤٩/ ٣٢، ١٥٠.

(٧) مجموع الفتاوى ١٠٨/ ٣٢، ١٥٠.

المسألة الثالثة

حكم النكاح مع تبين نية الطلاق

من حيث الحل والحرم

يرد البحث في هذه المسألة على كلا القولين الواردين في حكم النكاح من حيث الصحة والبطان؛ لأنه لا تلازم بين القول بالبطان أو الصحة، والقول بالإباحة، أو التحريم، وقد ورد لأهل العلم في حكم النكاح مع تبين نية الطلاق، من حيث الصحة والبطان، ثلاثة أقوال:

القول الأول: الكراهة.

قال مالك: «ليس من أخلاق الناس»^(١)، وقال الشافعي: أكره للعاقدين النية، بحيث لو ظهرت، وشرطت أفست العقد^(٢). واختلف أصحابه في الكراهة، هل للتحريم أو للتنزيه^(٣). وهو اختيار شيخ الإسلام^(٤). والعلة في الكراهة: أن المرأة لو علمت ما رضيت^(٥).

القول الثاني: التحريم.

قال شيخ الإسلام كلام الإمام أحمد يحتمله^(٦)، فإنه قال «أكرهه هذه متعة»^(٧). والعلة في التحريم، كما أبان عنه الإمام أحمد، أنه نكاح متعة كما صرح به.

والقول الثالث: الإباحة.

هو قول عند الحنابلة^(٨). وهو ظاهر كلام الحنفية فإنهم أطلقوا القول بصحة العقد، ولم يذكروا كراهة^(٩). والذي يظهر لي رجحانه، التحريم؛ لأن فيه إضراراً بالمرأة وغشاً لها.

(١) التاج والإكليل ٤٤٦/٣.

(٢) الأم ٧٩/٥، ٨٠.

(٣) فتح الباري ٣٤٤/١٢.

(٤) مجموع الفتاوى ١٠٧/٣٢.

(٥) التاج والإكليل ٤٤٦/٣.

(٦) مجموع الفتاوى ١٠٨ / ٣٢.

(٧) قاعدة في العقود ص ٢٠٦.

(٨) بدائع الصنائع ٣ / ١٧٨.

(٩) الشرح الكبير ٤ / ٢٤٣، قاعدة في العقود ص ٢٠٧.

المطلب الرابع

العقد على العين أو المنفعة لاحتكارها

وفيه تمهيد، ومسألتان.

المسألة الأولى: حكم الاحتكار من حيث الحل والحرمة.

المسألة الثانية: حكم الاحتكار من حيث الصحة والبطالان.

تمهيد قس تعريف الاحتكار:

اختلفت تعريفات الفقهاء للاحتكار تبعاً لاختلافهم فى تعيين ما يحرم فيه الاحتكار. فبعضهم يرى أن الاحتكار المنهى عنه لا يكون إلا فيما يشتريه الإنسان من سوق البلد، أما غلة ضيعته ونحوه، فحبسه لا يكون احتكاراً.

بهذا أخذ جمهور الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) فعرفوه بأنه: الشراء للتجارة، وحبسه مع حاجة الناس إليه^(٥).

وذهب بعض الحنفية إلى أن الاحتكار ليس مخصوصاً بما يشتريه الإنسان، فخلا تعريفهم من هذا القيد، فعرفوه بأنه: حبس الأقوات للغلاء^(٦).

وخص بعضهم الاحتكار بما اشتراه الإنسان من داخل البلد، وأما ما جلبه من بلد آخر فحبسه ليس احتكاراً، وبهذا أخذ جمهور الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والحنابلة^(٩)، وخالفهم فى ذلك الشافعية^(١٠)، وبعض الحنفية^(١١).

وخص بعضهم الاحتكار بحبس الطعام دون غيره من السلع، وإليه ذهب جمهور

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٢٩، الجوهرة النيرة ٢ / ٣٨٧.

(٢) مواهب الجليل ٤ / ٢٢٧، المتقى ٥ / ١٦.

(٣) مغنى المحتاج ٢ / ٨٣، المهذب ١ / ٢٩٩.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٥٩، غاية المنتهى ٢ / ٢١.

(٥) المبدع ٤ / ٤٧ وانظر تعريفات مماثلة فى الجوهرة النيرة ٢ / ٣٨٧، مواهب الجليل ٤ / ٢٢٧، المهذب ١ / ٢٩٩.

(٦) الجوهرة النيرة ٢ / ٣٨٧.

(٧) الاختيار لتعليل المختار ٥ / ١٦١، بدائع الصنائع ٥ / ١٢٩.

(٨) أسهل المدارك ٢ / ٣٠٥، المتقى ٥ / ١٦.

(٩) شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٥٩، غاية المنتهى ٢ / ٢١.

(١٠) نهاية المحتاج ٣ / ٤٧٤.

(١١) بدائع الصنائع ٥ / ١٢٩، الجوهرة النيرة ٢ / ٣٨٧.

الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، وقال بعض الحنابلة: هو خاص بقوت الآدميين^(٣)، فجاء في تعريفاتهم لفظ «الطعام» أو لفظ «القوت»؛ للدلالة على هذا القيد، وذهب أبو يوسف^(٤)، والمالكية^(٥)، والحنابلة^(٦) في قول إلى أن الاحتكار يجرى في جميع السلع من الطعام، وغيره مما يحتاج إليه الناس.

المسألة الأولى

حكم الاحتكار من حيث الحل والحرم

اتفق أهل العلم على أن الاحتكار منهي عنه؛ لما ورد في ذلك من نصوص صريحة، ولكن ورد خلاف يسير في نوع النهي، هل هو للتحريم أو للكراهة، فكان في حكم الاحتكار قولان:

القول الأول: الاحتكار حرام:

به قال الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، وجمهور الشافعية^(٩)، وهو قول الحنابلة^(١٠)، وقد قيدوا التحريم بأن يكون في الاحتكار ضرر على الناس، صرح بذلك الحنفية، والمالكية، وقال الشافعية في وصف الاحتكار المحرم: أن يبتاع في وقت غلاء، ويمسكه ليزداد في ثمنه، وقال الحنابلة: إذا كان بالناس حاجة إلى السلعة يحرم الاحتكار.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ومن يرد فيه بإلحاد بظلم نذقة من عذاب أليم﴾^(١١)، فقد روى يعلى بن أمية - رضى الله عنه - عن رسول الله ﷺ (أن احتكار الطعام بمكة إلحاد)^(١٢).

(١) تبين الحقائق ٦ / ٢٧، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦ / ٣٩٨.

(٢) المهذب ١ / ٢٩٩، نهاية المحتاج ٣ / ٤٧٣.

(٣) الروض المربع ٤ / ٣٩٠، غاية المتقى ٢ / ٢١، شرح المتقى ٢ / ١٥٩.

(٤) الاختيار ٥ / ١٦١، تبين الحقائق ٦ / ٢٧.

(٥) المدونة مجلد ٤ ص ٢٩١، المتقى ٥ / ١٦.

(٦) المبدع ٤ / ٤٨.

(٧) تبين الحقائق ٦ / ٢٧، حاشية ابن عابدين ٦ / ٣٩٨.

(٨) المدونة ١٠ / ٢٩١، المتقى ٥ / ١٦، مواهب الجليل ٤ / ٢٢٧.

(٩) المهذب ١ / ٢٩٩، نهاية المحتاج ٣ / ٤٧٢.

(١٠) الروض المربع ٤ / ٣٩٠، شرح المتقى ٢ / ١٥٩، غاية المتقى ٢ / ٢١، المبدع ٤ / ٤٧.

(١١) سورة الحج، الآية رقم ٢٥.

(١٢) قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤ / ١٠٤: رواه الطبراني في الأوسط، وفي إسناده عبد الله بن المؤمل وثقه ابن حبان وغيره، وضعفه جماعة.

الدليل الثاني:

ما ورد من أحاديث فيها وعيد شديد للمحتكر منها حديث عمر - رضى الله عنه - قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس)^(٣). وحديث عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: (من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله تعالى منه)^(٤).

فهذه الأحاديث تضمنت الوعيد الشديد، وهو لا يكون إلا على فعل أمر محرم^(٥).

الدليل الثالث:

عن معمر العدوى - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (من احتكر فهو خاطيء)^(٦).

قال النووي: «وهذا الحديث صريح فى تحريمه»^(٧) أى الاحتكار.

وقال الشوكانى فى بيان وجه الدلالة: التصريح بأن المحتكر خاطيء كاف فى إفادة عدم الجواز؛ لأن الخاطيء المذنب العاصى، فهو اسم فاعل من خطيء بكسر العين

(٣) أخرجه الإمام أحمد فى المسند ١٥ / ٦٤، وابن ماجه فى السنن ٢ / ٧٢٨ كتاب التجارات، باب الحكمة وقال الحافظ فى الفتح ٤ / ٤٠٨. إسناده حسن. وقال البوصيرى: إسناده صحيح، ورجاله موثقون وقال الشوكانى فى نيل الأوطار ٥ / ٢٢١: فى إسناده الهيثم بن رافع، قال أبو داود روى حديثاً متكرراً. قال الذهبى: هو هذا الحديث. وقال الشوكانى أيضاً وفيه أبو يحيى المكي، وهو مجهول... اهـ. وقد أجاب البوصيرى فى تخريجه لسنن ابن ماجه ٢ / ٧٢٩ عن هذه القوادح بأن الهيثم وثقه ابن معين وأبو داود، وأبو يحيى عده ابن حبان فى الثقات.

(٤) أخرجه الإمام أحمد عن ابن عمر مرفوعاً ١٥ / ٦٢. وقال الهيثمى فى المجمع ٤ / ١٠٣: وأخرجه أبو يعلى، والبزار، والطبرانى فى الأوسط. وقال المنذرى فى الترهيب ٣ / ٢٦: وبعض أسانيد جيد وقال الحافظ فى التلخيص ٣ / ١٣، ١٤: وفى أسناده أصبغ بن زيد، وكثير بن مرة، الأول مختلف فيه والثانى قال عنه ابن حزم: مجهول، وقال غيره معروف، ووثقه ابن سعد، وروى عنه جماعة واحتج به النسائى. ووهم ابن الجوزى فأخرج هذا الحديث فى الموضوعات. اهـ.

(٥) تبين الحقائق ٦ / ٢٢٨ للمهذب ١ / ٢٩٩، المغنى ٦ / ٣١٦.

وفى هذا المعنى أحاديث أخرى ضعيفة كحديث (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون)، وحديث، (من دخل فى شئ من أسعار المسلمين ليغلى عليهم كان حقا على الله أن يقذفه فى معظم جهنم، رأسه أسفله). انظر فى الأولى نصب الرأية ٤ / ٢٦١، وتلخيص الحبير ٣ / ١٣، وفى الثانى مجمع الزوائد ٤ / ١٠٤، والترغيب والترهيب ٣ / ٢٧.

(٦) أخرجه مسلم فى صحيحه ٣ / ٢٢٢٨، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار.

(٧) شرح النووى على مسلم ٣ / ٢٢٢٨.

وهمز اللام «خطأ» بفتح العين، وبكسر الفاء، وسكون العين، إذا أثم في فعله، قاله أبو عبيدة^(١)، وقال أبو عبيدة: سمعت الأزهرى^(٢) يقول «خطيء»، إذا تعمد، و «أخطأ» إذا لم يتعمد^(٣).

الدليل الرابع:

أن علياً - رضى الله عنه - حرَّق طعام المحتكر الذى احتكره ليغليه على الناس^(٤).

القول الثانى: الاحتكار مكروه.

هو قول لبعض الشافعية قال عنه الشيرازى^(٥) ليس بشيء^(٦)، وقال المرداوى: «ويحرم الاحتكار فى قوت الأدمى فقط على الصحيح من المذهب، نص عليه، وقيل لا يحرم»^(٧)، وقوله «لا يحرم» أحمله على أنه صرف للنهى إلى الكراهة، لا أنه إعراض عن الأحاديث الواردة فى النهى عن الاحتكار. ولم أجد لهذا القول دليلاً على صرف النهى من التحريم إلى الكراهة.

والراجع القول الأول لسببين:

الأول: أن الأصل فى النهى أنه للتحريم.

الثانى: أن الوعيد الشديد المقترن بالنهى يؤكد أن النهى للتحريم، ومن ذلك قوله ﷺ (فقد برئ من الله تعالى، وبرئ الله تعالى منه).

(١) هو أبو عبيدة معمر بن المثنى من موالى بنى تميم. النحوى صاحب «مجاز القرآن»، و «غريب الحديث». كان لا يحكى عن العرب إلا الشيء الصحيح. اختلف الناس فى سلامة عقيدته واستقامة خلقه ما بين قادح ومادح، وقال ابن معين: ليس به بأس وصحح ابن المدينى روايته وأثنى عليه مات سنة تسع ومائتين. انظر سير أعلام النبلاء ٩ / ٤٤٥ - ٤٤٧.

(٢) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروى اللغوى الشافعى. روى عنه أبو عبيد الهروى مؤلف «الغريبين» وغيره. كان رأساً فى الفقه واللغة، ثقة دينا. وله كتاب «تهذيب اللغة» المشهور، وكتاب «التفسير» وغيرهما. مات سنة سبعين وثلاثمائة. انظر سير أعلام النبلاء ١٦ / ٣١٥ - ٣١٧.

(٣) نيل الأوطار ٥ / ٢٢١.

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة ٦ / ١٠٣، كتاب البيوع والأقضية.

(٥) هو أبو إسحاق إبراهيم بن على القيروى بأبى. من أئمة الشافعية. تولى التدريس فى مدرسة الوزير نظام الملك بعد تمتع شديد. وقال: كنت أعيد كل درس ألف مرة. كان لا يملك شيئاً من الدنيا فبلغ به الفقر حتى كان لا يجد قوتاً ولا ملبساً. له مؤلفات فى تقرير المذهب الشافعى، درتها كتابه «المذهب» مات سنة ست وسبعين وأربعمائة فى بغداد. انظر طبقات الشافعية للسبكى ٤ / ٢١٥ - ٢٣٦.

(٦) المذهب ١ / ٢٩٩.

(٧) الإصناف ٤ / ٣٣٨.

المسألة الثانية

حكم الاحتكار من حيث الصحة والبطالان

إذا باع المحتكر السلعة التي احتكرها فإن البيع صحيح ونافذ.
نص على ذلك الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، ولم أجد من قال بخلافه إلا قول
المرداوى: «وفى الترغيب احتمال بعدم الصحة».

والعلة فى تصحيح العقد أمران:

الأول: أن المنهى عنه هو الاحتكار، لا البيع^(٣).
الثاني: أن البيع يوافق مقصود الشارع فى تداول السلعة وعدم حبسها عمن
يحتاجها.

وقولهم بصحة العقد الثاني يستلزم - حتماً - القول بصحة العقد الأول الذى
أجراه المحتكر وهو ينوى احتكار السلعة؛ لأنه لو لم يصح الأول لما صح الثانى.

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٢٩، حاشية ابن عابدين ٦ / ٣٩٩.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٥٩، المبدع ٤ / ٤٨.

(٣) شرح المنتهى ٢ / ١٥٩.

خاتمة البحث

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، بعد: فإن لفظ الالتزام استعمله الفقهاء المتقدمون في معانٍ عدة، وعرفه المعاصرون من فقهاء المسلمين بتعريفات مختلفة، وقد اخترت تعريف الالتزام بأنه «إيجاب المرء على نفسه فعلاً مباحاً في الشرع»، ويدخل في هذا التعريف:

- (١) ما ينشأ بالإيجاب وحده، كالهبة، (ما ينشأ بالإرادة المنفردة).
- (٢) ما لا ينشأ إلا باجتماع الإيجاب والقبول كالبيع، (ما لا ينشأ إلا بإرادتين).
- (٣) العقود اللازمة، والعقود الجائزة.
- (٤) المعاوضات، والتبرعات.

