

العنوان:	مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات
المؤلف الرئيسي:	بني أحمد، خالد علي سليمان
مؤلفين آخرين:	درادكه، ياسين أحمد إبراهيم(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2004
موقع:	عمان
الصفحات:	1 - 408
رقم MD:	596733
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	الجامعة الاردنية
الكلية:	كلية الدراسات العليا
الدولة:	الاردن
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، 384-456 هـ، الفقه الإسلامي، الأئمة الأربعة، الأحوال الشخصية، المعاملات، اختلاف العلماء
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/596733

للاستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب أسلوب الاستشهاد المطلوب:

أسلوب APA

بني أحمد، خالد علي سليمان، و درادكه، ياسين أحمد إبراهيم. (2004). مخالقات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات (رسالة دكتوراه غير منشورة). الجامعة الاردنية، عمان. مسترجع من <http://596733/Record/com.mandumah.search/>

أسلوب MLA

بني أحمد، خالد علي سليمان، و ياسين أحمد إبراهيم درادكه. "مخالقات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية والمعاملات" رسالة دكتوراه. الجامعة الاردنية، عمان، 2004. مسترجع من <http://search.mandumah.com/Record/596733>

الفصل الثالث

مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري

للأئمة الأربعة في فقه

الوصايا و المواريث

المبحث الأول

حكم الوصية بالمنافع

المطلب الأول

مفهوم الوصية و حكمه مشروعيتها

الوصية لغة : الوصية مفرد وصايا ، كعطية و عطايا ، و هي في الأصل مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصلته بالموصي ، ووصى بالشيء أي وصل ما كان له في حياته بما بعد موته ، و هي أيضا من وصي وأوصى الرجل ووصاه : عهد إليه ، و أوصيت له بشيء أو أوصيت إليه إذا جعلته وصيك ، وتوآصى القوم : أي أوصى بعضهم بعضا ، و الوصية : ما أوصيت به و الوصي الذي يوصي و الذي يوصى له و هو من الأضداد ، و سميت الوصية بذلك لاتصالها بأمر الميت و لذا قيل لعلي بن أبي طالب وصي لاتصال نسبه وسببه وسمته بنسب سيدنا محمد - صلى الله عليه و سلم - و قيل سميت الوصية بذلك ؛ لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته^(١).

و عليه فالوصية هي الوصل و العهد ، وهي ما يصل بها الإنسان ما كان في حياته بعد مماته بالعهد لمن يريد بعد مماته .

الوصية شرعا : عرف الفقهاء الوصية بتعريفات عدة من أبرزها:

- "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"^(٢).

- "هي التبرع بالمال بعد الموت " أو "هي التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث "^(٣).

- وقيل بل : "هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع ". و الواقع أن هذا التعريف ليس جامعاً لأنه لا يشمل حقوق الله تعالى و الذين الذي في ذمته ، و لو

(١) * ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٥ ص ٣٩٤ - ٣٩٥ * أنيس و رفاعة ، القاموس المحيط ، ج ٢ ص ١٠٣٨ * القنوي ، أنيس

الفقهاء ، ص ٢٩٨ ، ٣٠٠ * البعلبي ، المطلع ، ص ٢٩٤ * النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٤١ * الأزهرى ، الزاهر ، ص ٢٧١ .

(٢) * المالكي ، كفاية الطالب ، ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) * المرادوي ، الإنصاف ج ٧ ص ١٨٣ * ابن قدامة المعني ، ج ٦ ص ٥٥ .

قال المؤلف هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى و العباد ما لم يصلهما ، أو تملك على الآخر لكان أولى^(١) . وقيل الوصية : " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"^(٢) .

والواقع أن الوصية ليست عقداً لتعرف به ، إذ العقد لا بد له من توافق إرادتين في مجلس واحد وهذا مما نفتقده الوصية ، ثم إن الوصية ليست دائماً تبرعاً بل قد تكون واجبة كان تكون بحقوق العباد ، كما أنها ليست تملكاً دائماً إذ قد تكون الوصية بحقوق الله سبحانه وتعالى ، ولذا يمكن تعريف الوصية بأنها : " تصرف في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت " ، لتشمل جميع أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أم مندوبة ، وسواء كانت بالمال أم بغيره لأن لفظ تصرف يشمل كل ذلك .

حكمة مشروعية الوصية :

شرع الإسلام الوصية لغايات نبيلة و أهداف سامية ، من أبرزها تلبية حاجات الناس إليها ، إذ الإنسان مغرور بأمله ، مقصر في عمله ، فإذا عرض له عارض و خاف الهلاك احتاج إلى تلافى ما فاتته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان مخالفة يحصل مقصده ، و قد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما يبقى في قدر التجهيز و الدين ، يقول الله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين "^(٣) ، و يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم "^(٤) و عليه إجماع الأمة^(٥) .

(١) * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٨ ص ٤٥٩ .

(٢) * الشيباني ، الحجة ، ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) سورة النساء ، آية ١١ .

(٤) * ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، ج ٢ ص ٩٠٤ رقم ٢٧٠٩ * مصنف ابن أبي شيبة ، ج ٦ ص ٢٢٦ ، رقم ٣٠٩١٧ و قيل هذا رواه

معاذ بن جبل مرفوعاً ، الطبراني ، مسند الشاميين ، ج ٢ ص ٣٥٣ رقم ١٤٨٤ .

(٥) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٤٦٠ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في حكم الوصية بالمنافع

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد مع الإمام ابن حزم في حكم الوصية بالمنافع ، وذلك على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى جواز الوصية بالمنافع المعتبرة شرعا * (١).

فقد جاء في الهداية شرح بداية المبتدي : " باب الوصية بالسكن والخدمة والثمرة ، قال : و تجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، و تجوز بذلك أبدا " ، لأن المنافع يصح تملكها في حال الحياة ببذل و غير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان (٢) .

و قال صاحب المذهب : * و تجوز الوصية بالمنافع ؛ لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والإرث ، فكانت كالأعيان في الوصية * (٣) ، وقال صاحب مغني المحتاج : * تصح الوصية بمنافع عبد ونحوه من الدواب ودار ونحوها من العقارات ونحو غلة حانوت كثمررة بستان مؤقتة ومؤبدة * (٤) . وقال صاحب دليل الطالب : * و تصح الوصية بالمنفعة المفردة كخدمة عبد وأجرة دار ونحوهما * (٥) .

و قال صاحب المبدع : * و تصح الوصية بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب والزيت النجس ، و تصح بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب المعلم ؛ لأنه يباح اقتناؤه للصيد والماشية والحرث ، وقيل حفظ البيوت لأن فيه نفعا * مباحا * (٦) و قال صاحب الكافي في فقه ابن حنبل :

(١) * المرغيباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٤ ص ٢٥٢ * المرحسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٨٢ * الشيباني ، المحقق ، ج ٣ ص ٢٠٨ * البكري ، إمعان الطالبين ج ٣ ص ١٥٧ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٦ ص ١٨٦ * الشيرازي ، المذهب ، ج ١ ص ٤٥٢ * الشيريني ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٦٤ * الكرمي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٨٦ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ٥٢٤ * ابن قدامة ، الكافي في ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٨١ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٤ ص ٣٧٣ * ابن قدامة ، ج ٦ ص ٩٢ .

(٢) * المرغيباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٤ ص ٢٥٢ .

(٣) * الشيرازي ، المذهب ، ج ١ ص ٤٥٢ .

(٤) * الشيريني ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٦٤ .

(٥) * الكرمي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٨٦ .

(٦) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ٥٠ .

"و تجوز الوصية بالمنافع لأنها كالأعيان في الملك بالعقد و الإرث فكذاك الوصية" (١).

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى جواز الوصية بالأعيان ، و عدم جوازها بالمنافع . يقول ابن حزم : " و لو أوصى أن يخدم فلانا " مدة مسمومة قلت أو كثرت أو يحمل بستانه في المستأنف أو بغلة داره وما أشبه ذلك فهذا كله باطل لا ينفذ منه شيء " (٢).

سبب الخلاف :

يرجع اختلاف الإمام ابن حزم الظاهري مع الأئمة الأربعة في هذه المسألة إلى صحة القياس و جواز الاحتجاج به ، حيث لم ير الإمام ابن حزم جواز قياس المنافع على الأموال لإجازة الإيصاء بها ، فضلا أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، في حين رأى الأئمة الأربعة المنافع في معنى الأموال ففاسوها عليها و على هبة المنافع و التبرع بها و إجارتها (٣).

(١) ابن قدامة ، الكافي في ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٨١ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٢ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣١ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً. أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك و الشافعي و أحمد لقولهم بجواز الوصية بالمنافع بما يأتي :

أ . إن الوصية تبرع فتصح في غير المال كما تصح في المال ، وذلك لأن غير المال فيه نفع مباح شرعاً ، و تقر اليد عليه كالأعيان ^(١).

ب . قياس صحة الوصية بالمنافع على صحة هبة المنافع ، فضلاً أن الوصية هبة للمنافع بعد الموت فصحت كما تصح في الحياة كالمقارنة . ^(٢)

ج . إن المنافع يصح تملكها و تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان فهي مثلها في الملك بالعنق و الإرث ^(٣).

د . قياس الوصية على الإعارة كما لو أوصى الإنسان بخدمة عبده و غلة داره و ثمر بستانه سواء وصى بذلك ، أي بما ذكر من المنفعة مدة معلومة ، أو وصى بجميع الثمرة و المنفعة في الزمان كله لأن غايته جهالة القدر و جهالة القدر لا تقدر ^(٤).

هـ . إن المنفعة كاجرة العبد و الدار و الحانوت و كسب العبد و ما ينبت في الأرض كله غلة تصح الوصية به كما تصح بالمنفعة لأنها كالأموال ^(٥).

و . إن تملك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتملك المنفعة في حال الحياة وله تملك المنفعة بالاستتجار في حال الحياة ملك الإجارة من غيره ، فكذاك إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت ، و هذا لأن المنفعة معتبرة بالعين و العين سواء تملكها ببذل أم بغير بدل تملك الاعتياض عنه مع غيره ، فكذاك المنفعة بخلاف المستعير فإنه لا يملك المنفعة عند الفقهاء ،

(١) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ٥٠ .

(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ٥٠ ، ٧٥ * الشوازي ، المذهب ج ١ ص ٤٥٢ .

(٣) * المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٤ ص ٢٥٢ * المرحسي ، المبوط ، ج ٢٧ ص ١٨٢ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ٥٧

٥٧ * ابن قدامة ، الكافي في ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٨١ * اليهودي ، كشف القناع ، ج ٤ ص ٣٧٣ * ابن قدامة ، المعني ، ج ٦ ص ٩٢ .

(٤) * اليهودي ، كشف القناع ، ج ٤ ص ٣٧٣ .

(٥) * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٣ ص ٦٤ .

و لكن الإعارة لا يتعلق بها اللزوم و الوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم كالوصية بالعين ، هذا و إذا كانت المنفعة تحتل التملك بعد الموت بغير عوض فلأن تحتل ذلك في حال الحياة أولى ^(١).

ثانياً ، أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم لقوله : بعدم جواز وصية الوصية بالمنافع بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ " ^(٢) .

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى لم يجعل للورثة إلا ما فضل عن الذين و الوصية ، فصح بنص القرآن أن ما أوصى به الموصي لم يقع قط عليه ملك للورثة ، لكن خرج بموت الموصي إلى الوصية بنص القرآن ، و صح بنص القرآن أن ما ملكه الورثة هو خارج عن الوصية فثبت أنه لا وصية للموصي أصلاً ^(٣).

ب . ما روي عن أبي بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
 " إِنَّ الزَّيْمَانَ قَدْ اسْتَدَارَ كَهَيْئَتِهِ يَوْمَ خَلَقَ اللَّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ ... قَالَ فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ قَالَ مُحَمَّدٌ وَأَحْبِبُّهُ قَالَ وَأَعْرَاضُكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بِلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ... الحديث ^(٤) " .

وجه الاستدلال :

أن هذا الحديث الشريف يحرم أكل أموال الناس و دمائهم و أن ما ملكه الورثة من أموال المورث يسقط عنه ملك الميت ، و إذ لا ملك له عليه فوصاياه فيه بعق أو نفقة أو بغير ذلك باطل مردود مفسوخ فلا تصح

^(١) *الرحبي ، الميسوط ، ج ٢٧ ص ١٨٣ .

^(٢) سورة النساء ، آية ١١ .

^(٣) ابن حزم ، المغلي بالأكثر ، ج ٩ ص ٣٢٧ .

^(٤) * ابن الجارود ، المنتقى لابن الجارود ج ١ ص ١٢٥ * ابن خزيمة ، صحيح ابن خزيمة ، ج ٤ ص ٢٥١ رقم ٢٨٠٩ * مصنف ابن أبي

شيبه ، ج ٣ ص ٣٣٦ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ٢٠ ص ١٥٧ * صحيح مسلم ، ج ٢ ، ص ٨٨٩ ، رقم ١٢١٧ ، ج ٣ ص ١٣٠٥

رقم ١٦٧٩ .

الوصية بالمنافع^(١)، بل إن الوصية بالمنافع يتنافى وحكمة التوريث، إذ في الإرث نقل لملك الرقاب بمنافعها و فوائدها للورثة .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٧ .

المطلب الرابع مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة بجواز الوصية بالمنافع و أدلتهم التي استدلو بها لذلك الاعتراضات الآتية :

أ . إن قياس جواز الوصية بالمنافع على جواز الوصية بالأعيان وعلى جواز إجارة المنافع و جواز الإعارة ، إنما كلها محض أقيسه لا يحتج بها لأن القياس باطل أصلاً لا حجة فيه ^(١).

ب . إن الأقيسة التي احتجوا بها لو كانت حجة لكانت عليهم لا لهم ، ذلك لأن الإجارة إنما تجوز فيما ملك المؤاجر رقبته لا فيما لا ملك له فيه ، وأن الدار و العبد و البستان منتقلة بموت المالك لها إلى ما أوصى فيه بكل ذلك أو إلى ملك الورثة ولا بد من أحدهما ^(٢).

ج . إن رقبة أموال التركة بمنافعها منتقل بعد الموت إلى الورثة ، فإذا أوصى المورث بمنافع أحد أمواله كان قد أوصى و تصدق و تبرع بما لا ملك له عليه إذ أصبح المال بذاته ومنافعه للورثة ، و هذا أمر لا يصح ، إذ فيه تصرف بملك الغير دون إذنهم ولا رضاهم ^(٣).

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على أدلة الإمام ابن حزم الظاهري الاعتراضات الآتية :

أ . أن الآية الكريمة : " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ " لا تمنع من الإيصاء بالمنافع ، ذلك لأن المنافع كالأعيان و إن لصاحبها أن يوصي بها ، ثم إنه أوصى بالمنافع في زمن كان يملك فيها رقبة المنتفع به ، و هذا فضلاً أن الآية الكريمة لم تنه بصريح عبارتها ولا ضمنيتها عن الوصية بالمنافع ، و لذا فلا يسلم لابن حزم الاحتجاج بها ^(٤).

(١) ابن حزم ، المغلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٦ .

(٢) ابن حزم ، المغلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٦ .

(٣) ابن حزم ، المغلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٦ .

(٤) * المرحسي ، المبسوط ، ج ٢٧ ، ص ١٨٣ . * ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٩٢ .

ب . إن الحديث الشريف " إن نساءكم و أموالكم عليكم حرام " لا يصلح الاحتجاج به لمنع الوصية بالمنافع ، ذلك لأن الحديث عام و هناك ما هو أخص منه يدل على جواز الوصية بها ، ثم إن الموصى له بالمنفعة يمتلك الانتفاع بمنافع الأشياء ، إذ المنافع كالأعيان والعارية و نحوهما يمتلك المرء منفعتها و إن لم يمتلك رقبتهها ولا يستطيع أحد أن ينكر ذلك ولا أن يمنع منه ، و إن الحديث فضلاً عن عموميته إنما هو نهي عن أكل أموال الناس بالباطل كالسرقة و الغصب و الاختلاس و الربا و غيرهما مما وردت الأدلة الصريحة على حرمتها قطعاً ، و لذا فلا يسلم الاحتجاج به^(١) .

(١) * ابن قدامة ، المعني ، ج ٦ ص ٩٢-٩٣ . * المعاني ، الهداية ، ج ٤ ص ٢٥٢ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرضنا أقوال الأئمة الأربعة و أدلتهم و قول الإمام ابن حزم و أدلته في حكم الوصية بالمنافع ، و ناقشنا كل ذلك ، فإنني أرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة وهو جواز الوصية بالمنافع و ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن في إغلاق باب الوصية بالمنافع إغلاقاً لباب واسع من أبواب البذل و العطاء و السعة على فقراء المسلمين و مساكينهم و أراذلهم و أيتامهم ، وهذا فيه سد لباب واسع من أبواب الخير المحمود المأمور به شرعاً و المندوب إليه .

ب . إن الوصية تبرع فتصح في المال وغيره، و ذلك لأن غير المال فيه نفع مباح شرعاً ، و تقرر اليد عليه كالأعيان .

ج . إن المنافع يصح تملكها و تملكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ، فهي مثلها في الملك بالعنق و الإرث .

د . إن تملكك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة ، إذ للموصي له أن ينتفع حسب ما ورد في الوصية كما هو للموهوب له و الانتفاع بالموهوب ، و كما للمعار إليه الانتفاع بالمعار . والله أعلم .

المبحث الثاني

حكم الوصية للوارث

المطلب الأول

أقوال الفقهاء في حكم الوصية للوارث

اتفق الإمام ابن حزم الظاهري مع الأئمة الأربعة على عدم جواز وصية الوصية للوارث بدون إجازة باقي الورثة ، و اختلف معهم في جوازها حال إجازتها من قبل الورثة على قولين :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك و الشافعي وأحمد إلى جواز الوصية للوارث إن أجازها باقي الورثة بعد موته وهم كبار (١) .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز الوصية للوارث و إن أجازها الورثة ، و ذلك اعتماداً على ظواهر النصوص (٢) .

و عليه فإن ابن حزم و إن اتفق مع الأئمة الأربعة على عدم جواز الوصية للوارث مبدئياً إلا أنه اختلف معهم في حال إجازة الوصية من قبل الورثة ، حيث صححها الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك و الشافعي وأحمد، في حين أبطلها الإمام ابن حزم .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف بين الأئمة الأربعة و ابن حزم الظاهري في حكم الوصية للوارث حال إجازة بقية الورثة إلى جواز تعليل الأحكام ، فقيل : هل المنع الوارد في الأحاديث لعلة الحفاظ حق الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة ، قال : لا تجوز و إن أجازها الورثة ، و من قال المنع لحق الورثة،

(١) * المرغنياني ، الهداية شرح البداية ، ج ٤ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٤٦٠ * السرخسي ، المسعود ، ج ٢٧ ص ١٧٥ * المالكي ، كفاية الطالب ، ج ٢ ص ٢٩٤ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٤٢٧ * العبدري ، التاج و الإكليل ، ج ٦ ص ٣٨٦ * الاصبحي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٧٦٥ * ابن جزئ ، القوانين الفقهية ، ج ١ ص ٢٦٦ * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ١٠٨ ، ١٠٩ * الشريبي ، الفناع ، ج ١ ص ١٣٠ * الكرمي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٨١ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ١١ ، ١٢ ، ١٨ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ٥٠٠ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣٧٦ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٧٩ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣١٦ .

أجازها إذا أجازها الورثة ، و إن هذا الخلاف راجع أيضا " إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة و السلام: " لا وصية لوارث " هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ^(١) .

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٣٠ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء

أولاً. أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد لقولهم بجواز الوصية للوارث إذا أجازها باقي الورثة بما يأتي :

أ. ما روي عن أبي أمامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته عام حجة الوداع إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث^(١)، و من طريق أخرى ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال : " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة"^(٢)، و روي عن ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : " لا يجوز لوارث وصية إلا أن يشاء الورثة " ^(٣)

وجه الاستدلال :

إن رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعة إلى النبي - صلى الله عليه و سلم - و رواية حبر الأمة عبد الله بن عباس لتدلان بوضوح على عدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة^(٤)، ولذا فإن الرواية الأولى و هي ما جاءت عن أبي أمامة عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " تحمل على الأصل و هو عدم جواز وصية الوصية للوارث بدون إجازة الورثة ، فإن أجازها الورثة كما جاء في الروايتين الأخريين صححت الوصية و جازت ، ثم إن الخبرين قد رويَا و فيهما " إلا أن يجيز الورثة " ، و " إلا أن يشاء الورثة " و هذا استثناء و الاستثناء من النفي إثبات ، فيكون

(١) الخليلي ، الأحاديث المختارة ، ج ٦ ص ١٥١ رقم ٢١٤٧ * سنن الترمذي ، ج ٤ ص ٤٣٣ رقم ٢١٢٠ ، ٢١٢١ * البيهقي ، السنن الكبرى ، ج ٦ ص ٢١٢ رقم ١١٩٨٢ * سنن الدار قطني ، ج ٣ ص ٤٠ رقم ١٦٢ . المنتقى لابن الجارود ، ج ١ ص ٢٣٨ رقم ٩٤٩ .

(٢) و هو مروي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه و سلم انظر ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٤ ص ٢٩٩ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ٢٧٢ باب العول في الوصايا .

(٣) * سنن الدار قطني ، ج ٤ ص ٩٧ رقم ٨٩ ، ٩٤ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ٢٦٣ رقم ١٢٣١٤ قال الحافظ في بلوغ المرام إسناده حسن و قال في الفتح رجاله ثقات لكنه معلول فقد قيل عطاء هو الخراساني و هو لم يسمع عن ابن عباس انظر تحفة الأحوذ ج ٦ ص ٢٥٩ .

(٤) * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٧٩ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٤ ص ٣٤٠ .

ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه ذلك أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من باقي الورثة ^(١).

ب. قياس منع الوصية لبعض الورثة بدون إجازة وإن بقيت الورثة على منع الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين و التفضيل بينهم ، إذ نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك و هو قد يأتي في حال الصحة و قوة الملك و إمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ، ذلك لما فيه من إيقاع العداوة و الحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه و ضعف ملكه و تعلق الحقوق به و تعذر تلافي العدل بينهم من باب أولى و أقصد الوصية للوارث بدون إجازة البقية ، فإذا أجازها باقي الورثة جازت وصحت و نفذت لانعدام العداوة والحسد بينهم ^(٢).

ج. ما نقل عن ابن المنذر وابن عبد البر قولهم : أجمع أهل العلم على أنه لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك ^(٣).

د. إن الشرع الحنيف يبطل الوصية للوارث أصلاً ومنعها لحق الورثة ولدفع الضرر عنهم ، فإذا تنازل الورثة عن حقهم فأجازوا الوصية للوارث فقد اسقطوا حقهم وتنازلوا عنه في منعها وإبطالها ، فتصح وتجاوز بذلك لزوال المانع ^(٤) ، ثم إن المعتبر هو الإجازة بعد موت الموصي لا قبله أي في أثناء حياته ، لأنها قبل ثبوت الحق ، إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت ، لأنه بعد ثبوت الحق وليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش ^(٥).

هـ. إن إجازة الورثة الوصية هي تنفيذ في الصحيح ، فلا تقتصر إلى شروط الهبة ^(٦).

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٥٨ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٥٨ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٥٨ .

(٤) * المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، ج ٤ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ١١ .

(٥) * المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٦) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٦ ص ١٤ .

و . إن الوصية للوارث صحيحة إن أجازها الورثة ، لأنها تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لأجنبي ^(١) .
 ز . إن الوصية للوارث فيها تأذ . لبعض الورثة الذين لم يوص لهم بإيثار البعض الآخر عليهم ، وفي إجازتها بدون إذنهم قطيعة للرحم وحيف لا ينبغي ^(٢) ، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك فقال : " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر " ^(٣) ، وقد فسر هذا بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث ^(٤) .

ثانيا : أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بعدم جواز الوصية للوارث وإن أجازها الورثة بما يأتي :
 أ . ما روي بنقل الكواف عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " لا وصية لوارث " ^(٥)
 وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه وتعالى منع الوصية للوارث مطلقا " على لسان نبيه - صلى الله عليه وسلم - ، ولذا لا يجوز لأي من كان أن يجيزها من بعد حكم الله تعالى وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم بحجة إجازة بقية الورثة لها ، إذ هي باطلة لا محالة و إنما للورثة أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو مالهم ، وهم أحق به بعد أن انتقل إليهم بالميراث بعد موت المورث الموصي ^(٦) .

ب . إن القول بإجازة الورثة بعد الموت خطأ ظاهر ، لأن المال حينئذ صار للورثة فحكم الموصي فيما استحقوه بالميراث باطل لقول النبي

(١) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٥٨ .

(٢) المرغيناني ، الهداية ، ج ٤ ص ٢٣٣ .

(٣) سنن سعيد بن منصور ، ج ٢ ص ٦٧٤ * مصنف عبد الرزاق ، ج ٩ ص ٨٨ * الفردوس بمأثور الخطاب ، ج ٢ ص ١٥٧ رقم

٢٧٩٦ .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٤ ص ٤٦١ .

(٥) سبق تخريجه .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣١٦ .

صلى الله عليه وسلم - : " إن دمائكم و أموالكم و أعراضكم عليكم
حرام" ^(١) ، فليس لهم إجازة الباطل و لكنهم إن أحبوا أن ينفذوا ذلك من
مالهم باختيارهم فلهم ذلك ، ولهم حينئذ أن يجعلوا الأجر لمن شاءوا ^(٢) .

^(١) سبق تحريجه .

^(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣٢٠ .

المطلب الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا • مناقشة أدلة الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد

يرد على قول الأئمة الأربعة وأدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ • إن حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - : " لا يجوز لوارث وصيه إلا أن يشاء الورثة " الذي احتج به الأئمة الأربعة برواية عطاء عن ابن عباس إسفاده حسن ، ورجاله ثقات ، لكنه معلول ، فقد قيل عطاء هو الخراساني وهو لم يسمع من ابن عباس ^(١) ، ولذا فلا يحتج به لتطرق الاحتمال إليه ، إذ من المعلوم أن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال •

ب • إن القول بصحة الوصية للوارث إذا أجازها الورثة بحجة إن الممنوع ما كان دون إذن بقية الورثة ، وذلك قياسا على منع الهبة لبعض الأبناء دون البعض الآخر و التفضيل بينهم هو كلام غير سليم ، إذ لا حجة في القياس أصلا •

ج • إن الزعم بانعقاد الإجماع على منع الوصية للوارث إن لم يأذن البقية غير سليم ولا صحيح ، إذ هناك من العلماء من منع ذلك مطلقا وهذا خرم للإجماع ، ثم إن الإجماع المعتبر حجة هو إجماع الصحابة وهذا غير متيقن في ذلك ، ولذا فلا حجة بالإجماع هنا إذ لا إجماع أصلا •

د • إن الشرع الحنيف قد أبطل الوصية للوارث أصلا ، ومنعها لحق الورثة ولدفع الضرر عنهم ، وإن تنازل الورثة وإجازتهم للوصية للوارث لا تقتضي ولا تستلزم ضرورة عدم حصول الضرر ، إذ قد يتنازل الورثة عن حقهم رهبة من الموصى إليه أو خوفا من الموصى وتقربا إليه أو طمعا " لأمر ما ، ولذا لا حجة للأئمة في ذلك •

هـ • إن الوصية للوارث لا تصح مطلقا على اعتبار أنها تصرفات صدرت من أهلها في محلها ، وذلك لأن إجازة الوصية للوارث إن أجازها الورثة فيه تأذي لبعض الورثة الذين لم يوصى لهم بإيثار

(١) تحفة الاحوذى ، ج ٦ ص ٢٥٩ •

البعض الآخر عليهم ، كما أن في إجازتها قطيعة للرحم وحيف لا ينبغي
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الحيف في الوصية .