ويخرج من التعريف:

- (١) مالا إنشاء فيه كالطلاق، والعتاق.
 - (٢) ما كان من الإلزام لا الالتزام مما ألزم الله تعالى به العباد، سواء أكان حقاً لله تعالى كوجوب الصلاة، أم كان حقاً للعباد كالإلزامهم بحسن الجوار.
 - (٣) آثار الالتزام. كوجوب تسليم العوضين؛ نتيجة لانعقاد البيع.
- أما النذر - وإن كان يدخل في التعريف الذي اخترته للالتزام - إلا أنه يخرج من الرسالة بالقيود الوارد في عنوانها، وهو جملة «في حقوق العباد».
- والفرق بين الالتزام، والعقد: أن العقد فرد من أفراد الالتزام، فهو الالتزام الذي لا ينشأ إلا بإرادة طرفين. والفرق بين الالتزام، والتصرف: أن الالتزام فرد من أفراد التصرف، فهو التصرف الذي فيه إنشاء التزام. وهذه الفروق مبنية على ما اخترته من تعاريف لهذه المصطلحات.

والأسباب التي ينشأ بها الالتزام هي:

(١) الوعد.

(٢) الإيجاب المجرد عن القبول.

(٣) الإيجاب والقبول معاً، أو ما يقوم مقامهما من معاطاة، أو دلالة حالية.

(٤) الإيجاب والقبول والقبض مجتمعة.

والوعد - بحسب استعماله - ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الوعد في التبرعات، وهو الوعد ببذل مال، أو منفعة بغير عوض، فهذا يجب الوفاء به، سواء أكان مطلقاً، أم معلقاً. ومن تعمد الإخلاف من غير عذر فإنه يأثم، ومن أخلف لعذر فلا إثم عليه، وفي كل الأحوال لا يلزم الواعد قضاء بأن يفى بوعدده؛ لأنه من قبيل التبرع.

القسم الثاني: الوعد في المعاوضات، وهو الوعد بإجراء عقد معاوضة، ويأتي من الناحية العملية على صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون الوعد لازماً، وهذا حكمه أنه غير لازم، والعقد المبنى عليه باطل، ولم أجد من قال بلزومه من المتقدمين؛ أما المعاصرون فقد اختلفوا فيه، ومن الوعد الجارى على هذه الصورة من المعاملات المعاصرة: المراجعة المصرفية (المراجعة للأمر بالشراء)، والاعتماد المستندي، وفتح الاعتماد البسيط، والتواعد على الصرف في المستقبل بالسعر القائم وقت المواعدة، أو وقت تنفيذ المواعدة، واتفاق التوريد.

الصورة الثانية: أن يأتي به الواعد على أنه وعد غير لازم، فهو كذلك في الشرع غير لازم، والعقد المبنى عليه جائز بلا كراهة.

ويأتي الالتزام معلقاً على أمر يحتمل وقوعه في المستقبل، فينشأ مع التعليق في التبرعات، والتوثيقات، واختلف أهل العلم في عقود المعاوضة اختلافاً شديداً، لم أصل فيه إلى ترجيح.

ومن صور العقد المعلق الشائعة في السوق التجارى المحلى:

(١) التحكيم في نزاع لما يقع بعد، ويسمى في عرف المتعاملين به «شرط التحكيم».

وهو عقد باطل؛ لأنه لم تتوفر فيه أركانه، فالمحكّم لم يعين، وموضوع العقد ومحلّه، وهو النزاع المراد فصله لم يوجد بعد. فلا يعدو أن يكون مواعدة غير ملزمة على إجراء عقد التحكيم عند تحقق الحاجة إليه.

(٢) عقد التوريد، وحتى يكون صحيحاً لابد أن تتوفر فيه شروط صحة البيع، وتتوفر فيه أركان العقد.

وينشأ الوقف بالإيجاب، ولا يشترط لصحته قبول الموقوف عليه، ولا يشترط القبول لاستحقاق الموقوف عليه منفعة الوقف، أما إذا رد الإيجاب فإن منفعته تصرف إلى غيره وليس للواقف أن يرجع عن إيجابه، إذا كان قد أخرج الموقوف من يده، ويمكن الموقوف عليه من الانتفاع به.

والوصية تنشأ بالإيجاب من الموصى، ولا يشترط القبول لصحتها، وإنما يشترط للزومها، ولانتقال ملك الموصى به إلى الموصى له. والقبول المعتبر فى الوصية هو ما صدر بعد موت الموصى. ويجوز للموصى الرجوع عن وصيته.

وتنشأ الجعالة بالإيجاب من غير قبول، بل تنشأ من غير إيجاب فى حالات معينة وتنشأ بالإيجاب العام الموجه إلى الجمهور، وكل من قام بالعمل استحق الجعل، أما إذا كان الإيجاب موجهاً إلى عامل معين، فقام غيره بالعمل لم يستحق الجعل. وكذلك - أيضاً - لا يستحق هذا العامل المعين الجعل إذا كان قد ردّ الإيجاب قبل ذلك. وإذا كان الإيجاب عاماً، وقام أحدهم بالعمل دون علم منه بالإيجاب استحق الجعل. وفى كل الأحوال التى تصح فيها الجعالة لا يستحق العامل الجعل إلا إذا أتم العمل. وللجاعل الرجوع عن إيجابه، ولا يلزمه الجعل ما لم يتم العامل العمل قبل رجوعه.

والكفالة بمال تنشأ بإيجاب من الكفيل، ولا يشترط لصحتها قبول المكفول أو المكفول له، أما الكفالة بالنفس فيشترط لصحتها قبول المكفول، ولا يشترط قبول المكفول له. وفى الحالات التى لا يشترط فيها قبول المكفول، أو المكفول له تنشأ الكفالة ولو ردّها المكفول، ولكنه فى هذه الحالة لا يكون ملزماً بالحضور مع الكفيل إلى مجلس القضاء، ولا يكون ملزماً بأن يؤدى للكفيل ما غرمه عنه.

والحوالة لا تنشأ إلا برضا المحيل، ولا يشترط لصحتها رضا المحال، ولا رضا المحال عليه.

وأهم الصور المستحدثة للكفالة، وللحوالة فى السوق المحلية :

(١) خطاب الضمان، فهو أقرب إلى الكفالة، ويجب التقيد فى إصداره وتنفيذه بالأحكام الشرعية للكفالة.

(٢) الأوراق التجارية (الكمبيالة، الشيك، السند الإذنى)، تعد عملية خصمها حوالة إذا خلعت عن الربا، أما إذا خالطها الربا - كما هو الواقع - فهي قرض بربا.

وتثبت الدية فى ذمة القاتل عمداً إذا عفا ولى الدم عن القصاص واختار الدية، فيلزمه أداؤها ولو لم يرض. وقد اختلف فى هذه الدية، هل هى التى تثبت بالقتل، أو أن تلك سقطت بالعفو وهذه تثبت بالصلح الذى نشأ بمجرد الإيجاب من ولى الدم؟.

وإذا ثبت حق الشفعة لامرئ فإنه يملك الشقص المشفوع بمجرد الإيجاب، ولا يتوقف ذلك على رضا البائع، أو المشتري.

وأطلق المالكية لفظ «الالتزام» على التبرعات، من هبة، وعارية،... إلخ. وقسموه إلى التزام مطلق، وآخر معلق. والكل عندهم لازم ديانة، أما الإلزام به قضاء ففيه تفصيل وخلاف عندهم.

وينشأ العقد على مال ونحوه بلفظ من أحد العاقلين إذا كان وكيلاً عن الآخر وسواء أأجراه لنفسه، أم أجراه لغيره، لكن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل، مالم يمنعه الموكل من ذلك، أو يجرى العرف بمنعه. أما غير الوكيل من وصى ونحوه فليس له أن يتولى طرفى العقد فى مال من هو تحت ولايته، إلا الأب فله ذلك، وينفذ العقد الذى يجرىه، سواء أأجراه لنفسه، أم أجراه لغيره. ويجوز للوكيل، وللولى أن ينفرد بإجراء عقد النكاح نائباً عن طرفيه، ويجوز له أن يجرىه لنفسه، إذا كانت المرأة تحل له، وأذنت له فى ذلك.

وينشأ الالتزام بالإيجاب والقبول، ويسمى الالتزام الذى ينشأ بهذا الطريق عقداً؛ تمييزاً له عن الالتزام الذى ينشأ بالإيجاب وحده. والسمة التى تميز الإيجاب والقبول عن الوعد، والمساومة، والإعلان الدعائى، ونحو ذلك: أن الإيجاب والقبول فيهما جزم بإنشاء الالتزام فى الحال.

ويشترط لصحتهما ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يتوافقا على محل واحد؛ وذلك بأن يتفقا فى العناصر الأساسية للالتزام، كالثمن، وصفة المبيع. وإذا كان القبول متضمناً للإيجاب وزيادة فإنه يصح، كأن يبيع أحد العاقدين بعشرة، فيقبل الآخر بعشرين، وإذا كان الالتزام من التبرعات فقبل المتبرع له بعض ما جاء فى الإيجاب صح، إلا أن يكون فى ذلك ضرر على الموجب.

الشرط الثانى: أن يكون الخطاب فى الإيجاب موجهاً إلى شخص معين. ويستثنى من ذلك الالتزام الذى لا يشترط لصحته تعيين العاقدين، والعقد الذى يتم بين غائبين.

الشرط الثالث: أن يتصل القبول بالإيجاب فى مجلس العقد قبل انتهاء المجلس. ومجلس العقد، بالنسبة للعاقدين الحاضرين هو: الظرف الزمانى والمكانى الذى يجمع العاقدين، ويبدأ المجلس بصدور الإيجاب، وينتهى بالتفرق بالأبدان. والمعيار فى تحديد هذا التفرق يرجع إلى العرف، أما العاقدان الغائبان فمجلس عقدهما هو المجلس الذى يصل فيه الإيجاب للقابل، وبانتهائه ينتهى مجلس العقد. ويتم الإيجاب إذا سمعه القابل وفهمه، ويتم القبول إذا سمعه الموجب وفهمه، فإن كان العاقدان غائبين فإن الإيجاب يتم إذا بلغ القابل وفهمه، أما القبول فيتم بمجرد صدوره.

والموانع التى تمنع ارتباط القبول بالإيجاب خمسة، وهى:

- (١) رجوع الموجب عن إيجابه رجوعاً صريحاً.
- (٢) صدور إيجاب جديد مختلف عن الأول.
- (٣) توقيت انتهاء الإيجاب بزمان ينتهى قبل التفرق من مجلس العقد، فإذا صدر القبول بعد حلوله لم يصح.
- (٤) انشغال العاقدين، أو أحدهما عن إنشاء العقد بأمر آخر، على صفة تدل على الإعراض عن العقد.
- (٥) موت أحد العاقدين، أو فقد أهلية قبل صدور القبول.

ومن البيوع التى فيها شىء من التميز فى طريقة إجرائها مايلى :

(١) عقد المزايدة، فإن شطرى العقد هما: أ - تقدم المزايد بعطاء. ب - رضا البائع بالعطاء. والأسباب التى يبطل بها العطاء - كما ورد فى كلام أهل العلم مع اختلافهم فيها - ثلاثة :

الأول: رجوع المزايد عن العطاء. وقال شيخ الإسلام: لوقيل بعدم رجوعه لكان متوجهاً.

الثانى: وجود عطاء تالٍ أكثر منه. واستثنى من ذلك العطاءات السرية التى تقدم بواسطة المظاريف، ويفتحها البائع فى وقت واحد.

الثالث: انتهاء مجلس المزايدة بخروج المزايدين، أو البائع.

(٢) عقد الإذعان، وهو عقد تشوبه شائبة الإكراه؛ لأنه يتعلق بخدمة لاغنى للناس عنها، وتحتكرها جهة معينة، تقدمها للناس بتفاصيل تنفرد بوضعها، ليس للطرف الآخر خيار فى وضعها، والإشكال قائم فى تعيين الإيجاب والقبول فى هذا العقد، ويجب على الذين يتعاطوه تنظيمه بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: التعاقد بواسطة الهاتف. والعقد الذى يجرى بهذه الطريقة صحيح، ولا يعد تفرق العاقدین مانعاً من الانعقاد، وينتهى مجلس العقد فى هذه الحالة إذا انتهت المكاملة مالم يستمهل أحدهما صاحبه مدة معينة بعد المكاملة، ليقرر بعدها ما إذا كان سيقبل الإيجاب، أو لا يقبله.

ويصح التعبير عن الإيجاب والقبول بكل مادل عليهما من لفظ، أو معاطاة من العاقدین، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر، أو إشارة، أو كتابة، أو دلالة حالية لم يصاحبها قول ولا فعل، تستند إلى عرف عام، أو عادة خاصة للملتزم مطردة، فالعبرة فى الحكم على أسلوب التعبير هل هو صالح لإنشاء الالتزام، هى كونه دالاً على الإنشاء فى عرف المتعاملين ولغتهم. وقد تكون الكلمة الواحدة دالة على الإنشاء فى حال دون حال، كحرف الجواب «نعم»، فإنه يدل على الإنشاء فيما لو قال رجل لآخر «اشتريت منى هذه السيارة بمائة ألف ريال»؟ فقال «نعم» ولا يدل على الإنشاء فيما لو قال رجل لآخر «بعتك هذه السيارة بمائة ألف ريال»، فقال «نعم» ودلالة الحال كذلك قد تكون دالة على الرضا بإنشاء الالتزام فى حال دون حال، كالسكوت فإنه يُعد من البكر رضا منها بعقد النكاح، ولا يُعد من الثيب رضا.

ويتوقف الانعقاد بالإيجاب والقبول على قبض العوضين فى بيع الأموال الربوية

بعضها ببعض، وعلى قبض الثمن فى عقد السلم، ويقوم القبض الحكيمى فى تلك العقود مقام القبض الحقيقى، ولا تنشأ الهبة إلا بقبض العين الموهوبة، وقبل ذلك يجوز للواهب الرجوع، ولا يلحقه الذم الذى يلحق من رجع فى هبته. ويكون العقد - فى بعض الحالات - موقوفة آثاره على إجازة شخص ثالث غير العاقدين مع أنه انعقد بالإيجاب والقبول، كما فى بيع الصبى المميز شيئاً من ماله دون إذن وليه.

ولا ينشأ الالتزام مع فقد النية المعتبرة؛ لذلك لا ينشأ من الصبى غير المميز، ولا من المجنون، ولا من المغمى عليه، ولا من السكران، وقد يبطل الالتزام ولا ينشأ من صاحب النية المعتبرة لسبب آخر، كالالتزام الذى هو ضرر محض، كالهبة، لا ينشأ من الصبى المميز ولو أذن له وليه.

وإذا اختلفت النية مع التعبير الظاهر فكان التعبير دالاً على إنشاء الالتزام، لكن صاحبه لم ينو به الإنشاء، فإن الالتزام لا ينشأ، فلا ينشأ ممن أتى باللفظ محاكياً غيره، كالمعلم الذى يردد الألفاظ التى تنشأها الالتزامات على تلاميذه، وكالممثل، وكالملقن الذى يردد كلام غيره؛ جهلاً منه بمعناه، أو ليتعلمه، ولا ينشأ ممن أتى باللفظ هازلاً، ولا ممن قصد به الصورية لا الإنشاء، ولا ممن تأول اللفظ بمعنى غير الإنشاء. ويستثنى من ذلك كله النكاح، فإنه ينشأ باللفظ الظاهر، ولو خالفته النية.

والفرق بين الهزل والصورية، أن الباعث على الأول مجرد العبث، ويمكن أن يقع من أحد العاقدين بانفراده، بينما يكون الآخر جاداً، أما الصورية فلا تكون إلا بتواطؤ بين طرفين، والباعث عليها إما دفع مغرم، ويسمى العقد - حينئذ - تلجئة، وإما جلب مغنم، ويسمى العقد - حينئذ - صورية اختيارية والفرق بين الإلجاء والإكراه، أن الإكراه ينصب على الالتزام، فيكره المرء على إجرائه، أما الإلجاء فإنه ينصب على السبب الذى دفع الملتزم إلى إنشاء الالتزام.

وإذا كان الالتزام عقداً، وادعى أحد العاقدين أنه لم يقصد بلفظه إنشاء الالتزام، وأنه مجرد تعبير حكائى، أو هزلى، أو صورى، أو تأوله بمعنى غير الإنشاء، ولم يصدقه العاقد الآخر فلا يقبل قوله إلا ببينة تدل على صدقه.

وإذا خالف التعبير الظاهر النية عن غير قصد، بسبب الجهل أو الغلط، فإن أثر ذلك على الالتزام يختلف من موضع إلى آخر. فإذا كان الملتزم يجهل الحقيقة الشرعية للالتزام الذى تلفظ به فإن الالتزام لا ينشأ. ويفرق فى قبول ادعائه الجهل بين

الالتزامات الشائعة التي يبعد احتمال الجهل بها كالبيع، والالتزامات التي يقوى احتمال الجهل بها كالتحكيم وإذا كان الملتزم يعرف الحقيقة الشرعية للالتزام، لكنه يجهل الآثار الشرعية المترتبة عليه فإن الالتزام ينشأ، وإذا كان يعلم حقيقة الالتزام وآثاره لكنه يجهل بطلان الشرط الجعلى الذى اشترطه فإن الالتزام ينشأ موقوفاً، فإن أبطل شرطه نفذ الالتزام وإلا بطل.

أما الغلط فإن كان فى محل الالتزام، أو وصفه، أو فى قيمة المبيع بيع أمانة، أو فى مقدار المبيع فإن الالتزام ينشأ، لكنه يكون موقوفاً على إجازة الغالط. والغلط فى المحل هو الغلط الذى يؤدى إلى اختلاف الجنس، كأن يشتري فصاً من زجاج وهو يظن أنه من جوهر، والغلط فى وصف المحل الذى لا يؤدى إلى اختلاف الجنس، كأن يشتري لحماً يظنه لحم كبش فإذا هو لحم معز.

وإذا كان الغلط فى التعبير عن الالتزام كأن يزل لسانه، فيقول «بعثك هذه السيارة»، وهو يقصد «أجرتك هذه السيارة»، فإن الالتزام لا ينشأ. وإذا غلط الولي في عقد النكاح، فسمى ابنته بغير اسمها، فإن كانت حاضرة مجلس العقد، وأشار إليها صح العقد في المشار إليها، وإن لم تكن حاضرة، ولم تكن له ابنة غيرها، وكان قد وصفها في إيجابه بأنها ابنته صح العقد، فإن كان له ابنة غيرها انعقد في المسماة، ما لم يكن قد سمي المقصودة قبل العقد، فلا يصح العقد - حينئذ -، لا في المسماة ولا في المقصودة. وإذا غلط الوسيط الناقل لعبارة الملتزم فحرّف في النقل، لم ينشأ الالتزام. ولا يوصف لفظ الملتزم بأنه غلط إلا إذا وجدت فيه الشروط التالية:

[١] أن يتبين أن الالتزام كان على خلاف ما يظنه الغالط، وإن لم يكن يعلم في أثناء الإنشاء أنه وقع في الغلط.

[٢] ألا يكون الاختلاف بين ظن العاقد والواقع ناشئاً عن تدليس من العاقد الآخر، فإن كان فهو تدليس لا غلط.

[٣] أن يأتي محل الالتزام مطابقاً لما ورد في عبارة الغالط، لكنه مخالف لمقصده.

[٤] أن يظهر الغلط بعد الإنشاء، بأن يكون الغالط أشار إلى شيء وسمى غيره، أو دلت الحال على وجود الغلط كأن يبيع جوهرة في سوق الزجاج.

والعبرة في الحكم على الالتزامات من حيث الإباحة والتحریم، ومن حيث الصحة

والبطلان إنما هو بالمقاصد والمعاني، وليس بالالفاظ والمباني، فلذلك يحكم على بيع العينة بأنه محرم وباطل. ولذلك لايجوز للمسلم أن يجري عقداً مع رجل يعلم أنه سيستخدم العقود عليه في المعصية. ولذلك يكون تبرع المريض مريض الموت لوارث موقوفاً على إجازة الورثة، وكذلك إذا كان لغير وارث وكان زائداً على الثلث. ويحرم على الرجل أن يجري عقد النكاح على امرأة، بقصد أن يحلها لآخر، أو على نية أن يطلقها في زمن معين، وإذا صرح بذلك في العقد، أو اتفق عليه قبل العقد مع المرأة، أو مع وليها، أو ظهر وعُرف بأي طريق كان، بطل العقد. ويحرم على المرء أن يشتري سلعة ليحتكرها، إذا كان في احتكارها تضيق على المسلمين.

وبعد: فإني حرصت في هذه الخاتمة أن أقدم صورة وافية في توضيح قاعدة إنشاء الالتزام، وعناصرها الأساسية، فما كان من صواب فهو بتوفيق الله تعالى وفضله، وما كان من قصور فاستغفر الله منه.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين.

فهرس الآيات الواردة فى البحث

الآية	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
إذا جاءك المنافقون	المنافقون	٢-١	٢/٢٦٥
إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم	التوبة	١١١	١/٤٥٠
إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها	التوبة	٦٠	١/١٨٧
الحمد لله رب العالمين	الفاتحة	١	١/١٧٨
قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين	القصص	٢٧	١/١٢٥
الطلاق مرتان	البقرة	٢٢٩	٢/٣١٣
فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر	البقرة	١٨٤	٢/٩٢
فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً	النساء	٤	١/٤٤٩
فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره	البقرة	٢٣٠	٢/٣٢٢
قالت الأعراب آمنا	الحجرات	١٤	٢/٢٦٥
كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً	البقرة	١٨٠	١/١٦٦
الوصية للوالدين	آل عمران	٩٢	١/١٥٦
لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون	النساء	١٢	٢/٣٠١
من بعد وصية يوصى بها أو دين	الحديد	١١	١/٤٥٠
من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً	النساء	٦	٢/١٢٤
وابتلوا التيامي	البقرة	٢٧٥	١/٤٠٠
وأحل الله البيع	الحج	٧٧	٢/٢٩٩
وافعلوا الخير	الأحزاب	٥٠	٢/٤٠٨
وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي	البقرة	١٩٥	٩٢/٢٧٦
وأنفقوا في سبيل الله			

الآية	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
وأنكحوا الأيامي منكم	النور	٣٢	١/٢٨٩
وإن خفتم إلا تقسطوا في اليتامى	النساء	٣	١/٢٨٩
وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فإرسلوا	البقرة	٢٨٣	١/٤٥٠
مقبوضاً	النجم	٣٩	١/١٦٨
وأن ليس للإنسان إلا ما سعى	النساء	٢	٢/١٢٧
وأتوا اليتامى أموالهم	البقرة	١٨٨	١/١٨٦
ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل	الأنعام	١٥٢	١/٢٨٠
ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن	الكهف	٢٢-٢٣	١/٧٣
ولا تقولن لشيء إني فاعلٌ ذلك غداً إلا	البقرة	٢٣٧	٢/١٩٢
أن يشاء الله	البينة	٤	١/٢٤٢
ولا تنسوا الفضل بينكم	الفلق	٤	١/٥٣
وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من	الحج	٢٥	٢/٣٤٠
بعد ما جاءتهم البينة	يوسف	٧٢	١/١٨٩
ومن شر النفاثات في العقد	النساء	٩٢	٢/٩٢
ومن يُرِدْ فيه بإلحاد بظلم نذقه من	التوبة	٧٥-٧٦-٧٧	١/٦٩
عذاب أليم	النساء	١٢٧	١/٢٨٩
ولمن جاء به حملٌ بعير	الحاقة	١٩	٢/٧٥
ومن قتل مؤمناً خطأً فتحريرُ رقبة مؤمنة	الأحزاب	٧٠-٧١	١/٧
ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله	آل عمران	١٠٢	١/٧
لنصدقن	النساء	١	١/٧
ويستفتونك في النساء			
هاؤم اقرأوا كتابه			
يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً			
سديداً			
يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته			
يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم			
من نفس واحدة			
يا أيها الذين آمنوا إذا تدايتم بدين إلى			

الآية	اسم السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
أجل مسمى فاكتبوه	البقرة	٢٨٢	١/٤٥٠
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود	المائدة	١	١/٥٣
يا أيها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم القصاصُ في القتلى	البقرة	١٧٨	١/٢٣٧
يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل	النساء	٢٩	١/٢١٩
يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سُكَّارٌ	النساء	٤٣	٢/١٤٣
يا أيها الذين آمنوا لِمَ تقولون مالا تفعلون	الصف	٢ - ٣	١/٦٨
يُحلونه عاماً ويُحرّمونه عاماً	التوبة	٣٧	٢/٣١٢

فهرس أحاديث النبي ﷺ

رقم الصفحة	الحديث
١/٢٩٧	أترضى أن أزوجك فلانة؟
٢/٣٢٣	أتريد أن ترجعي إلى رفاعه؟
١/٤٠٨	اتقوا الله في النساء.
٢/٣٤١	احتكار الطعام بمكة إلحاد.
٢/٣	أحد منكم أمره أن يحمل عليها؟
٢/٤١	اختاروا بين نسائكم، وأبنائكم.
٢/١٧٣	أختك هي؟؟، قاله ﷺ لرجل قال لامرأته: يا أختي.
٢/٤١	أدخل أهل الخندق بيت جابر.
٢/٢٦١	إذا أقرض أحدكم قرضاً، فأهدى إليه، أو حملة على الدابة فلا يركبها.
٢/٢٧٥	إذا تبايعتم بالعينة.
١/٧٤	إذا وعد أحدكم أخاه، وفي نيته أن يفي، فلم يف فلا إثم عليه.
٢/٣٣٣	أذن في نكاح المتعة، ثم حرمه للأبد.
٢/٩٢	إذنها صماتها.
٢/٣	أشار إلى كعب بن مالك أن خذ النصف.
٢/٦٥	اشتر الذهب بالفضة.
١/٤١	اشترى من جابر جملًا.
٢/٢٩٩	أعتق رسول الله ﷺ عبيد لرجل أعتق ستة أعبد في مرض موته.
١/٢٩٠	أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها.
٢/٨٦	أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه.
٢/١٤٧	أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح.
٢/٨	أمر باستنكاه ماعز.
٢/١٠٤	أمر يهودي فرّضخ رأسه.
٢/٤١	أمر عروة أن يشتري له أضحية.
١/١٢٥	أما ما كان لي، وليني عبد المطلب فهو لك.
١/٢٩٩	إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج.
٢/٢٤٣	إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم.
	إن الله وضع عن أمتي الخطأ.

رقم الصفحة	الحديث
١/٤٣٠	انثروه في المسجد.
١/١٥٤	إن شئت حبست أصلها.
١/١٣٩	إن قُتل زيد، فجعفر.
٢/٦٠	إنما الأعمال بالنيات.
٢/٢٦٦	إنما أقضي بنحو ما أسمع.
٢/٢١٧	إنما الولاء لمن أعتق.
١/١٨٨	إنها أوساخ الناس.
١/١٣٣	إنني أهديت للنجاشي حلة.
١/٢٩٠	أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها، فنكاحها باطل.
١/٣٤١	أيما رجل ابتاع طعاماً، فإن كل واحد منهما بالخيار.
١/٢	أين الله؟
٢/١٠٢	بارك الله لك في صفقة يمينك.
١/٣٨١	باع حلساً، وقدحاً لأنصاري بيع مزايده.
١/١٥٧	بخ، ذلك مال رابع.
١/٨٨	بع الجمع بالدرهم.
١/١٨٧	بعث علياً قاضياً.
١/٤٢٦	بعنيه بأوقية.
١/٣٤٦	بعنيه، قاله ﷺ لعمر في جمل لعمر.
١/٨٦	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.
٢/١٧٥	البينة على المدعي.
١/٤٣٠	ثامنوني بحائطكم.
٢/١٦٦	ثلاث هزلهن جد.
٢/٣٠٤	الثلث، والثلث كثير.
٢/٥٣	الثيب تُعرب بلسانها.
٢/٣١٧	حتى ينكحها مرتغياً لنفسه.
٢/١٠٥	خرج ثلاثة نفر يمشون، فأصابهم المطر {قصة أصحاب الغار}.
٢/١٢٧	خطب أم سلمة.

رقم الصفحة	الحديث
٢/٧٠	الذهب بالذهب، . . . ، مثلاً بمثل.
١/٤١٦	رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع.
٢/١٢٤-١٣٦	رُفِعَ القلم عن ثلاثة.
٢/٩	صلى في بيته وهو جالس.
١/٢٠٤	صلوا على صاحبكم.
٢/٢١٢	طلب العلم فريضة على كل مسلم.
١/٦٩	العِدَّة دَيْنٌ، وفي لفظ عطية.
١/٦٩	العِدَّة دين، ويل لمن وعد، ثم أخلف.
١/٦٩	عِدَّة المؤمن دين. وعدة المؤمن كالأخذ باليد.
١/٦٩	العِدَّة واجبة.
٢/٢٦٢	قاتل الله اليهود.
٢/٢٤٤	قضى بالشفعة في كل شركة لم تُقسم.
١/١٨١	قضى في العبد الأبق يوجد خارجاً من الحرم ديناراً.
٢/٢٢٠	قضى بالعُمري أنها لمن وهبت له.
١/٤٥١	كان إذ أتى بطعام سأل عنه.
١/٢٣٧	كتاب الله القصاص.
١/٣٤	كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة.
١/٢٩٨	كل نكاح لم يحضره أربعة، فهو سفاح.
٢/٣١٤	لعن الله المحلل، والمحلل له.
٢/٣١٤	لعن المحلل، والمحلل له.
٢/٢٨٧	لُعنت الخمر على عشرة أوجه.
١/٧٥	لم يرخص رسول الله ﷺ في شيء مما يقوله الناس كذباً، إلا في ثلاث.
٢/١٤٨	لم يستتب حمزة، لما قال له حمزة، وهو سكران، : ما أنتم إلا عبيد لي ولأبي، وكان ذلك قبل تحريم الخمر
٢/٤٢	لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهن له.

رقم الصفحة	الحديث
٢/٢٩٣	ليس وراء ذلك مثقال ذرة من إيمان.
٢/٢٦٢	ليشرين ناس من أمتي الخمر.
٢/١٩٤	مات ودرعه مرهونة في ثمنها.
١/١٦٦	ماحق امرئ مسلم بيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة.
٢/٤١	ما كنت لأخذ جملك.
١/١٧٨	ما يدريك أنها رقية.
٢/١١٤	مروا أبناءكم بالصلاة، وهم أبناء سبع.
١/٣٣٤	المسلمون على شروطهم.
١/٢١٨	مُطل الغني ظلم.
١/٤٠٥	ملكته بما معك من القرآن.
١/٤٠٦	وورد بلفظ «أمكناكها»، و«أبحناكها».
٢/٣٤١	من احتكر طعاماً أربعين ليلة، فقد برىء من الله.
٢/٣٤١	من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجُذام.
٢/٣٤١	من احتكر فهو خاطئ.
٢/٢٦٣	من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه، فهو رد.
١/٢١٨	من أحيل بحقه على مليء فليحتل.
٢/٧٩	من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم.
١/٤٠٠	من أسلم فليسلم في كيل معلوم.
١/١٣١	من باع نخلاً قد أبرت.
١/٤٥٠	من بنى لله مسجداً.
٢/٢١٧	من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي.
١/٤٥١	من شاء اقتطع.
١/١٨٩	من قُتل قتيلاً له عليه بيعة، فله سلبه.
١/٢٣٨	من قُتل له قتيلاً، فهو بخير النظرين.
٢/٣٣٣	من كان عنده منهن شيء فليخل سبيلها، قاله ﷺ في النساء المستمتع بهن.
٢/٢٦٦	من هم بسيئة فلم يعملها، لم يكتب شيئاً.