ثانيا . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

أ . إن الحديث الذي احتج به ابن حزم لمنع صحة الوصية مطلقا
وإن أجازها الورثة هو حديث عام في النهي ينهي عن الوصية للوارث ،
وهو يتعارض مع الأحاديث الأخرى التي ذكرها الأئمة الأربعة " إلا أن
يجيزها الورثة " و " إلا أن يشاء الورثة " وهي أحاديث خاصة تستثني من
المنع من الوصية حال إجازة باقي الورثة ، ولذا فإنه يحمل العام على
الخاص ، فتصح الوصية للوارث حال إجازة الورثة .

ب . إن استدلال ابن حزم بقوله عليه السلام : " إن دماءكم
وأموالكم و أعراضكم عليكم حرام " لا يستقيم ولا يسلم إذ لا حجة فيه ،
وذلك لعمومية الحديث الشريف لكل أكل لأموال الناس بالباطل ، ثم إن
الموصي يملك التصرف قبل موته بماله ، ولذا فهو يستطيع أن يوصي بما
يشاء من ماله لمن يشاء .

المطلب الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم الوصية للوارث إن أجازها الورثة ، و استعرضنا أدلتهم ، و ناقشناها أرى أن القول الراجح هو القول بإجازة الوصية للوارث إن أجازها الورثة ، و ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الآثار التي استدل بها الأئمة الأربعة لقولهم قُيدت منع الوصية للوارث بما كان منها من غير إجازة الورثة ، فقد قال أبو أمامة : سمعت رسول الله - صلى الله عليه و سلم - يقول : " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " و روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال : " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة ، و روى ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : " لا يجوز لوارث وصية إلا أن يشاء الورثة " .

ب . إن القياس مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، و لذا يمكن قياس منع الوصية لبعض الورثة بدون إجازة الورثة و إذن بقية الورثة على منع الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين و التفضيل بينهم .

ج . إن الشرع الحنيف أبطل الوصية للوارث أصلاً و منعها لحق الورثة ، و لدفع الضرر عنهم ، فإذا تنازل الورثة عن حقهم فأجازوا الوصية للوارث فقد أسقطوا حقهم ، و تنازلوا عنه في منعها و إبطالها ، فتصح و تجوز بذلك لزوال المانع .

د . إن الوصية للوارث صحيحة إن أجازها الورثة ، لأنها تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لأجنبي . و عليه فالوصية للورثة تجوز إن أجازها الورثة ، و الله أعلم .

المبحث الثالث

الوصية الواجبة

المطلب الأول

أقوال الفقهاء في الوصية الواجبة

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الوصية الواجبة على قولين هما:

القول الأول: ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى استحباب الوصية والنذب إليها ، وعدم وجوبها، ولذا فإن الأئمة الأربعة لا يقولون بالوصية الواجبة للأقربين من غير الورثة^(١).

هذا وجاء في المغني: " لا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده ودعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه، فإن الله فرض أداء الأمانات، والطريقة في هذه الوصية فتكون مفروضة"^(٢)، وهذا واضح .

القول الثاني: ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى فرضية الوصية للأقربين الذين لا يرثون، وقد حكى مثل هذا عن مسروق و أياس وقتادة وابن جرير^(٣)، وعليه فإن ابن حزم ذهب إلى القول بالوصية الواجبة.

يقول الإمام ابن حزم الظاهري: " وفرض على كل مسلم أن يوصي لأقاربه الذين لا يرثون، إما لقتل، وإما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعلوا أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي..."^(٤).

والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضاً هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه، ولا يوقع على غيرهم اسم أقارب^(٥).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧ ص ٣٣١ * السرخسي، المسوط، ج ٢٧، ص ١٤٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٦ ص ٦٤٨، * ابن عبد البر، التمهيد، ١٤ ص ٢٩٨، الرزقاني، شرح الرزقاني، ج ٤ ص ٨٦، * الشوكاني، نيل الأوطار، ٦ ص ١٥٢، * الشافعي، الأم، ٤ ص ٩٨، * الشريبي، معني الخناج، ٣ ص ٣٩، الشريبي، الإقناع، ٢ ص ٣٩٣، ابن قدامة، المغني، ٦ ص ٥٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٦ ص ٥٥.

(٣) * ابن قدامة، المغني، ٦ ص ٥٥. * ابن حزم المجلي بالآثار، ج ٩ ص ٣١٥.

(٤) ابن حزم المجلي بالآثار، ج ٩ ص ٣١٤.

(٥) ابن حزم المجلي بالآثار، ج ٩ ص ٣١٤.

سبب الاختلاف:

يرجع سبب الاختلاف بين الأئمة الأربعة والإمام ابن حزم في حكم الوصية الواجبة ووجوب الوصية إلى قول الله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين" وآيات الميراث التي حددت فرض وحصّة كل وارث، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث". فمن رأى أن آيات الميراث والحديث ناسخاً للآية الأخيرة بالوصية، قال: لا تجب الوصية ولا تُشعر الوصية الواجبة، ومن رأى أن يحمل العام - وهو عموم الأمر بالوصية الوارد في الآية - على الخاص وهي آيات الميراث، والحديث قال: تُعمل النصوص كل في مجاله، فتبقى الوصية واجبة وفرضاً بحق من لم يرث من الأقربين، وهو ما يطلق عليه الوصية الواجبة.

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء

أولاً: أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم باستحباب الوصية والندب إليها لا وجوبها بما يلي:

أ . قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ... ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث إن كان له أخوة فلأمه السدس ... " (١)

وجه الاستدلال:

إن الوصية كانت فرضاً في كتاب الله على من ترك خيراً ، وهو المال وذلك بقوله : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين ، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم " (٢) ، فجاءت آيات الميراث فنسختها إذ كان يورث بها ، فلما قسم الله تعالى الموارث كانت تطوعاً ، قال ابن عباس : كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين والأقربين ، فنسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع .

ب . ما رواه أبو أمامة قال : سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم أو قال : أحببتم " (٣)

وجه الاستدلال:

إن هذا الحديث الشريف يدل على أن الوصية شرعت لنا لا علينا ، وإن المشروع لنا لا يكون فرضاً ولا واجباً علينا ، بل يكون ندباً بمنزلة النوافل

(١) سورة النساء آية ١١-١٢ .

(٢) سورة البقرة آية ١٨٠ .

(٣) قال الترمذي حديث حسن صحيح وقد سبق تخريجه .

من العبادات، ثم إن التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في الحياة، وذلك إحسان مندوب إليه، وكذلك التبرع بالوصية بعد الموت (١).

ج . إن أكثر أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل كذلك نكير، ولو كانت واجبة لما أخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً (٢).

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري بما يلي

أ . قول الله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين " (٣) وجه الاستدلال:

إن الآية الكريمة صريحة بفرض الوصية، إذ قال الله تعالى : (كتب) ، والمكتوب علينا أمر والأمر للفرضية والوجوب (٤).

ب . ما رواه ابن عمر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده " (٥) متفق عليه .

وجه الاستدلال:

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - طلب كل من حاز شيئاً كتابة الوصية فدل ، ذلك على وجوب الإيصاء .

ج . ما جاء عن عبد الله بن طاوس عن أبيه قال : من أوصى لقوم وسماهم ، وترك ذوي قرابته محتاجين انتزعت منهم وردت على ذوي قرابته (٦) .

(١) الرخصي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٤٢ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٦ ص ٥٥ .

(٣) سورة البقرة ، آية ١٨٠ .

(٤) * الرخصي ، المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٤٢ . * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣١٤ .

(٥) صحيح الإمام مسلم ج ٣ ص ١٢٤٩ رقم ١٦٢٦ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٣١٤ .

المطلب الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً. مناقشة أدلة الأئمة الأربعة .

يرد على أدلة الأئمة الأربعة الاعتراضات الآتية :

أ . إن آية المواريث لم تنسخ الوصية لمن لم يكن وارثاً ، بل نسخت الوصية للولدين والأقربين ولمن كان وارثاً منهم فقط ؛ ولذا فليس في

إثبات الميراث لغير من لا يرث ما يوجب نسخ وصيته . (١)

ب . لقد حصل الاتفاق من الفقهاء بعد عصر التابعين على جواز الوصايا

للأجانب ، فكان وجوبها لذوي القرابة من غير الورثة من باب أولى (٢)

ج . إن الحديث الشريف " لا وصية لوارث " هو حديث مخصص لعموم الآية الكريمة لا ناسخاً لها ، إذ الحمل على التخصيص أولى من النسخ ، سيما وأن الحديث أحاد لا يقوى على نسخ القرآن .

ثانياً مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

يرد على أدلة الإمام ابن الاعتراضات الآتية :

أ . أن الآية التي استدل بها الإمام ابن حزم نسخت بآيات الميراث وبحديث : " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم ألا لا وصية

لوارث " . (٣)

ب . إن الآية الكريمة اتفق أكثر أهل التفسير على أن ذلك كان في الابتداء

قبل أن تنزل آية المواريث ثم أنتسخ . (٤)

ج . إن الحديث الشريف الذي استدل به ابن حزم ليس فيه ما يدل على الوجوب والفرضية ، إذ لم يأت بصيغة الأمر بل بصيغة الترغيب والتحبب .

(١) الشافعي أحكام القرآن ، ج ١ ص ٢٠٧ .

(٢) الشافعي أحكام القرآن ، ج ١ ص ٢٠٧ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٣١ . * المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٤٢-١٤٣ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٣١ . * المبسوط ، ج ٢٧ ص ١٤٢-١٤٣ .

المطلب الرابع

القول الرابع

بعد أن استعرضنا أقوال الأئمة الأربعة وقول الإمام ابن حزم وأدلتهم في حكم الوصية الواجبة وناقشناها بتبين لنا أن الرابع ما ذهب إليه الإمام ابن حزم ، وهو وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ، أي مشروعية الوصية الواجبة ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الآية الكريمة : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصية للوالدين والأقربين " دللت على الفرضية والوجوب ، إذ يستخدم لفظ الكتابة للدلالة على الأمر ، و الأمر للوجوب .

ب . إن القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم ، ومنهم سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاووس وغيرهم .

ج . إن في تشريع الوصية الواجبة تحقيقاً للتكافل الاجتماعي وترسيخاً لقواعد الإخاء والمحبة وإقصاء للعداوات والبغضاء والتشاحن ، الأمر الذي يحقق الأمن والاستقرار للمجتمع والأفراد .

د . إن الوصية شرعت لتحقيق مصالح عظيمة ، منها تدارك المسلم ما فاتته من التقصير قبل مماته ، وزيادة أعماله الصالحة من البذل والإنفاق في سبيل الله ، وإن من أعظم ذلك أن يسد المسلم حاجة أقاربه ممن لا يرثون منه لحجب ونحوه . والله أعلم .

الفصل الرابع

مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة

الأربعة

في فقه المعاملات

المبحث الأول

أحكام البيوع

المطلب الأول

حكم البيع على البيع

الفرع الأول

مفهوم البيع

البيع لغة : مصدر باع ، يبيع ، بيعا ، وباع الشيء : أخرجه عن ملكه بعوض أو أدخله فيه ، فهو من الأضداد ، إذ يطلق البيع على البيع والشراء ، وهو أيضا مقابلة الشيء بشيء سواء كان مالا أم عينا ، وهو دفع عوض وأخذ معوض عنه ، ويقال بعث الشيء : اشتريته وبعته وشريت الشيء اشتريته وبعته ، قال الأزهرى : العرب تقول : بعث بمعنى بعث ما كنت ملكته وبعث بمعنى اشتريت ، وكل واحد بيع وبائع ، لأن الثمن والمثمن كل واحد منهما مبيع ، والابتياح الاشتراء ، وتبايعنا وباعته واستبعته سألته أن يبيعي و أبعته عرضته للبيع (١) ، وعليه فالبيع إخراج الشيء عن ملكه بعوض أو إدخاله في ملكه بعوض ، وهو كذلك مقابلة العين بعوض .

البيع اصطلاحاً : " مبادلة المال بالمال لغرض التملك " (٢) ، وقيل : " بل عبارة عن الإيجاب والقبول إذا تضمن عينيين للتملك " ، وقيل : " هو الإيجاب والقبول إذا تضمن مالين للتمليك ، فإبدل العينيين بالمالين ليحترز عما ليس بمال " (٣) وقيل : " بل مبادلة مال بمال بالتراضي من استبدلت الثوب بغيره أو بدلت الثوب بغيره أبدله " ، وزاد بعضهم : " على جهة التملك " (٤) ، وقيل : " مقابلة مال بمال على وجه مخصوص " (٥)

(١) * البجلي ، المطلع ، ص ٢٢٧ * القوتوي ، أنيس الفقهاء ، ص ٢٠٠ * تحرير ألفاظ التنبيه ص ١٧٥ * الهروي ، الزاهر ، ص ١٣٩ *

الزمخشري ، أساس البلاغة ، ص ٣٥ .

(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤

(٣) المرادوي ، الإنصاف ، ج ٤ ص ٢٥٩ .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٥ ص ٢٧٧ .

(٥) الشريبي ، الإقناع ، ج ٢ ص ٢٧٣

هذا وصورة البيع على البيع أن يقول البائع لمن اشترى سلعة بعشرة من آخر أنا أعطيك مثلاً بتسعة ، وصورة الشراء على الشراء ، هو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ بيع ويعقد معه (١) . فالبيع على البيع : هو أن يرغب البائع المشتري في الفسخ لبيعه خيراً منه بمثل ثمنه أو مثله بأقل ، أو يشتري على شرائه بأن يرغب البائع في الفسخ منه بأكثر .

(١) البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٥ .

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في حكم البيع على البيع

اتفق الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم على النهي عن البيع على البيع ، للأثار الواردة في النهي عن ذلك ^(١) ، و اختلفوا في حكم عقد البيع في هذه الحالة على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و احمد في رواية إلى صحة عقد البيع و لكن مع الكراهية ، حيث حملوا النهي عنه الوارد في الآثار على الكراهة لا الحرمة ^(٢) .

هذا وروي عن الإمام أحمد في رواية أخرى ذهب فيها إلى عدم صحة عقد البيع حال البيع على البيع ^(٣) ، كما روي عن الإمام مالك في رواية ثانية أن البيع يفسخ ما لم يفت ، ولكن بعض أصحاب مالك أنكر هذه الرواية عن مالك في البيع و قالوا مكروه لا ينبغي ^(٤) .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى القول أن البيع على البيع لا يحل لأحد ، و إن فعل كان مفسوخاً إلا أن يقف موقف المزايدة احتياطاً لنفسه ^(٥) .

سبب الخلاف :

إن الخلاف بين الفقهاء في ذلك يرجع إلى سبب رئيس و هو النهي عن البيع على البيع الوارد في الآثار هل يحمل على الكراهة أم الحرمة ، فمن حملة على الكراهة لم يقل بفسخ العقد إن أبرم ، و من حمل النهي على الحظر والحرمة قال بفسخ العقد ^(٦) .

وعليه فإن الاختلاف يرجع إلى تساؤل هو : هل النهي يقتضي فساد المئهي عنه أم

؟؟؟

(١) الكرمي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٠٧ * ابن ضويان ، منار السبيل ، ج ١ ص ٢٩٢ * اليهودي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٥١ .

(٢) ابن المقام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ص ٤٧٨ * المرغيناني ، بداية المنتدي ، ج ١ ص ١٣٧ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ،

ج ٥ ص ١٠١ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٣ ص ٣١٨ * الشافعي ، اختلاف الحديث

، ج ١ ص ١٥٦ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤٥ .

(٤) * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٣ ص ٣١٧ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٤٧ .

(٦) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢١٠ .

الفرع الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة :

استدل الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد لقولهم بصحة عقد البيع - وإن كان في حالة البيع على البيع - بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " (١) .

وجه الاستدلال : إن قول الله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " هو نص عام يقتضي شرعية البيع على العموم و الإطلاق ، فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل ، ولا دليل (٢) .

ب . ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما كان يقولُ نهى النبيُ صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخطيب قبله أو يادن له الخطيب (٣) ، و زاد النسائي * حتى يبتاع أو يذر * (٤) ، و في رواية عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يتلقى الركبان لينع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تتاجسثوا ولا يبيع حاضر لباد ولا نصروا الليل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر (٥) وجه الاستدلال :

إن هذه الأحاديث الشريفة تنهى بعمومها و بصراحة عن البيع على البيع ، و إن النهي و التحريم هنا يحمل على الكراهة لأن النهي جاء لمعنى ليس في ذات البيع بل لمعنى آخر خارج عنه ، و هو ما يؤدي و يؤول إليه البيع على البيع من الجفاء و الإيذاء و الأضرار التي تلحق بالبايع الآخر ، الأمر الذي يثير الأحقاد و الضغائن و العداوات (٦) .

(١) سورة البقرة ، آية ٢٧٥ .

(٢) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ .

(٣) * الترمذي ، سنن الترمذي ج ٣ ص ٤٤٠ رقم ١١٣٤ قال أبو عيسى حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح * مسند الشافعي ، ص ١٧٣ * من ابن ماجه ، ج ٢ ص ٧٢٣ رقم ٢١٧١ * تحفة الاحوذى ، ج ٤ ص ٢٣٩ باب ما جاء في يخطب * صحيح مسلم ، ج ٢ ص ١٠٣٢ رقم ١٤١٢ .

(٤) * النسائي ، سنن النسائي (المختص) ج ٧ ص ٢٥٨ رقم ٤٥٠٤ .

(٥) * الاصحح ، الموطأ ، ج ٢ ص ٦٨٣ رقم ١٣٦٦ / مسلم ١٠٣٢/٢ ، رقم ١٤١٢ .

(٦) * المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص ٢٢١ * البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٦ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ .

ج . إن البيع على البيع فيه إضرار بالمسلم ، و إفساد لبيعه فحرم كسبته و الإضرار به^(١).

د . إن البيع على البيع لم يتم أولا " و قد كان لصاحبه أن لا يتمه إن شاء فلا يفسخ ، و لكن يكره للنهي الوارد في الأحاديث الشريفة الأنفة^(٢).

ثانيا . أدلة الأمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بفسخ عقد لبيع في حال البيع على البيع وتحريمه بما يأتي:

أ . ما رواه نافع عن ابن عمر و ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يَتْلَقِ الرَّكْبَانُ لِبَيْعٍ وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُم عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ^(٣) و ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِنَادٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَزِيدَنَّ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَنَّ عَلَى خُطْبَتِهِ وَلَا تُسَالُ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ لَخْتِهَا لِتُسْتَكْفَى إِنَاءَهَا^(٤).

وجه الاستدلال :

إن النهي عن البيع على البيع جاء نهيا " صريحا " يدل على التحريم و لذا كان عقد البيع في صورة البيع على البيع مفسوخا باطلا^(٥).

ب . ما روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ^(٦).

وجه الاستدلال :

يقول ابن حزم : " هذا بعض ما في حديث أبي هريرة و ابن عمر لأن البيع على البيع يدخل فيه السوم ضرورة لأنه لا يمكن البيع البتة إلا بعد سوم ، ولا يكون السوم البتة إلا للبيع وإلا فليس سومًا ، فإذا حرم البيع حرم السوم عليه و إذا حرم السوم حرم البيع ضرورة " ^(٧) ، وعليه فالبيع على البيع حرام و الحرام باطل مفسوخ .

(١) * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ١ ص ٢٨٦ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ص ٤١٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤٤ .

(٢) * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٣ ص ٣١٨ .

(٣) * صحيح مسلم ، ج ٢ ص ١٠٣٢ رقم ١٤١٢ * النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، ج ٤ ص ٧٨ رقم ٣٢٨٥ .

(٤) صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٩٧٠ ، رقم ٢٥٧٤ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٤٨ .

(٦) صحيح مسلم ، ج ٢ ص ١٠٣٣ رقم ١٤١٣ . * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٥ ص ٣٤٥ رقم ١٠٦٧٨ .

(٧) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٤٨ .

الفرع الرابع مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يُردُّ على قول الأئمة الأربعة و أدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال الأئمة الأربعة بعموم قول الله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " لا يستقيم ، ذلك لأن عموم الآية قد خص منه البيع على البيع للأثار الواردة بمنع ذلك و تحريمه و المقتضي بطلانه و انفساخه^(١) .

ب . إن استدلال الأئمة الأربعة لقولهم بصحة البيع بحمل الآثار الناهية عن البيع على البيع على الكراهة غير سليم ، إذ هو صرف للنصوص عن ظاهرها و هو النهي للتحريم ، ولذا فلا يستقيم استدلالهم بذلك^(٢) .

ج . إن استدلال الأئمة الأربعة لقولهم بأن البيع على البيع فيه إضرار بالمسلم و إفساد لبيعه فحرم كسنته ، يصلح للقول بفساد البيع و انفساخه و تحريمه لا للقول بجوازه مع الكراهة .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يُردُّ على قول الإمام ابن حزم الظاهري و أدلته ما يأتي :

أ . إن النهي الوارد في الآثار ليس لذات البيع على البيع بل لمعنى آخر فيه وهو الأضرار والايحاش وإثارة العداوات والبغضاء ، ولذا فإن الآثار وإن كان ظاهرها النهي إلا أنه لا يحمل على التحريم بل الكراهة ، فإذا عقد البيع صح و جاز ولكن مع الكراهة ، كالبيع وقت النداء^(٣) .

ب . إن الاستدلال بحديث السوم لا يستقيم ؛ ذلك لأن السوم ليس بيعاً بل هو مرحلة متقدمة على البيع ، وهي الحالة التي يظهر فيها البائع رغبته في البيع والمشتري رغبته في الشراء ، ولذا لا يصلح أن يستدل به لمنع البيع على البيع^(٤) .

(١) ابن حزم ، المغلى ، ج ٨ ص ٤٤٨

(٢) ابن حزم ، المغلى ، ج ٨ ص ٤٤٨

(٣) * البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٦ . * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ .

(٤) ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٣ ، ص ٣١٨ .

الفرع الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا قول الأئمة و قول الإمام ابن حزم في البيع على البيع و عرضنا أدلتهم وناقشناها ، أرى أن القول الراجح هو قول الأئمة الأربعة و هو جواز و صحة عقد البيع ، وإن كان بيعا على بيع و لكنه مع الكراهة ، و ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الله سبحانه و تعالى قال في الكتاب العزيز : " وأحل الله البيع وحرّم الربا " و هذا نص عام يشمل حل كل بيع ، و إن إبطال البيع في حال البيع على البيع تخصيص لعموم الآية من غير مخصص فيبطل .

ب . إن النهي عن البيع على البيع الوارد في الآثار يحمل على الكراهة لا التحريم ، لأن النهي جاء لمعنى ليس في ذات البيع بل لمعنى آخر خارج عنه ، وهو ما يؤدي إليه البيع على البيع من الجفاء والإيذاء و الإضرار بالبائع الآخر .

ج . إن القول ببطلان عقود البيع على البيع يفضي إلى إفساد و إبطال كثير من العقود التي يحتاجها الناس ، الأمر الذي يؤول إلى التضيق على الناس و إيقاعهم في الحرج الذي رفعه التشريع الإسلامي بقول الله تعالى : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " ، وقوله : " يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّيسَ وَلَمَا يُرِيدَ بِكُمْ الْعُسْرَ " الأمر الذي يعتبر الأساس الذي تقوم عليه المعاملات في الفقه الإسلامي . هذا و الله أعلم .

المطلب الثاني

البيع وقت النداء للجمعة

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في البيع وقت النهي

يقول الله تعالى : **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ**

وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ (١) (٩)

يظهر من هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى نهى عن البيع وقت النداء نهياً صريحاً ، ولذا فقد اتفق الفقهاء على تحريم ذلك (٢) ، كما نبهوا إلى ضرورة السعي إلى صلاة الجمعة وترك الأعمال التي تشغل عنها ، ولكنهم اختلفوا في حكم عقد البيع إذا وقع في وقت النهي وذلك على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك في رواية ابن القاسم والشافعي وأحمد في رواية وهي الأصح عنه إلى أن عقد البيع إن وقع وقت النداء صح ومضى ولا يفسخ ، وإن نهى عنه ، حيث يقع مع النهي (٣) .

القول الثاني : ذهب الإمامان مالك في رواية أصبغ وأحمد في الرواية الأخرى عنه إلى القول : أن عقد البيع إذا وقع ممن تجب عليه صلاة الجمعة في وقت النداء إليها فإنه يفسخ ، وإذا وقع ممن لا تجب عليه الجمعة صح وجاز عقده (٤) .

القول الثالث : ذهب الإمام ابن حزم إلى أنه لا يحل البيع من أثر استواء الشمس ومن أول أخذها في الزوال والميل إلى أن تنقضي صلاة الجمعة ، فإذا وقع عقد البيع في وقت

(١) سورة الجمعة ، آية ٩ .

(٢) ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ٤ ص ٣٦٨ * ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٣١٤ .

(٣) * المرغباني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ص ٥٣ * تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٠٧ - ١٠٨ * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ١ ص ١٣٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤١ - ٤٢ * الخبلي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٠٧ * ابن مفلح ، الفروع ج ٤ ص ٣٢ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٤ ص ٣٢٣ ، ٣٢٥ * حاشية ألعديوي ، ج ١ ص ٤٦٨ * القواكه الدواني ج ١ ص ٢٥٨ * مواهب الجليل ، ج ٢ ص ١٨٢ * الوسيط ج ٣ ص ٦٣ * النووي ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٤١٨ * ابن الممام ، شرح فتح القدير ج ٦ ص ٤٤٨ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ . هذا والمشهور عند المالكية أنه يفسخ وصحيح حرام عند الشافعية .

(٤) * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٥ ص ٣٤١ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٠ ص ٧٨ * المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٢ ص ١٨٢ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤١ - ٤٢ ، * حاشية ألعديوي ، ج ١ ص ٤٦٨ * ابن مفلح ، الفروع ج ٤ ص ٣٢ .

النهي فسخ عقده حينئذ أبداً ، حيث لا يصححه خروج الوقت سواء كان التبايع من مسلمين أم من كافر ومسلم أم من كافرين ، وسواء كان البيع عقد بين ممن تلزمهم الجمعة أم من لا تلزمهم ، ولا يفسخ أي عقد آخر يعقد وقت النداء غير عقد البيع ^(١) .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف في صحة عقد البيع المبرم وقت النداء لصلاة الجمعة إلى ماهية النهي الوارد في قوله تعالى : " وَذَرُوا الْبَيْعَ " ، فمن رأى النهي الوارد في الآية لسبب ما خارجا عن عقد البيع قال: النهي لا يقتضي فساد العقد فلا يفسخ ، ومن رأى النهي راجعا إلى ذات العقد ولمسبب فيه قال: النهي يقتضي فساد العقد فيكون العقد مفسوخا ^(٢) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٢٦ ، ج ٥ ص ٧٩ .

(٢) * الفرطى ، تفسير الفرطى ، ج ١٨ ، ص ١٠٨ . * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ . * ابن حزم ، المحلى ، ج ٥ ص ٨٠-٨١ .

الفرع الثاني أدلة الفقهاء

اولا . أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول و هو صحة عقد البيع مع الكراهة إذا عقد وقت النهي عنه بما يأتي:

أ . قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تُدْعَى لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ عَالِمُونَ (٩) "

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى منع من البيع عند صلاة الجمعة و حرمه في وقتها و نهى عنه، و لكن هذا النهي يحمل على النيب و الاستحباب ، لقوله تعالى في الآية نفسها بعد نهيه عنه: " ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ " فدل على عدم فسخه إن أبرم ^(١).

ثم إن الله سبحانه و تعالى أمر بترك البيع عند النداء لا لذاته و نفسه بل لغيره ، و هو ترك السعي، فكان البيع في ذاته مشروعاً " جائزاً " لكنه يكره لأنه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي ، ولو باع جاز البيع ، لأن النهي لمعنى في غير البيع ، وهو الإضرار بأهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء ^(٢).

ب . قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بَاجِرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ... (٢٩) " ^(٣) و روي عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " ^(٤)، و هناك نصوص أخرى مبيحة للبيع .

^(١) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٠٨ .

^(٢) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ٢٣٢ .

^(٣) سورة ، النساء ، آية ٢٩ .

^(٤) * المهيني ، مجمع الزوائد ، ج ٣ ص ٢٦٥ باب الخطب في الحج * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ١٠٠ رقم ١١٣٢٥ * سنن

الدارقطني ، ج ٣ ص ٢٦ رقم ٩٢ * مسند الإمام أحمد ، ج ٥ ص ٧٢ .