رقم الصفحة	الحديث
٢/١٩٤	من وجد منكم بماله شيئاً فليبيعه.
١/٣٨١	من يزد على درهم؟
٢/١٧٣	من يشتري هذا العبد؟
١/٣٨١	من يشتريه مني؟ نَحَرَ البدنات.
١/٣٨٢	نهى أن يبيع أحدكم على بيع أخيه.
٢/٢٨٦	نهى عن بيع السلاح في الفتنة.
١/١٢٩	نهى عن بيع العربان.
١/١٣٠	نهى عن بيع الغرر.
٢/٧٨	نهى عن بيع الكاليء بالكاليء.
٢/١٩٢	نهى عن بيع المضطر.
٢/١٢٩	نهى عن بيع الملامسة، والمنابذة.
٢/٢١٨	نهى عن بيع وشرط.
١/٤٣٠-٤٣٧	هب لي المرأة.
٢/٤١	هذه يد عثمان، فضرب بها على يده.
١/٣٤٦	هو لك يا عبد الله بن عمر.
١/٦٩	وأي المؤمن واجب.
١/٦٩	الواعد بالعدة، مثل الدين أو أشد.
٢/١٩٢	يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع.
٢/١٩٤	يامعشر يهود أسلموا تسلموا.
٢/٢٠١	اليمن على نية المستحلف.
٢/٧٠	لابأس أن تأخذها بسعر يومها.
١/٢٩٣	لا بد في النكاح من أربعة.
١/٨٤	لاتبع ما ليس عندك.
٢/٢٨٨	لاتبيعوا القينات.
٢/٨٨	لاتجوز الهبة إلا مقبوضة.
٢/٣٠٢	لاتجوز وصية لوارث إلا أن يعجز الورثة.

رقم الصفحة	الحديث
٢/٥٢	لا تتكح الأيِّم حتى تُستأمر.
١/١٦٢	لا حبس بعد سورة النساء.
١/٧٤	لا خير في الكذب.
١/٢٩٣	لا نكاح إلا بأربعة.
٢/٣٠١	لا وصية لوارث.
١/٢٢٠	لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه.
١/٣٤٢	لا يحل له أن يفارقه؛ خشية أن يستقبله.
٢/١٦١	لا يحل مال إمريء مسلم إلا عن طيب نفسه.
١/٣٨٢	لا يسم المسلم على سوم أخيه.
٢/١٩٢	لا يشتري مال إمريء مسلم في ضغطة.
	صلى الله عليه وسلم.

فهرس الآثار عن الصحابة رضوان الله عليهم

رقم الصفحة	الآثر
٢/٣٠٠	أجاز أبو موسى وصية امرأة رأت في منامها أنها تموت إلى ثلاث.
٢/١١٩	أجاز عمر وصية غلام.
١/١٨٢	الأجر والغنيمة، قاله ابن مسعود لمن ردَّ أبقاً.
٢/١٤٤	إذا استقرىء أم القرآن، فلم يقرأها، فاحدده، قاله عمر في السكران.
٢/١٤٤	إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، قاله علي.
١/١٢٦	اشترى عمر داراً للسجن.
١/٣١١	إذا نكح الرجل المرأة، وهو مريض، فإن صداقها من الثلث، قاله عمر.
٢/٦٦	اصطرف طلحة بن عبيد الله ومالك بن أوس.
٢/٢٧٦	الإلقاء في التهلكة أن نقيم في أموالنا، وندع الجهاد، قاله أبو أيوب.
٢/١٢٠	أمر عمر غلاماً أن يوصى لابنة عمه.
١/١٢٦	إن جاءتنا نفقتنا إلى ثلاث، والإ فلا بيع بيننا، قاله ابن عمر.
٢/٨٨ - ٨٧	إنك لو كنت حزته كان لك، قاله أبو بكر لعائشة.
١/١٣٤	أوصى عمر أن تُمغاً صدقة.
١/٦٨	أي الأعمال أفضل، وأحب إلى الله، قاله جمع من الصحابة.
١/٣٤١	ألا أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ، قاله أبو برزة.
٢/٢٨٨	بش الشيخ أنا إن بعث الخمر، قاله سعد بن أبي وقاص، لما قيل له: تبع عنباً لك لمن يتخذ عصيراً؟
٢/٢٧٦	بشما شريت، وبشما اشتريت، قالته عائشة.
١/٢٤٤	بعث من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي، قاله ابن عمر.
٢/٢٨٩	بيع العصير يجوز، ذهب إليه أبو موسى الأشعري.
٢/٢٨٨	بيع العصير لايجوز، قاله سعد بن أبي وقاص وابن عمر.
٢/٢٧٨	بيع العينة لايجوز، هو المعهود عن عموم الصحابة.
٢/٢٧٨	بيع العينة لايجوز، قاله أنس، وابن عباس، وابن عمر.

الآثر	رقم الصفحة
توعد عمر المستمتع بالرجم .	٢/٣٢٨
جعل عمر في العبد الأبق ديناراً .	١/١٨٢
حرق علي طعام المحتكر .	٢/٣٤٢
خذ بيدها ، وأوجع رأسها ، قاله عمر .	٢/١٦٠
خطب المغيرة ابنة عمه .	١/٢٩١
رجع ابن عباس عن قوله بإباحة نكاح المتعة .	٢/٣٣٣
زوجوني فإني أكره أن ألقى الله عزباً ، قاله معاذ .	٢/٣١١
العينة هي : أن يبيع ، هذا هو المعهود عن عموم الصحابة .	٢/٢٧٨
قدم علي علي النبي ﷺ بسعايته .	١/١٨٨
كانوا يعدون النكاح بنية التحليل سفاحاً ، هو المعهود عن عموم الصحابة .	٢/٣١٩
طلاق السكران لا يقع ، قاله عثمان وابن عباس .	٢/١٤٧
طلاق السكران لا يقع ، هو المعهود عن عموم الصحابة .	٢/١٤٧
علق أبو بكر تولية عمر الخلافة على شرط .	١/١٤٠
قد تزوجتُك ، قاله عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم .	١/٢٩١
كانت السنة أن المتبايعين بالخيار ، قاله ابن عمر .	١/٨٦
كان عمر يعلق عقد المزارعة .	١/١٢٥
لعله لو باعه من غيره باعه دون ذلك ، قاله ابن عمر .	٢/٢٨٠
للموصي أن يرجع في وصيته ، قالت عائشة .	١/١٧٣
لو طلقها لأوجعت رأسك ، قاله عمر .	٢/٣٢٣
كان ابن عمر إذا ابتاع وهو قاعد قام .	١/٢٤١
كان ابن عمر إذا باع رجلاً فأراد ألا يقيه قام فمشى .	١/٢٤٦
كره ابن عمر أن يقول الرجل لآخر ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك .	١/٩٤
مالي أراكما ثقلين ، قاله علي لأبي بكر وعمر .	١/٧١
من كان له على النبي ﷺ دين ، أو كانت عدة فليأتنا ، قاله أبو بكر .	١/٧١

رقم الصفحة	الآثر
٢/٣٣٣	نكاح المتعة حلال، قاله ابن عباس.
٢/٣٣٣	نكاح المتعة حرام، قاله عمر، وعلي، وابن الزبير، وابن عمر.
٢/٦٦	وإن استنظرك إلى أن يلج بيته، فلا تُنظره، قاله عمر.
٢/٣٣٣	هل كان ابن عباس إلا غلاماً صغيراً؟ قاله ابن عمر.
١/٢٨٩	اليثيمة يجب أن تأخذ صداق المثل، قالت عائشة.
١/١٧٣	يغيّر الرجل من وصيته ماشاء، قاله عمر.
٣/٣١٥	لا أوتى بمحلّل، ولا محلّل له إلا رجمتهما، قاله عمر.
١/٢٨٢	لا تشتر من مال الموصي شيئاً، قاله ابن مسعود لوصي على يتيم.
١/١٥٥	لا حبس إلا في سلاح، أو كراع، روي عن علي، وابن مسعود، وابن عباس.
٢/٣١٩	لا يصح النكاح إلا إذا كان نكاح رغبة، لانكاح تحليل، قاله ابن عمر.
	رضي الله عنهم أجمعين.

فهرس الأعلام المترجم لهم فى البحث

رقم الصفحة	الأعلام
١/٢١٩	الأسيوطي .
١/٤٦١	ابن أبي عصرون .
١/١٨١	ابن أبي مُليكة .
٢/٣	ابن بطلال .
٢/١٢٠	ابن التركمانى .
٢/٣٩	ابن الحاجب .
١/٤٨	ابن حجر الهيئى .
١/١٧١	ابن رجب .
١/١٧٢	ابن رشد الحففى .
١/١٧٤	ابن الرفعة .
١/٣٣٢	ابن سريج .
١/٢٢١	ابن سلمون .
١/٣٩٨	ابن الشاط .
١/١٦١	ابن عابدين .
١/٣٤٢	ابن عبد البر .
٢/٣٩	ابن عبد السلام .
١/٦٨	ابن العربى .
١/٣٣٣	ابن عقيل .
١/٣٠٣	ابن فارس .
٢/١٤٠	ابن اللحام .
١/١٩٦	ابن مفلح .
٢/٣٣٣	ابن المنذر .
١/٣٦٧	ابن نُجيم .
١/٣٠٥	ابن هبيرة .
١/٣٠٥	ابن الهمام .
١/٣٤١	أبو برزة .

الأعلام	رقم الصفحة
أبو الخطاب .	١/١٥٨
أبو زكريا الأنصاري .	١/٤٠٤
أبو عبيدة اللغوي .	٢/٣٤٢
أبو يعلى القاضي .	١/٣٣٢
الأزهري .	٢/٣٤٢
أصبخ .	١/١٢٨
أم حبيبة .	٢/٣٣
أمامة بنت أبي العاص .	٢/٨
إياس بن معاوية .	٢/١١٥
البابرتي .	١/٤٢٥
الباجي .	٢/٢
بنو النجار .	١/٤٣٠
البهوتي .	١/١٩٧
الخطاب .	١/٤٤
الحموي .	٢/٢٩٢
الخرشي .	١/١٦٩
الخرقي .	٢/٨٧
الخلال .	٢/١١٩
خليل .	١/١٦٩
خواهر زاده .	١/٣٠٧
الدردير .	١/٣٦٧
الدسوقي .	١/٤٠٥
الرويانى .	١/٣٧٨
زُفر .	١/١٦٧
الزنجاني	٢/١٢٤
الزيلي جمال الدين .	١/٢٩٣
الزيلي فخر الدين عثمان .	٢/٥٤

الأعلام	رقم الصفحة
سلمة بن الأكوع .	١/٤٣٠
السيوطي .	١/١٩٦
الشربيني .	١/١٨٤
شريح القاضي .	١/١٢٤
الشعبي .	١/١٦٢
الشيرازي .	٢/٣٤٢
الطحاوي .	١/١٥٤
عبد الله بن الإمام أحمد بن حنبل .	١/٩٣
عبد الله بن جعفر .	٢/١٢٣
عروة البارقي .	٢/١٠٤
عطاء .	١/٣٨٢
العكبري .	٢/٢٤
عليش .	٢/٢٢٣
عمر بن أبي سلمة .	٢/١٢٧
عمرو بن دينار .	١/١٨١
عياض القاضي .	٢/٣٣٢
حميد الطويل .	١/٩٣
القرطبي .	١/١٨٥
الكاساني .	١/١٦٨
كعب بن مالك .	٢/٣
مالك بن أوس .	٢/٦٦
مجاهد .	١/٣٨٢
مجد الدين ابن تيمية .	١/٢٧٢
المرداوي .	١/٢٧٣
مكحول .	٢/١٦
النجاشي .	٢/٣٣
النوي .	١/١٢٣
الونشريسي .	٢/٢٨٥

فهرس المصادر

أولاً: قواميس اللغة العربية.

[١] تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمد مرتضى الحسيني الزبيدي. المطبعة الأميرية، مصر.

[٢] القاموس المحيط، لأبي الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الصديقي الشيرازي، المعروف بالفيروز آبادي، ٨١٧هـ.

مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧١هـ. الناشر: دار الجيل، بيروت.

[٣] لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي. ط الأولى، المطبعة المنيرية، بولاق، مصر، ١٣٠٣هـ.

[٤] مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي.

المركز العربي للثقافة والعلوم، بيروت.

[٥] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، ٧٧٠هـ.

المكتبة العلمية، بيروت.

[٦] مقاييس اللغة، لأبي الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، ٣٩٥هـ.

تحقيق عبد السلام محمد هارون.

مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر.

ثانياً: البلاغة.

[٧] الإيضاح، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الخطيب القزويني، ٧٣٩هـ.

- مطبوع ضمن كتاب شروح التلخيص، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [٨] تلخيص المفتاح، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الخطيب القزويني، ٧٣٩هـ.
- مطبوع ضمن كتاب شروح التلخيص، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [٩] شرح السيوطي على عقود الجمان، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ.
- مطبوع بهامش عقود الجمان.
- [١٠] شرح المرشدي على عقود الجمان، لعبد الرحمن بن عيسى بن مرشد العمري، المعروف بالمرشدي، ١٠٣٧هـ.
- مطبوع مع عقود الجمان.
- [١١] عروس الأفراح في شرح تلخيص المفتاح، لأحمد بن علي بن عبد الكافي السبكي، ٧٧٣هـ.
- مطبوع ضمن كتاب شروح التلخيص، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [١٢] عقود الجمان في المعاني والبيان، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ٩١١هـ.
- ط الثانية، ١٣٧٤هـ، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- [١٣] كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي الفاروقي التهانوي، القرن ١٢هـ.
- تحقيق. د، لطفي عبد البديع.
- ط مطابع الهيئة المصرية للكتاب.
- [١٤] مختصر السعد على تلخيص المفتاح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ٧٩٢هـ.
- مطبوع ضمن كتاب شروح التلخيص، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [١٥] مفتاح العلوم، لأبي يعقوب يوسف بن أبي بكر محمد علي السكاكي، ٦٢٦هـ.
- ضبطه وشرحه، نعيم زرزور.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ، بيروت، مطابع دار الكتب العلمية.

ثالثاً: المصطلحات الشرعية.

[١٦] التعريفات، لعلي بن محمد الشريف الجرجاني، ٨١٦هـ.

مكتبة لبنان، بيروت ١٩٧٨م.

[١٧] المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي، ٧٠٩هـ.

ط الأولى، ١٣٨٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

[١٨] المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني، ٥٠٢هـ.

تحقيق محمد سيد كيلاني.

دار المعرفة، بيروت.

[١٩] النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن أبي الكرم الجزري، المعروف بابن الأثير، ٦٠٦هـ.

تحقيق: محمود محمد الطناحي.

دار إحياء التراث العربي، بيروت. الناشر: المكتبة الإسلامية.

رابعاً: التفسير.

[٢٠] أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ٣٧٠هـ.

ط ١٣٣٨هـ، الأوقاف الإسلامية بالقسطنطينية. الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

[٢١] أحكام القرآن، لعماد الدين بن محمد الطبري، المعروف بالكيا الهراسي، ٥٠٤هـ.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

[٢٢] أحكام القرآن، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ٢٠٤هـ.

ط ١٣٩٥هـ، بيروت. الناشر: دار الكتب العلمية.

[٢٣] أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن محمد، المعروف بابن العربي، ٥٤٣هـ.

تحقيق على محمد البجاوي.

دار المعرفة، بيروت.

[٢٤] أضواء البيان، لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، ١٣٩٣هـ.

المطابع الأهلية، الرياض.

[٢٥] تفسير القرآن العظيم، لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي، ٧٧٤هـ.

ط الرابعة، ١٩٨٣م، دار الأندلس للطباعة والنشر.

[٢٦] جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ٣١٠هـ. تحقيق محمود أحمد شاكر وأحمد محمد شاكر.

ط الثانية ١٩٧٢م، دار المعارف مصر.

[٢٧] الجامع لأحكام القرآن {تفسير القرطبي}، لأبي عبد الله شمس الدين محمد ابن أحمد الخزرجي القرطبي، ٦٧١هـ.

دار الكتاب العربي.

[٢٨] فتح القدير. لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، ١٢٥٠هـ.

دار الفكر.

خامساً: متون السنة.

[٢٩] الأذكار، لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، ٦٧٦هـ.

مطبوع مع شرحه، الفتوحات الربانية.

[٣٠] بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٨٥٢هـ.

عني بتصحيحه محمد حامد الفقي.

دار الكتب العلمية، بيروت.

- [٣١] الترغيب والترهيب، لزكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، ٦٥٦هـ.
الناشر: مكتبة الدعوة، القاهرة.
- [٣٢] الجامع الصحيح {سنن الترمذي}، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة،
٢٧٩هـ.
- راجع أصوله، عبد الرحمن محمد عثمان.
- مطبعة الفجالة الجديدة، مصر. الناشر: المكتبة السلفية، المدينة المنورة.
- [٣٣] الجامع الصحيح {صحيح مسلم}، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري
النيسابوري، ٢٦١هـ.
- مطبوع مع شرح النووي، المطبعة المصرية ١٣٤٩هـ.
- [٣٤] سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ٢٧٥هـ.
مطبوع مع مختصره للمنذري.
- [٣٥] سنن الدار قطني، لعلي بن عمر الدارقطني، ١٣٨٥هـ.
تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني.
- ط دار المحاسن، القاهرة. والناشر: دار المعرفة، بيروت.
- [٣٦] سنن الدارمي، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام
الدارمي، ٢٥٥هـ.
- نشرته دار إحياء السنة النبوية.
- [٣٧] السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ٤٥٨هـ.
مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، الهند، ١٣٥٥هـ.
- [٣٨] سنن النسائي، لأحمد بن شعيب بن علي النسائي، ٣٠٣هـ.
- المطبعة المصرية بالأزهر. ومع شرح السيوطي. مطبعة البابي الحلبي، مصر.
- [٣٩] الشمائل المحمدية، لأبي عيسى محمد بن سورة الترمذي، ٢٧٩هـ.
تعليق محمد عفيف الزغبى.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ، دار العلم، جدة.

[٤٠] صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي، ٢٥٦هـ.

مطبوع مع فتح الباري.

[٤١] مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، ٨٠٧هـ.

بتحرير الحافظين: العراقي، وابن حجر.

ط ١٤٠٦هـ. الناشر: مؤسسة المعارف، بيروت.

[٤٢] مختصر سنن أبي داود، لزكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري،

٦٥٦هـ.

تحقيق: أحمد محمد شاكر، وحامد الفقي.

مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.

[٤٣] المستدرك على الصحيحين، للحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم

النيسابوري، ٤٠٥هـ.

ط الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الدكن، الهند،

١٣٤٢هـ.

[٤٤] المسند، للإمام أحمد بن حنبل، ٢٤١هـ.

مطبوع مع الفتح الرباني.

[٤٥] مصنف ابن أبي شيبة {الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار}، لعبد الله ابن

محمد بن أبي شيبة الكوفي العباسي، ٢٣٥هـ.

تحقيق: أحمد الندوي.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ. الدار السلفية.

[٤٦] مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ٢١١هـ.

تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي.

ط الثانية، ١٤٠٣هـ، مطابع دار القلم - بيروت. من منشورات المجلس العلمي،

توزيع المكتب الإسلامي.

[٤٧] موطأ مالك، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ١٧٩هـ.

مطبوع مع المنتقى.

سادساً: التخریج.

[٤٨] إرواء الغلیل فی تخریج أحادیث منار السبیل، لمحمد ناصر الدین الألبانی.

ط الثانية، المكتب الإسلامي، بیروت، ١٤٠٥هـ.

[٤٩] أسنى المطالب فی أحادیث مختلفة المراتب، لمحمود درویش الحوت.

ط الثانية، ١٤٠٣هـ. الناشر: دار الكتاب العربی، بیروت.

[٥٠] تخریج أحمد شاکر لمسند الإمام أحمد بن حنبل.

ط الثانية، دار المعارف، مصر ١٣٩٢هـ.

[٥١] تخریج الألبانی لمختصر العلو للذهبي.

ط المكتب الإسلامي.

[٥٢] التعليق المغني على سنن الدارقطني، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي.

مطبوع مع سنن الدارقطني.

[٥٣] تلخیص الحبير فی تخریج أحادیث الرافعي الكبير، لشهاب الدين أحمد بن علي

ابن محمد ابن حجر العسقلاني، ٨٥٢هـ.

عني بإخراجه عبد الله هاشم اليماني.

دار المعرفة، بیروت.

[٥٤] تلخیص المستدرک، للحافظ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي،

٨٤٨هـ.

مطبوع مع المستدرک.

[٥٥] التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن

محمد بن عبد البر النمري، ٤٦٣هـ.

تحقيق محمد التائب السعيد.

ط الثانية، ١٤٠٢هـ.

[٥٦] الجوهر النقي، لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني،
٧٤٥هـ.

مطبوع مع سنن البيهقي.

[٥٧] شرح السنة، لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، ٥١٦هـ.

تحقيق شعيب الأرناؤوط، وزهير الشاويش.

المكتب الإسلامي، ١٣٩٥هـ.

[٥٨] صحيح سنن ابن ماجه، لمحمد ناصر الدين الألباني.

ط الثانية، ١٤٠٨هـ، المكتب الإسلامي، بيروت. الناشر: مكتب التربية العربي
لدول الخليج.

[٥٩] العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي ابن
الجوزي، ٥٩٦هـ.

تحقيق: إرشاد الحق الأثري.

ط الثانية، ١٤٠١هـ. الناشر: إدارة العلوم الأثرية، باكستان.

[٦٠] غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام للقرضاوي، والتخريج لمحمد
ناصر الدين الألباني.

ط الأولى، ١٤٠٠هـ. المكتب الإسلامي، بيروت.

[٦١] كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس،
لإسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، ١١٦٢هـ.

ط الثالثة، ١٤٠٨هـ. دار الكتب العلمية، بيروت.

[٦٢] المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الأحياء من الأخبار، لزين
الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي، ٨٠٦هـ.

مطبوع مع إحياء علوم الدين للغزالي.

[٦٣] المقاصد الحسنة في كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، لمحمد عبد الرحمن السخاوي، ٩٠٢هـ.

تحقيق محمد عثمان الخشت.

ط الأولى، ١٤٠٥هـ. الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

[٦٤] نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، ٧٦٢هـ.

ط الثانية بالأوفست، ١٣٩٣هـ. الناشر: المكتبة الإسلامية.

سابعاً: شروح السنة.

[٦٥] تهذيب السنن، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ.

مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري.

[٦٦] سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للأمير الصنعاني.

صححه وعلق عليه، د. محمد أبو الفتح البيانوني، ود. خليل إبراهيم ملا خاطر.

ط ١٣٩٧هـ، مطابع الرياض، الرياض.

[٦٧] شرح الزرقاني على الموطأ، لمحمد بن عبد الباقي يوسف الزرقاني، ١١٢٢هـ. دار الفكر.

[٦٨] جامع العلوم والحكم، لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين ابن أحمد بن رجب، ٧٩٥هـ.

ط الخامسة، ١٤٠٠هـ.

[٦٩] شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الطحاوي.

تحقيق محمد سيد جاد الحق.

ط مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة، ١٣٨٨هـ.

[٧٠] شرح النووي على صحيح مسلم، لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ٢٦١هـ.

المطبعة المصرية، ١٣٤٩هـ.

[٧١] عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن عبد الله الأشيلي، المعروف بابن العربي، ٥٤٣هـ.

دار الكتب العلمية، بيروت.

[٧٢] عمدة القاريء شرح صحيح البخاري، لبدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، ٨٥٥هـ.

ط الأولى، ١٣٩٢هـ، البابي الحلبي، مصر.

[٧٣] عون المعبود على سنن أبي داود، لأبي عبد الرحمن شرف الحق، الشهير بمحمد أشرف بن أمير الصديقي العظيم آبادي.

دار الكتاب العربي، بيروت.

[٧٤] فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٨٥٢هـ.

تحقيق محب الدين الخطيب.

ط الأولى، ١٤٠٧هـ، دار الريان للتراث، القاهرة.

[٧٥] الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأحمد عبد الرحمن البنا.

دار الشهاب، القاهرة.

[٧٦] الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية، لمحمد بن علان الصديقي، ١٠٥٧هـ.

ط الأولى، مصر.

[٧٧] مجالس التقدير شرح الجامع الصغير، لعبد الرؤوف المناوي.

ط الثانية، ١٣٩١هـ، دار الفكر.

[٧٨] مجالس العرفان، ومواهب الرحمن، لمحمد عبد العزيز جعيط، ١٣٨٩هـ.

الدار التونسية للنشر.

[٧٩] مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لعلي بن سلطان محمد القاري.

ط مطبعة السورتي، الهند.

[٨٠] معالم السنن، لمحمد بن محمد بن إبراهيم البستي الخطابي، ٣٨٨هـ.

مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري.

[٨١] المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ٤٧٤هـ.

ط الأولى، مطبعة دار السعادة، مصر، ١٣٣٢هـ. الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

[٨٢] نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي ابن محمد الشوكاني، ١٢٥٠هـ.

دار القلم، بيروت.

ثامناً: علوم الحديث.

[٨٣] تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ.

تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف.

ط الثانية، ١٣٩٩هـ، دار إحياء السنة النبوية.

تاسعاً: أصول الفقه.

[٨٤] الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن محمد الآمدي.

علق عليه عبد الرزاق عفيفي.

المكتب الإسلامي، بيروت.

[٨٥] أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ٤٩٠هـ.

حقق أصوله، أبو الوفاء الأفغاني.

عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن بالهند. دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ.

- [٨٦] اعلام الموقعين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ.
راجعه طه عبد الرؤوف سعيد.
دار الجيل للطباعة، بيروت.
- [٨٧] التحرير في أصول الفقه، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ٨٦١هـ.
مطبوع مع تيسير التحرير، ومع التقرير والتحرير.
- [٨٨] تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، لصالح الدين أبي سعيد خليل ابن سيف الدين العلائي الشافعي، ٧٦١هـ.
تحقيق إبراهيم محمد سلقيني.
ط الأولى، دار الفكر، ١٤٠٢هـ.
- [٨٩] التقرير والتحرير شرح التحرير، لابن أمير الحاج، ٨٧٩هـ.
ط الأولى، ١٣١٦هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر.
- [٩٠] التنقيح {تنقيح الأصول} لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، ٧٤٧هـ.
مطبوع مع التلويح.
- [٩١] التوضيح على التنقيح، وكلاهما لصدر الشريعة.
مطبوع مع التلويح.
- [٩٢] تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير للكمال ابن الهمام، وهو لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني.
ط ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [٩٣] الرسالة، لمحمد بن إدريس الشافعي، ٢٠٤هـ.
تحقيق أحمد شاكر.
- [٩٤] روضة الناظر وجنة المناظر، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ.

ط الثانية، ١٤٠٤هـ، مكتبة المعارف، الرياض. ومعها شرحها نزهة الخاطر العاطر.

[٩٥] شرح ابن ملك على المنار للنسفي، وهو لعز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز ابن الملك.

دار سعادت، مطبعة عثمان، تركيا، ١٣١٥هـ.

[٩٦] شرح التلويح على التوضيح { التلويح في كشف حقائق التنقيح } لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ٧٩٢هـ.

دار الكتب العلمية، بيروت.

[٩٧] شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد ابن إدريس القرافي.

ط الأولى، ١٣٩٣هـ، شركة الطباعة الفنية، القاهرة.

[٩٨] شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، (المختبر المبتكر شرح المختصر)، لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى، المعروف بابن النجار، ٩٧٢هـ.

تحقيق د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد.

ط الأولى، ١٤٠٨هـ من إنتاج مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي في جامعة أم القرى، مكة.

[٩٩] فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري.

مطبوع بديل المستصفي في المطبعة الأميرية ببولاق مصر، ١٣٢٥هـ.

[١٠٠] كشف الأسرار، لأبي البركات عبد الله بن أحمد، المعروف بحافظ الدين النسفي، ٧١٠هـ.

ط الأولى، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣١٦هـ.

[١٠١] مسلم الثبوت، لمحب الله عبد الشكور البهاري.

مطبوع مع شرحه فواتح الرحموت.

[١٠٢] المنار في أصول الفقه، لأبي البركات عبد الله بن أحمد، المعروف بالنسفي، ٧١٠هـ.

مطبوع مع شرح ابن ملك.

[١٠٣] المنخول من تعليقات الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ٥٠٥هـ.

تحقيق: د. محمد حسن هيتو.

ط الثانية، ١٤٠٠هـ، دار الفكر، دمشق.

[١٠٤] الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم موسى اللخمي الغرناطي، ٧٩٠هـ.

عليه تعليق لعبد الله دراز.

دار المعرفة، بيروت.

عاشراً: الفقه الحنفي.

[١٠٥] أحكام الوقف، لهلال بن يحيى بن مسلم، ٢٤٥هـ.

ط الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الدكن، الهند.

[١٠٦] الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودد الموصللي، ٦٨٣هـ.

عليه تعليقات الشيخ محمود أبو دققة.

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

[١٠٧] الإسعاف في أحكام الأوقاف، لبرهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي.

مكتبة الطالب الجامعي، مكة المكرمة.

[١٠٨] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المشهور بابن نجيم، ٩٧٠هـ.

ط الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، ١٣٣٣هـ.

[١٠٩] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ٥٨٧هـ.

ط الثانية ١٤٠٢هـ. مصور عن طبعة المطبعة الجمالية للخالجي وأحمد عارف،
١٣٢٨هـ.

الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

[١١٠] بدر المتقي في شرح الملتقى، لمحمد علاء الدين الحصفكي، ١٠٨٨هـ.

مطبوع على هامش مجمع الأنهر.

[١١١] البناية بهامش شرح فتح القدير، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني،
٨٥٥هـ.

مطبوع مع شرح فتح القدير.

[١١٢] تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي،
٧٤٣هـ.

ط الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، ١٣١٤هـ. الناشر: دار
المعرفة، بيروت.

[١١٣] تكملة حاشية ابن عابدين {قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر
المختار} لمحمد علاء الدين نجل صاحب الحاشية.
وتبدأ التكملة من كتاب الإجارة الجزء السادس.

[١١٤] تكملة شرح فتح القدير {نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار} لشمس
الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده.
بدأت التكملة من كتاب الوكالة، الجزء السابع.

[١١٥] جامع أحكام الصغار، لمحمد بن محمود الأسروشنى، ٦٣٢هـ.

تحقيق عبد الحميد عبد الخالق البيزلي.

ط الأولى، ١٩٨٢م، بغداد.

[١١٦] جامع الفصولين، لمحمد بن إسماعيل، الشهير بابن قاضي سماوه، ٨٢٣هـ.
ط الأولى، المطبعة الأزهرية.

[١١٧] الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لأبي بكر بن علي الحداد اليمني،
٨٠٠هـ.

- مطبعة محمود بك، تركيا، ١٣٠١هـ. توزيع المكتبة الإمدادية، ملتان، باكستان.
- [١١٨] حاشية ابن عابدين {رد المختار على الدر المختار} لمحمد أمين عابدين بن عمر عابدين، المشهور بابن عابدين، ١٢٥٢هـ.
- ط الثانية، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ.
- [١١٩] حاشية سعدي جلبي على العناية، وعلى الهداية، لسعد الله بن عيسى المفتي، الشهير بسعدي جلبي، وسعدي أفندي، ٩٤٥هـ.
- مطبوع مع شرح فتح القدير.
- [١٢٠] حاشية الشلبي على تبين الحقائق، لشهاب الدين أحمد الشلبي.
- مطبوع مع تبين الحقائق.
- ط الثالثة، ١٤٠٣هـ، عالم الكتب؛ بيروت.
- [١٢١] الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن الشيباني، ١٨٩هـ.
- رتب أصول، وعلق عليه، مهدي حسن الكيلاني القادري.
- [١٢٢] درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر.
- تعريب المحامي فهمي الحسيني.
- من منشورات مكتبة النهضة، بيروت.
- [١٢٣] الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد علاء الدين الخصفكي، ١٠٨٨هـ.
- مطبوع مع شرحه حاشية ابن عابدين.
- [١٢٤] شرح الأتاسي على مجلة الأحكام، لمحمد خالد الأتاسي.
- مطبعة السلام، حمص، سوريا، ١٣٥٥هـ.
- [١٢٥] شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، ٨٦١هـ.
- المطبعة الميمنية، مصر ١٣١٩هـ.
- [١٢٦] العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لمحمد أمين عابدين المشهور بابن عابدين.
- [١٢٧] العناية على الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود البابر تي، ٧٨٦هـ.
- مطبوع مع شرح فتح القدير.