وجه الاستدلال :

إن ظواهر النصوص المبيحة للبيع تقتضي وقوع الملك للمشتري في سائر الأوقات لوقوعه عن تراض (١).

ج . إن البيع لم يحرم في الآية لعينه و لكن لما فيه من الانشغال عن الواجب ، فكان كالصلاة في الأرض المغصوبة و الثوب المغصوب و الوضوء بالماء المغصوب (٢).

د . إن النهي عن البيع في الآية لم يتعلق بمعنى في نفس العقد و إنما تعلق بمعنى في غيره ، و هو الاشتغال عن الصلاة ، فوجب أن لا يمنع وقوعه و صحته كالبيع في آخر وقت صلاة يخاف قواتها إن اشتغل به و هو منهى عنه ، و لا يمنع ذلك من صحته لأن النهي تعلق باشتغاله عن الصلاة لا لأمر راجع إلى ذات البيع وقت النداء و عينه (٣).

هـ . إن البيع وقت النداء يقل وقوعه فلا تكون إباحته ذريعة إلى التشاغل عن الجمعة و لذا فلا يفسخ عقد البيع إن أبرم وقت النداء (٤).

ثانياً . أدلة الإمامين مالك و أحمد

استدل الإمامان مالك و أحمد لقولهما بانفساخ عقد البيع على من تجب عليه الجمعة أبرمه وقتها ، وصحته ممن لا تجب عليهم بما يأتي :

— قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ (٩) "

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى منع من البيع عند صلاة الجمعة و حرمه في وقتها على من كان مخاطباً بفرضها ، والبيع لا يخلو عن شراء فاكتفى بذكر أحدهما ، وخصّ البيع لأنه أكثر ما يشتغل به أصحاب الأسواق ، و من لا يجب عليه حضور الجمعة فلا ينهي عن البيع والشراء (٥).

(١) * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٥ ص ٣٤١-٣٤٢ .

(٢) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٠٨ * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ١ ص ١٣٥ .

(٣) * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٥ ص ٣٤٢ * الغزالي ، الوسيط ، ج ٣ ص ٦٣ * المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣

ص ٥٣ .

(٤) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٤٢ .

(٥) * المغربي ، مواهب الليل ، ج ٢ ص ١٨٢ ، ١٨٠ * القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ١٨ ص ١٠٧ . ابن ضويان ، منار السبيل ، ج ١

ص ٢٩١ .

ثالثاً . أدلة الإمام ابن حزم

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بفسخ عقد البيع المبرم وقت النداء لصلاة الجمعة مطلقاً ، سواء أكان ممن تجب عليهم الجمعة أم ممن لا تجب عليهم بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ (٩) " (١)

وجه الاستدلال :

إن قول الله تعالى : " فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ " هو أمر بالسعي للصلاة وترك البيع و أي شاغل سواء ، و الأمر إنما يفيد الوجوب كما أن النهي في قوله تعالى : " وَذَرُوا الْبَيْعَ " يفيد التحريم ، و إن إتيان الحرام لا ينبغي ، فافتضى هذا فسخ العقد لأن ما يبنى على الحرام فهو حرام (٢) .

فالآية الكريمة فيها أمران مفترضان : السعي إلى ذكر الله و ترك البيع ، فإذا سقط أحدهما بنص ورد فيه كالمرضى و الخائف و المرأة المعذورة لم يسقط الآخر إذ لم يوجب سقوطه قرآن ولا سنة لقوله تعالى : " إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ الْتُورَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَنْبِيَاءُ بِمَا اسْتُحِقُّوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوْنَ النَّاسَ وَاخْشَوْنِي وَلَا تَسْتَرْوْا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (٤٤) " (٣)

ب . إن البيع إنما نهي عنه من حين زوال الشمس إلى انقضاء الصلاة لما فيه من شغل للناس عن السعي إلى الصلاة و هو لا يصح (٤) .

ج . ما روي من طريق عكرمة عن ابن عباس قال : لا يصلح البيع يوم الجمعة حين ينادي بالصلاة ، فإذا قضيت الصلاة فاشتر . و بع (٥) . و إن ابن عباس و هو حبر الأمة و ترجمان القرآن ما كان ليقول ذلك إلا عن فهم . لآية من كتاب الله أو سنة من سنته - صلى الله عليه و سلم .

(١) سورة الجمعة ، آية ٩ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٥ ص ٨٠ .

(٣) سورة المائدة ، آية ٤٤ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٥ ص ٨٠ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٥ ص ٨١ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة أصحاب القول الأول

يرد على أدلة أصحاب القول الأول الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال الأئمة الأربعة بقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ " لا يستقيم على النحو الذي حملوا النهي الوارد فيها عليه من الندب و الاستحباب إلى تركه ، ذلك لأنه صوف للنهي عن مدلوله و ظاهره ، و هو تحريم فعله إلى كراهته و استحباب الابتعاد عنه وقت النداء للجمعة^(١) .

ثم إن قولهم إن النهي الوارد في الآية ليس لذات البيع بل لمعنى آخر فيه و هو ترك السعي و الشاغل عنه غير مسلم به ، إذ يتعارض هذا مع نص و ظاهر الآية^(٢) ، و هو قوله تعالى : " وَذَرُوا الْبَيْعَ " .

ب . إن الله سبحانه و تعالى و إن شرع البيع مطلقاً في كتابه العزيز و سنة نبيه صلى الله عليه و سلم ، إلا أنه استثنى من عموم إباحة البيع ما كان وقت النداء لصلاة الجمعة فنهي عن البيع فيه ، فدل على حرمة و انفساخه حال وقوعه بدليل الآية الكريمة الناهية عن البيع وقت النداء ، حيث قال : الله تعالى " وَذَرُوا الْبَيْعَ " .

ج . إن ندرة وقوع البيع وقت النداء لا يصلح ذريعة لإجازته ، إذ لا بد لإجازته من دليل ولا دليل بل إن النهي الدال على تحريمه و انفساخه قد جاء في قوله تعالى " وَذَرُوا الْبَيْعَ " .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمامين مالك و أحمد

يرد على القول الثاني و أدلة أصحابه الاعتراض الآتي :

إن قصر التوجيه و النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة على من تجب عليهم الجمعة هو قصر بلا دليل لا ينبغي ، سيما و أن النهي عنه جاء عاماً شاملاً لكل بيع سواء كان ممن تجب عليه الجمعة أم من غيره^(٣) ، لقوله تعالى : " فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ " .

(١) ابن حزم ، المحلى ج ٥ ص ٨٠

(٢) ابن حزم ، المحلى ج ٥ ص ٨٠

(٣) حاشية ابن عابدين ، ج ٥ ص ١٠١ .

ثالثاً : مناقشة أدلة الإمام ابن حزم .

يرد على أدلة الإمام ابن حزم الاعتراضات الآتية :

أ . إن الآية الكريمة التي استدل بها ابن حزم للقول بتحريم البيع وقت النداء لصلاة الجمعة

و انفساخ العقد إن وقع ، هو قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ " وإن دلت على النهي إلا أنها تحمل على النذب واستحباب الابتعاد عن ذلك وكراهيته ، فإذا وقع البيع صح ولم يفسخ ، وذلك بدليل ما تبع النهي في الآية نفسها ، حيث قال تعالى : " ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ يَعْلَمُونَ " ، فصرف النهي عن التحريم المقتضي الفسخ إلى الكراهية وهي لا تقتضي الفسخ . كما أن موقف ابن حزم هو وقوف عند ظاهر النص بغض النظر عن مقصودة ، وهذا ما لا ينبغي أحياناً .

ب . إن الخوف من انشغال الناس بالبيع عن السعي إلى الصلاة لا يصلح للقول بفسخ عقد البيع إذا وقع وقت النداء لصلاة الجمعة والسعي لها ، إذ هناك العقود الأخرى التي تشغل كما يشغل البيع ولم يقل ابن حزم بمنعها وبانفساخها إن وقعت .

ج . إن احتجاج ابن حزم بقول ابن عباس لا يستقيم إذ هو ليس إلا قول صحابي ، ثم إن ابن عباس رضي الله عنه عبر بقوله لا يصلح وهذا يحتمل صحته إن وقع ، إذ لو أراد به الحرمة لقال : يحرم أو بما يدل عليها صراحة ، ثم إن ابن عباس رضي الله عنه لم يبين صراحة انفساخ العقد إن وقع .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم البيع الواقع في وقت النداء للصلاة واستعرضنا أدلتهم وناقشناها أرى أن القول الراجح هو قول الإمامين مالك وأحمد ، وهو القول الثاني إذ قلنا : إن عقد البيع إذا وقع ممن تجب عليه صلاة الجمعة في وقت النداء إليها فإنه يفسخ ، وإذا وقع ممن لا تجب عليه صح ولا يفسخ . وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن هذا القول يمثل حالة من الجمع بين القولين الآخرين ، إذ اعتمد الإمام ابن حزم على النهي الوارد في الآية ، وإن النهي الوارد فيها عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة إنما هو خاص بالمكلفين المطالبين بصلاة الجمعة القادرين عليها دون غيرهم ، ولذا يقصر النهي عليهم ، وبالتالي انفساخ بيوعهم إن وقعت لمقتضى النهي الوارد في قوله تعالى : "فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ" ، ثم إن الأئمة الأربعة استدلوا لقولهم بعدم انفساخ البيع إن وقع بحمل النهي الوارد في الآية على الكراهة والندب إلى الابتعاد عنه ، وهذا حقيقة مخالفة لظاهر قوله تعالى : " وَذَرُوا الْبَيْعَ " إذ ظاهر النهي عن البيع والأمر بتركه يفيد الحرمة ، وهو مختص بالمكلفين والمخاطبين بأداء الجمعة دون غيرهم ، ولذا يمكن القول بقول الإمامين مالك وأحمد وترجيحه كوجه من وجوه التوفيق .

ب . إن البيع وإن دلت بعض الآيات والأحاديث على مشروعيته وإباحته إلا أنه مقيد بأثار أخرى ، إذ ليست مطلقا ، وإن قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَوَدَّيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ " مقيد لإباحة البيع ، حيث استثنى البيع وقت النداء للجمعة من الإباحة .

ج . إن التشاغل عن السعي للصلاة والتفاسد عنها يصلح دليلا للقول ببطلان وانفساخ عقد من تجب عليه الجمعة إن أبرمه وقت النداء ، إذ النهي الوارد في الآية لأجل ذلك ، وإن التشاغل إنما يعتبر مأخذا على من كان مكلفا بالصلاة لا غيره .

د . إن الذم في زماننا قد ضعفت ، وإن الوازع الديني قد قل ، بخلاف حب الدنيا وأموالها وشهواتها حيث زاد في القلوب وغمرها ، ولذا كان لا بد من معاقبة المتشاغلين عن صلاة الجمعة بالبيع ممن هم مخاطبون بها ولا عذر لهم فتفسد عليهم بيوعهم فتفسخ عقوبة رادعة لهم لدفعهم عن التشاغل بها عن صلاة الجمعة من وقت النداء إلى وقت انقضائها . والله أعلم .

المطلب الثالث

الإشهاد على البيع

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في حكم الإشهاد على البيع

اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الإشهاد على البيع على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة إلى استحباب الإشهاد على البيع و النحب إليه لا وجوبه ، حيث قالوا : لا يجب الإشهاد إلا في عقد النكاح خاصة ^(١).

هذا ، و ميز الفقهاء بين ماله خطر و بين ما لا خطر له في استحباب الإشهاد ، فذهب الإمام أبو حنيفة و الشافعي إلى استحباب الإشهاد على البيع بما له خطر فقط دون ما لا خطر له ، كحوائج البقال و العطار و شيهما فلا يستحب الإشهاد عليها ، و تقبح إقامة البينة عليها و الترافع للحاكم من أجلها بخلاف الكثير ^(٢).

يقول الإمام الشافعي بعد أن ذكر ما يحتمله الأمر في قوله تعالى : " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ " ^(٣) : " و الذي اختار أن لا يدع المتبايعان الإشهاد ، و ذلك أنهما إذا شهدا لم يبق في أنفسهما شيء ، لأن ذلك إن كان حتماً فقد أدياه و إن كان دلالة فقد أخذوا بالحظ فيها ، قال و كل ما ندب الله عز وجل إليه من فرض أو دلالة فهو بركة على من فعله " ^(٤) ، و يقول النووي : " و مذهبنا أن الإشهاد على عقد البيع مستحب و ليس بواجب " ^(٥) .

(١) * السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٥ ص ٩ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٧ ص ٦٧ * العبدري ، التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ٤٧٨ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٢٢ * الشافعي ، ألام ، ج ٣ ص ٨٧ * الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ ص ٣٢٣ * النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٤٦ * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٥٨ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ٢ ص ٢٤٤ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ * البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٣ ص ١٨٨ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٥٠ * ابن قدامة ، الكافي في فقه أحمد ، ج ٤ ص ٥١٩ .

(٢) * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٧ ص ٦٧ * البهوتي ، كشاف القناع ، ج ٣ ص ١٨٨ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ (٣) سورة البقرة ، آية ٢٨٢ .

(٤) * الشافعي ، أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٤٦ .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى أن الإشهاد على البيع فرض على كل متبايعين لما قل أو كثر ، و ذلك بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين من العدول ، فإن لم يجدوا العدول سقط فرض الإشهاد ، فإن لم يشهدا مع القدرة عليه كانا عاصيين ، فإن كان البيع بثمن إلى أجل مسمى ففرض عليهما مع الإشهاد المذكور أن يكتباه ، فإن لم يكتباه فقد عصيا والبيع تام ^(١).

سبب الخلاف :

يرجع اختلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على البيع إلى الاختلاف في الأمر الوارد في الآية الكريمة، فمن حمّله على الوجوب ، قال : الإشهاد واجب ، و من حمّله على الندب قل : الإشهاد مستحب، كما يرجع إلى تعارض الآثار الواردة عن النبي - صلى الله عليه و سلم - في الإشهاد ^(٢).

(١) * المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٤ * الشوكاني ، تفسر فتح القدير ، ج ١ ص ٣٠١ .

(٢) * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٨٧ * الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٣ ص ١٢٣-١٢٤ . * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٤٨ .

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء

اولاً . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد لقولهم باستحباب الإشهاد على عقد البيع بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ " (١)

وجه الاستدلال :

إن الأمر بالإشهاد في هذه الآية الكريمة يحتمل أمرين :

أحدهما . أن يكون الأمر دلالة على ما فيه الحض بالإشهاد مع إباحة تركه ، فلا يكون عاصياً بتركه .

ثانيهما . أن يكون الأمر حتماً منه ، فيكون عاصياً بتركه (٢).

و قد حمل الأئمة الأربعة الأمر بالإشهاد على أقل أحوال الأمر و هو الاستحباب وهذا الاحتمال الأول ، و ذلك لقوله تعالى : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " (٣)، فصار الأمر إلى الأمانة ، فأصبح المسلم مخير بين الإشهاد أو عدمه ، حيث أصبح من الممكن له أن يشهد حسب الأمر الوارد في الآية ، أو أن يدع الإشهاد لقوله : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " ، فليؤد الذي أؤتمن أمانته " فدل هذا أن الأمر بالإشهاد في الآية كان للوجوب و لكنه صرفه صارف و هو نص الآية الثانية الذي أفاد تخيير المسلم بين الإشهاد و عدمه ، و إن فعله - صلى الله عليه و سلم ليؤكد ذلك و يدل عليه ، إذ تباع النبي - صلى الله عليه وسلم و لم يشهد ، و يظهر هذا من قصته مع الأعرابي الذي اشترى منه فرساً فجحذه بيعها له (٤).

(١) سورة البقرة ، آية ٢٨٢ .

(٢) * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٨٧ * الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٣) سورة البقرة ، آية ٢٨٣ .

(٤) * المرحسي ، الميسوط ، ج ٢٥ ص ٩ * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٨٨ * الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤ * اليهودي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٥٨ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٤ ص ٥١٩ * ابن مفلح ، ج ٤ ص ٥٠ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ .

فالأمر إذن في الآية جاء دلالة لا حتمًا لأن الله عز و جل قال : " وأحل الله البيع وحرم الربا " ^(١)، فذكر أن البيع حلال و لم يذكر معه بينة ، و قال الله عز و جل في آية الدين : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِذَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ " ^(٢)، و الدين تباع و قد أمر فيه بالإشهاد ، فبين المعنى الذي أمر له به فدل ما بين الله عز و جل في الدين على أن الله تعالى إنما أمر بالإشهاد على النظر و الاحتياط لا على الحتم ، فبعد أن أمر الله تعالى بالإشهاد على الدين قال في سياق الآية : " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْ فَإِنَّهُ أَمِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ " فلما أمر إذا لم يجدوا كاتبًا بالرهن ، ثم أباح ترك الرهن و قال : إن أمن بعضكم بعضًا " دل على أن الأمر الأول دلالة على الحض لا فرض منه يعص من تركه ، سيما و أنه حفظ عن النبي - صلى الله عليه وسلم أنه كان يبيع ولا يشهد و لو كان فرضاً " لأشهد " ^(٣).

ب . حديث خزيمه بن ثابت الأنصاري - رضي الله عنه - وهو من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً من أعرابي فاستتبعه النبي صلى الله عليه وسلم ليقضيه ثمن فرسه فأسرع رسول الله صلى الله عليه وسلم المشي وأبطأ الأعرابي فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومونه بالفرس ولا يشعرون أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاعه فنادى الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته فقام النبي صلى الله عليه وسلم حين سمع نداء الأعرابي فقال أو ليس قد ابتعته منك فقال الأعرابي لا والله ما بعته فقال النبي صلى الله عليه وسلم بلى قد ابتعته منك فطفق الأعرابي يقول هلم شهيدا فقال خزيمه بن ثابت أنا أشهد أنك قد بايعته فأقبل النبي صلى الله عليه وسلم على خزيمه فقال بم تشهد فقال بتصديقك يا رسول الله فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمه بشهادة رجلين " ^(٤)

(١) سورة البقرة ، آية ٢٧٥ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٨٢ .

(٣) * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٨٧ * الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤ .

(٤) التيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٢١ رقم ٢١٨٧ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٦٦ رقم ١٣١٨٢ و هو

حديث صحيح الإسناد و رجاله باتفاق الشيخين ثقات . * سنن أبي داود ، ج ٣ ص ٣٠٨ ، رقم ٣٦٠٨

وجه الاستدلال :

إن الإشهاد لو كان واجبا ما تركه النبي - صلى الله عليه وسلم وقت شرائه تلك
الفرس من الأعرابي ، و لذا فإن الأمر بالإشهاد و الذي ورد في الآية الكريمة يحمل على
الندب و الاستحباب ^(١).

ج ، ما رواه أبو موسى الأشعري أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : "ثلاثة
يدعون الله فلا يستجاب لهم رجل له امرأة سيئة خلق فلم يطلقها ، و رجل دفع مال يتيم قبل أن
يبلغ و رجل اقترض رجلا مالا فلم يشهد " ^(٢) .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف يحث على الإشهاد على الدين ، لما فيه من قطع الخصومات،
و النزاعات و حفظ الحقوق لأصحابها ، حيث عدّ النبي - صلى الله عليه وسلم - ترك الإشهاد
على القرض و هو عقد كسائر العقود كالبيع و الإجارة و نحوها من أسباب و دواعي عدم
استجابة الله سبحانه و تعالى لدعوته ، و لذا فإن الاحتياط يدعو إلى الإشهاد على عقد البيع
و الإقراض و نحوها ^(٣).

د ، ما روي عن عروة يعني ابن أبي الجعد الباري قال أعطاه النبي صلى الله عليه
وسلم ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار
فدعا له بالبركة في بيعه كان لو اشترى ثوبا لريخ فيه ^(٤)

وجه الاستدلال:

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر عروة بن الجعد أن يشتري له أضحية ولم
يأمره بالإشهاد ، وأخبره عروة أنه اشترى شاتين ، فباع أحدهما و لم ينكر عليه ترك الإشهاد،
فدل ذلك على عدم وجوب الإشهاد ^(٥).

هـ ، إن الأمة نقلت خلف عن سلف عقود المداينات و الأشرية و البياعات في
أمصارهم من غير إشهاد مع علم فقهاءهم بذلك من غير تكير منهم عليهم ، و لو كان الإشهاد

^(١) * ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ١ ص ٣٣٧ * تفسير الطبري ، ج ٣ ص ١٣٤ * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٨٨ * النووي ،

المجموع ، ج ٩ ص ١٤٧ . * نيل الأوطار ، ج ٥ ص ٢٧٢ .

^(٢) قال الحاكم صحيح الإسناد على شرط الشيخين انظر المستدرک على الصحيحين ، ج ٢ ص ٣٣١ رقم ٣١٨١ * سنن البيهقي

الكبرى ، ج ١٠ ص ١٤٦ باب الاختيار .

^(٣) * ابن كثير ، تفسير ابن كثير ، ج ١ ص ٣٣٧ * تفسير الطبري ، ج ٣ ص ١٣٤ .

^(٤) * أبو داود ، كتاب البيوع ، باب : في المضارب يخالف ، ٣/٣٣٨٤ ، ٢٥٦/٣ .

^(٥) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ .

واجبا " لما تركوا النكير على تاركه مع علمهم به ، و في ذلك دليل على الندب لا وجوبه ، وإن الأمر الوارد في آية الدين هو أمر بالكتابة حال التداين لا غيره ^(١) .

هذا و كان الصحابة يتبايعون في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - في الأسواق فلم يكن يأمرهم بالإشهاد ، ولا نقل عنهم و لم ينكر عليهم - صلى الله عليه وسلم ، و لو كانوا يشهدون في كل بيعا تهم لما أخل بنقله ^(٢) .

و • إن الإشهاد على البيع هام و ضروري ، يقطع النزاع و يبعد التجاحد ، و يحفظ على الناس أموالهم ، و يثبت حقوقهم ^(٣) .

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم لقوله بفرضية الإشهاد على البيع لما قل أو كثر بما يأتي :
أ • قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِذَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ... واستشهدوا شهيدين من رجالكم ... " ^(٤) .
وجه الاستدلال :

إن في هذه الآية الكريمة أوامر مغلظة مؤكدة لا تحتل تأويلاً ، و من تلك الأوامر المغلظة المؤكدة الأمر بالإشهاد على الدين و في التجارة ، و الأمر إنما وضع للفرض والوجوب و الطلب الحتمي ^(٥) .

ب • قول الله تعالى : " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ " ^(٦) .
وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى أمر بالإشهاد على البيوع أمراً " صريحاً " ظاهراً ، و إن الأمر للوجوب ، و قد قال مجاهد : كان ابن عمر رضي الله عنهما إذا باع بنقداً أشهد ، و إذا باع بنسيئة كتب و أشهد ، و عن عطاء بن أبي رباح قال : تشهد على كل شيء تشتريه وتبيعه و لو كان بدرهم أو أقل ، فإن الله تعالى يقول : " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ " ^(٧) ، وقال

^(١) المصاحف ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٠٦ .

^(٢) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ .

^(٣) * الشافعي ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ١٢٦ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٤ * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٨٧ - ٨٨ * النووي ، المجموع ج ٩ ص ١٤٧ .

^(٤) سورة البقرة ، آية ٢٨٢ .

^(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٥ .

^(٦) سورة البقرة ، آية ٢٨٢ .

^(٧) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٥ .

ابن جرير الطبري : لا يحل لمسلم إذا باع و اشترى إلا أن يشهد ، و إلا كان مخالفاً لكتاب الله عز و جل ، و روي مثل هذا عن جابر بن زيد و إبراهيم النخعي و غيرهم ^(١).
ج . ما رواه أبو موسى الأشعري عن النبي - صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم رجل له امرأة سيئة خلق فلم يطلقها ، و رجل دفع مال يتيم قبل أن يبلغ و رجل اقترض رجلاً مالا فلم يشهد " ^(٢).
وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - اعتبر ترك الإشهاد من أسباب عدم استجابة الدعاء فدل ذلك على أن ترك الإشهاد معصية ، و إن المعصية محرم إتيانها ^(٣).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٦ .

(٢) المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٣٣١ رقم ٣١٨١ * سنن البيهقي الكبرى ج ١٠ ص ١٤٦ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٥ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا : مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على أدلة الأئمة الأربعة التي استدلوها بها للقول باستحباب الإشهاد

على البيع الاعتراضات الآتية :

أ . إن دعوى الفسخ الوارد على الآية هو فسخ للأمر بالرهن فقط لا كل ما كتب قبلها من القرآن الكريم ، ولا كل ما نزل قبلها منه ، ولذا فلا يجوز أن يقال : أنها نسخت الأمر بالإشهاد و الكاتب ، لأنها دعوى بعيدة فاسدة بلا برهان ، و إن دعوى النسخ جملة لا تجوز إلا ببرهان متيقن ، و إن كلام الله تعالى إنما ورد ليؤتمر له و يطاع بالعمل به لا لتركه ، و إن النسخ لا يكون إلا بنص آخر من عند الله تعالى أو من عند رسوله - صلى الله عليه و سلم - ، و لذا فالإشهاد يبقى واجبا للأمر الوارد في الآية ^(١).

ب . إن دعوى النذب إلى الإشهاد على البيع دعوى باطلة لا برهان عليها من كتاب أو سنة ، فلا يصح القول بها إلا ببرهان آخر من نص ، ثم إن النذب يقتضي تخيير المخاطب بين الفعل وتركه ، و لذا كان معناه إن شئت فافعل و إن شئت فلا تفعل ، ولا يفهم في اللغة العربية من لفظة افعل لا تفعل إن شئت إلا ببرهان يوجب ذلك ولا برهان ، بل إن القول بالنذب يخالف ظاهر الأمر الوارد في قوله تعالى " و اشهدوا " و بذلك بطل دعواهم النذب بيقين لا إشكال فيه ^(٢).

ج . إن قولهم بالنذب هو تحكم بلا برهان لما يفرق بين أمر الله تعالى بالإشهاد والكتابة في آية الدين و بين أمره تعالى بما أمر به في كفارة الأيمان ، و كفارة الظهار ، و حكم الإيلاء ، و حكم اللعان ، و سائر أوامر القرآن ، فكيف يوجب بعضها و يلغي بعضها ^(٣).

^(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٦

^(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٦

^(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٦

د . إن احتجاجهم للندب بقوله تعالى " فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " (١) مردود على ما يتصل به من الرهن ، ولا يجوز أن يحمل على إسقاط وجوب الأمر بالإشهاد و الكتاب بالدعوى بلا برهان ، أو صارف يصرفه عن الوجوب (٢).

هـ . إن حديث خزيمة لا حجة لهم فيه على إرادة الندب بحجة أن النبي اشترى و لم يشهد عليه لوجهه :

" الوجه الأول : إنه خبر لا يصح لأنه راجع إلى عمارة بن خزيمة و هو مجهول .
الوجه الثاني : أنه خبر لو صح ما كانت لهم فيه حجة ، لأنه ليس فيه أن الأمر تأخر مقدار مدة يمكن فيها الإشهاد فلم يشهد عليه الصلاة و السلام ، و إنما فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاع منه الفرس ، ثم استتبعه ليوفيه الثمن ، فأسرع عليه السلام و أبطأ الأعرابي ، و البيع لا يتم إلا بالتفرق بالأبدان ففارقه النبي - صلى الله عليه وسلم - ليتم البيع ، و إلا فلم يكن تم بعد ، و إنما يجب الإشهاد بعد تمام البيع و صحته لا قبل ذلك .

الوجه الثالث : إن الحديث لو صح لهم و صح فيه أنه عليه السلام ترك الإشهاد و هو قادر عليه بعد تمام البيع و هذا لا يوجد أبداً ، فليس فيه أنه كان بعد نزول الآية ، و إن الإشهاد إنما وجب بنزول الآية لا قبل نزولها ، ولا يجوز ترك يقين حكم الله تعالى بظن كاذب لا يحل القطع به ، فبطل تعلقهم بهذا الخبر جملة ، ثم أنه عهد بهم يقولون بخلاف هذا الخبر لأن جميعهم يقول لا يحكم الحاكم لنفسه " (٣).