[١٢٨] الفتاوى البزازية، المسماة بالجامع الوجيز، لحافظ الدين محمد بن محمد ابن شهاب، المعروف بابن البزاز الكردي، ٨٢٧هـ.
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.

[١٢٩] الفتاوى الخانية. {فتاوى قاضي خان} لأبي المحاسن الحسن بن القاضي بدر الدين منصور ابن شمس الدين، ٥٩٢هـ.
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية.

[١٣٠] الفتاوى الهندية الفتاوى العالمية، للشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند.
ط الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ١٣١٠هـ.

[١٣١] الكفاية على الهداية، لجلال الدين الخوارزمي الكولاني.
مطبوع مع شرح فتح القدير.

[١٣٢] المبسوط، لشمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، ٤٨٣هـ.
مطبعة السعادة، مصر، ١٣٣١هـ.

[١٣٣] مجلة الأحكام العدلية، حررتها لجنة مؤلفة من العلماء، اختارت أحكامها من المذهب الحنفي.

ط الثالثة، ١٣٠٥هـ. مطبعة تنوير بروس. الناشر: مكتبة نور محمد التجارية.

[١٣٤] مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، المعروف بدامادا أفندي.

المطبعة العامرة، ١٣٢٨هـ. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

[١٣٥] المخارج في الخيل، لمحمد بن الحسن الشيباني، ١٨٩هـ.

طبعة معادة بالأوفست، مكتبة المشي، بغداد، اعتنى بطبعه يوسف شاخت.

[١٣٦] مختصر القدوري، لأبي الحسن أحمد بن محمد القدوري البغدادي،
٤٢٨هـ.

مطبوع مع الجوهرة النيرة.

[١٣٧] ملتقى الأبحر، لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ٩٥٦هـ.

مطبوع مع مجمع الأنهر.

[١٣٨] الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، ٥٩٣هـ.

مطبوع مع شرح فتح القدير.

حادى عشر: الفقه المالكي.

[١٣٩] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي، ٦٨٤هـ.

تحقيق عبد الفتاح أبو غدة.

الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.

[١٤٠] إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، لشهاب الدين عبد الرحمن ابن محمد ابن عسكر، ٧٣٢هـ.

مطبوع مع أسهل المدارك.

[١٤١] أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، لأبي بكر بن حسن الكشناوي.

ط الثانية، دار الفكر.

[١٤٢] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ٥٩٥هـ.

ط السادسة، ١٤٠٢هـ. دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

[١٤٣] بلغة السالك لأقرب المسالك، حاشية الصاوي على الشرح الصغير لأحمد بن محمد الصاوي المالكي الخلوتي، ١٢٤١هـ.

دار الفكر، بيروت.

[١٤٤] البهجة شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، وهو شرح على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام.

ط الثالثة، ١٣٩٧ هـ. دار المعرفة، بيروت.

[١٤٥] البيان والتحصيل، والشرح والتوجيه، والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي، ٥٢٠هـ.

تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، ود. محمد حجي.

دار الغرب الإسلامي.

[١٤٦] التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم، الشهير بالموثق، ٨٩٧هـ.

مطبوع بهامش مواهب الجليل.

[١٤٧] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين أبي الرقاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري، ٧٩٩هـ.

ط الأولى، المطبعة الشرفية، مصر ١٣٠١هـ.

[١٤٨] تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لأبي عبد الله محمد بن محمد الخطاب، ٩٥٤هـ.

تحقيق عبد السلام محمد الشريف.

ط الأولى، ١٤٠٤هـ. دار الغرب الإسلامي، بيروت.

[١٤٩] تحفة الحكام، لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي.

مطبوع مع شرحه البهجة.

[١٥٠] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، ١٢٣٠هـ.

دار إحياء الكتب العربية بمصر.

[١٥١] حاشية العدوي على الخرشي، لعلي بن أحمد الصعدي العدوي، ١١٨٩هـ.

مطبوع بهامش شرح الخرشي.

[١٥٢] حلى المعاصم لبنت فكر بن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي، وهو شرح الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام.

مطبوع مع البهجة في شرح التحفة.

[١٥٣] شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله بن علي الخرشي،
١١٠١هـ.

مطبعة بولاق، مصر، ١٣١٨هـ.

[١٥٤] شرح الزرقاني على مختصر خليل، لعبد الباقي بن يوسف الزرقاني،
١٠٩٩هـ.

دار الفكر.

[١٥٥] الشرح الصغير على أقرب المسالك، وكلاهما لأبي البركات أحمد بن محمد
ابن أحمد الدردير العدوي، ١٢٠١هـ.

مطبوع بهامش بلغة السالك.

[١٥٦] الشرح الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد
الدردير العدوي، ١٢٠١هـ.

مطبوع بهامش حاشية الدسوقي.

[١٥٧] شرح منح الجليل على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد أحمد عlish،
١٢٩٩هـ.

الناشر: مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.

[١٥٨] فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله محمد
أحمد عlish، ١٢٢٩هـ.

ط الأثرية، ١٣٧٨هـ، البابي الحلبي، مصر

[١٥٩] القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، ٧٤١هـ.
مكتبة أسامة بن زيد، بيروت.

[١٦٠] الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر بن عبد البر الفهري القرطبي.

تحقيق محمد بن محمد الموريتاني.

مطبعة حسان، القاهرة، ١٣٩٩هـ.

[١٦١] مختصر خليل، لخليل بن إسحاق الجندي المالكي، ٧٧٦هـ.

تصحيح طاهر أحمد الزاوي.

مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

[١٦٢] المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، ١٧٩هـ.

ط الأولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ.

[١٦٣] مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب مالك، شرح العلامة الأمير على منظومة بهرام.

تحقيق إبراهيم المختار، وأحمد عمر الجبرتي.

ط الثانية، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

[١٦٤] المعيار العرب، والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى الوشيشي، ٩١٤هـ.

دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠١هـ.

[١٦٥] مقدمات ابن رشد (المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأمهاة مسائلها المشكلات) لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، ٥٢٠هـ.

ط الأولى، مطبعة السعادة، مصر.

[١٦٦] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالخطاب، ٩٥٤هـ.

ط الثانية، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٩٨هـ.

ثاني عشر: الفقه الشافعي.

[١٦٧] أدب القاضي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، ٤٥٠هـ.

تحقيق محيي هلال السرحان.

مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٢هـ.

[١٦٨] أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، ٩٢٦هـ.

المطبعة الميمنية، مصر، ١٣١٣هـ. الناشر: المكتبة الإسلامية لرياض الشيخ.

- [١٦٩] الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، ٩٧٧هـ.
دار المعرفة، بيروت.
- [١٧٠] الأم، للإمام الشافعي، ٢٠٤هـ.
دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- [١٧١] تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، ٨٢٥هـ.
مطبوع مع فتح الوهاب.
- [١٧٢] تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، ٩٧٤هـ.
المطبعة الميمنية، مصر، ١٣١٥هـ.
- [١٧٣] التكملة الأولى للمجموع، للسبكي.
دار الفكر.
- [١٧٤] التكملة الثانية للمجموع، لمحمد حسين العقبي.
دار الفكر.
- [١٧٥] حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، لسليمان بن عمر البجيرمي، ١٢٢١هـ.
ط البابي الحلبي، مصر، ١٣٦٩هـ.
- [١٧٦] حاشية الجمل على شرح المنهاج، لسليمان بن عمر بن منصور الأزهرى، المعروف بالجمل، ١٢٠٤هـ.
ط مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٣٥٧هـ.
- [١٧٧] حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج، لأحمد بن عبد الرزاق بن محمد ابن أحمد، المعروف بالمغربى الرشيدى، ١٠٩٦هـ.
مطبوع مع نهاية المحتاج.
- [١٧٨] حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي، ١٠٨٧هـ.
مطبوع مع نهاية المحتاج.

[١٧٩] حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، لعبد الله ابن حجازي بن إبراهيم، الشهير بالشرقاوي، ١٢٢٦هـ.

ط البابي الحلبي، مصر، ١٣٦٠هـ.

[١٨٠] حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، لأحمد بن قاسم العبادي، أتم الكتاب سنة ١٢٨٩هـ.

المطبعة الميمنية.

[١٨١] حاشية عميرة على شرح المحلى للمنهاج، لشهاب الدين أحمد البرلسي، الملقب بعميرة، ٩٥٧هـ.

مطبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.

[١٨٢] حاشية قليوبي على شرح المحلى للمنهاج، لشهاب الدين أحمد بن أحمد ابن سلامة المصري، ١٠٦٩هـ.

دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.

[١٨٣] روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ٦٧٦هـ.

ط الثانية، ١٤٠٥هـ، المكتب الإسلامي.

[١٨٤] شرح المحلى على منهاج الطالبين، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى، ٨٦٤هـ.

مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة.

[١٨٥] فتح العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، ٦٢٣هـ.

مطبوع مع المجموع.

[١٨٦] فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، ٩٢٥هـ.

الناشر: دار المعرفة، بيروت.

[١٨٧] متن الغاية والتقريب {متن أبي شجاع} لأبي شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني، ٥٩٣هـ.

مطبوع مع شرحه الإقناع.

- [١٨٨] المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا يحيى الدين بن شرف النووي، ٦٧٦هـ.
ط مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، دار الفكر.
- [١٨٩] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، ٩٧٧هـ.
الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- [١٩٠] المنهاج {منهاج الطالبين} لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ٦٧٦هـ.
مطبوع مع مغني المحتاج.
- [١٩١] منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ٨٢٥هـ.
مطبوع مع شرفه فتح الوهاب.
- [١٩٢] المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، ٤٧٦هـ.
ط الثانية، ١٣٧٩هـ، البابي الحلبي، مصر.
- [١٩٣] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد أبي العباس أحمد ابن حمزه الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، ١٠٠٤هـ.
مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٨٩هـ.
- [١٩٤] الوجيز، لحجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، ٥٠٥هـ.
الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٩هـ.
- ثالث عشر: الفقه الحنبلي.**
- [١٩٥] الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية. اختارها علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد البعلي، ٨٠٣هـ.
مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ. الناشر: مكتبة الرياض الحديثة.
- [١٩٦] الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ٩٦٨هـ.
المطبعة المصرية، الأزهر، ١٣٥١هـ.

[١٩٧] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،
لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، ٨٨٥هـ.
تحقيق حامد الفقي.

ط الأولى، مطبعة السنة المحمدية. ١٣٧٨هـ.

[١٩٨] تصحيح الفروع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، ٨٨٥هـ.
مطبوع مع الفروع.

[١٩٩] حاشية ابن قاسم على الروض المربع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم
العاصمي النجدي، ١٣٩٢هـ.

ط الثالثة، ١٤٠٥هـ.

[٢٠٠] حاشية العنقري على الروض المربع، لعبد الله بن عبد العزيز العنقري.

ط ١٣٩٠هـ، مطبعة السعادة. الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

[٢٠١] الروض المربع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٥١هـ.

مطبوع مع حاشية ابن قاسم.

[٢٠٢] زاد المستقنع، لشرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد بن موسى الحجاي،
٩٦٨هـ.

مطبوع مع شرحه الروض المربع.

[٢٠٣] الشرح الكبير على متن المقنع (الشافعي في شرح المقنع) لشمس الدين أبي
الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي، ٦٨٢هـ.

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

[٢٠٤] شرح منتهى الإرادات {دقائق أولي النهى لشرح المنتهى}. لمنصور ابن
يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٥١هـ.

عالم الكتب، بيروت.

[٢٠٥] غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، لمرعى بن يوسف المقدسي
الحنبلي، ١٠٣٣هـ.

مطبعة مؤسسة دار السلام.

[٢٠٦] الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمیة الحرانی، ٧٢٨هـ.

مطبعة كردستان العلمية، مصر، ١٣٢٨هـ.

[٢٠٧] الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، ٧٦٣هـ.

ط الثالثة بالأوفست. عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٢هـ.

[٢٠٨] القواعد النورانية، لشيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمیة، ٧٢٨هـ.

تحقيق محمد حامد الفقي.

ط ١٣٧٠هـ، مطبعة السنة المحمدية.

[٢٠٩] القواعد والفوائد الأصولية، وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لأبي الحسن

علاء الدين، المعروف بابن اللحام، ٨٠٣هـ.

تحقيق محمد حامد الفقي.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

[٢١٠] الكافي، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ.

ط الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٩هـ.

[٢١١] كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، ١٠٥١هـ.

راجعه هلال مصيلحي.

ط ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت، دار الباز، مكة المكرمة.

[٢١٢] المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد

الحنبلي، ٨٨٤هـ.

المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٩هـ.

[٢١٣] مجموع فتاوى شيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن

تیمیة الحرانی، ٧٢٨هـ.

جمعها ورتبها عبد الرحمن بن محمد بن قاسم.

تم الطبع في إدارة المساحة العسكرية بالقاهرة، ١٤٠٤هـ. تنفيذ مكتبة النهضة

الحديثة، مكة المكرمة.

[٢١٤] المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن تيمية، ٦٥٢هـ.

[٢١٥] مختصر الخرقى، لعمر بن الحسين الخرقى، ٣٣٤هـ.

ط الثالثة، مطبعة منيمنة الحديثة، بيروت، ١٤٠٢هـ. من منشورات مؤسسة الخافقين، ومكتبها.

[٢١٦] مختصر الفتاوى المصرية، لبدر الدين أبي عبد الله محمد بن علي البعلبي، ٧٧٧هـ.

مطبعة السنة المحمدية، مصر، ١٣٦٨هـ. توزيع دار الكتب العلمية، بيروت.

[٢١٧] مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبد الله.

تحقيق زهير الشاويش.

ط ١٤٠٠هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.

[٢١٨] مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني، ١٢٤٣هـ.

ط الأولى، ١٣٨١هـ. الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت.

[٢١٩] المغني شرح الخرقى، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ.

تحقيق. د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ود. عبد الفتاح محمد الحلر.

ط الأولى، ١٤١١هـ. هجر للطباعة، القاهرة.

[٢٢٠] المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله ابن أحمد بن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ.

ط الأولى، بيروت، ١٣٩٩هـ.

[٢٢١] منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات، لتقي الدين محمد ابن أحمد الفتوحى المصري، الشهير بابن النجار الحنبلى، ٩٧٢هـ.

مطبوع مع شرح المنتهى.

رابع عشر: الفقه العام.

[٢٢٢] الإفصاح عن معاني الصحاح، لعون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد ابن هبيرة الحنبلي، ٥٦٠هـ.

مطابع الدجوي، مصر. ملتزم الطبع والنشر المؤسسة السعيدية بالرياض.

[٢٢٣] جواهر العقود، ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد ابن أحمد المنهاجي الأسيوطي.

ط الأولى، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٤هـ.

[٢٢٤] المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، ٤٥٦هـ.

من منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

خامس عشر: القواعد الفقهية.

[٢٢٥] الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، ٩١١هـ.

ط الأولى، ١٣٩٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

[٢٢٦] الأشباه والنظائر، لزين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري، ٩٧٠هـ.

مطبوع مع شرحه غمز عيون البصائر.

[٢٢٧] إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأبي العباس أحمد بن يحيى

الونشريسي، ٩١٤هـ.

تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي.

مطبعة فضالة، المغرب.

[٢٢٨] تخريج الفروع على الأصول، لأبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد

الزنجاني، ٦٥٦هـ.

تحقيق محمد أديب الصالح.

ط الرابعة، ١٤٠٢هـ. مؤسسة الرسالة، بيروت.

[٢٢٩] التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدين أبي محمد عبد الرحيم

ابن الحسن الإسنوي، ٧٧٢هـ.

تحقيق، د. محمد حسن هيتو.

ط الثالثة، ١٤٠٤هـ. مؤسسة الرسالة، بيروت.

- [٢٣٠] تهذيب الفروق، لأبي القاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الشاط. مطبوع مع الفروق.
- [٢٣١] شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقاء. ط الأولى، مطبعة المتوسط، بيروت. الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- [٢٣٢] غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد الحنفي الحموي. ط الأولى، ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [٢٣٣] الفروق {أنوار البروق في أنواء الفروق} لشهاب الدين أبي العباس أحمد ابن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي. عالم الكتب، بيروت.
- [٢٣٤] قاعدة في العقود {نظرية العقد} لشيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد ابن عبد الحلیم بن تيمية الخرائي، ٧٢٨هـ. تحقيق: محمد حامد الفقي. الناشر: دار المعرفة، بيروت.
- [٣٣٥] القواعد، لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ٧٩٥هـ. الناشر: دار المعرفة، بيروت.
- [٢٣٦] قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي، ٦٦٠هـ. راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد. ط الثانية، ١٤٠٠هـ، دار الجليل، بيروت.
- [٢٣٧] المثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي. تحقيق تيسير فائق محمود. ط شركة دار الكويت، الكويت.
- سادس عشر: الفقه المعاصر.**
- [٢٣٨] أحكام الرصايا والأوقاف، د. أحمد فراج حسين. ط ١٩٨٦م، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.

- [٢٣٩] أحكام الرصايا والأوقاف، د. محمد مصطفى شلبي.
- ط الرابعة، ١٤٠٢هـ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.
- [٢٤٠] أحكام المعاملات الشرعية، للاستاذ علي الخفيف.
- الناشر: بنك البركة الإسلامي، البحرين.
- [٢٤١] الأحوال الشخصية، لمحمد أبي زهرة.
- ط الثالثة، مطبعة السعادة، القاهرة. الناشر: دار الفكر العربي، القاهرة.
- [٢٤٢] أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، للدكتور عبد الحميد محمود البعلي.
- ط الأولى، ١٤١٠هـ، دار التوفيق للطباعة، القاهرة.
- الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة.
- [٢٤٣] الأعمال المصرفية والإسلام، لمصطفى عبد الله الهمشري.
- ط الثانية، ١٤٠٣هـ. الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، مكتبة الحرمين - الرياض.
- [٢٤٤] الأموال، ونظرية العقد. لمحمد يوسف مرسى.
- ط الثانية، ١٣٧٥هـ، مطابع دار الكتاب العربي، مصر.
- [٢٤٥] الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد سراج،
- د. حسين حامد حسان.
- دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٨م.
- [٢٤٦] البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، للدكتور عبد الله بن محمد بن أحمد
- الطيّار.
- إصدار نادي القصيم الأدبي ببريدة، ١٤٠٨هـ.
- [١٤٧] بنوك تجارية بدون ربا، للدكتور محمد بن عبد الله بن إبراهيم الشيباني.
- ط الأولى، ١٤٠٧هـ، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض.
- [٢٤٨] بيع المربحة كما تجرّه البنوك الإسلامية، للدكتور محمد سليمان الأشقر.
- ط الأولى، ١٤٠٤هـ، مكتبة الفلاح، الكويت.

[٢٤٩] بيع المربحة للأمر بالشراء، كما تجزئه المصارف الإسلامية، للدكتور يوسف القرضاوي.

ط الثانية، ١٤٠٧هـ. الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة.

[٢٥٠] التراضي في عقود المبادلات، للدكتور السيد نشأت إبراهيم الديني.

ط الأولى، ١٤٠٢هـ. دار الشروق، جدة.

[٢٥١] الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، لجهاد عبد الله حسين أبو عويمر.

دار الثقافة، القاهرة، ١٩٨٦م. من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.

[٢٥٢] التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، لوحيد الدين سوار.

ط الثانية، الشركة الوطنية، الجزائر، ١٩٧٩م.

[٢٥٣] تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعة الإسلامية، للدكتور سامي حسن أحمد حمود.

ط الثانية، ١٤٠٢هـ، مطبعة الشرق، عمان.

[٢٥٤] الذمة والحق والالتزام، وتأثيرها بالموت، للدكتور طه المكاشفي طه الكباشي.

ط الأولى، ١٤٠٩هـ، مكتبة الحرمين، الرياض.

[٢٥٥] الشريعة الإسلامية، تاريخها، ونظرية الملكية والعقود، لبدران أبي العينين.

ط ١٩٨٦م.

[٢٥٦] ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عدنان خالد التركماني.

ط الأولى، ١٤٠١هـ، دار الشروق، جدة.

[٢٥٧] العقود المسماة في الفقه الإسلامي، لمصطفى أحمد الزرقاء، وهو الجزء الرابع من كتابه المدخل الفقهي العام.

مطبعة الجامعة السورية.

[٢٥٨] العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، للدكتور عيسى عبده.

- [٢٥٩] الغرر في العقود في الفقه الإسلامي، للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير. ط الثانية، ١٤١٠هـ. دار الجليل - بيروت، الدار السودانية للكتب - الخرطوم.
- [٢٦٠] الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط الثانية، ١٤٠٥هـ، دار الفكر، دمشق.
- [٢٦١] فقه المراجعة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، للدكتور عبد الحميد محمود البعلي. الناشر: مكتبة السلام، القاهرة.
- [٢٦٢] فقه النوازل، للدكتور بكر عبد الله أبي زيد. ط الأولى، ١٤٠٩هـ، مطابع الفرزدق، الرياض. الناشر: مكتبة الصديق، الطائف.
- [٢٦٣] الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، للدكتور علي أحمد السالوس. ط الأولى، ١٤٠٦هـ، مكتبة الفلاح، الكويت.
- [٢٦٤] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
- [٢٦٥] المدخل إلى الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان. ط السابعة، ١٤٠٢هـ.
- [٢٦٦] المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء. ط التاسعة، مطابع ألف باء، دمشق.
- [٢٦٧] المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد مصطفى شلبي. ط ١٣٨٨هـ.
- [٢٦٨] المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، للدكتور حسين حامد حسان. ط الأولى، ١٩٧٢م، دار الاتحاد العربي، مصر.
- [٢٦٩] مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، وكيف عاجلها الإسلام، للدكتور محمد صلاح محمد الصاوي. دار الوفاء، مصر.
- [٢٧٠] مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري. دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- [٢٧١] معاملات البنوك الحديثة في ضوء الإسلام، للدكتور علي أحمد السالوس.
ط الأولى ١٤٠٣هـ، دار الحرمين، الدوحة.
- [٢٧٢] الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، أعدها مجموعة من الباحثين في الاقتصاد الإسلامي، تحت إشراف الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
ط الأولى، ١٤٠٢هـ.
- [٢٧٣] موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، للدكتور عبد الله عبد الرحيم العبادي،
ط الأولى، ١٤٠٢هـ. الناشر: المكتبة العصرية، بيروت.
- [٢٧٤] النظام المصرفي الإسلامي، للدكتور محمد أحمد سراج.
ط دار التوفيق، القاهرة. الناشر: دار الثقافة، القاهرة، ١٤١٠هـ.
- [٢٧٥] نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، للدكتور عبد الناصر توفيق العطار.
مطبعة السعادة، مصر.
- [٢٧٦] النظرية العامة للموجبات، والعقود في الشريعة الإسلامية، للدكتور صبحي المحمصاني.
ط الثانية.
- [٢٧٧] نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، للدكتور عبد المنعم فرج الصدة.
مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي.
- [٢٧٨] نظرية العقد، والإرادة المفردة، للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي.
ط ١٩٨٤م.
- سابع عشر: المعاملات المعاصرة.**
- [٢٧٩] الاعتمادات المستندية، وإجراءات الاستيراد، ليوسف أحمد الجعلي.
مطابع الصفاء بمكة المكرمة.
- [٢٨٠] الأوراق التجارية، للدكتور زيد أبي رضوان.
دار الفكر العربي.

[٢٨١] التحكيم، لعبد الهادي عباس، وجهاد هواش.

ط الأولى، ١٩٨٢م.

[٢٨٢] التحكيم في القوانين العربية، للدكتور أحمد أبي الوفاء.

ط الأولى. الناشر: منشأة المعارف بالاسكندرية.

[٢٨٣] دراسة عالمية مقارنة للتحكيم التجاري، لأحمد منير فهمي.

ط ١٤٠٦هـ، من إصدارات مجلس الغرف التجارية الصناعية السعودية،

الرياض.

[٢٨٤] دراسة قانونية لنظام التحكيم في المملكة، إعداد صلاح سالم، الغرفة التجارية

الصناعية، بالرياض.

مطبوع على الآلة الكاتبة.

[٢٨٥] عمل شركات الاستثمار في السوق العالمية لأحمد محيي الدين أحمد حسين.

ط الأولى، ١٤٠٧هـ، الدار السعودية للنشر، جدة.

[٢٨٦] القانون التجاري اسعودي، للدكتور محمد الجبر.

الناشر: عمادة شؤون المكتبات بجامعة الملك سعود، الرياض.

[٢٨٧] النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، للدكتور عبد المجيد محمد عبودة.

من مطبوعات معهد الإدارة بالمملكة.

[٢٨٨] نظرية العقد، للدكتور عبد الهادي العطاني.

ط ١٤٠٣هـ.

ثامن عشر: الآداب الشرعية.

[٢٨٩] إحياء علوم الدين، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ٥٠٥هـ.

دار المعرفة، بيروت.

[٢٩٠] إغاثة اللفهان من مصايد الشيطان، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر، الشهير

بابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ.

تحقيق محمد حامد الفقي.

ط مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

[٢٩١] شرح الإحياء (إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين)، لمحمد بن محمد الحسيني الزبيدي، أتم الكتاب سنة ١٢٠١هـ.

المطبعة الميمنية، مصر، ١٣١١هـ. دار إحياء التراث العربي.

تاسع عشر: التراجم.

[٢٩٢] الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر، ٤٦٣هـ.

تحقيق، علي محمد البجاوي.

ط الأولى، مطبعة نهضة مصر.

[٢٩٣] أخبار القضاة، لمحمد بن خلف بن حيان الضبي، المعروف بوكيع، ٣٠٦هـ.

عالم الكتب، بيروت.

[٢٩٤] أسد الغابة في معرفة الصحابة، لأبي الحسن محمد بن علي الجزري، ٦٣٠هـ.

تحقيق: محمد إبراهيم البناء، ومحمد أحمد عاشور، ومحمود عبد الوهاب فايد.

ط دار الشعب، ١٩٧٠م.

[٢٩٥] الإصابة في تمييز الصحابة، لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٨٥٢هـ.

ط الأولى ١٣٢٨هـ، مطبعة السعادة، مصر.

[٢٩٦] الأعلام، لخير الدين الزركلي، ١٣٩٦هـ.

ط السابعة، ١٩٨٦م. دار العلم للملايين، بيروت.

[٢٩٧] ترتيب المدارك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي، ٥٤٤هـ.

طبعة الأوقاف المغربية.

[٢٩٨] تكملة ابن رجب لطبقات الحنابلة لأبي يعلى. {الذيل على طبقات الحنابلة

لأبي يعلى} لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن، المعروف بابن رجب، ٧٣٦هـ.

دار المعرفة، بيروت.

[٢٩٩] الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر ابن محمد القرشي، ٧٧٥هـ.

تحقيق د. عبد الفتاح محمد الحلو.

مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٩٨هـ.

[٣٠٠] الديباج المذهب في علماء المذهب، لبدر الدين محمد بن يحيى القرافي، ١٠٠٨هـ.

دار الغرب الإسلامي، بيروت

[٣٠١] سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ.

ط الثانية، ١٤٠٢هـ.

[٣٠٢] شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، ١٣٤٩هـ.

ط الأولى، ١٣٤٩هـ، المطبعة السلفية، دار الكتاب العربي، بيروت.

[٣٠٣] شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لأبي العلاء عبد الحي بن العماد الحنبلي، ١٠٨٩هـ.

ط ١٤٠٩، دار الفكر، بيروت.

[٣٠٤] الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي.

ط ١٣٥٤، مكتبة القدس، القاهرة.

[٣٠٥] طبقات الحفاظ، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٨٤٩هـ.

ط الأولى، ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

[٣٠٦] طبقات الحنابلة، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى.

دار المعرفة، بيروت.

[٣٠٧] الطبقات السنية في تراجم الحنفية، لتقي الدين عبد القادر التميمي، ١٠٠٥هـ.

تحقيق د. عبد الفتاح محمد الحلو.

ط الأولى. الناشر: دار الرفاعي للنشر.

[٣٠٨] طبقات الشافعية لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن قاضي شهبة الدمشقي،
٨٥١هـ.

اعتنى بتصحيحه د، عبد العليم خان.

ط ١٤٠٧هـ، دار الندوة الجديدة، بيروت.

[٣٠٩] طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي ابن
عبد الكافي السبكي، ٧٧١هـ.

تحقيق عبد الفتاح الحلو، ومحمود الطناحي.

ط الأولى، البابي الحلبي.

[٣١٠] الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع، ٢٣٠هـ.

دار التحرير للطباعة، مطابقة لطبعة المستشرقين الألمان، ١٢٢١هـ.

[٣١١] الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن الحجوي الشعالبي
الفاسي، ١٢٩١هـ.

خرج أحاديثه، وعلق عليه عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري.

ط الأولى، ١٣٩٦هـ، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق. الناشر: المكتبة العلمية،
المدينة المنورة.

[٣١٢] فوات الوفيات {تكملة لوفيات الأعيان} لمحمد بن شاكر بن أحمد الكتبي،
٧٦٤هـ.

تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.

ط الأولى، ١٣٦٧هـ، مطبعة السعادة، مصر. الناشر: مكتبة النهضة المصرية.

[٣١٣] وفيات الأعيان، وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد
ابن أبي بكر بن خلكان، ٦٨١هـ.

تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.

ط الأولى ١٣٦٧هـ، مطبعة السعادة، مصر. الناشر: مكتبة النهضة المصرية.

[٣١٤] معجم قبائل العرب القديمة، والحديثة، لعمر رضا كحالة.

دار العلم للملايين، بيروت.

فهرس الموضوعات

المبحث الثالث: التعبير بالإشارة، وفيه:

- ٢ إنشاء الالتزام بالإشارة من القادر على النطق _____
٧ إنشاء الالتزام بالإشارة من الأخرس خرساً عارضاً _____
إنشاء الالتزام بالإشارة من الأخرس خرساً أصلياً، وحكمه
يختلف باختلاف حال الأخرس، وفيه:
١١ ١ - الأخرس القادر على الكتابة _____
١٢ ٢ - الأخرس غير القادر على الكتابة _____
صفة الإشارة التي يعتد بها، وفيه:
١٥ أنواع الإشارة من حيث دلالتها _____
١٥ شروط العمل بالإشارة _____

المبحث الرابع: التعبير بالكتابة، وفيه:

- ٢٠ بيان أنواع الكتابة، وتعيين ما يعتد به منها _____
إنشاء الالتزام بالكتابة بين حاضرين، وفيه مسألتان:
٢٦ ١ - إنشاء عقد النكاح _____
٢٨ ٢ - إنشاء غير النكاح _____
إنشاء الالتزام بالكتابة بين غائبين، وفيه مسألتان:
٣١ ١ - إنشاء عقد النكاح _____
٣٣ ٢ - إنشاء غير النكاح _____

المبحث الخامس: الإكتفاء بالسكوت، ودلالة الحال، وفيه:

- ٣٨ أثر السكوت، ودلالة الحالة في إنشاء الالتزام _____
٤٣ تعيين القرائن التي تجعل السكوت دالاً على إنشاء الالتزام —
٤٨ تعيين موقع السكوت المعتبر في إنشاء الالتزام _____
أشهر المسائل التطبيقية لإنشاء الالتزام بالسكوت، ودلالة
الحالة، وهي:

- ٥١ ————— ١ - سكوت البكر في عقد نكاحها
٥٣ ————— ٢ - سكوت الثيب في عقد نكاحها
٥٥ ————— ٣ - سكوت المالك عن بيع الفضولي ماله وهو حاضر

الفصل الرابع: توقف أثر الإيجاب والقبول على القبض أو الإجازة.