و . " إن استدلالهم بما صح أن النبي - صلى الله عليه وسلم مات و درعه مرهونة في ثلاثين صاعاً من شعير ، و إن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يبتاع ولا يشهد هو هنر و خلط غير سديد ، لأن كل ذلك لا متعلق لهم بشيء منه ؛ لأن جميعها ليس في شيء منها أنه - صلى الله عليه وسلم - لم يشهد ولا أنه اشهد ، بل إن أكثرها ليس فيها ذكر ثمن ، فيلزمهم على هذا أن يجيزوا البيع بغير ذكر ثمن لأنه مسكوت عنه ، كما سككت عن ذكر الإشهاد و ليس ترك جميع الأحكام في كثير من الأخبار بمسقط ، كما أن قوله تعالى " كلوا واشربوا " (٤) ليس فيه إباحة ما حرم من المأكول و المشارب ، بل النصوص كلها مضموم

(١) سورة البقرة ، آية ٢٨٣ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٦ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٨ .

(٤) سورة البقرة ، آية ٦٠ و سورة الأعراف ، آية ٣١ .

بعضها إلى بعض ، مأخوذ بما في كل واحد منها ، و إن لم تذكر في غيره منها ، و ما عدا هذا ففساد في العقل و إفساد للدين و دعاوى في غاية البطلان ^(١).

ثم إن من قال بالندب و إن خالف بذلك الوجوب إلا أنه يتفق مع من أوجب على أن الإشهاد فعل حسن مندوب إليه ، فإن كان السكوت عن ذكر الإشهاد في هذه الأخبار دليلاً على سقوط وجوبه ، فهو دليل على سقوط اختياره لأنه - صلى الله عليه و سلم - لا يترك الأفضل في جميع أعماله للأدنى ^(٢).

ز . " إن قولهم إن الإشهاد على البيع مما تعظم به البلوى و لو وجب ما خفي على كثير من العلماء ، فهو قول باطل لا دليل عليه من كتاب الله سبحانه ولا سنة نبيه - صلى الله عليه و سلم - إذ لو كان كما وصفوا لنصت عليه الآيات الكريمات و الأحاديث النبوية ، حيث لم يأت من ذلك في ذلك شيء ، فقولهم تحكم بالباطل في القول و الاستدلال " ^(٣).

ح . " إن الإشهاد على البيع روي القول بوجوبه عن ابن عمر و أبي موسى ، ومجاهد ، و ابن سيرين و عطاء ، و الضحاك أبو أنيس بن قيس الفهري ، و غيرهم ، ثم اختلف هؤلاء هل هذا الحكم باق أم منسوخ ، فذهب أكثرهم إلى أنه محكم غير منسوخ و ذهب طائفة إلى أنه منسوخ بقوله تعالى : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " ^(٤) و قوله تعالى : " وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ " ^(٥) ، و عليه فإن دعوى الإجماع التي استدلت بها الأئمة الأربعة للقول باستحباب الإشهاد و الندب إليه دعوى باطلة لانخراص الإجماع بمخالفة بعض كبار الصحابة و التابعين " ^(٦).

ثانيا . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول الإمام ابن حزم بوجوب الإشهاد على البيع و أدلته لذلك الاعتراضات

الآتية:

أ . إن الأمر الوارد في الآية لا يمكن أن يراد به الإيجاب لامتناع ورود الناسخ والمنسوخ معا في شيء واحد ، إذ غير جائز نسخ الحكم قبل استقراره ، و لما لم يثبت تاريخ نزول قوله تعالى " وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ " و قوله تعالى : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٩ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٤٩ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٥٠ .

(٤) سورة البقرة ، آية ، ٢٨٣ .

(٥) سورة البقرة ، آية ، ٢٨٢ .

(٦) أبو محمد الجوزي ، زاد المسير ، ج ١ ص ٣٤٠ .

الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتُهُ" ، وجب الحكم بورودهما معا " فلم يرد الأمر بالكتاب و الإشهاد إلا مقرونا " بقوله تعالى : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " ، فثبت بذلك أن الأمر بالكتاب و الإشهاد ندب غير واجب ، ثم إن ما روي عن ابن عباس من أن آية الدين محكمة لم ينسخ منها شيء لا دلالة فيه ، على أنه رأى الإشهاد واجبا لأنه جائز أن يريد أن الجميع وردن معا " ، فكان نسق التلاوة ، فأوجب أن يكون الإشهاد ندبا " ، وهو قوله تعالى : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " * (١).

ثم إن الأمر الوارد في الآية بالإشهاد يحمل على الندب ، لأن فعل النبي — صلى الله عليه وسلم — حيث لم يشهد على بيعه — كما سبق — قرينة صارفة للأمر من الوجوب إلى الندب (٢)

ب . إن ما روي عن ابن عمر — رضي الله عنهما — أنه كان يشهد ، و ما روي عن أبي موسى ثلاثة يدعون فلا يستجاب لهم أحدهم : من له على رجل دين و لم يشهد " فلا دلالة فيه على أنه رآه واجبا " ، ألا ترى أنه ذكر معه من له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها ، وإنما هذا القول منه على أن فاعل ذلك تارك للاحتياط و التوصل إلى ما جعل الله تعالى له فيه المخرج و الخلاص (٣).

ج . إن احتجاج ابن حزم بأية الدين لا يستقيم ، إذ الأمر الوارد فيها بالإشهاد هو أمر بالإشهاد على الدين لا على البيع

(١) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٠٦ .

(٢) الشوكاني ، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٢ .

(٣) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٠٦ .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم الإشهاد على البيع ، و استعرا ضنا أدلتهم وناقشناها ، أرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ، وهو استحباب الإشهاد على البيع و النذب إليه لا وجوبه ، و ذلك للأمور الآتية :

أ . إن الله سبحانه و تعالى أحل البيع بقوله " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " و لم ينبه الى ضرورة الإشهاد عليه ، فهو في الأصل مباح ، و من المعلوم إن المباحات إذا ورد عليها الأمر حمل الأمر على النذب و الاستحباب ، و إن الله تعالى أمر بالإشهاد بعد أن أباح البيع وأحلّه ، فيحمل الأمر بالإشهاد على النذب جريا " على القاعدة .

فالأمر بالإشهاد على البيع كان دلالة لا حتما " لأن الله عز و جل قال " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " كما قال الله تعالى " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " وهو صارف للأمر عن ظاهره .

ب . إن الله سبحانه و تعالى أمر بالإشهاد على الدين ، و إن الدين تباع و إن الله تعالى أمر بالإشهاد به على النظر و الاحتياط لا على الحتم و هذا ظاهر من أية الدين إذ بعد أن أمر الله تعالى بالإشهاد على الدين قال في سياق الآية : " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " ، فلما أمر إذا لم يجدوا كتابا " بالرهن ، ثم أباح ترك الرهن فقال : " فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ " دل على أن الأمر الأول وهو الإشهاد دلالة على الحض لا فرض منه يعصي من تركه .

ج . إن النبي - صلى الله عليه و سلم - كان يبايع و لم يذكر عنه أنه كان يشهد و لو كان فرضا " لأشهد ، كما أنه وكل من يشتري له ، و لم يأمره بالإشهاد ، و لو كان الإشهاد واجبا لأمر به .

د . إن الصحابة رضوان الله عنهم كانوا يتبايعون و ما كانوا يشهدون على بيعاتهم ولو كان الإشهاد واجبا " و فرضا " لما تركوه .

هـ . إن إيجاب الإشهاد على البيوع فيه تعسير على الناس و تضيق و حرج وقصور عن تلبية حاجات الناس ، و إن الله سبحانه و تعالى ما جعل على المسلمين في الدين من حرج ، بل إن البيوع مبناها على التخفيف و رفع الحرج و تلبية الحاجات فهي كسائر المعاملات ، و مع أنني أرجح ذلك إلا أنني أنبه إلى أولوية الإشهاد في زماننا هذا ، و ذلك لضعف الذمم و إتهام الأخلاق و بعد الناس عن دين الله . و الله أعلم .

المطلب الرابع

اشتراط الخيار في عقد البيع

الفرع الأول

أقوال الفقهاء في اشتراط الخيار في عقد البيع

خيار الشرط : " هو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما في العقد خيار مدة معلومة ، فيثبت فيها و إن طالت " (١) . و قد سمي خيار الشرط بذلك من باب إضافة الشيء إلى سببه ، أي الخيار المتسبب عن الشرط و ما يتعلق به (٢) .

و يسمى خيار الشرط أيضا " خيار التروي أي التثني و الإرادة ، و يثبت في كل ما ثبت فيه خيار المجلس إلا في البيوع الربوية و بيع الطعام لاشتراط القبض و التجيز فيها (٣) . هذا و الأصل في البيع اللزوم ، لأن القصد منه نقل الملك ، و قضية الملك التصرف ، و كلاهما فرع للزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين (٤) .

و قد اختلف الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد مع الإمام ابن حزم الظاهري في صحة خيار الشرط ، و هو اشتراط الخيار في عقد البيع على قولين هما : القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد إلى صحة وجواز اشتراط الخيار في عقد البيع ، سواء كان اشتراط الخيار لكلا المتعاقدين أم لاحدهما أم لأجنبي (٥) .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى القول : إن كل بيع وقع بشرط خيل للبائع ، أو للمشتري أو لهما جميعا ، أو لغيرهما ، خيار ساعة أو يوم ، أو ثلاثة أيام أو أكثر أو أقل باطل تخيرا إنفاذه أم لم يتخيرا ، فإن قبضه المشتري بإذن بانه فلهك في يده بغير فعله

(١) ابن مفلح ، المدع ، ج ٤ ص ٦٧ * الحنبلي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١١٠ * ابن ضويان ، منار السبيل ، ج ١ ص ٢٩٨ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٥ .

(٢) * البحريني ، حاشية البحريني ، ج ٢ ص ٢٣٧ * ابن المعام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ص ٢٩٨ .

(٣) البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٨ .

(٤) البكري ، إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٦ .

(٥) * السرخسي ، البسوط ، ج ١٣ ص ٣٨ * المرغيناني ، بداية المتبدي ، ج ١ ص ١٣٢ * الهداية شرح بداية المتبدي ، ج ٣ ص ٢٧ * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر المدقات ، ج ٦ ص ٢ * ابن المعام ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ص ٢٩٨ * البحريني ، حاشية البحريني ، ج ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٩ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٣٤٣ * الإصمعي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٦٨٥ * ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ١٨٠ * إعانة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٨ * الشافعي ، الأم ج ٣ ص ٥ * النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٨١ * ابن مفلح ، المدع ، ج ٤ ص ٦٧ ، ٧٠ * دليل الطالب ، ج ١ ص ١١٠ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٤ ص ٢٦٤ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٥ * منار السبيل ، ج ١ ص ٢٩٨ * الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٢٥٨ .

فلا شيء عليه ، فإن قبضه بغير إذن صاحبه لكن بحكم حاكم أو بغير حكم حاكم ضمنه ضمان الغصب ، و كذلك إن أحدث فيه حدثاً " ضمنه ضمان المعتدي ^(١) .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف بين الفقهاء في صحة جواز خيار الشرط الى تعارض الأدلة التي تمسك بها كل فريق مع أدلة الفريق الآخر ، إذ عمدة الأئمة الأربعة حديث : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار " ، و حديث حبان بن منقذ " و لك الخيار ثلاثاً " ، و عمدة من منعه من أهل الظاهر أنه غرر و أن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع ، و قالوا : أما حديث حبان فإما أنه ليس بصحيح ، و أما أنه خاص لما شكى إلى النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه يخدع في البيوع ، و أما حديث " إلا بيع الخيار " فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ و هو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر. ^(٢)

^(١) ابن حزم ، المغلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٠ .

^(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ٢٦٧ .

ص ١٥٧ رقم ٦١٨ * مستند الإمام أحمد ، ج ٢ ص ١١٩ رقم ٦٠٠٦ .

^(١) ابن دقيق العيد ، عمدة الأحكام ، ج ٣ ص ١٠٢ .

^(٢) * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٧ ص ٢٤٨ رقم ١٤٢١٠ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٤ ص ٣٠ .

* المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٥٧ رقم ٢٣٠٩ .

^(١) ابن مفلح ، المدخل ، ج ٤ ص ٦٧ .

د . ما رواه ابن عمر قال ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في النبوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بايعت فقل لا خيابة فكان إذا بايع يقول لا خيابة (١).

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف يدل بلفظه الظاهر الصريح على جواز البيع مع شرط الخيار للحاجة إليه (٢).

هـ . ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال من اشترى شاة محفلة فردّها فليردّ معها صاعاً من و في رواية : عن أبي هريرة قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم من ابتاع محفلة أو مصراً فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها ردّها وصاعاً من تمر لا سمراء (٣).

وجه الاستدلال :

إن في هذا الحديث دليل على جواز اشتراط الخيار في البيع ، و المراد خيار الشرط و لذا قدره بثلاثة أيام ، و ذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار ، و المحفلة : التي اجتمع اللبن في ضرعها ، و المحفل هو المجتمع ، و اجتماع اللبن في ضرعها قد يكون لغزارة اللبن ، و قد يكون بتحصيل البائع بأن يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن في ضرعها ، فلا يتبين أحدهما عن الآخر للمشتري إلا بالنظرة مدة و ذلك ثلاثة أيام لأنه إذا حلبها في اليوم الأول لا يتبين له شيء و كذلك في اليوم الثاني ، فلعن النقصان تعارض ، فإذا حلبها في اليوم الثالث و كان مثل اليوم الثاني علم أن لبنها هذا القدر ، و إن الزيادة في اليوم الأول كان للتحفيل فيحتاج إلى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرورية عن نفسه فجوز له الشرع ذلك ، و جعله يؤخر النظرين ثلاثة أيام ، و أما إذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عند الحنفية ، و قال الشافعي له ردّها و يرد معها صاعاً من تمر لأجل اللبن (٤) . و يبقى مقتضى العقد و هو اللزوم و موجبة و هو الملك ، و لكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث و لحاجة الناس إلى ذلك فالبيع عقد معاينة و المقصود به الاسترباح ولا

(١) رواه البخاري في تاريخه و أصله في الصحيحين و لفظ البخاري : لا خيابة ، و مسلم لا خيانة * الموطأ ، ج ٢ ص ٦٨٥ رقم

١٣٦٨ * صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٦٥ رقم ١٥٣٣ * صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٧٤٥ رقم ٢٠١١ .

(٢) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٠ * إغاثة الطالبين ، ج ٣ ص ٢٩ .

(٣) صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٧٥٥ رقم ٢٠٤٢ * مسند أبي عوانة ، ج ٣ ص ٢٧٩ رقم ٤٩٦٤ * الميمني ، مجمع الزوائد ، ج ٤

ص ٨١ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٥ ص ٣١٩ رقم ١٠٥٠٦ .

(٤) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ص ٣٨ .

يمكنه تحصيل ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ، لاحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار ، فإذا كانت تجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة و نحوها فشرط الخيار في العقد أولى ثم أصل العقد لا يتعلق بالشرط ، لأن الخيار صفة في العقد يقال بيع بات و بيع بخيار و بالصفة لا يتعلق أصل الموصوف ، وإنما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لأن الشرط لا يخلو السبب عند الحكم إلا أن يتصل الحكم به ، فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل^(١).

و الإجماع حيث أجمع العلماء على اعتبار خيار الشرط في عقد البيع ، و اتفقوا على جواز اشتراط الخيار فيه^(٢).

ز . إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد و هو اللزوم ، و إنما يجوز بخلاف القياس لما روي في الحديث الشريف^(٣) ، و كما شرع للحاجة التي تنزل منزلة من الضرورة^(٤) .
ح . إن خيار الشرط حق مقدر يعتمد الشرط ، فيرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل ، أو مدة ملحقة بالعقد ، فجاز ما اتفقا عليه كالأجل^(٥).

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله ببطلان خيار الشرط في عقد البيع بما يأتي :
أ . ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما بآل أناس يشترون شروطاً ليست في كتاب الله من اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة مؤنة شرط الله أحق وأوثق^(٦)

وجه الاستدلال :

إن خيار الشرط ليس في كتاب الله تعالى ولا في شيء من سنة نبيه - صلى الله عليه -
و سلم فوجب بطلانه يقيناً ، و إذا بطل الشرط فكل عقد لم يصح إلا بصحة ما لم يصح ، فلا

(١) * السرخسي ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤١ * المرغباني ، بداية المبتدي ، ج ١ ص ١٣٢ .

(٢) * النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ١٨١ * ابن مفلح ، اللدع ، ج ٤ ص ٦٧ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤٥ * منار السيل ، ج ١ ص ٢٩٨ .

(٣) المرغباني ، أهداية شرح بداية البداية ، ج ٣ ص ٢٧ .

(٤) ابن القيم ، شرح فتح القدير ، ج ٦ ص ٣٠١ .

(٥) ابن مفلح ، اللدع ، ج ٤ ص ٦٧ .

(٦) * صحيح الإمام مسلم ، ج ٢ ص ١١٤١ رقم ١٥٠٤ * صحيح الإمام البخاري ، ج ١ ص ١٧٤ رقم ٤٤٤ .

صحة له بلا شك فوجب بطلان البيع الذي عقد على شرط الخيار ^(١)، كما قال تعالى "إن اللّٰه لا يُمْلِكُ عَمَلُ الْمُفْسِدِينَ" (٨١) * ^(٢).

ب. "إن خيار الشرط لم يقل به الصحابة ولا التابعون ، بل روي عنهم ما يخالف الأخذ به ^(٣)، فعن عائشة - رضي الله عنها - أنها كرهت أن تباع الأمة بشرط ، و عن عبد الله بن عتبة قال : أراد ابن مسعود أن يشتري جارية يتسراها من امرأته ، فقالت : لا أبيعها حتى اشترط عليك إن ابتعتها نفسي فأنا أولى بالثمن . فقال ابن مسعود : حتى أسأل عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : لا تقربها و فيها شرط لأحد . و قال عطاء : كل بيع فيه شرط فليس بيعا ^(٤)، فكل هذا واضح في إبطال البيع بشرط الخيار ، و قال ابن حزم : " هذا عند كل ذي حس سليم أوضح في إبطال البيع بشرط الخيار من دعواهم إن عمر مخالف للسنة في أن لا بيع بين المتبايعين حتى يتفرقا بما لم يصح عنه من قوله البيع عن صفقة أو خيار و من دعواهم مثل ذلك عن ابن عمر في قوله : ما أدركت الصفقة خيار مجموعا " فمن البائع ، وليس في هذا إشارة إلى خلاف السنة المذكورة ، بل صح عنهما رضي الله عنهما موافقة السنة في ذلك . و عليه فإن ادعاء الإجماع لا يستقيم لوجود المخالف للإجماع ، و عليه فلا إجماع ولا نص على قولهم * ^(٥).

ج. " إن الأئمة الأربعة قد افتخروا باتباع المرسل و إنه كالمسند ، فقد روي من طريق أبي بكر بن أبي شيبة عن إسماعيل بن علية بن أيوب السخيتاني عن أبي قلابة ، قال النبي صلى الله عليه و سلم : " لا يتفرق بيعان إلا عن تراض " ^(٦) و هذا أحسن المراسيل ، فأين هم عنه و فيه النهي عن بقاء الخيار بعد التفرق ، و هنا يرد سؤال عن بيع الخيار ، هل زال ملك بائعه عنه و ملكه المشتري له أم لا إذا اشترط الخيار للبائع أولهما ، فإن قيل : لا ، قيل : وهذا قول ابن حزم ، و صح أنه لا بيع هنالك أصلا ، لأن البيع نقل ملك البائع وإيقاع

^(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٨ .

^(٢) سورة يونس ، آية ٨١ .

^(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٨ .

^(٤) مسند البيهقي الكرى ، ج ٥ ص ٣٣٦ رقم ١٠٦١١ * الموطأ ، ج ٢ ص ٦١٦ رقم ١٢٧٥ * الخراساني ، المسند الكرى ، ج ٢ ص ١٣٣ رقم ٢٢٥ .

^(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٥ .

^(٦) * مصنف ابن أبي شيبة ، ج ٤ ص ٤٩٠ رقم ٢٢٤١٨ ، مصنف عبد الرزاق ، ج ٨ ص ٥١ رقم ١٤٢٦٨ * مسند الإمام أحمد ،

ج ٢ ص ٥٣٦ رقم ١٠٣٩ و رجاله ثقات فتح الباري ج ٤ ص ٢٨٩ .

ملك المشتري ، و إن قيل نعم ، قيل : فالخيار لا معنى له ، ولا يصح شيء قد صح ملكه عليه ، و أقوالهم تدل على خلاف هذا ، فإن قيل : قد باع البائع و لم يشتري المشتري بعد ، قيل : هذا تخبط باطل لا خفاء به ، لأنه لا يكون بيع إلا و هنالك بائع و مبيع و انتقال ملك ، وهكذا إن كان الخيار للبائع فقط ، فمن المحال أن ينعقد البيع على المشتري و لم ينعقد على البائع ، فإن كان الخيار لهما أو لأجنبي فهذا بيع لا ينعقد لا على البائع ولا على المشتري فهو باطل^(١).

(١) ابن حزم ، المغلي ، الآثار ، ج ٨ ص ٣٧٨ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة :

يرد على قول الأئمة الأربعة بجواز خيار الشرط و أدلتهم التي استدلو بها لذلك الاعتراضات الآتية :

أ . إن القول بجواز شرط الخيار و ما يتعلق به من أحكام لا يعرف له أصل ، ولا يحفظ فيه شيء و لم يقل به أحد قبل الأئمة الأربعة ، فهو شرع لم يأذن به الله سبحانه ، ولا أوجبته سنة و لا رواية ضعيفة ، ولا قياس ولا قول متقدم ، ولا رأي له وجه .^(١)

ب . إن استدلال الإمامين أبي حنيفة و الشافعي بحديث حبان بن منقذ ، و إن النبي - صلى الله عليه و سلم - جعل له الخيار ثلاثة أيام فيما اشترى ، فعجب عجيب جداً " أن يكونا أول مخالف لهذا الحديث و قولهما بفساد بيعه جملة إن كان يستحق الحجر و يخدع في البيوت أو جواز بيعه جملة ، ولا يرده إلا من عيب إن كان لا يستحق الحجر ، فكيف يستحل ذو ورع أن يعصي رسول الله - صلى الله عليه و سلم - فيما أمر به ثم يقولوا ما لم يقل ذلك ، و ليس في هذا الخبر بيع بخيار من المتبايعين ل أحدهما أو لهما ، و في هذا نوزعوا .^(٢)

ج . إن احتجاج أبي حنيفة بحديث المصراه فطامة من الطوام ، وهو مخالف له ، و طاعن فيه ، مخالف كل ما فيه فمرة يجعله ذو التورع منهم منسوخاً بتحريم الربا و كذبوا في ذلك ، إذ لا منخل للربا ههنا ، و مرة يجعلونه كذباً و يعرضون بأبي هريرة ، و الله تعالى يجزيهم بذلك في الدنيا و الآخرة ، فإن من يعرضون به هو الصحابي البر أبو هريرة رضي الله عنه ، و عليه فإنهم يجيزون خيار الشرط بلا برهان ولا دليل .^(٣)

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧١ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٢ .

د . إن احتجاجهم بالإجماع غير صحيح ولا سليم ؛ لأن لصحابة - رضي الله عنهم - لا يعلم عنهم في بيع الخيار شيء لا من إجازة ولا عدم إجازة ، فهو تهويل منهم بالصاحب الذي لا يعرف له مخالف ، نعم وإن عرف لهم مخالف ^(١) .

هـ . إن القول بجواز خيار الشرط مخالفة للسنة النبوية وما صح عن عمر و كذلك عمل عمر و نافع بن الحارث و صفوان ابن أمية - رضوان الله عنهم - ، فهو مخالف لسنة النبي - صلى الله عليه و سلم و عمل صحابته المشهور الذي لا يمكن إن يخفى بحضرة الصحابة بالمدينة المنورة و مكة المكرمة ، ولا يعرف للصحابة في ذلك مخالف ، ولا عليهم منكر ممن يجيز البيع بشرط الخيار أصلاً بأصح طريق و أثبتته في أشهر قصة وهو ابتياع دار للسجن بمكة ، و ما كان قبل ذلك بها للسجن دار أصلاً ، ولم ينكر عليهم أحد ^(٢) .

و . إن الاحتجاج بحديث " المسلمون عند شروطهم .. " لا يصح ؛ لأنه عن كثير بن زيد و هو مطرح باتفاق ولا يحل الاحتجاج بما روى ^(٣) .
ز . إن احتجاجهم بحديث النبي - صلى الله عليه و سلم - : " كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا " لا يبيح الخيار " لا يسلم ، إذ لا حجة لهم فيه لأن أيوب عن نافع عن ابن عمر قد بين ذلك الخيار ما هو ، و أنه قول أحدهما للآخر : اختر ، و بين أيضاً " الليث عن نافع عن ابن عمر بمثله وأوضحه إسماعيل بن جعفر عن نافع عن ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، إلا أن يكون البيع عن خيار ، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع ، فصح ضرورة أن هذا الخيار إنما هو التخيير من أحدهما للآخر فقط ، و هذا و غيره لا حجة فيه ^(٤) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٤ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٤ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٥ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٣٧٦ .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري و أدلته التي استدل بها لمنع خيار الشرط الاعتراضات الآتية :

أ . إن استدلال الإمام ابن حزم الظاهري بقول النبي - صلى الله عليه و سلم - " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ... " ليس في مكانه ، ذلك لأن الحديث متعلق بالشروط التي تؤول بالعقد إلى الجهالة و الغرر و الربا ومثالها لها بيع و شرط .

ب . إن الأثر الوارد عن ابن مسعود لا دليل فيه .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا قول الأئمة الأربعة وقول الإمام ابن حزم الظاهري في حكم خيار الشرط وعرضنا أدلتهم وناقضاتها ، أرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة وهو جواز خيار الشرط ، وذلك للمبررات الآتية :

- أ . إن عموم النصوص في كتاب الله العزيز وسنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وخصوصها تدل على جواز خيار الشرط ومشروعيته .
 - ب . إن العبرة في النصوص بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، ومن هذا حديث حبان بن منقذ فهو عام لا خاص به .
 - ج . إن لخيار الشرط حاجة ملحة ، إذ يعتبر حائلا ومانعاً من لحوق الأضرار بالمتعاقدين أو أحدهما من غير الإضرار بالآخر .
 - د . إن خيار الشرط حق مقدر يعتمد الشرط ، فشأنه شأن سائر الشروط في العقد ، ولقد دلت السنة على جوازه .
- ولذا فإنه يجوز اشتراط خيار الشرط في عقد البيع ، والله أعلم .

المبحث الثاني

أحكام السلم

المطلب الأول

السلم في العروض

الفرع الأول

مفهوم السلم

السلم لغة : السلم نوع من البيع ، و يصح بالفاظه و بلفظ السلم و السلف ، و قال الأزهري : السلم و السلف واحد في قول أهل اللغة ، إلا أن السلف يكون قرضاً و السلم لغة أهل الحجاز ، و السلف لغة أهل العراق ، و قال الماوردي : و سمي مسلماً لتسليم رأس المال في المجلس ، و سلفاً لتقديمه . و يقال أسلم و سلم و أسلف و سلف و معنى السلم أيضاً : التقديم و التسليم (١) .

السلم اصطلاحاً : " هو بيع أجل بعاجل " (٢) ، أو : " السلم إثبات مال في الذمة بمبذول في الحال " أو : " عقد على موصوف في الذمة ببذل يعطى عاجلاً " أو : " حاضر في موصوف في الذمة " (٣) ، و قيل : " هو أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل " (٤) ، أو : " هو بيع معدوم خاص ليس نفعا " إلى أجل بثمن مقبوض في مجلس العقد (٥) . و قيل : " هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد " (٦) .

(١) القنوي ، أنيس الفقهاء ، ص ٢١٨-٢١٩ . النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ص ١٨٧ . * الجرجاني ، التعريفات ص ١٦٠ ، الرخيشي ، أساس البلاغة ، ص ٢١٨ . * المنجد في اللغة و الأدب ، ص ٣٤٧ .

(٢) * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٥ ص ٢٠٩ * ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ٧٠ .

(٣) النووي ، روضة الطالبين ، ج ٤ ص ٣ .

(٤) * ابن قدامة ، المعني ، ج ٤ ص ١٨٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٧٧ .

(٥) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٧٧ .

(٦) المرداوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ٨٤ .

و الأولى تعريف السلم بأنه " شراء أجل بعاجل " ، و ذلك لأن المسلم اسم من الإسلام ولا يخفى أن الإسلام صفة السلم فهو المنظور إليه أصالة ، و لذا سموه رب السلم أي صاحبه ، فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ ، و المعنى هو الشراء الذي هو المراد بالإسلام الصادر عن رب السلم بخلاف البيع الصادر عن المسلم إليه ، و مثله الأخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما . (١)

هذا و العروض جمع عَرَضَ بالتحريك ، و هي ما عدا النقود و الحيوانات و المكيلات و الموزونات كالمتاع و القماش (٢) ، و قيل هي ما عدا الدنانير و الدراهم . (٣)

و صورة السلم في العروض : أسلمت إليك صاعا من قمح بخمسة أنزع من القماش إلى شهرين تسلمها في بيتي ، فالأجل و المسلم فيه هو المبيع و هي خمسة الأنزع و المسلم إليه البائع ، و العاجل الثمن (القمح) وصاحبه يسمى رب السلم .

(١) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٢) جمعة الحلة ، الحلة ، ج ١ ص ٣٢ .

(٣) المالكي ، كفاية الطالب ، ج ٢ ص ٢٣٠ .

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في السلم في العروض

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في جواز السلم في العروض وصحته وذلك على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك و الشافعي واحمد في المذهب و المشهور عنه الى جواز وصحة السلم في العروض إن لم يجر بينهما ربا النسئنة ، حيث يجوز و يصح أن يسلم عرضا في ذهب أو فضة ، أو بعرض . آخر أو بثمن ^(١).

هذا وروي عن الإمام أحمد في رواية أخرى إلى أنه لا يجوز السلم إلا بذهب أو ورق خاصة ذكرها ابن أبي موسى ، و قال ابن عقيل ^(٢) لا يجوز أن يكون رأس المال إلا ذهبا أو فضة ، فعليه لا يسلم العروض بعضها ببعض و هو ظاهر كلام الخرقي ^(٣) و على المذهب يصح ^(٤).

و الضابط لما يجوز فيه السلم عند الشافعي أن يكون مالا يجوز بيعه، و تضبط صفاته ، كالأثمان و الحبوب ، و الثمار ، و الثياب ، و الدواب، و العبيد ، و الجواري و نحوها مما يباع و تضبط صفاته ، و مالا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه ، لأنه يقع البيع فيه على مجهول ،

(١) المرجعيات ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ص ٧٧ - ٧٨ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٥ ص ٢٠٩ * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٦ ص ١٦٩ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٨٧ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٢٠٥ * المالكي ، كفاية الطالب ، ج ٢ ص ٢٣٠ * القرطبي ، الكافي في فقه مالك ، ج ١ ص ٣٣٧ ، ٣٤٢ * سحنون ، المدونة الكبرى ، ج ٩ ص ١٢-١٣ * الشيرازي ، المهلب ، ج ١ ص ٢٩٧ * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٩٩ * الشربيني ، الإقناع ، ج ٢ ص ٢٩١ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٤ ص ٢٧ * الحنبلي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١١٨ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ١٣٢ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣٣٣ * المرادوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ٨٤ ، ٨٩ * اليهودي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ١٣٩ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٧٨ .

(٢) أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن عبد الله البغدادي الطبري الحنبلي ولد سنة ٤٣١ هـ الهجري ، سير أعلام النبلاء ، ج ١٩ ص ٤٤٣ .

(٣) أبو القاسم عمر بن الحسين الحرقي البغدادي ، سير أعلام النبلاء ، ج ١٥ ص ٣٣٦ .

(٤) * المرادوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ٩٠ .

وبيع المجهول لا يجوز ، ولا يجوز السلم عند الشافعي في النبل لأن دقته
وغلظه مقصود ، وذلك لا يضبط ولا يجوز في الجواهر واللؤلؤ والياقوت لأن
صفاءها مقصود ، وعلى قدر صفاتها يكون ثمنها ، وذلك لا يضبط
بالوصف فلا يجوز السلم فيما لا تضبط صفاته ولا يصح بيعه ^(١).

هذا و ذهب الإمام الشافعي إلى القول : * ولا بأس أن يسلف العرض
في العرض مثله إذا لم يكن مأكولا ولا مشروباً * ^(٢).

و الضابط عند أبي حنيفة أنه لا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا
بسبعة شرائط : جنس معلوم و نوع معلوم و صفة معلومة ، و مقدار معلوم ،
و اجل معلوم و معرفة مقدار رأس مال إذا كان يتعلق العقد على مقداره ^(٣) .
و يجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً و عرضاً و رقعة لأنه اسلم في
معلوم مقدور التسليم ، قال : و كل ما أمكن ضبط صفته و معرفة مقداره
جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، و ما لا يضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز السلم فيه ؛ لأنه دين و بدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة
تفضي إلى المنازعة ^(٤) .

و قال الحنفية : و أما السلم في الثياب ، فإذا بين جنسه و نوعه
وصفته و رقعته يجوز استحساناً و القياس لا يجوز ^(٥) .

و قد سئل الإمام مالك عن السلم في العروض بغيرها أو بعروض أخرى ؟ فقال لا بأس
به ^(٦) و عن الإمام أحمد أنه يشترط فيما يصلح للسلم سبعة شروط منها : أن يكون فيما يمكن
ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمزروع ، فأما المعدود و المختلف كالحيوان و الفواكه
فروايتان ، و يقصد بما يمكن ضبط صفاته ، أي أن لا يختلف كثيراً
فيفضي إلى المنازعة و المشاققة ، و المطلوب عدمها ^(٧) .

(١) * الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٢٩٧ * الشربيني ، الإقناع ، ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٩٩ .

(٣) * بداية المبتدي ، ج ١ ص ١٤٢ .

(٤) * المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ص ٧٧ - ٧٨ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٥) * السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ١٦ .

(٦) * سحنون ، المدونة الكبرى ، ج ٩ ص ١٣ * ابن حزم ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٧ .

(٧) * المرداوي ، الإنصاف ، ج ١ ص ٣٣٣ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٧٨ .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز السلم في العروض ، يقول الإمام ابن حزم : لا يجوز السلم إلا في مكبل أو موزون فقط ولا يجوز في حيوان ، ولا منزوع ، ولا معدود ، ولا في شيء مما ذكرنا ^(١).

و السلم عند ابن حزم ليس بيعاً بل هو نوع مشروع مستقل بذاته ؛ لأن التسمية في الديانات ليست إلا لله عز وجل على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - وإنما سماه السلف أو التمليف أو التسليم ^(٢).

سبب الخلاف :

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في حكم السلم بالعروض إلى تعارض الآثار الواردة في السلف ، وتردد العروض بين أن تضبط بالصفة وبين ألا تضبط ، فمن نظر إلى تباين العروض في الصفات قال : لا تضبط ، ومن نظر إلى تشابهها قال : تضبط ، واستدل لذلك بالآثار الدالة عليه ^(٣).

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٥ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٥ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٢٥٨ .

الفرع الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لجواز السلم في غير المكيل و الموزون من العروض و نحوه بما يأتي :

أ . ما رواه عبد الله بن أبي أوفى قال إنا كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب والتمر وسألت ابن أبي زرى فقال مثل ذلك^(١) .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث يدل على إقرار النبي - صلى الله عليه وسلم - صحابته على تعاملهم بالسلف ، و إن الإقرار دليل من الأدلة الشرعية التي تثبت بها الأحكام ، و إن السلف كما يكون بالمكيل و الموزون يكون بالعروض و نحوه ، سيما و إن العروض ما سوى الذهب و الفضة^(٢) ، و إن الحديث جاء بسلمهم الحنطة و الزيت .

ب . ما روى عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنقبت الإبل فأمرة أن يأخذ في قلاص الصدقة^(٣) فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة^(٤)

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أذن بالسلم في الإبل ، فدل هذا على جواز السلم في العروض.

(١) * صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٧٨٢ رقم ٢١٢٧ . * سنن أبي داود ، ج ٣ ص ٢٧٥ ، رقم ٣٤٦٤ . * مسند الإمام أحمد ، ج ٤ ص ٣٦٥ . * النسائي ، المجتبى ، ج ٧ ص ٢٨٩ ، رقم ٤٦١٤ .

(٢) المالكي ، كفاية الطالب ، ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) إبل الصدقة .

(٤) * المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٦٥ ، رقم ٢٣٤٠ . * سنن الفاروقی ، ج ٣ ، ص ٦٩ ، رقم ٢٦١ . * سنن أبي داود ، ج ٣ ص ٢٥٠ رقم ٣٣٥٧ .

ج . ما رواه أبو النضر قال : سئل ابن عمر - رضي الله عنه -
عن السلم في السوق ؟ قال : لا بأس ، و السوق الحرير ، فثبت جواز السلم
في كل ما يباع و يضبط بالصفات و عدم جوازه فيما لا يضبط بالصفة ، إذ
لا يقع البيع فيه لأنه بيع على مجهول و بيع المجهول لا يجوز . (١)

د . إن العروض مما تنضبط صفاته ، و لذا يصح فيها السلم كما
يصح فيها البيع ، و ذلك لأنها لا تختلف ثمنها اختلافا كثيرا ظاهرا مفضيا
للمنازعة و المشاقة و الخصومة ، و هذا بعكس ما لو كانت غير مضبوطة
الصفة . (٢)

هـ . إن السلم لا يصح إلا بشروط ستة أحدها : أن يكون المسلم فيه
مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرا ، فيصح في
الحبوب و الثمار و الطعام و الثياب ، و لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة
كالجواهر و كاللؤلؤ و الباقوت و غيرها ؛ لأن أثمانها تختلف اختلافا
متباينا بالصغر و الكبر و الحسن و التدوير و زيادة صفاتها (٣) .

ثانيا . أدلة الإمام ابن حزم

استدل الإمام ابن حزم لعدم جواز السلف إلا في المكيل
والموزون فقط دون غيرها بما يأتي :

أ . ما رواه ابن عباس قال قديم رسول الله صلى الله عليه وسلم
وَالنَّاسُ يُسَلِّفُونَ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ أَسْلَفَ فَلَا يُسَلِّفُ
إِلَّا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوِزْنٍ مَعْلُومٍ (٤) .

وجه الاستدلال :

إن ظاهر هذا الحديث و عبارته لتدل على منع السلف و تحريمه البتة
إلا في المكيل و الموزون ، إذ جاء ذكرها على سبيل الحصر (٥) .

(١) الشوازي ، الملهب ، ج ١ ص ٢٧٩ .

(٢) البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ١٣٧ ، ١٣٩ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ١٨٥ .

(٤) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١٢٢٧ ، رقم ١٦٠٤ . صحيح البخاري ، ج ٢ ، ص ٧٨١ رقم ٢١٢٥ . صحيح ابن حبان ، ج ١١ ص ٢٩٤ ، رقم

٤٩٢٥ .

(٥) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٦ .

ب . ما روي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِفُونَ فِي الثَّمَرِ فَقَالَ مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوُزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ ^(١) وَ فِي رِوَايَةٍ " مَنْ أَسْلَمَ فَلْيَسْلَمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوُزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ " ^(٢) .
وجه الاستدلال :

إن في هذا الحديث إيجاب الأجل المعلوم ، وقال ابن حزم : العينة المنهي عنها هي السلم نفسه ، أو بيع إلى أجل مسمى ^(٣) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) ابن حزم ، المغلي بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٦ .

الفرع الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولا . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة .

يرد على قول الأئمة و أدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ . " إن قول الإمام مالك و أبي حنيفة لا حجة له من حديث رسول الله - صلى الله عليه و سلم ، ولا حجة في أحد مع رسول الله - صلى الله عليه و سلم - ، و إن ما ذهب إليه مالك و أبو حنيفة في إجازة السلم في المعداد والمذروع من الثياب بغير ذكر وزنه ، و منعاً من السلف حالاً هذا عجيب من قولهما لأنه إن كان قول رسول الله : " إلى أجل معلوم مانعاً من أن يكون السلم حالاً " أو نقداً فإن نهيه صلى الله عليه و سلم - عن أن يسلف إلا في كيل معلوم ووزن معلوم أشد في التحريم " (١) .

ب . إن الأحاديث التي استدل بها الأئمة الأربعة لقولهم بجواز السلم في غير المكيل و الموزون إنما ظاهرها الاقتصار على المكيل و الموزون، إذ هما المذكوران و لو أراد الله عز و جل و نبيه صلى الله عليه و سلم إجازة السلم في غيرهما لأباحاه ، و لذكر في النصوص ، و لذا كان في إباحة السلم في غير المكيل و الموزون تحميل للنص بما لا يتسع له .

ج . " إن الاستدلال و الاحتجاج بأن العروض مضبوطة الصفة لا تختلف اختلافاً كبيراً مفضياً للنزاع هو احتجاج غير سليم ، و ذلك لورود الأحاديث بجواز السلم في المكيل و الموزون فقط ، و لذا فهي أحق بالوقوف عندها من أي كلام آخر ، ثم لو أخذنا بقولهم فإن العروض حقيقة مضطربة متفاوتة فمنها الكبير و منها الصغير ، و منها الجيد و منها الرديء فهي متفاوتة في درجاتها " (٢) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٦ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١٠٦ .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري وأدلته الاعتراضات الآتية:

أ . إن ذكر المكيل والموزون في الأحاديث التي استدل وأحتج بها الإمام ابن حزم الظاهري جاء على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، إذ هناك كثير من الآثار التي جاءت على هذا النحو ، ومثاله ذكر الأصناف الستة في حديث الربا ^(١) ولذا فإن المكيل والموزون يقاس عليه غيره مما اتحد معه في الصفة والعلة وإن العلة هنا ضبط النوع والصفة ، وإن العروض مما انضبط وصفها كالمكيل والموزون تماماً ، وإن القياس حجة ومصدر من مصادر الاستدلال المعتمدة شرعاً .

ب . إن السلم عقد من العقود الهامة التي تلبي الحاجات ، وإن أكثر تعامل الناس في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم كان في المكيل والموزون لحاجتهم إليه ، وقد زادت حاجات الناس بعد ذلك فظهرت في غيرهما من المنزوع والعروض ونحوها حتى أن الحاجة إليها أحياناً تصل إلى حد الضرورة ، ولذا فإن إباحة السلم في غير المكيل والموزون أصبح هاماً جداً " تلبية للحاجات وتحقيقاً للكفايات التي ما جاء التشريع الإسلامي خاصة بالعقود إلا لأجلها ، إذ العقود مبناهما التيسير ورفع الحرج وإن الله سبحانه وتعالى يقول : " وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " ^(٢) ويقول أيضاً : " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " ^(٣) .

(١) حيث قاس الفقهاء على الحر والشعر والملح والتمر والنخع والفضة الواردة في الحديث الأصناف الأخرى في ثبوت الربا فيها أيضاً ، لثبوت علة الربا فيها ، حسب ما ثبت عند كل فقيه من العلل .

(٢) سورة الحج ، آية ٧٨

(٣) سورة البقرة ، آية ١٨٥

الفرع الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم السلم في العروض و عرضنا أدلتهم و ناقشناها ، أرى أن القول الراجح هو قول الأئمة الأربعة و هو جواز إباحة السلم في العروض ، مع ضرورة مراعاة تحقق شروط السلم في كل عرض على حدة ، إذ من العروض ما لا يتحقق فيه تلك الشروط ، و قد رأيت ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن النبي - صلى الله عليه و سلم - أوتي جوامع الكلم ، و إن أحاديثه إنما جاءت كقواعد كلية و ثوابت شرعية متسعة لكل حادث و مستجد ، و إن ذكر المكيل و الموزون جاء في أحاديث إباحة السلم إنما على سبيل المثال لا الحصر ، و لذا فإن السلم في غيرهما مما تنضبط صفاته جائز شرعا .

ب . إن الحوادث كثيرة متجددة غير متناهية و إن النصوص متناهية ، و لا يمكن للمتأهلي أن يستوعب غير المتأهلي إلا بالاستعانة بالأدلة الشرعية الأخرى ، و التي جاءت الأدلة الكثيرة الدالة على اعتبارها أحد مصادر التشريع الإسلامي ، كالقياس و المصالح المرسلة ، و لذا فإن العروض تقاس على المكيل و الموزون في إباحة السلم سيما و أن في إباحتها مصلحة عظيمة ، إذ فيها تلبية الحاجات و سد لها و تسهيل على الناس ، و رفع الحرج و المشقة عنهم .

ج . إن العروض مما تنضبط صفاته و لذا صح السلم فيه قياسا على البيع ، و ذلك لأنها لا تختلف في ثمنها اختلافا كبيرا مفضيا للنزاع و الخصومة .

د . إن السلم لا يصح إلا بشروط ستة ، و عند بعضهم سبعة ، أحدها أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرا ، فيصح في الحبوب و الطعام و الثياب ، و لا يصح فيما لا ينضبط بالصفة كالجواهر و اللؤلؤ و نحوها ، و لذا فإن القول بجواز السلم في العروض قول منضبط ليس كما اتفق . هذا و الله اعلم .

المطلب الثاني الإقالة في السلم الفرع الأول

أقوال الفقهاء في الإقالة في السلم

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم الإقالة في السلم على قولين:
القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد إلى جواز الإقالة في السلم .^(١)

هذا و الإقالة جائزة شرعا " ما لم تجرّ إلى ما لا يجوز ، وهي عند الإمام مالك بيع ثلث و عند أبي حنيفة فسخ للبيع الأول .^(٢)

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز الإقالة في السلم .^(٣)
سبب الخلاف :

يرجع سبب الخلاف في حكم الإقالة في السلم إلى تعارض الآثار الواردة فيه ، حيث احتج الأئمة الأربعة بإجماع الأمة و هو ما نقله ابن المنذر ، في حين احتج المانعون من الإقالة بآثار أخرى تمنع الإقالة في السلم .

(١) * المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، ج ٣ ص ٧٦ * ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج ٦ ص ١٨٣ * الشيباني ، الجامع الصغير ، ج ١ ص ٣٢٧ * ابن المعمار ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٠٧ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٧٣ * الكسائي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٣٣٧ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ١٦ ص ٣٤٣ * ابن جزئ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٩ * الشواربي ، المهلب ، ج ١ ص ٣٠٢ * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ٣٨ * البحرمي ، حاشية البحرمي ، ج ٢ ص ٣٤٨ * ابن مفلح ، المدع ، ج ٤ ص ١٩٩ - ٢٠٠ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ١٣٨ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣٣٤ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ١١٢ * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ١٥٠ .
(٢) * ابن جزئ ، القوانين الفقهية ، ص ١٧٩ .
(٣) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ١١٥ .

الفرع الثاني

أدلة الفقهاء

أولاً. أدلة الأئمة الأربعة:

استدل الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد لصحة و جواز الإقالة في السلم بما يأتي:

أ. الإجماع ، وقد حكاه ابن المنذر حيث ذكر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم جواز الإقالة في السلم ^(١).

ب. إن الحق في الإقالة يثبت للمتعاقدين لأن إمضاءه لمصلحتهم ، فجاز لهما الرضا بإسقاطه إذا فسخ أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسخ في القول الآخر ، و رجع السلم إلى راس المال ^(٢).

ثانياً. أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لعدم جواز و صحة الإقالة في السلم بما يأتي :

أ. ما روي عن ابن عباس و علي و ابن عمر أنهم كرهوا الإقالة في السلم ، و إن هؤلاء ما كان لهم أن يكرهوا ذلك إلا عن سماع أو نهى ، فكان لقولهم حكم المرفوع إلى النبي - صلى الله عليه و سلم. ^(٣)

هذا و علل علي رضي الله عنه منع الإقالة في السلم بأن السلم بيع ما ليس عند الإنسان فكان بيع غرر و بيع ما لم يقبض ، إذ لم يأت بجوازه نص فيستثنيه من جملة المحرمات . ^(٤)
ب. إن الإقالة في السلم بيع صحيح على ما لم يقبض ، و قد صح نهى النبي - صلى الله عليه و سلم عن بيع ما لم يقبض ، و عن بيع المجهول لأنه غرر . ^(٥)

(١) * ابن مقلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٩٩ * البحرى ، حاشية البحرى ، ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) * الشمراني ، المهذب ، ج ١ ص ٣٠٢ .

(٣) * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ١٥٠ .

(٤) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٥ .

(٥) * مصنف عبد الرزاق ، ج ٨ ص ١٠٨ ، رقم ١٤٥٠٦-١٤٥٠٨ * ابن حزم ، المحلى ، ج ٩ ص ٥ .

الفرع الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة بجواز الإقالة في السلم و أدلتهم التي استدلوا بها لذلك ما يأتي :

أ . إن دعواهم الإجماع على جواز الإقالة في السلم قبل القبض باطلّة ، إذ ما وقع الإجماع قط على جواز السلم فكيف يقع على الإقالة فيه ، فلقد روي عن عبد الله بن عمر والحسن و جابر بن زيد و شريح و الشعبي و النخعي و ابن المسيب و غيرهم أنهم منعوا من اخذ بعض السلم و الإقالة في بعضه فأين الإجماع ، ثم لو صح لهم ما ادعوه من الإجماع على جواز الإقالة في السلم لكان بيعاً مستثنى بالإجماع من جملة البيوع فكيف و قد صح عن بعض الصحابة ما يدل على المنع من الإقالة في السلم.^(١)

ب . إن القول بجواز الإقالة في السلم قول بلا دليل من آية أو حديث نبوي شريف ، ولذا كان القول به قولاً خالياً عن الدليل لا يجوز مطلقاً .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

أ . إن الاحتجاج بما روي عن ابن عباس و علي و ابن عمر أنهم كرهوا الإقالة في السلم لا يكفي للقول بمنعه ، لأن غيرهم قال بجواز ذلك .^(٢)

ب . إن السلم عقد أجازته التشريع الإسلامي كباقي العقود ، و لذا فإن الإقالة تلحقه كالبيع سيما و أنها فسخ بالتراضي .

ج . إن بيع المعدوم و المجهول و ما لم يقبض نهى عنها دفعا للضرر عن المتعاقدين و رفعا للخصومة و الخلاف بينهما ، و إن الإقالة من الأمور التي قد يقصد بها ذلك ، و لذلك كان في إجازتها تحقيق للمصلحة و دفع للضرر و تحقيق للعدالة .

(١) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٤ .

(٢) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٩٩ * البحرى ، حاشية البحرى ، ج ٢ ص ٣٤٨ .

الفرع الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم الإقالة في السلم و أدلتهم و ناقشناها أرى القول الراجح جواز الإقالة في السلم برضا الطرفين إن لم تجر إلى ما لا يجوز أو التهمة بما لا يجوز، و ذلك للمبررات الآتية:

أ . إن السلم عقد مشروع في الإسلام ، ثبتت حجته بالنصوص و الآثار و المعقول ، وهو بهذا كسائر العقود تلحقه الإقالة كما تلحق غيره .

ب . إن في إجازة الإقالة في السلم رفع للحرَج و المشقة عن الناس ، حيث يستطيع المتعاقدان بها أن يخليا جانبيهما من أي التزام قد يلحقهما أو يلحق أحدهما وفق شروط معينة .

و إن الله سبحانه و تعالى يقول : " وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " ^(١) و يقول أيضا : " يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّيسَ وَلَا يُرِيدَ بِكُمْ الْعُسْرَ " . ^(٢)

ج . إن الحق في الإقالة يثبت للمتعاقدين لأن إمضاءه لمصلحتهم ، فجاز لهما الرضا بإسقاطه إذا فسخ أو انفسخ بانقطاع الثمرة . ^(٣)

د . ما روي عن النبي - صلى الله عليه و سلم قال : " من أقال نادما " أقاله الله من عثرته " ^(٤) و هذا الحديث الشريف يشمل كل إقالة بما فيها الإقالة في السلم . هذا و الله اعلم .

(١) سورة الحج آية ٧٨

(٢) سورة البقرة آية ١٨٥

(٣) الشمازي ، المهذب ، ج ١ ص ٣٠٢ .

(٤) صحيح ابن حبان ، ج ١ ص ٤٠٢ رقم ٥٠٢٩ . المستدرک علی الصحیحین، ج ٢ ص ٥٢ رقم ٢٢٩١ ، حديث صحيح على شرط الشيخين

المبحث الثالث

الأصناف التي يجري فيها الربا

المطلب الأول

مفهوم الربا

الربا لغة : الزيادة والعلو والارتفاع ، و الربا بكسر الراء ، و فتحها خطأ ، و في المصباح الربا الفضل و الزيادة ، و يثنى الربا بربوان بالواو على الأصل ، و قد يقال : ربيان على التخفيف . و ينسب إليه على لفظه ، فيقال : ربوي . و الربا في الشرع : فضل خال عن عوض شرط لأحد المتعاقدين ، و في علم الاقتصاد : المبلغ يؤديه المقترض زيادة على ما اقترض تبعاً لشروط خاصة . و الرباء : الطول و المنة يقال : لفلان على فلان رباء ، والرباء : الربا (١)

الربا اصطلاحاً : " هو زيادة في شيء مخصوص " (٢)، و قيل : " عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما " (٣) وقيل : " بل هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال " أو " فضل أحد المتجانسين على الآخر بالعيار الشرعي أي الكيل و الوزن " و قد قيد بالمعاوضة لأن الفضل الخالي عن العوض الذي في الهبة ليس بربا " (٤)، و قيل كذلك : " هو بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد " (٥) و قيل : " عبارة عن عقد فاسد و إن لم يكن فيه زيادة لأن بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا و إن لم يتحقق فيه زيادة " (٦) .

(١) القولوي ، أنيس الفقهاء ، ص ٢١٤ البعلي ، المطلع ، ص ٢٣٩ ، * المناوي ، التعاريف ص ٣٥٤ . * المعجم الوسيط ، ج ١ ص ٣٢٦ .

(٢) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٢٧ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٥ .

(٣) * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ١ ص ٢٧٦ * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٢ ص ٢١ .

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٢ ص ١٣٦ .

(٥) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٢ ص ١٣٦ .

(٦) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٢ ص ١٣٦ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في الأصناف التي يجري فيها الربا

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم الظاهري في الأصناف التي يجري فيها الربا
و ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد إلى جريان
الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف ، و هي الذهب و الفضة و القمح
و الشعير و التمر و الملح ، حيث قاسوا عليها كل ما اتحد معها في علة تحريم الربا .^(١)
هذا و قد اختلفوا في علة تحريم الربا على النحو الآتي :

أولاً . ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن علة الربا هي الكيل و الوزن و الجنس ، و قيل
القدر مع الجنس^(٢)

ثانياً . ذهب الإمام مالك إلى القول : إن علة الربا في النقيدين الثمنية الغالبة في الجنس
الواحد ، و إن العلة في الأصناف الأربعة المطعومة : هو غلبة اتخاذها لأكل الآدمي أو
لإصلاحه ، أو لشربه ، و قيل بل الأكل و الادخار للعيش غالباً والاقتيات .^(٣)

ثالثاً . ذهب الإمام الشافعي إلى أن علة الربا في النقيدين الثمنية فلا يحرم في سواهما ،
وإن علة الربا في الأصناف الأخرى كما في الجديد الطعم أي كونها مطعومة ، و قال في القديم:
العلة كونها مطعومة سواء كانت مكيلة أم موزونة .^(٤)

(١) * المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ص ٦١ * السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ٢٥ * ابن المعام ، شرح فتح القديس ،
ج ٧ ص ٤ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٨٤ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٣٥٥ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل
المدينة ، ج ١ ص ٣١١ * ابن حزم ، القوانين الفقهية ، ص ١٦٨ * الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٢٧٠ - ٢٧١ * الشافعي ، الأم ،
ج ٣ ص ١٥ - ١٦ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ص ٣٧٧ * الأنصاري ، فتح الوهاب ، ج ١ ص ٢٧٦ - ٢٧٧ * الشربيني ، مغني
الاحتاج ، ج ٢ ص ٢٢ * النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٣٧٧ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٢٨ * الخبلي ، دليل الطالب ، ج ١ ص
١١٤ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ١١٠ * الحرقلي ، مختصر الحرقلي ، ج ١ ص ٦٤ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣١٨ *
المرداوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ١١ .

(٢) * المرغاني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٣ ص ٦١ * السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٢ ص ٢٥ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥
ص ١٨٤ .

(٣) * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٣٥٥ * العبدري ، التاج و الإكليل ، ج ٤ ص ٣٤٥ * المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٤ ص
٣٤٦ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٣١١ - ٣١٢ * ابن حزم ، القوانين الفقهية ، ص ١٦٨ .

(٤) * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٣ ص ٣٧٧ * الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٢٧٠ - ٢٧١ * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ١٥ - ١٦ .

رابعاً . ذهب الإمام أحمد في المشهور و المختار و المذهب إلى القول : إن علة الربا هي الكيل و الوزن ، حيث يجري الربا عنده في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، و إن كان يسيراً ^(١) .

و نقل عنه إن العلة في النقيدين الثمنية و في غيرهما الطعم و الجنس . ^(٢)
 القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جريان الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف ، و هي الذهب و الفضة و القمح و الشعير و التمر و الملح . و عليه فهو يجيز بيع ما سوى الأصناف الستة من الأجناس و الأصناف ببعضها البعض بزيادة أو نسيئة ^(٣) .

سبب الخلاف :

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في حجية القياس و تعليل الأحكام ، فمن رأى من الفقهاء أن الأحكام معللة قاس على الأصناف المذكورة في الحديث ما اتحد معها في علتها .

و قالوا : إن الحديث و إن كان خاصاً ، إلا أنه أريد به العموم ، و من رأى من الفقهاء عدم حجية القياس و أن النصوص غير معللة وقف عند ظاهر الحديث الذي ذكرت فيه الأصناف الربوية الستة ، وقال : إن الحديث من باب الخاص الذي أريد به الخاص فلا يتعدى إلى غيره ^(٤) .

(١) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٢٨ * الكرمي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١١٣ * المرداوي ، الإنصاف ، ج ٥ ص ١١ - ١٢ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ١١٠ * الحرقمي ، مختصر الحرقمي ، ج ١ ص ٦٤ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣١٨ .

(٢) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ١٢٨ .

(٣) * ابن حزم ، المغلبي بالآثار ، ج ٧ ص ٤٥٢ ، ٢٤٤ * ج ٨ ص ٤٦٨ .

(٤) * ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ١٦٣ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لحرمة الربا و جريانه في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " ^(١) ، و قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا " ^(٢) ، و قول الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً " ^(٣) .

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى حرم الربا مطلقاً ، و لم يحدده في كتابه العزيز بجنس دون جنس ولا نوع دون نوع ، و لذا فإن الربا يجري في الأصناف الستة و في غيرها ، سيما إذا علم أن النصوص و الأحكام معللة ، فالله سبحانه و تعالى أحل البيع و حرم الربا على نحو يقتضي تحريم كل زيادة ، إذ الربا في اللغة الزيادة . ^(٤)

ب . ما رواه عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ قَالَ إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ وَالنَّبْرُ بِالنَّبْرِ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالنَّمْرُ بِالنَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ إِذَا سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ عَيْنًا يَعْنِي فَمَنْ زَادَ أَوْ زَادَ فَقَدْ أَرْبَى ^(٥)

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه و سلم - نهى عن الربا في الأصناف الستة المذكورة في الحديث و لم يرد النهي عنها لذاتها بل لمعان و علل فيها ، و لذا فقد ذكرت في الحديث الشريف على سبيل المثال لا الحصر ، و عليه فإنه يقاس عليها غيرها مما اتحد معها في العلة والمعنى الذي كان النهي لاجله ^(٦)

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٧٨

(٣) سورة آل عمران آية ١٣٠

(٤) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٦ - ٢٧ .

(٥) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١٢٠٨ ، رقم ١٥٨٧ * صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٧٦١ ، رقم ٢٠٦٥ و ص ٧٥٠ ، رقم ٢٠٢٧ .

(٦) ابن مفلح ، البدع ، ج ٤ ص ١٢٨ .

ج . ما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال يَغْهْ ثُمَّ اشترى به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع فلما جاء معمرًا أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل فإني كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلاً بمثل قال وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل له فإنه ليس بمثل قال إني أخاف أن يضارع^(١).

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أوجب المساواة في بيع الطعام بالطعام ، و الطعام اسم لكل ما

يتطعم به و يُطعم، و لذا فإن وجوب التسوية المنصوص في الحديث يشمل جميع المطعومات^(٢)
د . ما رواه أبو سعيد الخدري ، قال : قسم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طعاماً مختلفاً فابتعناه بيننا بزيادة ، فنهانا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن نأخذه إلا كيلاً^(٣) بكيل^(٤).
وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع أي مطعوم بجنسه إلا كيلاً^(٥) بكيل لما في بيعه متفاضل من الربا ، فدل على جريان الربا فيما سوى الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف .

هـ . إن القياس دليل من الأدلة الشرعية التي تثبت بها أحكام التشريع الإسلامي ، وإن الأصناف الستة المذكورة في الحديث الذي نص على تحريمها معللة ، و لذا أمكن قياس غيرها عليها إذا اتحدت معها في العلة^(٦) .

(١) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١٢١٤ ، رقم ١٥٩٢ * صحيح ابن حبان ، ج ١١ ، ص ٣٨٥ ، رقم ٥٠١١ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٥ ص ٢٨٣ رقم ١٠٢٨٧ * سنن الدارقطني ، ج ٣ ص ٢٤ رقم ٨٣ .

(٢) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٣٧٩ .

(٣) مسند أبي يعلى ، ج ٢ ص ٢٨٣ ، رقم ٩٩٩ .

(٤) ابن مفلح ، القروع ، ج ٤ ص ١١٠ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٧ * النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٣٧٧ .

ز . إن المقصود من تحريم الربا صيانة أموال الناس و حفظها عليهم ، و لذا فإنه يشمل كل ما اتفق مع الأصناف المحرمة الواردة في الحديث الشريف في علة تحريمها إن علمت ، سيما وأن تخصيص السنة بالذكر لم يقصد لذاتها و لعينها بل لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كانت بها^(١)

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بعدم جريان الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : * وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا *^(٢)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى أحل البيع و حرم الربا ، و إن الربا المحرم لا تعلم الأصناف التي يجري فيها إلا بنص آخر من كتاب الله و سنة نبيه ، إذ لا بيان إلا من جهة الله سبحانه و تعالى أو من جهة نبيه - صلى الله عليه و سلم - يقول الله تعالى : " وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ " ^(٣) و إن النبي - صلى الله عليه و سلم - حدد الأصناف التي يجري فيها الربا و هي : الذهب و الفضة و القمح و الشعير و التمر و الملح فيوقف عندها ، ولا يتجاوز إلى غيره ^(٤).

ب . ما رواه عبادة بن الصامت فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواً بسواً عيئاً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى ^(٥)

وجه الاستدلال : إن النبي - صلى الله عليه و سلم - بين الأصناف التي يجري فيها الربا و حددها في ستة أصناف هي : الذهب و الفضة و البر و الشعير و التمر و الملح ، و ذلك على سبيل الحصر فلا يتعداها الحكم إلى غيرها ، سيما و أن العلة التي هي أساس القياس خفية ، غير معلومة ، و لذا فيوقف عند الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف و يبقى ما سواها على أصل الاستثناء و الإباحة ، إذ لا تحريم إلا بنص و الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد نص بتحريمها ^(٦) .

(١) * ابن الميمون ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ٨٠ ، ٥ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٣١٢ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٧٥ .

(٣) سورة الأنعام آية ١١٩ .

(٤) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٦ * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٦٨ .

(٥) سبق تخريجه من الصحيحين و المتفقين لابن الجارود .

(٦) * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٦٨ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢٦ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة بجريان الربا فيما سوى الأصناف الستة و أدلتهم التي استدلو بها على ذلك الاعتراضات الآتية :

أ . إن القياس كله باطل لا يصلح دليلاً لتحريم ما لم يرد الشرع بتحريمه لا في الكتاب العزيز ولا في السنة النبوية ، و لذا لا يجوز تحريم الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف بالقياس ، فلا يجوز قياس السقمونيا على القمح و التمر ، و قياس الحديد و الرصاص على الذهب و الفضة ، و الجص على البر و التمر في الربا ، فهي أقيسة باطلة لا تصح مطلقاً (١).

ب . إن بناء أحكام المسائل و قياسها على مسائل أخرى لإثبات حكمها لها بحجة العلل الكاذبة المغتراة من مثل تعليل الربا بالادخار و الطعم لا يستقيم (٢).

ج . إن الأئمة الأربعة و إن اتفقوا على تجاوز الربا و جريانه إلى غير الأصناف الستة إلا أنهم اختلفوا في علة التحريم ، فمنهم من ذهب إلى تعليل تحريم الربا بالثمنية في النقدين و الطعم في المطعومات ، و منهم من قال بل العلة في النقدين الثمنية و في الأربعة الأخرى الاقتنيات و الادخار ، و قيل : بل علتها الوزن و الكيل ، و هذا كله لا يعدو أن يكون دعوى بلا برهان ، بل إن أصحاب كل قول حاولوا إبطال قول و دعوى غيرهم و تعليلهم ، بل إن بعض العلل لا تصلح ، فمثلاً إن القول بأن العلة الاقتنيات يتنافى مع اعتبار الملح صنفاً من الصنوف التي يجري فيها الربا ، إذ الملح ليس منه شيء يكون قوتاً أصلاً ، بل إن تناوله ينسب معينة قد يقتل ، و عليه فالعلل التي اعتمدها الأئمة الأربعة فاسدة موضوعة (٣).

د . إن احتجاج بعضهم في تعليل الربا بالطعم في الجنس أو الجنسين و الثمن في الجنس و الجنسين و ذلك بالخبر الثابت عن رسول الله - صلى الله عليه و سلم : " الطعام بالطعام مثلاً بمثل " غير سديد ، ذلك لأنه إنما فيه الطعام بالطعام مثلاً بمثل ، و ليس فيه المنع عنه مثلاً بأكثر ولا إباحته ، إنما هو سكوت عنه ، و لذا فلا دليل به ، ثم إن لفظة الطعام لا تطلق في لغة العرب إلا على البر و حده فقد روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : " كنا نخرج على عهد رسول الله - صلى الله عليه و سلم - صدقة الفطر صاعاً من طعام ، أو

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٦ ص ١٠ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٧ ص ٤٥٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٦٩ - ٤٧١ ، ٤٧٢ .

صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر أو صاعاً من أقط * (١) فلم يوقع اسم الطعام إلا على البر وحده . (٢) ثم إنه لا يطلق عربي ولا مستعرب على السقمونيا اسم طعام لا بإطلاق ولا بإضافة . هـ . إن حديث أبي سعيد الخدري أنه قال : قسم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طعاماً مختلفاً فتبايعناه بيننا بزيادة ، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نلخذه إلا كيلاً بكيل " ، الذي احتج به الأئمة الأربعة لتعديده حكم الربا إلى غير الأصناف الستة لا حجة لهم فيه ، لأن اسم الطعام لا يقع مطلقاً عند العرب إلا على البر فقط (٣) . ثم إن هذا الحديث يبطل احتجاجهم به لأنه رواه عن ابن إسحاق من هو اضطرب و احتفظ من ابن فضيل قتيبة ، كما روى من طريق ابن أبي شيبة عن ابن نمير عبد الله عن محمد بن إسحاق بن يزيد بن عبد الله بن قسيط عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري ، قال : قسم فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - طعاماً من التمر مختلفاً بعضه أفضل من بعض فذهبنا ننزأيد فيه فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلا كيلاً بكيل فبطل تعلقهم بذلك (٤) .

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم

يرد على قول الإمام ابن حزم بعدم جريان الربا إلا في الأصناف الستة المذكورة في الحديث دون ما سواها الاعتراضات الآتية :

أ . إن الأيتين اللتين احتج بهما ابن حزم عامتان مخصوصتان بالأصناف الستة المذكورة في الحديث و ما مثلها و شابهها في علة التحريم من غير الأصناف المنصوص عليها في الحديث (٥) .

ب . إن الوقوف عند ظاهر نص الحديث الذي ذكرت فيه الأصناف الستة و احتجاج ابن حزم لذلك بأن المسميات مقصودة لذاتها غير صحيح ولا سديد ، ذلك لأن تخصيص الستة بالذكر جاء لاعتبار الأصناف الستة أكثر المعاملات يوم ذاك ، و لذا لا حجة لابن حزم به (٦) .

(١) صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٥٤٨ رقم ١٤٣٥ . صحيح ابن خزيمة ، ج ٤ ص ٨٨ ، رقم ٢٤١٤ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٧٣ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٧٤ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٤٧٥ .

(٥) النووي ، المجموع ، ج ٩ ص ٣٨٠ .

(٦) ابن الممام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ٥ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرضنا أقوال الفقهاء و أدلتهم في حكم جريان الربا في غير الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف و ناقشناها ، أرى القول الراجح هو القول بجريان الربا في الأصناف و الأجناس الأخرى إن تحققت فيها علة تحريم الربا في الأصناف الستة ، و ذلك للمبررات الآتية :

- أ . إن الأصناف الستة قد خصت في الحديث بالذكر لكونها أغلب الموجود عندهم و المتعارف بينهم ، و لذا فلا يمنع من قياس غيرها عليها.
- ب . إن الأصناف الستة المذكورة في الحديث لم يرد ذكرها لذاتها و مسمياتها بل لمعانيها ، و لذا يمكن قياس ما سواها عليها إن علم ذلك المعنى و علمت تلك العلة .
- ج . إن النصوص الشرعية متناهية و الوقائع غير متناهية ، و إن المتناهي لا يقوى على الإحاطة بغير المتناهي إلا باتباع مصادر تشريعية أخرى كالقياس و الاستحسان و نحوها مما ثبتت حجيته شرعاً ، و إن للقياس الشرعي دور هام في مسألة جريان الربا ، إذ يمكن قياس ما سوى الأصناف الستة على الأصناف الستة إن اتحدت معها في علة تحريم الربا فيها .
- د . إن المقصود من تحريم الربا هو صيانة أموال الناس و حفظها عليهم ، و قطع المنازعات و رفع الخصومات ، و تطهير المجتمع من كل آثار الاستغلال و البغضاء ، و إن هذا يتحقق بتحريم الربا فيما سوى الأصناف الستة المذكورة في الحديث بل و بشكل أفضل و أكثر و أولى ، و عليه فتحريم الربا فيما سوى الأصناف الستة فيه دفع للضرر عن الناس و كف للأذى عنهم . هذا والله اعلم .

المبحث الرابع

موضع أخذ الرهن المقبوض

المطلب الأول

مفهوم الرهن

الرهن لغة : مصدر رهن ، يرهن ، إذا حبس الشيء بأي سبب كان ، و قيل الرهن الثبوت و الدوام ، و الرهان جمع رهن ، والارتهان هو الاحتباس ، والرهن بالفتح ثم السكون : التوثيق بالشيء بما يعادله ، ويقال : رهن الرجل الشيء ، ورهنته ، و أرهنته ضيعتي أي أخذها رهنا ، والرهن والمرهون تسمية للمفعول بالمصدر والجمع : رهون و رهان ، والتركيب دال على الثبات و الدوام ^(١).

الرهن اصطلاحاً : " هو جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالدين ^(٢) " ، و قيل : " جعل الشيء محبوساً بحق " ^(٣) ، و قيل : " جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع " ^(٤) ، و قيل " هو وثيقة بالحق " ^(٥) ، و قيل هو احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو من منافعها ، عند تعذر أخذه من الغريم " ^(٦).

و قيل : " عبارة عن وثيقة دين بعين يمكن أخذه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره " ^(٧) و قيل : " هو المال الذي يجعله وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه " ^(٨) و قيل : " جعل الشيء محبوساً بحق " ^(٩) و قيل : " جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه " ^(١٠) ، فهذه جملة تعريفات لمفهوم الرهن المقبوض شرعاً .

(١) * المعلي ، للمطلع ، ص ٢٤٧ . * المناوي ، التعاريف ، ص ٣٧٦ . * القنوي ، أنيس الفقهاء ، ص ٢٧٩ ، * النووي ، تحرير ألفاظ التنبيه ، ص ١٩٣ . * البحراني ، التعريفات ، ص ١٥٠ . الرخشري ، أساس البلاغة ، ص ١٨٢ .

(٢) * المرغناني ، الهداية شرح البداية ، ج ٤ ص ١٢٦ * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٢٦٤ .

(٣) * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٢٦٤ .

(٤) * المغربي ، مولعب الجليل ، ج ٥ ص ٢ .

(٥) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢١٣ .

(٦) * الفرطبي ، تفسير الفرطبي ، ج ٣ ص ٤٠٩ .

(٧) * المرادوي ، الإتصاف ، ج ٥ ص ١٣٧ .

(٨) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢١٥ .

(٩) * ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٢٦٤ .

(١٠) * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٢ ص ١٢١ .

المطلب الثاني أقوال الفقهاء

اتفق الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم على مشروعية أخذ الرهن ، إلا أنهم اختلفوا في موضع أخذ الرهن المقبوض و اشتراطه ، و ذلك على قولين :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و احمد إلى أن الرهن يشترط في السفر و الحضر على حد سواء ، حيث يجوز للمرتهن أن يأخذه من الراهن ويشترطه عليه في حالتي السفر و الحضر ^(١).

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم إلى عدم جواز اشتراط الرهن المقبوض إلا في حالة السفر خاصة دون الحضر و ذلك مع عدم الكاتب ^(٢) ، يقول الإمام ابن حزم : " لا يجوز اشتراط الرهن إلا في البيع إلى أجل مسمى في السفر ، أو في السلم إلى أجل في السفر خاصة ، أو في الفرائض إلى أجل مسمى في السفر خاصة مع عدم الكاتب في كلا الوجهين " ^(٣).

سبب الخلاف :

يرجع سبب الخلاف بين الأئمة الأربعة و ابن حزم إلى تعارض ظاهر الآية الكريمة: "وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ " مع الحديث الشريف وهو أن النبي - صلى الله عليه و سلم رهن في الحضر " ، فتمسك الأئمة الأربعة بالحديث الشريف فقالوا بجواز أخذ الرهن المقبوض في السفر و الحضر ، و تمسك ابن حزم بظاهر الآية الكريمة و دليل الخطاب فمنع اخذ الرهن في الحضر و قصره على السفر فقط ^(٤).

(١) * المرغناني ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ج ٨ ص ٢٦٤ * ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج ٦ ص ٤٧٧ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٣٥ * المغربي ، مواهب الجليل ، ج ٥ ص ٢ * ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ٣٥٢ * القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٤٠٧ * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ١٣٨ * الشرازي ، للهدب ، ج ١ ص ٣٠٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢١٣ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٢١٥ * البيهقي ، كشاف القناع ، ج ٣ ص ٣٢١ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ١٢٨ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٨٧ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٨٧ .

(٤) ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج ٢ ص ٣٥٢ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً. أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بجواز اشتراط الرهن و أخذه في السفر و الحضر على حد سواء بما يأتي :

أ . قول الله تعالى في آية الدين : * وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ^(١)

وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى أمر حسب نص الآية و ظاهرها بأخذ الرهن في حالة السفر ، فثبت بذلك جواز أخذ الرهن حالة السفر فقط ، و الصحيح أن النص يشمل حالة الحضر كما شمل حالة السفر ، ذلك لأن السفر خص بالذكر فيها على اعتبار أن غالب الأعذار هو السفر ، وهو غالباً ما يحتاج المرء فيه إلى أخذ الرهن ، لا سيما في ذلك الوقت الذي كثر فيه الغزو ، فضلاً من أن ذكر الآية للسفر و تعليق حكم الرهن عليه لم يكن لخصوصية السفر ولا لذاته بل لمعنى في السفر ، و هو تعذر وجود الكاتب فيه و عدم الاستطاعة على التنازل بالكتابة فيه ، ولذا فإنه يدخل في ذلك بالمعنى كل عذر قرب وقت يتعذر فيه الكاتب في الحضر ، كأوقات أشغال الناس ، و بالليل ، و الخوف على خراب ذمة الغريم ، إذ تصلح أن تكون عذراً كالسفر ، إذ كل منها تحول دون التمكن من الكتابة ، ولذا كان الرهن المقبوض مشروطاً في الحضر والسفر على سواء ، فالكلام في الآية وان خرج مخرج الشرط إلا أنه يراد به غالب الأحوال وليس كون الرهن في الآية في السفر مانعاً من جوازه في الحضر ^(٢) .

ب . ما روته السيدة عائشة قالت اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً ورهنه درعاً من حديد وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رهن درعه عند يهودي طلب منه سلف الشعير ، فقال اليهودي : إنما يريد محمد أن يذهب بمالي ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : كذب ، إني لأمين في الأرض أمين في السماء و لو أئتمنتني لأديت ، اذهبوا إليه بدرعي ، فمات و درعه مرهونة - صلى الله عليه وسلم -

(١) سورة البقرة ، آية ٢٨٣ .

(٢) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٣٥ * الشرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٣٠٥ * الشافعي ، الأم ، ج ٣ ص ١٣٨ * القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٤٠٧ * الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٥٨ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢١٣ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٣ ص ٣٢١ * ابن قدامة ، الكافي في فقه أحمد ، ج ٢ ص ١٢٨ .

وسلم - (١). وفي رواية أخرى عن السيدة عائشة - رضي الله عنها ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ، و رهنه درعاً له من حديد (٢) و عن ابن عباس قال : توفي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - و درعه مرهونة بثلاثين صاعاً من شعير . لأهله (٣).

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - رهن درعه عند يهودي استلف منه شعيراً و قد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يومها مقيماً في المدينة المنورة ، أي حاضراً لا مسافراً ، فدل فعله - صلى الله عليه وسلم - ذلك على جواز الرهن في الحضر كما جاز في السفر و هو ما ثبت بنص الآية (٤) . فثبت إذاً جواز اخذ الرهن في الحضر بفعل النبي - صلى الله عليه وسلم (٥).

ج . ما روي عن ابن المنذر من جواز الرهن في الحضر كما جاز في السفر ، حيث قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف في ذلك إلا مجاهداً قال : ليس الرهن إلا في السفر لأن الله تعالى شرط السفر بقوله : " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ " ، فدل على جواز الرهن المقبوض في الحضر و السفر (٦).

د . إن الرهن وثيقة جازت في السفر فتجوز في الحضر قياساً على الضمان والشهادة (٧).

هـ . إن الرهن شرع للحاجة إلى توثيق الدين ، و إن الدين يوجد في حالة الحضر كما يوجد في حالة السفر و لذا جاز فيها ؛ لأن الرهن شرع للخلوص بالحق من الجحود والإنكار ،

(١) المحيتمى ، مجمع الزوائد ، ج ٤ ، ص ١٢٦ . مصنف عبد الرزاق ، ج ٨ ، ص ١٠ رقم ١٤٠٩١ * مسند الزوار ، ج ٩ ، ص ٣١٥ رقم ٣٨٦٣ .

(٢) يقال لليهودي زفر ، صحيح مسلم . ج ٣ ، ص ١٢٢٦ رقم ١٦٠٣ . صحيح البخاري ، ج ٢ ، ص ٧٨٤ رقم ٢١٣٤ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ، ص ١٩ رقم ١٠٧١ .

(٣) * صحيح ابن حبان ، ج ١٣ ، ص ٢٦٢ رقم ٥٩٣٦ . صحيح البخاري ، ج ٣ ، ص ١٠٦٨ رقم ٢٧٥٩ * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ، ص ٣٦ رقم ١٠٩٧٣ .

(٤) * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ١٣٥ * القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ٣ ، ص ٤٠٧ * الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٣ ، ص ١٤١ * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ، ص ١٣٩ ** الشرازي ، المهذب ، ج ١ ، ص ٣٠٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ، ص ٢١٣ * ابن قدامة ، الكافي في فقه أحمد ، ج ٢ ، ص ١٢٨ * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٣ ، ص ٣٢١ .

(٥) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، ص ٢٥٨ .

(٦) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٧) المغني ، ج ٤ ، ص ٢١٥ .

و لتذكره عند السهو والنسيان و التنصيص في السفر في كتاب الله ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج للكلام مخرج الغالب و العادة^(١)

ثانياً . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بعدم جواز أخذ الرهن المقبوض و اشتراطه إلا في حالة السفر فقط دون الحضر بما يأتي :

أ . قول الله تعالى : " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ " ^(٢)
وجه الاستدلال :

إن الله سبحانه و تعالى جعل اشتراط الرهن المقبوض و أخذه في حال السفر و عدم الكاتب فقط ، و لو أراد إجازته و تشريعه في غيرها و نقصد الحضر لفصله و بينه ، و لذا فإنه يوقف عند ظاهر النص و لا يتجاوز و لا يتعدى لقوله تعالى : " وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " ^(٣) و عليه فلا يصح و لا يجوز الرهن المقبوض إلا في حال السفر و عدم وجود الكاتب ^(٤)

ب . ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط ^(٥)
وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف لا يجيز اشتراط شيء في العقود لم ينص على جوازه وصحة اشتراطه كتاب الله ، و اعتبره باطلاً ، و إن اشتراط و اخذ الرهن المقبوض في حال الحضر لم ينص عليها القرآن العظيم بل اقتصر على حال السفر فقط ، و لذا دل عدم النص على حال الحضر على بطلان اخذ الرهن فلا يجوز أخذ الرهن المقبوض في حال الحضر و لا اشتراطه^(٦)

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ص ١٣٥ .

(٢) سورة البقرة ، آية ٢٨٢-٢٨٣

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٨٧ .

(٥) صحيح ابن حبان ، ج ١٠ ص ٩٤ رقم ٤٢٧٢ . صحيح البخاري ، ج ٢ ص ٩٨١ رقم ٢٥٨٤ . سنن ابن ماجه ، ج ٢ ص ٨٤٢ رقم

٢٥٢١ .

(٦) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٨٧ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة بجواز أخذ الرهن المقبوض في السفر والحضر وأدلتهم الاعتراضات الآتية:

أ . إن قول الله تعالى: "وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ" نص على جواز أخذ الرهن المقبوض في السفر فقط ، وهذا ظاهر فيوقف عنده ولا يتجاوز ويتعدى ، لأنه المراد، إذ لو أراد الله سبحانه وتعالى إجازة أخذه في الحضر لذكره، أو لذكر الرهن مطلقاً دون تقييده بالسفر.

ب . إن حديث أبي رافع الذي قال فيه: إن النبي عليه السلام بعثه إلى يهودي ليسلفه طعاماً لضيف نزل به فأبى إلا برهن ، فرهنه درعه، هو حديث انفرد به موسى بن عبيد الربذي، وهو ضعيف، ضعفه يحيى بن سعيد القطان و يحيى بن معين والبخاري و علي بن عبد الله بن المديني، و قال الإمام أحمد لا تحل به الرواية (١).

ج . إن حكم الرهن المقبوض في الحضر لا يعلم إلا من كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام إذ بيان الشرع من قبلهما، و لم يبيناه فيبقى على الأصل وهو عدم صحته وجواز، ولا يستدل لجوازه بالحاجة و أقوال الفقهاء التي لم يعلم لها مخالف إذ لا يعد هذا إجماعاً.

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري بعدم جواز الرهن بالحضر وأدلته لذلك الاعتراضات الآتية:

أ . إن الآية الكريمة التي استدل بظاهرها ابن حزم لقوله إنما يراد بذكر السفر فيها غالب الأحوال لا غير، و هي بهذا خرجت مخرج الغالب و العادة لا مخرج الشرط ، وعليه فلا يدل كون الرهن في الآية في السفر مما يحظر في غيره ، سيما و أن هناك حديث السيدة عائشة رضي الله عنها ، الذي ورد فيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رهن درعه عند يهودي بطعام احتاجه و قد كان يومها مقيماً في المدينة المنورة . (٢)

(١) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج ١ ص ٨٨

(٢) القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٤٠٧ .

ب - إن قول ابن حزم لا معنى له لصحة الخبر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه اشترى طعاماً نسيئة ، و رهن درعه به ، و لذا جاز للرجل أن يرهن ما شاء بما عليه و يرهن أي شيء بما له من حق في السفر و الحضر لصحة الخبر ، و إنه من المعلوم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن حين رهنه يتعذر عليه الكاتب إذ كان في المدينة و الكتبة كثر ، و لذا فلا يلتفت إلى قول ابن حزم ولا لأدلتته (١).

(١) الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٣ ص ١٤١ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم الرهن المقبوض في الحضر و عرضنا أدلتهم التي استدلوا بها لأقوالهم أرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ، و هو جواز الرهن المقبوض في الحضر و السفر ، و ذلك للمبررات الآتية :

أ . إن ذكر السفر في الآية الكريمة التي استدل بها الأئمة الأربعة و الإمام ابن حزم لأقوالهم إنما خرج مخرج الغالب و العادة لا الشرط و إن جاء بصيغته ، إذ غالباً ما يحتاج الناس إلى الرهن المقبوض في حالة السفر أكثر من الحضر .

ب . إن الحديث الذي رواه السيدة عائشة - رضي الله عنها - و هو أن النبي - صلى الله عليه و سلم استلف شعيراً أو طعاماً من يهودي و رهن درعه عنده و هو يوم ذاك في المدينة ، هو حديث صحيح ثابت عن النبي - صلى الله عليه و سلم ، و ما بعد فعله - صلى الله عليه و سلم من حجة ، و لا حاجة إلى غيره .

ج . إن القياس مصدر شرعي و دليل من الأدلة المعتبرة شرعاً ، و هنا فإنه يمكن قياس جواز الرهن المقبوض في الحضر على جوازه في السفر .

د . إن مقصود تشريع الرهن المقبوض حفظ الحقوق على أصحابها و توثيق للديون و لذا فإن الحاجة تدعو إليه ، و إن الحاجة إلى الرهن المقبوض في الحضر لا تقل حجماً و أهمية عن الحاجة إليه في السفر .

و عليه فإن أخذ الرهن المقبوض هو أمر جائز شرعاً ، سواء كان في السفر أم الحضر ، و الله اعلم .

المبحث الخامس

حكم كراء الأرض بالذهب و الفضة

المطلب الأول

أقوال الفقهاء في حكم كراء الأرض بالذهب و الفضة

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في حكم كراء الأرض بالذهب و الفضة على قولين هما :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد إلى جواز كراء الأرض بالذهب و الفضة ، و هذا هو الأقيس ^(١) . و قد نقل عن الإمام أحمد قوله : قلما اختلفوا بالذهب و الورق " ، و قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكترأ الأرض وقتاً معلوما جائز بالذهب و الفضة " ^(٢) .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز كراء الأرض بالذهب و الفضة ، فقال : " ولا تجوز إجارة الأرض أصلاً لا للحرث فيها ، ولا للغرس فيها ، ولا للبناء فيها ، ولا لشيء من الأشياء أصلاً " ، لا لمدة مسماة قصيرة ولا طويلة ، ولا لغير مدة مسماة ، لا بدنانير ولا بدراهم ، ولا لشيء أصلاً " ، فمتى وقع فسخ أبداً " ولا يجوز في الأرض إلا المزارعة بجزء مسمى مما يخرج منها ، أو المغارسة كذلك فقط " ^(٣) .

سبب الخلاف:

يرجع سبب اختلاف الإمام ابن حزم الظاهري مع الأئمة الأربعة في جواز كراء الأرض بالذهب و الفضة إلى تعارض الآثار الواردة بكراء الأرض إجازة ومنعاً ، واختلاف الفقهاء في الأخذ بالقياس كأحد مصادر التشريع الإسلامي .

(١) * السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٣ ص ١٢ ، ١٥ * المرغيناني ، الهداية شرح البداية ، ج ٣ ص ٢٣٥ * الشيباني ، الحجة ، ج ٤ ص ١٥٧ - ١٥٨ / ج ٤ ص ١٨٤ - ١٨٧ * الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٣٧٣ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧١ - ٤٧٢ * الاصبحي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٧٠٧ ، ٧١٢ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ٢ ص ٣١٨ - ٣١٩ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٣٧٧ * القرطبي ، تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٣٦٨ * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ١٢ ، ١٤ ، ١٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٥ ص ٤٧ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ٢٤٨ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ٢٤٨ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٩٠ .

المطلب الثاني

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بجواز كراء الأرض بالذهب و الفضة بما يأتي :

أ . ما روي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال كُنَّا أَكْثَرَ الْأَنْصَارِ حَقًّا فَكُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ قَرُبًا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرَجْ ذِهِ فَتُهِينَا عَنْ ذَلِكَ وَلَمْ نُثْنِ عَنْ الْوَرَقِ (١) وفي رواية مسلم عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على الماذنات وأقبال الجدائل وأشتاء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ويسلم هذا ويهلك هذا فلم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شيء معلوم مضموم فلا بأس به (٢)، وعن رافع بن خديج أنه قال : أما بالذهب و الورق فلم ينهانا يعني النبي - صلى الله عليه وسلم (٣) .

وجه الاستدلال :

إن حديث رافع بن خديج يدل بكل صراحة ووضوح على جواز كراء الأرض بالذهب و الفضة ، حيث نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كراء الأرض بجزء معلوم من الخارج و أجاز به بالذهب و الفضة (٤) .

ب . ما روي عن رافع بن خديج قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض فهو يزرعها ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح ورجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة (٥) .

(١) * رواه البخاري، ٨١٤/٢، ح ٢٢٠٣، سنن البيهقي الكبرى، ج ٦ ص ١٣٢، رقم ١١٥٠٣ رواه مسلم عن محمد بن الميثمي عن يزيد بن هارون * الطبراني، المعجم الكبير، ج ٤ ص ٢٦٠ رقم ٤٣٣٦

(٢) * رواه مسلم، ١١٨٣/٣، ح ١٥٤٧، الموطأ، ج ٣ ص ٧١١ رقم ١٣٩٠ * الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٣ ص ٤٢٧ * سنن البيهقي الكبرى، ج ٦ ص ١٣٢، رقم ١١٥٠٣ رواه مسلم عن محمد بن الميثمي عن يزيد بن هارون * الطبراني، المعجم الكبير، ج ٤ ص ٢٦٠ رقم ٤٣٣٦

(٣) * الموطأ، ج ٣ ص ٧١١ رقم ١٣٩٠ * الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٣ ص ٤٢٧ * سنن البيهقي الكبرى، ج ٦ ص ١٣٢، رقم ١١٥٠٣ رواه مسلم عن محمد بن الميثمي عن يزيد بن هارون * الطبراني، المعجم الكبير، ج ٤ ص ٢٦٠ رقم ٤٣٣٦

(٤) ابن قدامة، عمدة الفقه، ج ٣ ص ٢١٩ * ابن قدامة، المغني، ج ٥ ص ٢٤٨ * الشافعي، الأم، ج ٥ ص ١٥ .

(٥) * سنن البيهقي الكبرى، ج ٦ ص ١٣٢، رقم ١١٥٠٥ * الميثمي، مجمع الزوائد، ج ٤ ص ١٢٣ * سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٦١ رقم ٣٤٠٠ * المخرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال ج ٤ ص ١١٤ رقم ٩٦٠ .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف بين طرق الانتفاع بالأرض بزراعتها، وعدّ منها اكتراء الأرض بالذهب و الفضة فقال : " أو رجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة " ، و عليه فإن اكتراء الأرض بالذهب و الفضة لأجل زراعتها أمر أقره الشرع و أجازته (١) .

ج . إن القول بجواز كراء الأرض بالذهب و الفضة روي عن سعيد بن المسيب ورافع و ابن عمر و ابن عباس و عروة بن الزبير رضي الله عنهم ، و ما كان لهؤلاء أن يقولوا فيما نحن فيه تشهياً ولا عن محض الرأي، بل روي عن أبي بكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري قوله : " اجمع عوام أهل العلم إن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز بالذهب و الفضة " (٢) فعن مالك عن محمد بن شهاب أنه قال : سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب و الورق ، فقال : لا بأس به . (٣)

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل عن كراء المزارع فقال: لا بأس بالذهب و الورق. (٤) و عن مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً فلم تزل في يديه بكراء حتى مات ، قال ابنه فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يديه ، حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهباً أو فضة. (٥) و عن مالك عن هشام بن عروة بن الزبير عن أبيه أنه كان يكرى أرضه بالذهب و الورق . (٦)

د . قياس كراء الأرض بالذهب و الفضة على كراء المنازل و إجارة العبيد والأحرار بها (٧)

هـ . إن الأرض عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها، أي بقاء أصلها ، فجازت إيجارتها بالأثمان. (٨)

(١) * السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٣ ص ١٥ .

(٢) * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ١٥ * السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٣ ص ٢٥ * الشيباني ، الحجة ، ج ٤ ص ١٨٧ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ٢٤٨ * الاصبهي ، الموطأ، ج ٢ ص ٧١١ رقم ١٣٩٢ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٢ - ٤٧٣ .

(٣) * الاصبهي ، الموطأ، ج ٢ ص ٧١١ رقم ١٣٩٢ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٢ - ٤٧٣ .

(٤) * الموطأ ، ج ٢ ص ٧١١ رقم ١٣٩٢ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٣ .

(٥) * الاصبهي ، الموطأ، ص ٧١٢ رقم ١٣٩٣ .

(٦) * الاصبهي ، الموطأ ، ج ٢ ص ٧١٢ رقم ١٣٩٤ .

(٧) * الشافعي ، الأم ، ج ٤ ص ١٢ .

(٨) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ٢٤٨ .

و . إن الدراهم و الدنانير هي معلومة ، و الإجارة بها تكون معلومة مضمونة فلا بأس بالإجارة و الكراء بها ، إذ هي عوض معلوم لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت الإجارة بها . (١)

ثانيا . أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم لقوله بمنع كراء الأرض جملة بما فيه الذهب و الفضة وعدم جواز ذلك ، بما يأتي :

أ . ما روي عن نافع أن ابن عمر كان يأجر الأرض قال فنبئني حديثا عن رافع بن خديج قال فانطلق بي معه إليه قال فذكر عن بعض عمومته ذكر فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن كراء الأرض قال فتركة ابن عمر فلم يأجره (٢) وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض مطلقا ، فلا تجوز لا بالدراهم ولا بالدنانير ولا بغيرها ، إذ النهي ورد عاما ومطلقا . (٣)
ب . ما روي عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الأرض وعن بيعها السنين وعن بيع الثمر حتى يطيب (٤) .
وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم نهى عن أخذ الأجر للأرض ، و هذا هو الكراء ، فدل على منعه و عدم جوازه لأن النهي للتحريم .
ج . ما رواه جابر بن عبد الله قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان له فضل أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يبيعوها فقلت لسعيد ما قوله ولا يبيعوها يعني الكراء قال نعم (٥) .

(١) * ابن قدامة ، المعني ، ج ٥ ص ٢٤٩ .

(٢) قال ابن حزم رافع بن خديج و عبد الله بن عمر شهدا بدر و هم عدول لأن أهل بدر كلهم عدول ، ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٩٠ * صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١١٨١ ، رقم ١٥٤٧ * سنن البيهقي الكبرى ج ٦ ص ١٢٩ ، ١١٤٨٥ .

(٣) المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٩٠ .

(٤) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١١٧٦ ، رقم ١٥٣٦ .

(٥) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١١٧٦ ، رقم ١٥٣٧ * صحيح البخاري ج ٢ ص ٨٢٤ رقم ٢٢١٥ .

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر مالك الأرض بزراعتها بنفسه أو بمنحها لغيره ، لزراعتها أو إمساكها ، و لم يأمره بكرائها و لو جاز كراء الأرض لأمر به و لعدده في الخيارات^(١).

د . ما روي عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وعن بيع الثمر حتى يبذو صلاحه ولما يباع إلّا بالدينار والدرهم إلّا العرايا * (٢)

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن المحاقلة ، و المحاقلة هي كراء الأرض ، و قد ورد النهي عن كراء الأرض مطلقاً في النهي كراؤها بالذهب و الفضة (٣) هـ . إن المنع من كراء الأرض روى جملة عن جابر بن عبد الله و رافع بن خديج وابن عمر و طاوس و مجاهد و الحسن و غيرهم ، وإن هؤلاء الأعلام الأخيار لا يرد عنهم منع شيء إلا عن سماع أو استدلال ، إذ ما كان لهم أن يقولوا في شيء برأيهم (٤) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢١٢ .

(٢) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١١٧ ، رقم ١٥٣٦ * صحيح البخاري ج ٢ ص ٧٦٣ رقم ٢٠٧٥ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢١٢ .

(٤) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٩٠ ، ٢١٢ ، ٢١٩ .

المطلب الثالث

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً . مناقشة أدلة الأئمة الأربعة

يرد على قول الأئمة الأربعة بجواز كراء الأرض بالذهب و الفضة و أدلتهم لذلك
الاعتراضات الآتية :

أ . " إن ما روي عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه نهى عن المزارعة و أمر بالمؤاجرة و قال لا بأس بها فسنده ليس بالنيير ، ثم لو صح لكان حجة عليهم لا لهم ، بل حجة لمن قال بعدم جواز كراء الأرض بالنقدين ، و ذلك لأن الذي فيه عن النبي - صلى الله عليه و سلم - فهو النهي عن كراء الأرض جملة ، و المنع من غير زراعتها من قبل صاحبها أو من قبل من منحها ، وهذا خلاف قولهم " (١).

ب . " إن حديث مجاهد عن رافع لا خلاف أنه لم يسمعه من رافع ، ثم لو صح لكان النهي عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، و هذا خلاف قولهم من قبل أنهم يمنعون من كرائها بالعسل و الملح و ليسا مما يخرج من كرائها ، و يجيزون كراءها بالحطب و الخشب و هما من بعض ما يخرج منها فقد خالفوه من وجهين فزادوا فيه ما ليس منه و أخرجوا منه ما فيه " . (٢)

ج . " إن الذهب و الفضة هما في الحقيقة بعض ما يخرج من الأرض ، و لذا فإنه لا يجوز الكراء بهما قياساً على الكراء ببعض الخارج من الأرض من الزروع و الثمار ، فإن قيل إنما منع النبي - صلى الله عليه و سلم - من كرائها بما يخرج من تلك الأرض بعينها ، قيل : أين الدليل على هذا التخصيص و لا دليل عليه ؟ فيبقى لفظ الخبر على عمومته فسقط قولهم جملة " . (٣)

د . " إن خبر حنظلة عن رافع فقد قيل أنه قول رافع ، يعني قوله : فأما بورق فلم ينه ، و قد قاله قبل نهيه - صلى الله عليه و سلم - عن ذلك بدليل أنه روي عن رافع أن النبي - صلى الله عليه و سلم - نهى عن كراء الأرض جملة ، حتى أن رافع أبطل كراء

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٢ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٢ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٢ .

أرض بني أبيه بالدراهم ، و هذه الرواية أولى لوجوه :

الوجه الأول : إن هذه الرواية و هي رواية النهي عن كراء الأرض جملة مسندة إلى النبي - صلى الله عليه و سلم - و تلك أي رواية أجازة الكراء بالذهب و الفضة موقوفة على رافع .

الوجه الثاني : إن رواية النهي غير مضطرب فيها ، بخلاف الرواية الأخرى فقد اضطرب فيها على رافع .

الوجه الثالث : إن الذين رووا عموم النهي عن رافع عن ابن عمر و عثمان و عمران و عيسى بن سهيل بن رافع و سليمان بن يسار و أبو النجاشي عطاء بن صهيب بن حصين ، و كلهم أوثق من حنظلة بن قيس ، فسقط تعلقهم بخبر حنظلة ^(١) . هـ .
 إن خبر طارق عن سعيد عن رافع فإن ابن أبي شيبه رواه كما ورد عن أبي الاحوص فوهم فيه لأنه روي من طريق قتيبة بن سعيد و الفضل بن دكين و سعيد بن منصور و كلهم عن أبي الاحوص عن طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج ، قال : نهى النبي - صلى الله عليه و سلم - عن المحاقلة و المزبنة ، وقال : إنما يزرع ثلاثة : رجل له أرض فهو يزرعها أو رجل منح أرضاً فهو يزرعها ما منح ، أو رجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة " فكان هذا الكلام مخزولاً " عن كلامه - صلى الله عليه و سلم - فظن ابن أبي شيبه أنه من جملة كلامه - صلى الله عليه و سلم - فخرله و أبقي السند ، و قد جاء الخبر عن طارق من طريق من هو أحفظ من أبي الاحوص وتبين أنه من كلام سعيد بن المسيب كما روي من طريق أحمد بن شعيب فعن طارق قال : سمعت سعيد بن المسيب يقول لا يصلح من الزرع غير ثلاث : أرض تملك رقبته أو منحة أو أرض بيضاء تستأجرها بذهب أو فضة ، و قال ابن حزم : و أيضاً فلو صح أنه من كلامه - صلى الله عليه و سلم - لكانوا مخالفين له ، لأن فيه النهي عن كراء في الأرض إلا بذهب أو فضة و انتم تبيحونها بكل عرض في العالم حاشا الطعام أو ما أنبتت الأرض فقد خالفتموها كلها ^(٢) .

و . " إن النهي عن أن يؤخذ للأرض أجر أو حظ صح عن النبي - صلى الله عليه و سلم - ، و نص عليه ، و نص على أنه ليس لمالكها إلا أن يزرعها أو يمنحها أو يملك أرضه فقط ، فظهر فساد القول بجواز كراء الأرض بالذهب و الفضة ^(٣) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٣ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٤ .

ز . "إن القول بصحة كراء الأرض بالذهب و الفضة لم يصح عن أحد الصحابة إلا عن سعد بن أبي وقاص و ابن عباس و رافع بن خديج و ابن عمر ، ثم صح رجوع ابن عمر عنه ، و صح عن رافع رجوعه عنه أيضاً . قال ابن حزم : فلم يبق إلا تغليب الإباحة في كرائها بكل عرض و لكل شيء مضمون من طعام أو غيره ، و الثلث و الربع كما قال سعد بن أبي وقاص و احمد بن حنبل و إسحاق بن إبراهيم و غيرهم ، أو تغليب المنع جملة كما فعل رافع بن خديج و عطاء و أبو عبد الله مكحول الدمشقي و مجاهد و الحسن البصري و غيرهم ، أو أن يغلب النهي حيث لم يوقن أنه نسخ ، و يؤخذ بالناسخ إذا تيقن كما فعل ابن عمر و طاووس و القاسم بن محمد و ابن سيرين فنظرنا في ذلك فوجدنا تغليب الإباحة خطأ لأن معهود الأصل في ذلك هو الإباحة على ما روى رافع و غيره أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قدم عليهم و هم يكررون مزارعهم ، و قد كانت المزارع بلا شك تكرر قبل الرسول - صلى الله عليه و سلم - و بعد مبعثه ، و هذا أمر لا يمكن أن يشك فيه ذو عقل ، ثم صح من طريق جابر و أبي هريرة و سعيد و رافع و ظهير بن رافع الحارثي البصري و آخر من البدرين و ابن عمر نهى رسول الله - صلى الله عليه و سلم - عن كراء الأرض جملة فبطلت الإباحة بيقين لا شك فيه ، فمن ادعى أن المنسوخ قد رجع و أن يقين النسخ قد بطل فهو كاذب قائل ما لا علم له به ، و هذا حرام بنص القرآن الكريم إلا أن يلتي على ذلك ببرهان ولا سبيل له في وجوده أبداً في إعطائها بجزء مسمى مما يخرج منها فإنه قد صح أنه - صلى الله عليه و سلم - فعل ذلك بخير بعد النهي بأعوام ، و أنه بقي على ذلك إلى أن مات - صلى الله عليه و سلم - فصح أن النهي عن ذلك منسوخ بيقين ، و أن النهي عما عدا ذلك باق . بيقين ، و قال تعالى : " وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ " (١) ، فمن المحال أن ينسخ حكماً قد بطل و نسخ ، ثم لا يبين الله تعالى لنا أنه قد بطل و أن المنسوخ قد عاد و إلا فكان الدين غير مبين ، و هذا باطل فيقع الإشكال (٢)

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري بمنع كراء الأرض بالذهب و الفضة و غيرها وأدلته على ذلك الاعتراضات الآتية :

أ . ما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه ، قال : لم ينه الرسول - صلى الله عليه وسلم - عنها حتى تظالموا ، كان الرجل يكري أرضه و يشترط ما يسقيه الربيع و النطف ،

(١) سورة النحل ، آية ٤٤

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ٢٢٤ .

فلما تظالموا نهى عنها ، و النطف جوانب الأرض ، فكان هذا إشارة إلى التأويل الذي ذكره محمد و إن النهي كان بناء على تلك الخصومة ، فكان مقيدا بها .

ب . إن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال أكثر رافع على نفسه ليكرىها كراء الإبل ، و معنى هذا شدد الأمر على نفسه بروايته النهي مطلقا من غير رجوعه إلى سبب النهي ، و لأجل روايته بترك المزارعة و يكرى الأرض بالذهب و الفضة كراء الإبل . (١)
ج . إن النهي الوارد عن النبي - صلى الله عليه و سلم - إنما كان لدفع الغرر والجهالة المفضية للنزاع ، و لذا كان مختصا بـ كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، أما ما كان منه بشيء معلوم مضمون من الدراهم و الدينانير فلا بأس به و كذا ما كان في معناها من الأثمان المعلوم . (٢)

د . إن قول النبي - صلى الله عليه و سلم - في حديث أبي هريرة : " أو ليمنحها أخاه " يدل على جواز كراء الأرض بالذهب و الفضة ، و ذلك لأن المنحة قد تكون بمقابل وقد تكون بغير مقابل ، إذ اللفظ يحتمل الأمرين .

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج ٢٣ ص ١٣ .

(٢) الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٢ * ابن عبد البر ، التمهيد ، ج ٢ ص ٣١٨ .

المطلب الرابع

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم كراء الأرض بالذهب والفضة واستعرضنا أدلتهم وناقشناها أرى أن القول الراجح هو قول الأئمة الأربعة وهو جواز كراء الأرض بالذهب والفضة ، ومن المبررات لذلك ما يأتي :

أ . إن النهي الوارد في الأخبار والآثار اختص بكراء الأرض بجزء معلوم من الخارج منها ولم يرد بالنهي على العموم ، بل إن حديث رافع ابن خديج نص على جواز كراء الأرض بالذهب والفضة

ب . إن القول بجواز كراء الأرض بالذهب والفضة روي عن جمع من السلف الصالح كابن عمر وابن عباس وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب ورافع وغيرهم رضوان الله عنهم ، وما كان لهؤلاء أن يقولوا بجواز أمر إلا عن بينة .

ج . إن القياس مصدر شرعي فأمكن قياس كراء الأرض بالذهب والفضة على كراء المنازل وإجارة العبيد والأحرار بها ، وذلك بجامع إمكانية استيفاء المنفعة منهما بأجرة معلومة .

د . إن الدراهم والدنانير معلومة فالإجارة بها تكون معلومة مضمونة ولذا جاز الكراء بها ، لأن الجهالة المفضية للنزاع مأمونة هنا .

هـ . إن نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كراء الأرض لم يكن إلا بعد أن تظالم الناس فإذا عدلوا وقسطوا جاز تعاملهم به .

و . إن استثمار الأرض واستغلالها أمر طلبه الإسلام وحث عليه ، ورغب الله سبحانه وتعالى ونبيه - صلى الله عليه وسلم - فيه ، وإن الكراء بالذهب والفضة وبما يقوم مقامهما أحد الأشكال والوجوه التي يمكن استغلال الأرض بها بكرائها لزراعتها ، بل إن كراءها أمر تدعو لها الضرورة والحاجة . ولذا فإن الراجح جواز كراء الأرض بالذهب والفضة ، والله أعلم .

المبحث السادس

محل الشفعة

المطلب الأول

مفهوم الشفعة

الشفعة لغة : مصدر شَفَعَ ، يشفع ، شفعة ، و شفاعة ، والشفعة مأخوذة من الزيادة ، لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه ، والشافع هو الجاعل والشفيع على وزن فعيل بمعنى فاعل ، وفي المصباح : الشفعة اسم للملك المشفوع كاللقمة للملقوم ، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك^(١) . وعليه فالشفعة : الزيادة ، والضم ، والملك المشفوع .

الشفعة اصطلاحاً : " هي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريه " أو : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه " ^(٢) .
و قيل : " الشفعة هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي كالبيع و الصلح و الهبة بمعناه فيأخذ الشفيع نصيب البائع بثمنه الذي استقر عليه العقد^(٣) .
وقيل : " هي استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها " ^(٤) .
و قيل : " هي تملك اليقعة جبراً " على المشتري بما قام عليه " ، و زاد بعضهم شركة أو جواراً " و إن قوله تملك جنس يشمل تملك العين و المنافع ، و قوله اليقعة اخرج به تملك المنافع ، و جبراً " اخرج به البيع فإنه يكون بالرضا بما قام عليه حقيقة أو حكماً " ^(٥) و قيل : " الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض " ^(٦)

(١) البعلي ، المطلع ، ص ٢٥٠ * المناوي ، التعاريف ، ص ٤٣٢ ، * القونوي ، أنيس الفقهاء ص ٢٧١ . * النووي ، تحرير ألفاظ التبيين ، ص ٢١٢ . * أسس البلاغة ، ص ٢٣٨ .
(٢) ابن مفلح ، المبدع ، ج ٥ ص ٢٠٣ .
(٣) البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٤٠٠ .
(٤) ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤١٦ .
(٥) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ١٤٣ .
(٦) الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٢ ص ٢٩٦ .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في محل الشفعة

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم في محل الشفعة على النحو الآتي :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد على الجملة إلى ثبوت الشفعة في العقارات دون المنقولات ، و ذلك إذا بيعت العقارات و كانت على الشيوع ^(١) ، و العقارات يقصد بها الأرض بما فيها من دور أو غراس .

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم الظاهري إلى ثبوت حق الشفعة في كل مبيع ، سواء كان مما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فاكثُر ، أو عبد ، أو ثوب أو أمه ، أو سيف أو طعام أو حيوان أو أي شيء يبيع . حيث قال ابن حزم : " لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه ، فإن أراد من يريد أن يشركه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به ، و أن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه و لا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه ، فإن لم يعرض عليه حتى باعه من غير من يشركه فيه فمن يشركه مخير بين أن يمضي ذلك البيع و بين أن يبطله ، و يأخذ ذلك الجزء لنفسه بما يبيع به " ^(٢)

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ١٤٣ * الشيباني ، الحجة ، ج ٣ ص ٦٧ * المبرقندي ، تحفة الفقهاء ، ج ٣ ص ٥١ * الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٣ * الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٦ * سحنون ، المدونة الكبرى ، ج ١٤ ص ٤٣٢ * القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج ١ ص ٤٣٦ * الشمازقي ، المذهب ، ج ١ ص ٣٧٦ * الفزاري ، الوسيط ، ج ٤ ص ٦٩ * الشربيني ، الإقناع ، ج ١ ص ١١٦ * النووي ، روضة الطالبين ، ج ٥ ص ٦٩ * ابن قدامة ، الكافي في فقه ابن حنبل ، ج ٢ ص ٤١٦ - ٤١٧ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ١٨٠ * ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ج ١ ص ٣٦٥ * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٥ ص ٢٠٧ * البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ٤٠١ * ابن مفلح ، الفروع ، ج ٤ ص ٣٩٨ . هذا و روي عن الإمام أحمد و الإمام مالك قولهما بثبوت الشفعة في الثمار و ما يهمنها هو أن الأئمة الأربعة يقولون بثبوت الشفعة في العقار دون المنقول خلافا لابن حزم ، و ليس موضعنا للتفصيل .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٩ ص ٨٢ - ٨٣ .

سبب الخلاف:

يرجع سبب اختلاف الإمام ابن حزم الظاهري مع الأئمة الأربعة في محل الشفعة وثبوتها في غير العقار والدور و الأرضين إلى تعارض الآثار الواردة في ذلك ، واختلاف الفقهاء في تقديم بعضها على بعض ، وذلك تبعا لتفاوت قوتها عندهم ووجاهتها .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً . أدلة الأئمة الأربعة

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بثبوت الشفعة في العقار الشائع دون المنقول إن بيع ذلك العقار ، بما يأتي:

أ . ما روي عن أبي الزبير عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شراكة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به^(١) .

وجه الاستدلال :

إن النبي - صلى الله عليه وسلم - حكم بالشفعة في كل عقار مشترك لا يقسم ربعة وفي كل حائط و هي الأرض ، فدل هذا على عدم ثبوت الشفعة في غير العقار^(٢) .

ثم إن هذا الحديث يخص الشفعة بما تدخله القسمة والحدود والطرق و هذا لا يكون في المنقولات^(٣) .

ب . ما روي عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه^(٤) .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف يدل على ثبوت حق الشفعة في كل عقار و في كل ما تدخله القسمة .^(٥)

(١) الربعة : المنزل والحائط والبستان انظر شرح الزرقاني ج ٣ ص ٤٧٦ * صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١٢٢٩ رقم ١٦٠٨ ، باب الشفعة * صحيح البخاري ج ٢ ص ٧٧٠ رقم ٢١٠٠ .

(٢) * الشرازي ، المهذب ، ج ١ ص ٣٧٦ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ١٨٠ .

(٣) * الشريبي ، معني المحتاج ، ج ٢ ص ٢٩٦ * شرح الزرقاني ، ج ٣ ص ٤٧٦ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ص ١٨٠ .

(٤) صحيح مسلم ، ج ٣ ص ١٢٢٩ رقم ١٦٠٨ ، باب الشفعة .

(٥) السر عسي ، البوط ، ج ١٤ ص ٩٠ .

ج . إن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فنثبت فيه الشفعة لإزالته و أما المنقولات فلا يتأبد فيها الضرر فلم تكن في معنى العقار ولا تدعو الحاجة لإقرار الشفعة فيها لدفع الضرر إذ المنقول لا يدوم فضلاً أنه يحول و ينقل (١).

د . إن ثبوت الشفعة في غير العقار لم يرد فيه نص، و إنه ليس في معنى المنصوص (٢).

ثانياً، أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله بثبوت الشفعة في كل مبيع سواء كان عقاراً أم منقولاً بما يأتي:

أ . ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة (٣).

و ما رواه ما روي عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل شرك في أرض أو ربيع أو حائط (٤)، و ما رواه ابن عباس قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الشريك شفع و الشفعة في كل شيء (٥) .

وجه الاستدلال:

إن هذه الآثار متواترة في أن الشفعة تكون في كل مال و في كل شيء وفي كل ما لم يقسم، ورواها كذا جابر أبو الزبير سماعاً منه و عطاء وأبو سلمة و رواه عن ابن عباس يحيى بن عبد الله بن أبي مليكة فارتفع

(١) * الشرازي، المذهب، ج ١ ص ٣٧٦ * الشربيني، الإقناع، ج ١ ص ١١٦ * الغزالي، الوسيط، ج ٤ ص ٦٩ الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ * شرح الزرقاني، ج ٣ ص ٤٧٦ * ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج ٢ ص ٤١٦ - ٤١٧ .

(٢) * ابن مفلح، المبدع، ج ٥ ص ٢٠٦ * البهوتي، الروض المربع، ج ٢ ص ٤٠١ - ٤٠٢ .

(٣) * صحيح البخاري، ج ٢ ص ٢٨٣ رقم ٢٣٦٣ . صحيح ابن حبان ج ١ ص ٥٩٠ ، رقم ٥١٨٥ .

(٤) سبق تخريجه من صحيح مسلم .

(٥) * سنن الترمذي ج ٣ ص ٦٥٤ ، رقم ١٣٧١ . * سنن البيهقي الكبرى، ج ٦ ، ص ١٠٩ رقم ١١٣٧٨ . * سنن الدارقطني، ج ٤ ص ٢٢٢ رقم ٦٩ .

الإشكال جملته، و عن عبيد الله بن عبد الله ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال: إذا وقعت الحدود و عرفت الناس حقوقهم فلا شفعة بينهم (١).

ب. عن أبان بن عفان أن أباه عثمان، قال: لا مكايلة إذا وقعت الحدود فلا شفعة فعمر و عثمان يحملان قطع الشفعة بعد وجوبها بوقوع الحدود و معرفة الناس حقوقهم ، ولم يخصا أرضا دون سائر الأموال بل أجملا ذلك ، و الحدود تقع في كل جسم مبيع و كذلك معرفة كل أحد حقه (٢).

ج . ما رواه ابن أبي شيبة عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة ، قال : قضى - صلى الله عليه و سلم- بالشفعة في كل شيء : الأرض و الدار ، و الجارية ، و الخادم ، فقال عطاء : إنما الشفعة في الأرض و الدار ، فقال له ابن أبي مليكة تسمعي لا أم لك ، أقول قال : - صلى الله عليه و سلم- ثم تقول مثل هذا و إلى هذا رجع عطاء و عن عبد الله البجلي قال: سألت عطاء عن الشفعة في الثوب فقال : له شفعة و سألته عن الحيوان فقال له شفعة و سألته عن العبد فقال له شفعة (٣). فدل ذلك على جواز الشفعة في العقارات و المنقولات على حد سواء .

د . إن الشفعة لا تخلو إما أن تكون من طريق النص أو من طريق النظر، و إن النص جاء بمشروعية الشفعة و ثبوتها في العقار و المنقول ، و أما طريق النظر فهو أيضاً متحقق في المنقول كما هو موجود في العقارات إذ الضرر يلحق بالشريك في المنقولات و يحتاج إلى دفعه كما يلحق بالعقارات و يحتاج لدفعه، وكذا فيما لا ينقسم بل هو فيه أكثر و أشد ضرراً (٤).

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٤.

(٢) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٤.

(٣) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٤.

(٤) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٥.

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً مناقشة أدلة الأئمة الأربعة :

يرد على قول الأئمة الأربعة بعدم ثبوت الشفعة في غير العقار وأدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ . إن حديث النبي - صلى الله عليه وسلم : " في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط " ليس فيه أنه لا شفعة إلا في هذا فقط ، وإنما فيه إيجاب الشفعة في الأرض والربع والحائط ، وليس فيه ذكر حمل الشفعة فيما عداها أم لا ، فوجب طلب حكم ما عدا هذه في غير هذا اللفظ^(١).

ب . إن " خبر جابر بن عبد الله روي من طرق أخرى ، فقد روي من طريق عطاء قوله بالشفعة في كل شيء و ما يجهل أن عطاء فوق أبي الزبير إلا جاهل ، وقد جاء هذا الخبر من طريق أبي خيثمة زهير بن معاوية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي - صلى الله عليه وسلم : " من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن رضي اخذ و إن كره ترك " فهل هذا حجة في أن لا شفعة إلا في ربع أو نخل فقط دون سائر الثمار .^(٢)

ج . إن الأئمة الأربعة اعتدوا بالقياس واعتبروه حجة شرعية ، فهلا قاسوا على حكم الأرض والحائط والبناء سائر الأملاك لعللة الضرر ودفعه ، كما قاسوا على الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح سائر الأنواع في ثبوت حكم الربا .

د . إن ما رواه أبو سلمة عن جابر بن عبد الله أنه ورد في الحديث الشريف : " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " فلا حجة لهم فيه ، ذلك لأنه ليس في هذا اللفظ نص ولا دليل على أن ذلك لا يكون إلا في الأرض والعقار والبناء ، بل الحدود واقعة في كل ما ينقسم من طعام وحيوان و عروض و نبات وإلى غير ذلك

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٥ .

(٢) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٥ .

وكان ذكر النبي - صلى الله عليه وسلم للحدود و الطرق إعلاماً
بحكم ما يمكن قسمته ، و بقي الحكم فيما لا يقسم على حسبه ، فكيف
و أول الحديث بيان كاف في أن الشفعة واجبة في كل مال يقسم ،
وفي كل ما لم يقسم و هذا عموم لجميع الأموال ما احتل منها الشفعة
و ما لم يحتلها ، و من الباطل الممتنع أن يريد النبي - صلى الله
عليه وسلم - بالحكم الأرض فقط ثم يجعل هذا الإجمال و هو مأمور
بالبیان الإبهام و التلبیس.(١)

هـ . إن ما روي عن ابن عباس : " لا شفعة في الحيوان " فمحمد بن
عبد الرحمن أحد الرواة مجهول ، و ليس فيه أيضاً أنه لا شفعة في
غير الحيوان ، كما أنه ليس في حديث عثمان إسقاط الشفعة في غير
البر و الفحل فبطل تعلقهم بها جملة . (٢)

ثانياً . مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري

يرد على قول الإمام ابن حزم الظاهري بثبوت حق الشفعة في كل
مبيع مشترك و أدلته التي استدل بها لذلك الاعتراض الآتي :
إن تشريع الشفعة ما جاء إلا مقصوداً شأنه شأن سائر الحقوق ، وإن
مقصود ثبوت حق الشفعة و حكمته دفع الضرر و إزالته عن الشريك ، و إن
الضرر المقصود إزالته ودفعه الذي يتأبد، و إن الضرر الذي لا يتأبد لا
يكون إلا في العقارات من أرض أو ربيع و نحوها بخلاف المنقولات فإن
الضرر فيها يندفع بانتقالها و تحولها ، و لذا كان لا داعي لإثبات حق الشفعة
فيها .

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٦ .

(٢) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٧ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم ثبوت الشفعة في غير العقار وعرضنا أدلتهم على ذلك ، و ناقشناها أرى أن القول الراجح ما ذهب إليه الإمام ابن حزم الظاهري ، وهو ثبوت حق الشفعة في كل مبيع مشترك حيث قال : الشفعة مقسوم بين اثنين فصاعداً " من أي شيء كان مما ينقسم و مما لا ينقسم ، من أرض أو شجرة واحدة فأكثر ، عبد أو ثوب أو أمة أو من سيف أو من طعام أو من حيوان أو من أي شيء يبيع لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه ، فإن أراد من يشركه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به ، و إن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه ، فإن لم يعرض عليه حتى باعه من غير من يشركه فيه ، فمن يشركه مخير بين أن يمضي ذلك البيع و بين أن يبطله و يأخذ ذلك الجزء لنفسه بما يبيع به " (١) .

و قد ارتأيت ترجيح قول ابن حزم للأمور الآتية :

أ . إن النصوص التي استدل بها الأئمة الأربعة و النصوص التي استدل بها الإمام ابن حزم تدل جميعها على ثبوت حق الشفعة في كل مبيع مشترك .

ب . إن الضرر الناشئ عن بيع حصة أحد الشركاء في المنقول لشخص آخر غير الشركاء الآخرين لا يقل خطراً عن بيع حصة أحد الشركاء في عقار لآخر غير الشركاء الآخرين ، بل إن الضرر قد يكون أكبر و أخطر ، سيما في زمان زاد فيه ضعف الضمان و قل فيه الاستحياء و غلبت قلة الحياء ، و ضعف فيه الوازع الديني .

ج . إن مفهوم ابن حزم لحق الشفعة يقتصر على تخيير الشريك الذي يرغب في بيع حصته في الشرك باقي الشركاء ، و لم يضرب مدة

(١) ابن حزم، المحلى، ج ٩ ص ٨٢-٨٣ .

لذلك بل اكتفى بالتخيير فقط ، و بالتالي فإن قوله يتفق مع إرادته، إذ قوله يقتضي تخيير الشريك شريكه بشراء حصته قبل بيعها .

د . إن ذكر الأرض و الربع في الأحاديث إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر ، إذ مقصود الشفعة دفع الضرر و إن الضرر ينشأ من بيع المنقول كما ينشأ عن بيع العقار ، فضلا عن إمكانية قياس المنقولات على العقارات في ثبوت حق الشفعة .

هـ . إن ما روي عن ابن عباس " لا شفعة في الحيوان " فمحمد بن عبد الرحمن أحد الرواة و هو مجهول ، ثم إنه ليس أن لا شفعة في غير الحيوان . هذا و الله اعلم .

المبحث السابع

براءة المضمون عنه

المطلب الأول

مفهوم الضمان

الضمان لغة : الضمان مصدر ضمن ، والضمان من الضم سواء كان عيناً أو معنى ، وإن تركيبه يدل على الضم والتضمين ، ويأتي الضمان بمعنى الالتزام، وضمن الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين : إذا كفل به وقال ابن سيده : ضمن الشيء ضماناً و ضماناً ، وضمنه إياه : كفله إياه ، وهو مشتق من التضمين لأن ذمة الضامن تتضمن ، وقال ابن عقيل : الضمان مأخوذ من الضمن وقيل مشتق من الضم ، ويقال ضمانته المال ألزمته إياه (١) . وعليه فالضمان هو الضم والتضمين والإلزام والتكفيل .

الضمان اصطلاحاً : "هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة" (٢)، وقيل: "هو شغل ذمة أخرى بالحق قد خربت" (٣) ، وقيل : "هو التزام دين ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره" (٤) ، وقيل : "الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق" (٥) ، وقيل: "بل التزام من يصح تبرعه ما وجب على غيره مع بقائه" (٦) .

(١) * ألبعلبي ، المطلع ، ص ٢٤٨-٢٤٩ ، المناوي ، التعاريف ص ٤٧٤ ،* تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ، ص ٢٠٣ . * معلوف ، المنجد في اللغة والأدب ، ص ٤٥٥ ، الزحشري ، أساس البلاغة ، ص ٢٧٢ .

(٢) ابن القيم ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٦٣

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ص ٣٣١ .

(٤) * الأنصاري فتح الوهاب ج ١ ص ٣٦٤ . * الشريبي ، معني المحتاج ج ٢ ص ١٩٨ .

(٥) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٨ ،* ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٤٤ .

(٦) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ ،* البهوتي ، الروض المربع ، ج ٢ ص ١٨٠

وعليه فالضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق ثبت في ذمة المضمون عنه ، وذلك حين يعجز المضمون عنه بالوفاء به ، وتوفيقته للمضمون له أو يمتنع عن ذلك .

المطلب الثاني

أقوال الفقهاء في براءة المضمون عنه

اختلف الأئمة الأربعة مع الإمام ابن حزم الظاهري في حكم براءة المضمون عنه على قولين هما :

القول الأول : ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد إلى ثبوت حق المضمون له في الرجوع إلى المضمون عنه ، أو إلى الضامن ومطالبة أيهما شاء بحقه ، إذ لا يبرأ عندهم المضمون عنه إلا بالأداء منه أو من الضامن أو بإبرائه ما في ذمته (١).

القول الثاني : ذهب الإمام ابن حزم إلى سقوط الحق عن المضمون عنه بمجرد الضمان جملة دون الحاجة إلى الأداء ، يقول ابن حزم : " الكفالة هي الضمان ، والزعامة والقبالة والحمالة . فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أي جهة كان حالا أو إلى أجل ، سواء كان الذي عليه الحق حيا أم ميتا ، فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه ، بطيب نفسه وطيب نفس من الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه ، وانتقل إلى الضامن ، ولزمه بكل حال ، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق ، أنتصف أو لم ينتصف ، ولا بحال من الأحوال " (٢).

سبب الخلاف :

يرجع سبب اختلاف الإمام ابن حزم الظاهري مع الأئمة الأربعة في براءة المضمون عنه إلى تعارض الآثار الواردة في ذلك و اختلافهم في توجيهها ، و إلى اختلافهم في حقيقة الضمان وماهيته .

(١) ابن المعام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٦٤ ، الأنصاري فتح الوهاب ج ١ ص ٣٦٧ - ٣٦٨ . * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ ، * الخليلي ، دليل الطالب ، ج ١ ص ١٢٣ ، * الحرق ، مختصر الحرق ، ج ١ ص ٧٩ ، * البهوتي ، كشف القناع ، ج ٣ ص ٣٦٤ .

* ابن قدامة ، المعني ، ج ٤ ص ٣٤٤ - ٣٥١ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١١١ ، ١١٣ .

المطلب الثالث

أدلة الفقهاء

أولاً : أدلة الأئمة الأربعة .

استدل الأئمة الأربعة لقولهم بعدم براءة المضمون عنه بمجرد الضمان ، وحق المضمون له الرجوع إلى الضامن أو المضمون عنه بما يأتي :

أ . ما رواه الإمام أحمد ابن حنبل في المسند عن جابر قال ثُفِي رَجُلٌ فغَسَلْنَاهُ وَحَنَطْنَاهُ وَكَفَّنَاهُ ثُمَّ أَتَيْنَاهُ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُصَلِّي عَلَيْهِ فَقُلْنَا نُصَلِّي عَلَيْهِ فَخَطَا خَطِي ثُمَّ قَالَ أَعْلَيْهِ دَيْنٌ قُلْنَا دَيْنَارَانِ فَانصَرَفَ فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ فَأَتَيْنَاهُ فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ الدَّيْنَارَانِ عَلَيَّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَحَقُّ الْغَرِيمِ وَبَرِّئَ مِنْهُمَا الْمَيِّتُ قَالَ نَعَمْ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ يَوْمَ مَا فَعَلَ الدَّيْنَارَانِ فَقَالَ إِنَّمَا مَاتَ أَمْسَ قَالَ فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَدَمِ فَقَالَ لَقَدْ قَضَيْتُهُمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ فَقَالَ مُعَاوِيَةُ بْنُ عَمْرٍو فِي هَذَا الْحَدِيثِ

فغَسَلْنَاهُ وَقَالَ فَقُلْنَا نُصَلِّي عَلَيْهِ (١)

وجه الاستدلال :

إن قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في آخر الحديث وبعد قضاء أبي قتادة الدينارين : " الآن برئت جلديته " دل على أن الدين بقي في نمة المدين وهو المضمون عنه حتى الأداء ، وأنها لم تبرا نمة منه إلا بالأداء ، وإذا كان هذا بحق الأموات فبحق الأحياء من باب أولى ، ولذا كان للمضمون

له الرجوع إلى الضامن والمضمون عنه (٢)

ب . ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه " وفي رواية : " ثم نفس المؤمن معلقة ما كان عليه من دين " (٣) .

(١) المنذري ، الترغيب والترهيب ، ج ٢ ص ٣٧٧ رقم ٢٧٩١ قال الحاكم صحيح الإسناد رواه ابن حبان في صحيحه ، مسند أحمد ، ج ٣

ص ٣٣٠ رقم ١٤٥٧٦ ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ٧٤ رقم ١١١٨٣ .

(٢) ابن مقلح ، البدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ * ابن قدامة ، المعني ، ج ٤ ص ٣٥١ .

(٣) صحيح ابن حبان ، ج ٧ ص ٣٣١ رقم ٣٠٦١ ، المستدرک علی الصحیحین ، ج ٢ ص ٣٢ حديث صحيح على شرط الشيخين

رقم ٢٢١٩ ، سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ٤٩ رقم ١١٠٤٨ .

وجه الاستدلال:

إن هذا الحديث الشريف دل على عدم براءة المضمون عنه من الدين إلا بالقضاء ، ولذا كان للمضمون له الرجوع على الضمان والمضمون

عنه (١) ، وعليه كان الحديث نصا في مسألتنا .

ج . إن الضمان والدين يمنع لأجلها الضامن والمضمون عنه من

الزكاة والهبة ، فدل على انشغال نيتيهما بالدين حتى القضاء أو الإبراء (٢).

د . إن الكفيل لو قال : التزمت وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين لم

يصح اتفاقا (٣).

هـ . إن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل منها زالت الوثيقة ، وبرئ

الضامن منها ، ثم إن الضمان وثيقة لا تنقل الحق كالشهادة (٤) .

ثانيا : أدلة الإمام ابن حزم الظاهري .

استدل الإمام ابن حزم الظاهري لقوله ببراءة المضمون عنه

بمجرد ضمان الضامن ، وحق المضمون له في مطالبة الضامن فقط دون المضمون عنه بما يأتي :

أ . ما رواه أبو سعيد الخدري قال : " كنا مع النبي - صلى الله عليه

وسلم - في جنازة فلما وضعت ، قال هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا :

نعم ، درهمان ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي : هما علي يا رسول

الله وأنا لهما ضامن ، فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فصلى عليه ،

ثم أقبل على علي فقال : جزاك الله خيرا عن الإسلام ، وفك رهانك كما فككت

(١) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ .

(٢) * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ * .

(٣) * البيهقي ، كشف القناع ، ج ٣ ص ٣٦٤ . * ابن مفلح ، المبدع ، ج ٤ ص ٢٤٩ * .

(٤) * البيهقي ، كشف القناع ، ج ٣ ص ٣٦٤ . * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ .

رهان أخيك " ففيل يا رسول الله هذا لعلني خاصة ، أم للناس عامة ، فقال :
" للناس عامة " (١) .

وجه الاستدلال :

إن هذا الحديث الشريف دل على أن المضمون عنه برئ بمجرد الضمان ، ولذا كان المضمون له حق الرجوع على الضامن وحده ، وإن محل الشاهد على هذا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وفك رهانك كما فككت رهان أخيك وقوله : " للناس عامة " (٢) .

ب. ما رواه الإمام أحمد في المسند عن جابر قال ثوقى رجل فغسلناه وحططنا وكفناه ثم أتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي عليه فقلنا نصلّي عليه فخطا خطي ثم قال أعلّنه ديناً قلنا ديناران فأنصرف فتحمّلهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة الديناران عليّ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أحقّ الغريم وبرئ منهما الميت قال نعم فصلّي عليه ثم قال بغد ذلك بيوم ما فعل الديناران فقال إنما مات أمس قال فعاد إليه من الغد فقال لقد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن برئت عليه جلده فقال معاوية بن عمرو في هذا الحديث فغسلناه وقال فقلنا نصلّي عليه (٣)

وجه الاستدلال :

إن قول النبي صلى الله عليه وسلم " وبرئ الميت منها " يدل على براءة المضمون عنه بمجرد الضمان ، وثبوت الحق في ذمة الضامن (٤) ، كما يدل عليه صلاة النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل أداء الضامن .

(١) رواه الدار قطني ، سنن الدار قطني ، ج ٣ ص ٤٦ رقم ٢٩١١٩٤ ج ٣ ص ٧٨ . مسند عبد بن حميد ، ص ٢٨١ رقم ٨٩٣ . المنذري ، الترغيب والترهيب ، ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٦٤ .

(٣) (الميتي ، مجمع الزوائد ، ج ٣ ص ٣٩ . باب الصلاة على من عليه دين . * سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ص ٧٤ رقم ١١١٨٣ ، مسند أحمد ، ج ٣ ص ٣٣٠ رقم ١٤٥٧٦ .

(٤) (الخطي بالآثار ، ج ٨ ص ١١٤ . ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٦٤ .

ج . إن مال الدين إذ ضمن لا يتعدد بل يبقى مال واحد ، ولذا فإن مال الدين بالضمان ينتقل إلى ذمة الضامن ، ويصير في ذمته ، لأن المال لا يحل في محلين (١) .

(١) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ ، * ابن القيم ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١٦٤ . * ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١١٤ .

المطلب الرابع

مناقشة أدلة الفقهاء

أولاً : مناقشة أدلة الأئمة الأربعة .

يرد على قول الأئمة الأربعة وأدلتهم الاعتراضات الآتية :

أ . " إن من المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود هو كله على زيد وهو كله على عمرو ، ولو كان هذا لكان للذي هو له عليهما أن يأخذهما جميعاً بجميعة ، فيحصل له العدد مضاعفاً ، ولما سقط عن أحدهما حق قد لزمه بأداء آخر عن نفسه ما لزمه أيضاً ، وهم لا يقولون بهذا ، فظهر تناقض الأئمة الأربعة واختلاط قولهم ، وإنه لا يعقل ولا يستقر ، فإن قالوا : إنما هو له على أيهما طلبه منه ، قيل : فهذا أدخل في المحال ، لأنه على هذا لا يستقر حقه على واحد منهما بعد لا على الضامن ولا على

المضمون عنه ، فإذا هو كذلك فلا حق له على واحد منهما بعد " (١)

ب . " إن خبر أبي قتادة رضي الله عنه الذي رواه جابر لا متعلق به لأن النبي صلى الله عليه وسلم قل لأبي قتادة بعد ضمانه الدينارين : " وجب حق الغريم ، ويرئ الميت منهما " ولأن قوله : " الآن برئت جلدته " لا يمنع من انتقال الحق إلى ذمة الضامن من براءة ذمة المضمون عنه ، ثم هو

تبرير زائد دخل عليه حين القضاء عنه " . (٢)

ج . " إن الخبرين اللذين استدل بهما الأئمة الأربعة لقولهم لم يصحاً ، ولو صحا فهما أكبر حجة عليهما ، إذ قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلي : " فك الله رهائك " ليس فيه دليل ولا نص على ما يدعونه من بقاء دين على المضمون عنه ، وإن قوله : " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه " ، فليس فيه أنه حكم المضمون عنه ، ولا أنه حكم من لم يمتل بدينه بعد طلب صاحبه إياه منه " (٣) .

(١) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٤ .

(٢) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١٤ ، ١١٥ .

(٣) ابن حزم ، المحلى بالآثار ، ج ٨ ص ١١٥ .

ثانيا: مناقشة أدلة الإمام ابن حزم الظاهري :

يرد على قول الإمام ابن حزم وأدلته الاعتراضات الآتية :

أ . إن قول النبي صلى الله عليه وسلم : " فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك " و " قد برئ الميت منهما " جاء على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمة الضامن ووجوب الأداء عليه لا براءة المضمون عنه منه ، بدليل قوله: " الآن بردت جلدته " (١)

ب . إن الضمان مشتق من الضم ، ويقضي الضم بين الذميتين تعلق الحق بهما وثبوته فيهما ، ولذا فلا يبرأ المضمون عنه بالمضمون إلا بالقضاء (٢)

ج . إن الدين الواحد يمكن أن يحل في محلين على سبيل الاستيثاق

كتعلق دين الرهن به وذمة الراهن (٣)

د . إن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى على المضمون عنه ، لأنه صار بالضمان وفاء للدين ، وإن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما امتنع عن الصلاة على مدين لم يخلف لدينه وفاء (٤) .

(١) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ . * ابن الحمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١١٤ .

(٢) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ . * ابن الحمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١١٤ .

(٣) * ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ . * ابن الحمام ، شرح فتح القدير ، ج ٧ ص ١١٤ .

(٤) المغني ، ج ٤ ص ٣٥١ .

المطلب الخامس

القول الراجح

بعد أن عرفنا أقوال الفقهاء في حكم براءة المضمون واستعرضنا أدلتهم وناقشناها أرى أن القول الراجح هو قول الأئمة الأربعة ، وهو عدم براءة المضمون عنه إلا بالأداء ، وأن للمضمون له الرجوع على الضامن أو المضمون عنه أيهما شاء ، وذلك للمبررات الآتية :

أ . إن الضمان مشتق من الضم ، وإن المقصود بالضممان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه ، ولذا فهما شيء واحد يحق للمضمون له الرجوع إلى أيهما شاء ، ولا تبرأ ذمة المضمون عنه إلا بالأداء .

ب . إن خبر أبي قتادة يدل على عدم براءة ذمة المضمون عنه إلا بالأداء ، لقوله صلى الله عليه وسلم الآن برئت جلدته إذ حَقَّق العباد لا تزول ولا يمتد إليها العفو إلا بالإبراء أو القضاء .

ج . إن الكفيل لو قال : التزمت وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين لم يصح اتفاقاً .

د . إن الضمان وثيقة لا تنقل الحق فهي كالشهادة ، ثم لو برئ الأصل منها زالت الوثيقة وبرئ الضامن منها .

هـ . إن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى على المضمون عنه لأنه صار بالضمان وفاء لدينه ، وإنما امتنع النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الصلاة على من كان عليه دين ولم يكن له وفاء

و . إن الدين يمكن أن يحل في محلين على سبيل الاستيثاق كتعلق الدين بالرهن وبذمة الراهن . هذا والله أعلم .