التمهيد، وفيه:

- ٥٩ ————— تعريف القبض اصطلاحاً
٥٩ ————— بيان كيفية قبض العقار
٦٠ ————— بيان كيفية قبض المال المنقول

المبحث الأول: توقف إنشاء عقد الصرف بالإيجاب والقبول على قبض العوضين، وفيه:

- ٦٢ ————— توقف صحة عقد الصرف على القبض
٦٥ ————— اشتراط الفورية في القبض
قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي، وله صورتان:
٦٨ ————— الأولى: أن يكون أحد النقدين في ذمة أحد المتصارفين
٧٠ ————— الثانية: أن يكون النقدان كلاهما في الذمة

المبحث الثاني: توقف إنشاء عقد البيع في المطعومات

- ٧٣ ————— الربوية بالإيجاب والقبول على قبض العوضين

المبحث الثالث: توقف إنشاء السلم بالإيجاب والقبول على الثمن، وفيه:

- ٧٨ ————— اشتراط قبض الثمن لصحة السلم
٨٠ ————— صور مستثناة من اشتراط القبض لصحة السلم
٨٢ ————— قيام القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي

المبحث الرابع: توقف إجازة الذمة بالإيجاب والقبول

- ٨٥ ————— على قبض الأجرة

المبحث الخامس: توقف إنشاء الهبة بالإيجاب والقبول على

- ٨٧ ————— قبض العين الموهوبة

المبحث السادس: توقف إنشاء الوقف بالإيجاب والقبول على

- ٨٩ ————— قبض العين الموقوفة

المبحث السابع: توقف إنشاء الرهن بالإيجاب والقبول على

المبحث الثامن: توقف إنشاء العارية، والقرض، والوديعة بالإيجاب والقبول على القبض، وكل منها في مطلب:

- ٩٦ ————— ١ - العارية
٩٩ ————— ٢ - القرض
١٠١ ————— ٣ - الإيداع

المبحث التاسع: توقف أثر الإيجاب والقبول من العاقدین على إجازة شخص ثالث

١٠٣

**الباب الثالث: أثر النية على التعبير الظاهر
الفصل الأول: فقد النية المعتبرة.**

المبحث الأول: إنشاء الالتزام من الصبي، وفيه:

- ١١٣ ————— تبين مراحل الصبا، وعلاقتها بالأهلية لإنشاء الالتزام
١١٥ ————— إنشاء الالتزام من الصبي غير المميز
إنشاء الالتزام من الصبي المميز دون إذن وليه، وفيه فرعان:
الأول: إنشاء الالتزام الذي هو ضرر محض، وفيه مسألتان:
١ - بيان الأصل العام في إنشاء الالتزام الذي هو ضرر
محض من الصبي دون إذن وليه
١١٨ —————
١١٩ ————— ٢ - إنشاء الوصية من الصبي المميز دون إذن وليه
الثاني: إنشاء الالتزام الدائر بين النفع والضرر من
الصبي المميز دون إذن وليه
١٢٢ —————
١٢٦ ————— إنشاء الالتزام من الصبي المميز بإذن وليه
١٣٣ ————— أثر إجازة الولي
صيانة حقوق الطرف الآخر في الالتزام الذي يقدم
عليه الصبي
١٣٣ —————

المبحث الثاني: إنشاء الالتزام من المجنون، والمغمى عليه.

المطلب الأول: إنشاء الالتزام من المجنون، وفيه:

- ١٣٥ ————— تعريف الجنون، وبيان أقسامه
١٣٦ ————— إنشاء الالتزام من المجنون جنونا مطبقاً
١٣٧ ————— إنشاء الالتزام من المجنون جنوناً متقطعاً

- ١٣٨ ————— أثر الحجر القضائي في الحكم ببطلان الالتزام
- ١٣٩ ————— أثر جهل العاقد بجنون الطرف الآخر في العقد
- ١٤٠ ————— **المطلب الثاني: إنشاء الالتزام من المغمى عليه**
- **المبحث الثالث: إنشاء الالتزام من السكران، وفيه:**
- ١٤٣ ————— تعريف السكر
- ١٤٤ ————— بيان أنواعه
- ١٤٥ ————— إنشاء الالتزام من السكران
- ١٥٣ ————— أثر استدراج السكران على الالتزام الذي يقدم عليه
- **الفصل الثاني: اختلاف النية مع اللفظ عن قصد.**
- **المبحث الأول: التعبير الحكائي، وإنشاء الالتزام به، وفيه:**
- ١٥٩ ————— بيان المقصود بالتعبير الحكائي
- ١٦٠ ————— إنشاء الالتزام بالتعبير الحكائي في غير النكاح
- ١٦٢ ————— إنشاء النكاح بالتعبير الحكائي
- **المبحث الثاني: الهزل، وأثره على إنشاء الالتزام، وفيه:**
- ١٦٥ ————— بيان معنى الهزل
- ١٦٦ ————— بيان محل الهزل
- ١٦٧ ————— أثر نية الهزل على إنشاء عقد النكاح
- ١٦٩ ————— أثر نية الهزل على غير النكاح من الالتزامات
- ١٧٣ ————— حكم الهزل في إنشاء الالتزام من حيث الحل والحرمة
- ١٧٤ ————— أثر التصريح بالهزل
- ١٧٥ ————— طرق إثبات الهزل عند التنازع
- **المبحث الثالث: العقد الصوري، وحكمه، وفيه:**
- ١٧٩ ————— معنى الصورية في العقود، وبيان أقسامها
- الفرق بين الصورية، وما يقاربها، وفيه مسألتان:
- ١٨٠ ————— ١ - الفرق بين الهزل، والصورية
- ١٨٠ ————— ٢ - الفرق بين التلجئة، والإكراه
- ١٨١ ————— موضوع الصورية
- ١٨٢ ————— محل الصورية
- ١٨٢ ————— الشروط التي يجب توافرها حتى يوصف العقد بأنه صوري
- حكم عقد التلجئة من حيث الصحة والبطلان، وفيه مسألتان:

- ١٨٥ ————— ١ - حكم غير النكاح
- ١٨٦ ————— ٢ - حكم النكاح
- ١٨٩ ————— حكم العقد المبني على صورة اختيارية
- ١٨٩ ————— من حيث الصحة والبطالان
- ١٨٩ ————— حكم تعتمد الصورية من غير
- ١٩٠ ————— اضطرار من حيث الحل والحرمة
- ١٩٠ ————— طرق إثبات الصورية عند التنازل في ثبوتها
- ١٩١ ————— حكم التعاقد مع مضطر، وفيه:
- ١٩١ ————— ١ - بيان المقصود بالتعاقد مع مضطر
- ١٩٢ ————— ٢ - حكم التعاقد مع مضطر من حيث الصحة والبطالان
- ١٩٥ ————— ٣ - حكم التعاقد مع مضطر من حيث الحل والحرمة
- المبحث الرابع: تأويل الملتزم لفظ الالتزام بغير المعنى الظاهر، وفيه:**

- ١٩٧ ————— بيان معنى التأويل
- ١٩٩ ————— أثر التأويل على إنشاء عقد النكاح
- ١٩٩ ————— أثر التأويل على إنشاء غير النكاح
- ٢٠١ ————— الضوابط المعتمدة في الحكم بثبوت التأويل
- الفصل الثالث: اختلاف النية مع اللفظ دون قصد.**

المبحث الأول: الجهل بحقيقة الالتزام، وأثره، وفيه:

- ٢٠٧ ————— التعريف بالجهل
- جهل الملتزم بالحقيقة الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه، وفيه مسألتان:
- ٢٠٩ ————— ١ - أثر الجهل بالحقيقة الشرعية للالتزام
- ٢٠٩ ————— ٢ - ضابط الالتزام الذي يعذر المرء بجهل حقيقته الشرعية
- ٢١٢ ————— جهل الملتزم بالآثار الشرعية للالتزام الذي أقدم عليه
- جهل الملتزم ببطالان الشرط الجعلي الذي أدخله على الالتزام
- ٢١٤ —————

المبحث الثاني: الغلط، وأثره على إنشاء الالتزام، وفيه:

- ٢٢٣ ————— التعريف بالغلط
- ٢٢٣ ————— الفرق بين الغلط، والجهل

- ٢٢٤ الفرق بين الغلط، والخطأ
- ٢٢٤ الفرق بين الغلط، والتدليس
- ٢٢٤ الفرق بين الغلط، والغبن
- ٢٢٤ الشروط التي بتوافرها يتحقق وجود الغلط
- ٢٢٧ الغلط في ماهية الالتزام، وأثره
- الغلط في محل الالتزام، وأثره، وفيه مسألتان:
- ٢٢٩ ١ - بيان المراد بمحل الالتزام
- ٣٣٠ ٢ - أثر الغلط في محل الالتزام
- الغلط في وصف محل الالتزام، وأثره، وفيه مسألتان:
- ٢٣٤ ١ - الغلط في وصف جوهري
- ٢٣٥ ٢ - الغلط في وصف غير جوهري
- الغلط في القيمة، وفيه مسألتان:
- ٢٣٩ ١ - الغلط في ثمن المبيع في بيع الأمانة، وأثره على العقد
- ٢٤٠ ٢ - الغلط في مقدار المبيع
- الغلط في التعبير عن الإرادة، وأثره، وفيه مسألتان:
- ٢٤١ ١ - الغلط في تسمية الالتزام المقصود
- ٢ - الغلط في تسمية المرأة المعقود عليها عقد نكاح، وله أربع صور:
- (أ) رجل له بنت واحدة، فعقد لها، ولكنه سماها
- ٢٤٤ بغير اسمها
- (ب) رجل له بنت واحدة، ولما عقد لها سماها بغير
- ٢٤٥ اسمها، ولكنه أشار إليها وهي في مجلس العقد
- (ج) رجل له أكثر من بنت، فعقد لإحداهن،
- ٢٤٥ وسماها بغير اسمها
- (د) رجل له أكثر من بنت، فعقد لواحدة، وسماها
- ٢٤٦ بغير اسمها، ولكنه أشار إليها في مجلس العقد
- ٢٤٦ ٣ - غلط الوسيط في نقل عبارة الملتزم
- الغلط في الباعث على الالتزام، وأثره، وفيه:
- ١ - بيان المقصود بالغلط في الباعث، وعلاقته
- بمسألة فسخ عقد الإجارة لعذر طاريء
- ٢٤٨ ٢ - فسخ عقد الإجارة لعذر طاريء
- ٢٤٩ ٣ - أثر الغلط في الباعث على إنشاء الالتزام
- ٢٥٢

الفصل الرابع: إنشاء الالتزام المباح، ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

المبحث الأول: ضوابط عامة في أثر المقاصد على الالتزامات، وفيه:

نسبة التزامات المكلفين، ومقاصدهم منها إلى مقاصد الشارع،

٢٥٧ من حيث الموافقة والمخالفة

٢٥٧ صور التوسل بالتزام مشروع للوصول إلى عمل غير مشروع

بيان الضابط في الحكم على العقود هل العبرة فيه بالمقاصد

٢٥٩ والمعاني، أو بالألفاظ والمباني

المبحث الثاني: اتفاق العاقلين على إنشاء عقد مباح؛ ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

المطلب الأول: بيع العينة، وفيه:

٢٧٠ صورة العينة

٢٧١ شروط تحقق العينة في البيع

٢٧٤ حكم بيع العينة من حيث الحل والحرمة

٢٨١ حكم بيع العينة من حيث الصحة والبطالان

المطلب الثاني: حكم إجراء العقد مع من يستخدم العقود

٢٨٤ عليه في معصية

المبحث الثالث: انفراد أحد العاقلين بقصد إنشاء العقد

المباح، ليكون وسيلة إلى عمل غير مباح.

المطلب الأول: الالتزامات التي يجريها المريض مرض

الموت، وفيه:

٢٩٧ التعريف بمرض الموت

٢٩٨ إثبات أن لمرض الموت أثراً على صحة الالتزام

حكم التبرع لوارث من المريض مرض الموت،

وفيه مسائل:

٣٠١ ١ - الوصية

٢ - غير الوصية، وفيها:

٣٠٣ أ (الوقف

٣٠٣ ب) الهبة

٣٠٣ ج) البيع بمحاباة

	حكم التبرع لأجنبي من المريض الذي له وارث، وفيه:
٣٠٣	١ - الوصية
٣٠٥	٢ - الوقف
٣٠٥	٣ - الهبة
	٤ - المحاباة في البيع والبحث فيه على قسمين:
	القسم الأول: حكم البيع بالنسبة للقدر
٣٠٦	المساوي للثلث
	القسم الثاني: حكم البيع بالنسبة للقدر
٣٠٦	الزائد عن الثلث
	٥ - العقود التي لا يكون فيها للمحاباة ضرر على الورثة، وفيه:
٣٠٧	أ) المساقاة
٣٠٧	ب) تأجير المريض بدنه
٣٠٨	ج) تأجير المريض ماله.
٣٠٨	حكم التبرع لأجنبي من المريض الذي لا وارث له
٣٠٩	حكم إنشاء عقد البيع بثمن المثل من المريض مرض الموت
٣١٠	حكم النكاح من المريض مرض الموت
٣١٣	المطلب الثاني: النكاح بنية التحليل، وفيه:
٣١٣	التعريف بنكاح التحليل
٣١٤	حكم النكاح المصرح فيه بشرط التحليل
٣١٦	أثر نية التحليل على انعقاد النكاح
٣٢٥	حكم نية التحليل من حيث الحل والحرمة
٣٢٦	بيان مصدر نية التحليل المؤثرة في عقد النكاح
٣٢٧	حكم النكاح إذا تغيرت نية الزوج، وقصد استدامة العقد
٣٢٩	المطلب الثالث: النكاح مع تبين نية الطلاق، وفيه:
٣٣١	بيان صفة نكاح المتعة
٣٣٢	الفرق بين نكاح المتعة، والنكاح مع تبين نية الطلاق
٣٣٢	حكم نكاح المتعة
٣٣٤	حكم النكاح مع تبين نية الطلاق، وهو في مسألتين:
٣٣٤	١ - حكمه من حيث الصحة والبطالان
٣٣٧	٢ - حكمه من حيث الحل والحرمة
٣٣٨	المطلب الرابع: العقد على العين أو المنفعة لاحتكارها، وفيه:

٣٣٩	تعريف الاحتكار
٣٤٠	حكم الاحتكار من حيث الحل والحرمة
٣٤٣	حكم الاحتكار من حيث الصحة والبطلان
٣٤٤	خاتمة البحث
٣٥٥	فهرس الآيات الواردة فى البحث
٣٥٩	فهرس الأحاديث
٣٦٥	فهرس الآثار
٣٦٩	فهرس الأعلام المترجم لهم فى البحث
٣٧٣	فهرس المصادر
٤١١	فهرس الموضوعات

الحمد لله

الحمد لله الذي جعلنا من عباده

الذين هم خير خلقه

والحمد لله

الحمد لله الذي جعلنا من عباده

الذين هم خير خلقه

والحمد لله

الحمد لله الذي جعلنا من عباده

الذين هم خير خلقه

والحمد لله

الحمد لله الذي جعلنا من عباده

إِنْشَاءُ الْإِلْتِزَامِ فِي حَقُوقِ الْعِبَادِ

د. حَسَنُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْغَزَالِيِّ

الجزء الثاني

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع