



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية



# الخُرُوجُ مِنْ خِلَافِ الْفُقَهَاءِ فِي الْمُعَامَلَاتِ



سلسلة محاضرات العلماء البارزين (٢٥)

## البنك الإسلامي للتنمية في سطور

### إنشائه:

البنك الإسلامي للتنمية مؤسسة مالية دولية، أنشئت تطبيقاً لبيان العزم الصادر عن مؤتمر وزراء مالية الدول الإسلامية، الذي عقد في مدينة جدة، في شهر ذي القعدة من عام ١٣٩٣هـ (الموافق ديسمبر عام ١٩٧٣م).  
وانعقد الاجتماع الافتتاحي لمجلس المحافظين في مدينة الرياض، في شهر رجب عام ١٣٩٥هـ (الموافق شهر يوليو من عام ١٩٧٥م). وقد تم افتتاح البنك رسمياً في اليوم الخامس عشر من شهر شوال عام ١٣٩٥هـ، (العشرين من أكتوبر عام ١٩٧٥م).

### أهدافه:

إن هدف البنك الإسلامي للتنمية هو دعم التنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي لشعوب الدول الأعضاء والمجتمعات الإسلامية في الدول غير الأعضاء، مجتمعة ومنفردة، وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

### وظائف البنك الأساسية:

تشتمل وظائف البنك على: المساهمة في رؤوس أموال المشروعات، وتقديم القروض للمؤسسات والمشاريع الإنتاجية في الدول الأعضاء، بالإضافة إلى تقديم المساعدة المالية لهذه الدول في أشكال أخرى، لأغراض التنمية الاقتصادية والاجتماعية.  
كما أن على البنك أن يقوم بإنشاء وإدارة صناديق خاصة لأغراض معينة، ومن بينها صندوق لمعونة المجتمعات الإسلامية في الدول غير الأعضاء، وأن يتولى النظارة على صناديق الأموال الخاصة.

وللبنك قبول الودائع، وتعبئة الموارد المالية بالوسائل التي تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن مسؤوليات البنك أن يساعد في تنمية التجارة الخارجية للدول الأعضاء، وأن يعزز التبادل التجاري بينها، وبخاصة في السلع الإنتاجية، وأن يقدم لها المساعدة الفنية، وأن يعمل لممارسة أنواع النشاط الاقتصادي والمالي والمصرفي في الدول الإسلامية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

### العضوية في البنك:

إن الشرط الأساسي للعضوية في البنك أن تكون الدولة عضواً في منظمة المؤتمر الإسلامي، وأن تكتتب في رأس مال البنك وفقاً لما يقرره مجلس المحافظين. وقد بلغ عدد الدول الأعضاء حتى تاريخ إعداد هذا التقرير (٥٥) دولة.

### رأسمال البنك:

كان رأسمال البنك المصرح به حتى نهاية عام ١٤١٢هـ - يونيو ١٩٩٢م (ألفي مليون دينار إسلامي) (الدينار الإسلامي وحدة حسابية للبنك تعادل وحدة من وحدات حقوق السحب الخاصة لصندوق النقد الدولي) (وفي محرم ١٤١٣هـ) (يوليو ١٩٩٢م)، ووفقاً لقرار من مجلس المحافظين أصبح رأسمال البنك المكتتب فيه أربعة بلايين دينار إسلامي، تسدد وفقاً لجدول محدد، وبعملة حرة قابلة للتحويل، يقبلها البنك. وفي عام ١٤٢٢هـ، قرر مجلس المحافظين في اجتماعه السنوي الذي عقد في الجزائر زيادة رأسمال البنك المصرح به من ستة بلايين دينار إلى ١٥ بليون دينار إسلامي، والمكتتب فيه من ٤,١ بلايين دينار إسلامي إلى ٨,١ بلايين دينار إسلامي.

مقر البنك ومكاتبه الإقليمية:

يقع المقر الرئيس للبنك في مدينة جدة في المملكة العربية السعودية. وقد تم إنشاء ثلاثة مكاتب إقليمية، بناء على قرارات صادرة عن مجلس المديرين التنفيذيين للبنك: أحدها في مدينة الرباط عاصمة المملكة المغربية، والثاني في كوالالمبور عاصمة ماليزيا. والثالث في ألماتي في جمهورية قازاقستان. وللبنك ممثلون ميدانيون في إحدى عشرة دولة هي: إندونيسيا، إيران، قازاقستان، ليبيا، باكستان، السنغال، السودان، جامبيا، غينيا بيساو، موريتانيا، والجزائر.

### السنة المالية:

السنة المالية للبنك هي السنة الهجرية (القمريّة).

### اللغة:

اللغة الرسمية هي اللغة العربية، وتستعمل اللغتان الإنجليزية والفرنسية كلغتي عمل.



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

# الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات

إعداد/ أ.د. حسن علي الشاذلي  
عضو هيئة الإفتاء والخبير بالموسوعة الفقهية  
بوزارة الأوقاف بدولة الكويت حاليا

ح) البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢٧هـ —

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشاذلي، حسن علي

الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات / حسن علي الشاذلي

- جدة، ١٤٢٧هـ —

ص: ١٤٨، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك ٤ - ١٥٨ - ٣٢ - ٩٩٦٠

المعاملات (فقه إسلامي) العنوان

ديوي ٢٥٣ ١٧٥٥ / ١٤٢٧

رقم الإيداع: ١٧٥٥ / ١٤٢٧

ردمك: ٤ - ١٥٨ - ٣٢ - ٩٩٦٠

---

وجهات النظر في هذا الكتاب لا تعكس بالضرورة وجهات نظر المعهد أو البنك.

الاقتباس مسموح به شريطة الإشارة إلى المصدر.

الطبعة الأولى: ١٤٢٧ هـ (٢٠٠٦ م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## محتويات البحث

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة.....
١٣	القسم الأول: التعريف بالخلاف وضوابط الخروج منه.....
١٥	التعريف بالخلاف والاختلاف والفرق بينهما.....
٢٠	مواطن الخلاف.....
٢٣	أدلة جواز وقوع الاختلاف في المسائل الفرعية.....
٢٤	ضوابط الاجتهاد العامة:.....
٢٥	الاختلاف في الفروع رحمة بالأمة.....
٢٧	أقسام الاختلاف، وحكم الخروج من كل قسم.....
٣١	الشروط التي يلزم توافرها للخروج من الخلاف.....
٣١	الشرط الأول: أن يكون مأخذ الخلاف قويا.....
٣٣	الشرط الثاني: ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى خرق الإجماع.....
٣٤	الشرط الثالث: أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا.....
٤٢	تعذر الخروج من الخلاف.....
٤٣	القسم الثاني: المواطن التي صرح فيها الفقهاء بالخروج من الخلاف، أو مراعاته في المعاملات
٤٥	ما جاء عند الحنفية.....
٤٦	ما جاء عند المالكية.....
٤٦	ما جاء عند الحنابلة.....
٤٨	ما جاء عند الشافعية وغيرهم في البناء في الأرض المباحة.....
٥١	بعض العقود المختلف في صحتها:.....
٥٣	(١) بيع العينة.....
٦٧	(٢) بيع النجش.....
٧٦	(٣) بيع العربون.....
٨٠	(٤) تلقي الركبان.....
٨٤	آراء الفقهاء في ضوابط التلقي.....
٨٨	ثبوت الخيار.....

## القسم الثالث: (رعي الخلاف) عند المالكية وأثره

٩٣	..... حقيقة: رعي الخلاف
٩٥	..... مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين
٩٦	..... صور من رعي الخلاف عند المالكية
٩٧	..... في البيع (١)
٩٨	..... في البيع (٢)
١٠٠	..... في الإجارة
١٠١	..... أثر النهي على فساد العقد
١٠٥	..... قضاء المالكية بميراث أرض مصر مراعاة للخلاف في ملكيتها
١٠٧	..... النتائج المستخلصة
١٠٧	..... خلاصة ونتائج البحث
١١١	..... حقائق يلزم إبرازها في هذا البحث
١١١	..... أ) الأصل الذي يرجع إليه الخروج من الخلاف
١١٣	..... ب) الخروج من الخلاف والحيل
	..... ج) اختلاف «الخروج من الخلاف» من حيث الهدف والغاية مع قاعدة (المشقة تجلب التيسير)
١١٨	.....
١٢١	..... د) مقارنة بين الخروج من الخلاف ورعي الخلاف
١٣٤	..... فهرس المراجع

## مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن سلك هديه وسار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الله سبحانه وتعالى قد منّ على الخلق برسالاته، الهادية إلى الحق، وإلى الطريق المستقيم، والكاشفة عن كل ما يحقق للبشرية الخير، والمنذرة لكل من يجلب لها الشر، أو يقلق لها أمنها، ويهز مسيرتها.

ولقد تتابعت الرسالات، رسولا بعد رسول وشريعة بعد شريعة، حتى اكتمل البيان إلا موضع لبنة منه، فكانت اللبنة، وكان الخاتم هو رسالة محمد عليه الصلاة والسلام، بما اكتمل صرح الرسالات، وبما تم التشريع الذي أراده الله للبشرية جمعاء، قال تعالى: ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ﴾...<sup>(١)</sup> وقال صلى الله عليه وسلم: ﴿ مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى بنيانا فأحسنه وأجمله إلا موضع لبنة من زاوية من زواياه، فجعل الناس يطوفون به، ويعجبون له، ويقولون: هلا وضعت هذه اللبنة!!! فأنا اللبنة وأنا خاتم النبيين ﴾<sup>(٢)</sup>، وقد جاءت شريعة محمد - عليه الصلاة والسلام - بالتشريع التام الكامل الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد،

---

(1) سورة الأحزاب ، الآية : ٤٠ .

(2) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة واللفظ لمسلم.

الذي نظم جميع العلاقات، سواء أكانت علاقة الإنسان بربه، أم بنفسه، أم بأهله أم بغيره من كل الكائنات، فرادى أو جماعات، أو دول، في السلم والحرب، في السراء والضراء، قال الله تعالى: ﴿ أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ (١).

وقد أنعم الله على المسلمين بأن جعل معجزة محمد - صلى الله عليه وسلم - القرآن الكريم، معجزة خالدة خلود الزمن، تقرأ إذ هي قرآن كريم، وتكتب إذ هي كتاب الله المبين، حجة على الأولين والآخرين، لا تبلى بمرور الزمن، ولا تتناقض بمرور الأجيال وتوالي الأحقاب، فهو المنبع الصافي المتدفق، والمورد العذب لكل ظمآن لمعرفة الحق، والنور المبين لكل من أراد الهداية...، وأيضا أنعم الله عليهم بأن جعل سنة نبيه محمد - صلى الله عليه وسلم - مفتاح الكتاب الكريم، والنبراس الذي يهتدى به لكشف حقائقه، والوقوف على دقائقه، قال تعالى: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾ (٢) وأمر باتباع السنة، قال تعالى: ﴿ يَتَّبِعُوا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾ (٣) وقال جل شأنه: ﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ﴾ (٤) وقال: ﴿ وَمَا ءَاتَكُمْ الرَّسُولَ فَاخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ (٥) فالكتاب والسنة النبوية هما دستور هذه الأمة، وهما المصدران الخالدان للتشريع الإسلامي، قال - صلى الله عليه وسلم -: ﴿ تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما، كتاب الله وسنتي ولن يتفرقا حتى يردا على الحوض ﴾ (٦).

(1) سورة المائدة ، الآية : ٣ .

(2) سورة النحل ، الآية : ٤ .

(3) سورة محمد ، الآية : ٣٣ .

(4) سورة النساء ، الآية : ٨٠ .

(5) سورة الحشر ، الآية : ٧ .

(6) رواه الحاكم عن أبي هريرة في المستدرک ، التيسير للمناوي .

ولقد كان هذان المصدران العظيمان ولا زالا، وإلى يوم الدين، مصدرى استقواء جميع الأحكام الشرعية للمسلمين في جميع شئون حياتهم العقائدية والأخلاقية والعملية، يعرفون من خلالهما هذه الأحكام إما نصاً، وإما اجتهاداً.

قال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ط فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿٥١﴾﴾<sup>(١)</sup>. وقال جل شأنه: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴿٢﴾﴾.

ولما كانت الوقائع والأحداث غير متناهية، إذ هي تتجدد بتجدد الإنسان وتوالي الأزمان واختلاف الأماكن وكانت النصوص محدودة، فكان من الضروري أن يفتح باب الاجتهاد في فهم النصوص لاستقواء أحكام ما لم يأت بحكمه نص خاص، إما بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصحاب أو العرف أو غيرها من المصادر التي هدتنا إليها نصوص القرآن والسنة، وذلك حتى تحكم النصوص المتناهية عدداً الوقائع والأحداث غير المتناهية.

ولما كان الاجتهاد يبنى على بذل المجتهد جهده في استقواء الحكم الشرعي العملي من الأدلة الشرعية، وكان من المسلم به بدهاة أن المجتهدين يتفاوتون في فهم النصوص تبعاً لتفاوتهم في درايتهم بما أحاط بالنص من جوانبه المتعددة، من حيث نزوله، وفهم ألفاظه لغة وشرعاً، ومحكمه ومنسوخه وإجماله وبيانه، وعمومه وخصوصه، وإطلاقه وتقييده، إلى غير ذلك من ضوابط السير في هذا المجال، فإن من الضروري أن يتفق المجتهدون في بعض الأحكام، وأن يختلفوا في بعضها، وقد

(1) سورة النساء، الآية : ٥٩ .

(2) سورة الأحزاب ، الآية : ٣٦ .

كان اختلافهم أمانة صحة لا أمانة ضعف، كشف لنا عن مكونات النصوص وأبعادها، وطرق ومناهج فهمها واستقاء الأحكام منها...، وترك لنا ثروة فقهية فريدة لم يسبق لها مثيل في ديانة من الديانات ولا في نظام من النظم...ومن ثم كان علينا أن نجني منها ما قوى دليله، وأن نتمسك بما وضح مأخذه.

ولقد كانت هذه اللفتة الكريمة والمبادرة الحميدة من المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب أحد أعضاء مجموعة البنك الإسلامي للتنمية في اختيار موضوع «الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات»، وهو موضوع هام ودقيق وهادف، تحتاج الأمة إلى إبرازه في هذه الآونة بالذات التي تفتحت فيها جوانب المعاملات المعاصرة، وبدأ فيها قفزة الفقه الإسلامي لاحتواء هذه المعاملات المستحدثة، ووضع حلول إسلامية لمسيرتها، وبخاصة في الشركات والمصارف الإسلامية.

وقد ظهر على السطح في هذه الحقبة من الزمن بعض الفتاوى، وبعض الآراء التي لم يدعمها دليل، ولم تستند إلى مرتكز شرعي سليم، والتي قد تتخذ من بعض الآراء الشاذة (التي تفردت برأي يخالف رأي جماعة المجتهدين) مستندا لها، فكان هذا الموضوع لفتة كريمة توجه الجميع إلى أن فقهاءنا جميعا كانوا يجتاطون عند الحكم في مسألة فيها خلاف بينهم، رغم عمق علمهم، ورغم الشهادة لهم بأنهم من أهل الاجتهاد ومن أهل هذا العلم بالإجماع، وكان الواحد منهم يفضل ويستحسن الخروج من الخلاف بالإتيان بالرأي الذي يقربه إلى الحق، ويبعده عن شائبة الخطأ، ولا يصادم نصا من كتاب أو سنة أو إجماع، إذ أن المجتهد يرى أن ما انتهى إليه من رأي هو صواب يحتمل الخطأ، ورأي غيره المخالف له، هو خطأ يحتمل الصواب، ومن ثم كان احتياطهم بالغاً فيما يأخذون به وما يفتنون فيه، مدعاة للخروج من الخلاف، وخوفاً من أن يكون الرأي الآخر هو الصواب يقول

الشافعي - رضي الله عنه - في مسألة قَصْرِ الصلاة في السفر، ورأيه أن مسافة القصر مسيرة يومين معتدلين بلا ليلة «فأما أنا فأحب ألا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطاً على نفسي» فأخذ الشافعي برأي أبي حنيفة في مدة القصر، قال الماوردي: أفتى بما قامت الدلالة عنده عليه، أي من مرحلتين، ثم احتاط لنفسه اختياراً لها هذه هي نظرة السلف الصالح للمسائل المختلف فيها بين الفقهاء.

وفي سبيل بيان الرأي في الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، قَسَمْتُ الموضوع إلى قسمين، وضحت في القسم الأول من هذا البحث حقيقة المقصود من «الخروج من خلاف الفقهاء» ثم مواطن الخلاف بينهم، ثم أدلة جواز وقوع الاختلاف، وضوابطه، وفائدة الاختلاف للأمة، ثم أقسام الخلاف وحكم الخروج من كل قسم، وأخيراً الشروط التي يلزم توافرها للخروج منه، وأما القسم الثاني فقد خصصته لإبراز المواطن التي صرح فيها فقهاء المذاهب الأربعة بحكم معين يخالف رأي المذهب خرجوا من الخلاف ومراعاة للخلاف في المعاملات، لينكشف لنا منهجهم في علاج هذه المسائل.

وأرجو الله تعالى أن أكون قد وفقت في تقديم هذه الورقة العلمية التي أعتبرها بداية لمتابعة الجهد العلمي حول إثراء هذا الموضوع وإثباته، ونشر حكمه ومنهجه، وبخاصة في المواطن التي تُوالي البحث في وضع حلول للمشكلات المتجددة والوقائع المستحدثة في فقه المعاملات، وفي الأماكن التي تتصدى لبيان حكم الشرع فيما يعرض عليها، مما دق مأخذه، وخفي حكمه.

والله من وراء القصد، وهو الهادي إلى سواء السبيل، صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله  
وصحبه أجمعين ومن نهج نهجهم وسار على هديهم إلى يوم الدين.  
أ.د. حسن علي الشاذلي

القسم الأول  
التعريف بالخلاف  
وضوابط الخروج منه



## التعريف بالخلاف والاختلاف:

يلزمنا أن نعرف المقصود بالخلاف في الفقه الإسلامي، وأن نفرق بينه وبين الاختلاف، إذ كلا اللفظين قد استخدم في الفقه الإسلامي.

### (أ) تعريف الخلاف:

الخلاف لغة: مأخوذ من الفعل خالف، يقال خالفه إلى الشيء: عصاه إليه، أو قصده بعد أن نهاه عنه<sup>(١)</sup>، والخلاف مصدر لهذا الفعل، والخلاف: المضادة.

والخلاف اصطلاحاً: قال البركي: الخلاف هو منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق، أو إبطال باطل، وهو أعم من المضادة، وعرف المضادة، فقال: «الضدان صفتان وجوديتان يتعاقبان في موضع واحد، يستحيل اجتماعهما، كالسواد والبياض»<sup>(٢)</sup>.

أي أن الخلاف يشمل التنازع على أمرين يستحيل اجتماعهما، كما يشمل التنازع على أمرين يمكن وجودهما في موضع واحد.

### تعريف الاختلاف:

الاختلاف لغة: مصدر اختلف، والاختلاف نقيض الاتفاق، جاء في لسان العرب ما مفاده: اختلف الأمران لم يتفقا، وكل ما لم يتساو فقد اختلف.

---

(1) المصباح المنير ولسان العرب.

(2) قواعد الفقه للبركي، والتعريفات للجرجاني، ط/ دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٥هـ.

والاختلاف اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تحديد معناه. فقد ذكر بعض الفقهاء أن الاختلاف يستعمل في قول بُني على دليل. وأما الخلاف فيستعمل في قول لا دليل عليه. وقال التهانوي: إن القول المرجوح في مقابلة الراجح يقال له خلاف، لا اختلاف، قال: والحاصل منه ثبوت الضعف في جانب المخالف في الخلاف، كمخالفة الإجماع، وعدم ضعف جانب المخالف في الاختلاف.

ومن ذلك ما جاء في الهداية وفتح القدير: «وَتَمَّ الْمُجْتَهَدُ فِيهِ مَا لَا يَكُونُ مُخَالَفًا لِمَا ذَكَرْنَا {أَيَّ مَنْ مُخَالَفَةَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَالْإِجْمَاعِ}، وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، وذلك خلاف وليس باختلاف»<sup>(1)</sup>.

(1) قال ابن الهمام: قوله: «ولا يعتبر مخالفة البعض، لا يعني أنه لا يعتبر في انعقاد الإجماع، بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد، ولم يرد بالبعض ما دون النصف، أو ما دون الكل، بل الواحد والاثنين، وإلا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً إذ ما من محل اجتهاد إلا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر، إذ لا يضبط تساوي الفريقين، ولذا لم يمثلوه قط إلا بخلاف ابن عباس - رضي الله عنه - (في قوله بجواز بيع الدرهم بالدرهمين). وهو خلاف رجل واحد (حيث لم يقبله الصحابة رضي الله عنهم حتى روى أنه رجع عنه).

فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم في الفهم واحد، لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد، حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين.

ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أو لا، والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الإجماع، وإن لم يسوغوا (له اجتهاده) لا يصير المحل مجتهداً فيه.

قال: وإليه أشار أبو بكر الرازي؛ لأن ذلك كما قال المصنف (صاحب الهداية) خلاف لا اختلاف، ثم قال المصنف: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول، يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة، وقد يجتمعت بعض العبارات ضم التابعين...».

فتح القدير جـ ٦ ص ٤٩٣ لكامل الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي، ثم السكندري المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ١٦٨هـ.

إلا أن ابن عابدين علق على قول الحصكفي في الدر والأصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف، والفرق أن للأول دليلاً، لا الثاني، فقال: قوله «والفرق...» هذه تفرقة عرفية، وإلا فقد قال الله تعالى: ﴿ وَمَا اٰخْتَلَفَ فِيهِ اِلَّا الَّذِيْنَ اُوْتُوْهُ مِنْۢ بَعْدِ مَا جَاۤءَتْهُمُ الْبَيِّنٰتُ بَغْيًاۙ بَيْنَهُمْۙ ﴾<sup>(١)</sup> وقوله جل شأنه: ﴿ وَمَا اٰخْتَلَفَ الَّذِيْنَ اُوْتُوْا الْكِتٰبَ اِلَّا مِنْۢ بَعْدِ مَا جَاۤءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًاۙ بَيْنَهُمْۙ ﴾<sup>(٢)</sup> ولا دليل لهم. {أي على هذه التفرقة}.

والمراد أنه خلاف لا دليل له بالنظر للمخالف، وإلا فالقائل اعتمد دليلاً.

ثم مسائل الخلاف التي لا ينفذها {أي القاضي} هي ما تقدمت في قوله: «إلا ما خالف كتاباً، أو سنة مشهورة، أو إجماعاً»<sup>(٣)</sup>.

أقول: أي أن الاختلاف يستعمل في الاصطلاح في قول بني علي دليل شرعي. وأما الخلاف فيستعمل في قول لا دليل عليه في نظر الشرع.

وقد يفهم من الشاطبي ذلك، فبعد أن قال: «من الخلاف<sup>(٤)</sup> ما لا يعتد به في الخلاف، وهو ضربان:

أحدهما: ما كان من الأقوال خطأ مخالفاً لمقطوع به في الشريعة وقد تقدم التنبيه عليه. {أي ما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع}.

والثاني: ما كان ظاهره الخلاف وليس في الحقيقة كذلك، وأكثر ما يقع ذلك في تفسير الكتاب والسنة، فتجد المفسرين ينقلون عن السلف في معاني ألفاظ

(1) سورة البقرة ، الآية : ٢١٣ .

(2) سورة آل عمران ، الآية : ١٩ .

(3) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣١ ط أولى .

(4) انظر الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٥٥-١٦١ ط / المكتبة التجارية .

الكتاب أقوالاً مختلفة في الظاهر، فإذا اعتبرتها وحدثها تتلاقى على العبارة، كالمعنى الواحد. والأقوال: إذا أمكن اجتماعها، والقول بجميعها من غير إحلال بمقصد القائل فلا يصح نقل الخلاف فيها عنه». وهكذا يتفق في شرح السنة، وكذلك في فتاوى الأئمة، وكلامهم في مسائل العلم. ثم يقول الشاطبي: «وهذا الموضوع مما يجب تحقيقه، فإن نقل الخلاف في مسألة لا خلاف فيها في الحقيقة خطأ، كما أن نقل الوفاق في موضع الخلاف لا يصح». وبعد أن عدد أسباب نقل الخلاف، قال:

وبهذا - يظهر أن الخلاف - الذي هو في الحقيقة خلاف - ناشئ عن الهوى المضل، لا عن تحري قصد الشارع باتباع الأدلة على الجملة والتفصيل، وهو الصادر عن أهل الأهواء، وإذا دخل الهوى أدى إلى اتباع المتشابه<sup>(1)</sup> حرصاً على الغلبة والظهور بإقامة العذر في الخلاف، وأدى إلى التفرقة والتقاطع والعداوة والبغضاء، لاختلاف الأهواء وعدم اتفاقها، وإنما جاء الشرع بحسم مادة الهوى بإطلاق، وإذا صار الهوى بعض مقدمات الدليل لم يُنتج إلا ما فيه اتباع الهوى، وذلك مخالفة للشرع، ومخالفة الشرع ليست من الشرع في شيء، فاتباع الهوى من حيث يُظن أنه اتباع للشرع ضلال في الشرع، ولذلك سميت البدع ضلالات،

---

(1) يشير إلى قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٧٧﴾﴾ الآية ٧ من سورة آل عمران.

وجاء أن «كل بدعة ضلالة»<sup>(١)</sup> لأن صاحبها مخطئ من حيث توهم أنه مصيب، ودخول الأهواء في الأعمال خفي فأقوال أهل الأهواء غير معتد بها في الخلاف المقرر في الشرع، فلا خلاف حينئذ في مسائل الشرع من هذه الجهة....<sup>(٢)</sup>.

أقول: فحصر الشاطبي هنا حقيقة الخلاف في الخلاف الناشئ عن الهوى المضل، لا عن تحري قصد الشارع باتباع أدلة الشرع جملة وتفصيلاً، يساعد على ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من التفرقة بين الخلاف والاختلاف، فالأول ما لا يكون له دليل من الشرع، بأن خالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع، والثاني هو ما كان له دليل من الشرع.

■ أما الشافعية فلم يتجهوا هذا الاتجاه، فقد كان من جملة القواعد الفقهية عندهم «الخروج من الخلاف مستحب».

ولو كان الخلاف هو القول الذي لا دليل عليه من الشرع - كما بينا آنفاً - لما كان الخروج منه مستحباً، بل واجباً وأمرأً مفروضاً، لأنه لا اتباع ولا اعتداد بأي قول ليس له دليل من الشرع، ولكن الزركشي حين يقول:<sup>(٣)</sup> يستحب

---

(١) يشير إلى الحديث «كل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار...» أخرجه النسائي حديث رقم ١٥٧٨ عن جابر بن عبد الله. قال: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول في خطبته: يحمد الله ويشني عليه بما هو أهله، ثم يقول: «من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلله فلا هادي له، إن أصدق الحديث كتاب الله، وأحسن الهدى هدى محمد، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار...» سنن النسائي (ج ٣ حديث ١٥٧٨) بشرح جلال الدين السيوطي، وحاشية السندي.

(٢) الموافقات للشاطبي، ج ٤ ص ١٦١ ط/ دار الكتاب العربي - بيروت.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٣٦ ط/ دار الكتاب العربي - بيروت.

الخروج من الخلاف باحتساب ما اختلف في تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه <sup>(١)</sup> يقربنا من الرأي الأول.

### مواطن الخلاف:

حصر بعض العلماء أنواع الاختلاف من حيث موطنه، وما يثبت به، في أربعة أنواع؛ لأنه إما أن يقع في أصول الدين، أو في فروعها، وإما أن يثبت بالأدلة القطعية، أو بالأدلة الظنية:

**النوع الأول:** أصول الدين التي تثبت بالأدلة القطعية، كوجود الله تعالى، ووحديته، وملائكته، وكتبه، ورسالة محمد صلى الله عليه وسلم، والبعث بعد الموت، ونحو ذلك. فهذه أمور لا مجال فيها للاختلاف، فمن أصاب الحق فهو مصيب ومن أخطأه فهو كافر <sup>(٢)</sup>.

**النوع الثاني:** بعض مسائل أصول الدين، مثل رؤية الله تعالى في الآخرة، وخلق القرآن، وخروج الموحدين من النار، وما يشابه ذلك:

فقبل يكفر المخالف، ومن القائلين بذلك الشافعي، فمن أصحابه من حملة على ظاهره، ومنهم من حملة على كفران النعم <sup>(٣)</sup>، وشرط عدم التفكير أن يكون المخالف مصدقا بما جاء به محمد - صلى الله عليه وسلم - والتكذيب المفكر أن

---

(1) المنشور في القواعد للزركشي ج ٢ ص ١٢٨ ط/ مطبعة الأنباء - الكويت.

(2) فيصل التفرقة بين الإسلام والزندقة للغزالي ص ٥٥ ط/ دار الفكر اللبناني.

(3) إرشاد الفحول ص ٢٦٠ ط الحلبي ، وكشف الخفاء ج ١ ص ٦٥ ، والمغني ج ٢ ص ٤١٧ الطبعة الأولى - دار المنار.

ينفي وجود ما أخبر به الرسول - صلى الله عليه وسلم -، ويزعم أن ما قاله كذب محض أراد به صرف الناس عن شيء يريد به. كذا قال الغزالي (١).

**النوع الثالث:** الفروع المعلومة من الدين بالضرورة كفرضية الصلوات الخمس وصوم رمضان، والزكاة، والحج، وحرمة الزنا وحرمة القتل وأكل مال الناس بالباطل. فهذا النوع ليس موضعاً للخلاف، ومن خالف فيه، فقد كفر (٢).

**النوع الرابع:** الفروع الاجتهادية التي قد تخفى أدلتها. فهذا النوع الاختلاف فيه واقع في الأمة، ويعذر المخالف فيها، لخفاء الأدلة، أو تعارضها، أو الاختلاف في ثبوتها.

وهذا النوع هو المراد في كلام الفقهاء إذا قالوا: في المسألة خلاف، (وهو موضوع هذا البحث) أي: أنه الخلاف المعتد به في الفروع الاجتهادية.

ومن أمثله ما خرَّج ثابت في الدلائل عن عبد الصمد بن عبد الوارث بن سعيد قال: وجدت في كتاب جدي: أتيت مكة، فأصبت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فأتيت أبا حنيفة، فقلت له: ما تقول في رجل باع بيعاً واشترط شرطاً؟ قال: البيع باطل والشرط باطل، وأتيت ابن أبي ليلى، فقال: البيع جائز والشرط باطل، وأتيت ابن شبرمة، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت سبحان الله!! ثلاثة من فقهاء الكوفة يختلفون علينا في مسألة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته بقولهما، فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن

---

(1) فيصل التفرقة بين الإسلام والزندقة للغزالي ص ٦٥ ط/ دار الفكر اللبناني.

(2) إرشاد الفحول ص ٢٦٠ وفتح الغفار ج ٣ ص ٣٦.

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ﴿فهي عن بيع وشرط﴾<sup>(١)</sup>. فأتيت ابن أبي ليلى فأخبرته بقولهما، فقال: لا أدري ما قالا؛ حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لعائشة (حين أرادت شراء بريرة لتعتقها وشرط أهلها عليها أن يكون الولاء لهم): ﴿ابتاعي فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق﴾<sup>(٢)</sup> فأجاز البيع وأبطل الشرط.

فأتيت ابن شبرمة فأخبرته بقولهما، فقال ما أدري ما قالا؛ حدثني مسعود بن حكيم عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله. قال: ﴿اشترى مني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ناقة، فشرطت حملاني، فأجاز البيع والشرط﴾<sup>(٣)</sup>.

فكل واحد منهم اعتمد في فتياه على الحديث الذي ثبت عنده، ولم يعتمد على ما رواه غيره؛ إما لعدم روايته له، أو لعدم صحة الحديث عنده، أو لمرجح آخر من المرجحات الكثيرة عند تعارض الأحاديث في السند أو في المتن أو بخارج عنهما.

ويقول الشاطبي: «فيجوز أن يكون كل واحد منهم اعتمد في فتياه على كلية ما استفاد من حديثه، ولم ير غيره من الجزئيات معارضاً، فاطرح الاعتماد عليه، والله أعلم»<sup>(٤)</sup>.

---

(1) أخرجه الحاكم والطبراني في الأوسط، وهو غريب، وقد رواه جماعة واستغربه النووي وابن أبي النوارس، راجع نيل الأوطار ج ٥ ص ١٧٨ وسبل السلام ج ٢ ص ٣٣٣، وفتح الباري ج ٥ ص ٢٢٩، وسنن أبي داود حاشية عون المعبود ج ٣ ص ٣٠٣.

(2) هذا لفظ البخاري حديث رقم ٩٦٠ اللؤلؤ والمرجان. وفي مسلم «اشترى وأعتقها واشترط لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق» حديث رقم ٨٩٦ المختصر.

(3) المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١٥، ونظرية الشرط للمؤلف ص ١٩٧\١٩٨، والحديث متفق عليه، وفي لفظ لأحمد والبخاري «وشرطت ظهره إلى المدينة» ويراجع مختصر صحيح مسلم ج ١ ص ٩٦٠.

(4) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٦٨.

أدلة جواز وقوع الاختلاف في المسائل الفرعية:

من الأدلة العامة:

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (١).

من الأدلة الخاصة:

إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم الاجتهاد الذي انتهى إليه بعض الصحابة في فهم نص مخالفين في ذلك ما فهمه الآخرون.

فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لنا، لما رجع من الأحزاب ﴿لَا يُصَلِّينَ أَحَدٌ الْعَصْرَ إِلَّا فِي بَنِي قَرِيظَةَ، فَأَدْرِكُ بَعْضَهُمُ الْعَصْرَ فِي الطَّرِيقِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا نَصَلِّي حَتَّى نَأْتِيهَا، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: بَلْ نَصَلِّي، لَمْ يُرَدِّ مِنَّا ذَلِكَ، فَذَكَرَ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلَمْ يُعَنَّفْ وَاحِدًا مِنْهُمْ﴾ (٢).

---

(1) الآية ٩٥ من سورة النساء، وراجع الآية ٣٨ من هذه السورة. قال ابن كثير: قوله: ﴿فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾ قال مجاهد وغير واحد من السلف: أي إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وهذا أمر من الله عز وجل بأن كل شيء تنازع الناس فيه من أصول الدين وفروعه أن يرد التنازع في ذلك إلى الكتاب والسنة، كما قال تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكِّمُوهُ إِلَى اللَّهِ﴾ الآية ١٠ من سورة الشورى، فما حكم به الكتاب والسنة وشهدا له بالصحة فهو الحق، وماذا بعد الحق إلا الضلال، جـ ٢ ص ٣٢٦.

(2) (اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان حديث رقم ١١٥٨، تحت باب «من لزمه أمر فدخل عليه أمر آخر».

وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: ﴿خرج رجلان في سفر فحضرت الصلاة، وليس معهما ماء، فتيما صعيداً طيباً، فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة، ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرا ذلك له، فقال للذي لم يعد: أصبت السنة، وأجزأتك صلاتك، وقال للذي توضأ وأعاد: لك الأجر مرتين﴾<sup>(١)</sup>.

ضوابط الاجتهاد العامة:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا ثبت الحكم بنص في كتاب الله تعالى، أو في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو ثبت بالإجماع فإنه لا مجال للاجتهاد مع ورود نص أو إجماع، ومن هنا كانت القاعدة (لا اجتهاد مع نص) أي نص محكم يعطي حكماً واحداً، كما في الأعداد في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

ومنه قوله تعالى في الموارث: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى في الحدود: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾<sup>(٣)</sup>. وقال أيضاً في حد القذف: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾<sup>(٤)</sup>.

يقول أبو حنيفة فيما رواه عنه الحسن بن زياد: «ليس لأحد أن يقول برأيه مع نص من كتاب الله تعالى، أو سنة، أو إجماع عن أمة، فإذا اختلفت الصحابة

(1) رواه النسائي وأبو داود، وهذا لفظه، نيل الأوطار ج ١ ص ٢٥٦.

(2) سورة النساء الآية: ١٢.

(3) سورة النور، الآية: ٢.

(4) سورة النور، الآية: ٤.

على أقوال نختار منها ما هو أقرب للكتاب أو السنة، ونجتهد، ما نباوز ذلك، فالاجتهاد موسع على الفقهاء لمن عرف الاختلاف، وقاس فأحسن القياس، وعلى هذا كانوا»<sup>(١)</sup> أي السلف رضي الله عنهم. وهذا ما قاله الشافعي أيضا في الرسالة<sup>(٢)</sup>.

### الاختلاف في الفروع رحمة بالأمة وتخفيف عنها:

يقول الدمشقي: إن معرفة الإجماع واختلاف العلماء من أهم الأشياء، وذلك أمر لازم في صحة المجتهد والحاكم، لا سيما أئمة المذاهب الأربعة الذين حصل الأخذ بقولهم في المشارق والمغرب.

(1) تاريخ التشريع الإسلامي للمؤلف ص ٣٨٢ ويراجع الرسالة للشافعي ص ٣٩ ، ٥٨ .  
(2) جاء في الرسالة للإمام الشافعي رحمه الله (ص ٥٦٠) ط أولى / تحقيق أحمد شاكر سنة ١٣٥٨هـ - ١٩٤٠م قال الشافعي رحمه الله: قال لي قائل: فيني أحد أهل العلم قديما وحديثاً مختلفين في بعض أمورهم، فهل يسعهم ذلك؟ قال الشافعي: فقلت له: الاختلاف من وجهين: أحدهما مُحَرَّمٌ، ولا أقول ذلك في الآخر. قال: فما الاختلاف المحرم؟

قلت: كل ما أقام الله به الحجة في كتابه، أو على لسان نبيه منصوصاً بيّناً، لم يحلَّ الاختلاف فيه لمن علمه. وما كان من ذلك يحتمل التأويل، ويدرك قياساً، فذهب المتأول أو القاييس إلى معنى يحتمله الخبر، أو القياس، وإن خالف فيه غيره - لم أقل إنه يضيق عليه ضيق الخلاف في المنصوص. قال: فهل في هذا حجة تبين فرقك بين الاختلافين؟

قلت: قال الله في ذم التفرق: ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴾ (سورة البينة: ٣) وقال جل ثناؤه: ﴿ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴾ (سورة آل عمران آية ١٠٥).

\* فذم الاختلاف فيما جاءهم به البينات.

\* فأما ما كلفوا فيه الاجتهاد، فقد مثلته لك بالقبلة والشهادة ونحو ذلك «أي فذلك حائر» (أي في التوجه في القبلة - أي عينا عند المعاينة والتوجه شطرها إذا لم يعين، وذلك يكون بالاجتهاد بناء على العلامات) فقال تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ اللَّيْلِ وَالْبَحْرِ ﴾ (سورة الأنعام ٩٧). وقال: ﴿ وَعَلَّمْتَ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ (النحل ١٦).  
\* والشهادة وما يشترط فيها من العدالة.

فالإجماع قاعدة من قواعد الإسلام، يكفر من خالفه على قول العلماء إذا قامت الحجة بأنه إجماع تام، ويسوغ الإنكار على من فعل ما يخالفه والملام.

والخلاف بين الأئمة الأعلام رحمة لهذه الأمة التي ما جعل الله عليها في الدين من حرج، بل اللطف والإكرام<sup>(١)</sup>.

جاء في الدر: عُلِمَ بأن الاختلاف من آثار الرحمة، فمهما كان الاختلاف أكثر كانت الرحمة أوفر: قال ابن عابدين: إن الاختلاف بين المجتهدين في الفروع - لا مطلق الاختلاف - من آثار الرحمة، فإن اختلاف أئمة الهدى توسعة للناس - كما في التتارخانية - وهذا يشير إلى الحديث المشهور على السنة الناس، وهو: «اختلاف أمتي رحمة»<sup>(٢)</sup>. [قال في المقاصد الحسنة: رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بلفظ قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «مهما أوتيتم من كتاب الله فالعمل به، لا عذر لأحد في تركه، فإن لم يكن في كتاب الله فسنة مني ماضية، فإن لم تكن سنة مني، فما قال أصحابي، إن أصحابي بمنزلة النجوم في السماء، فأبما أخذتم به اهتديتم، واختلاف أصحابي لكم رحمة»]. وأورده ابن الحاجب في المختصر بلفظ «اختلاف أمتي رحمة للناس» وقال ملا عليّ القارئ: إن السيوطي قال: أخرجه نصر المقدسي في الحجة، والبيهقي في الرسالة الأشعرية بغير مسند، ورواه الحلبي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم، ولعله خُرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا].

---

(1) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لـ د. محمد بن عبد الرحمن الدمشقي من علماء القرن الثامن الهجري ط أولى الحلبي ١٩٧٣هـ - (١٩٦٠م) ص ٤ هامش كتاب الميزان للشعراني ص ٣ ، وراجع الميزان الكبرى لأبي المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي المصري المعروف بالشعراني من أعيان القرن العاشر الهجري ص ٣.

(2) يراجع كشف الخفاء ومزيل الإلباس للعجلوني.

ونقل السيوطي عن عمر بن عبد العزيز أنه كان يقول: ما سرتي لو أن أصحاب محمد -صلى الله عليه وسلم- لم يختلفوا؛ لأنهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصة. وأخرج الخطيب أن هارون الرشيد قال للملك بن أنس: يا أبا عبد الله، نكتب هذه الكتب، يعني مؤلفات الإمام مالك، ونفرقها في آفاق الإسلام لتحمل عليها الأمة، قال: «يا أمير المؤمنين: إن اختلاف العلماء رحمةٌ من الله تعالى على هذه الأمة، كل يتبع ما صح عنده، وكلهم على هدى، وكل يريد الله تعالى»<sup>(١)</sup>.

### أقسام الاختلاف، وحكم الخروج من كل قسم:

قال الزركشي<sup>(٢)</sup> قال الشيخ أبو محمد بن عبد السلام في القواعد: أطلق بعض أكابر الأصحاب، (قيل ويعني به ابن أبي هريرة)<sup>(٣)</sup> أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه، وليس كما أطلقه، بل الخلاف أقسام:

- 
- (١) حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٤٦ - ٤٧ ويراجع فتح العلي المالك لأبي عبيد الله الشيخ محمد أحمد عlish المتوفى سنة ٢٩٩هـ ج ١ ص ٨٠، وفيه تفصيلات هامة.
  - (٢) الزركشي هو بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، فقيه شافعي أصولي، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة، له تصانيف كثيرة، منها «المنتور» في القواعد، والبحر المحيط في أصول الفقه، ولد بالقاهرة سنة ٧٤٥هـ، ونشأ بها وتعلم وتوفي بها ثالث شهر رجب سنة أربع وتسعين وسبعمائة من الهجرة. الأعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٨٦، والدرر الكامنة ج ٤ ص ١٧.
  - (٣) ابن أبي هريرة: هو الحسين بن الحسين بن أبي هريرة، أبو علي البغدادي الشافعي، المعروف بابن أبي هريرة فقيه، درس ببغداد، تفقه على ابن سريج، وأبي إسحاق المروزي وغيرهما، وتخرج عليه خلق كثير، مثل: أبي علي الطبري، والدارقطني، وتولى القضاء، من تصانيفه «شرح مختصر المزني» في فروع الفقه الشافعي. توفي سنة ٣٤٥هـ. طبقات الشافعية ج ٢ ص ٢٠٦، معجم المؤلفين ج ٣ ص ٢٢٠، ومراة الجنان ج ٢ ص ٣٣٧، وسير أعلام النبلاء ج ٥ ص ٤٣٠.

**الأول:** أن يكون (الخلاف) في التحليل والتحريم، فالخروج من الخلاف بالاجتناب أفضل. وهذا القسم كما يأتي في العبادات، يأتي أيضا في المعاملات، فقد يأتي في المعاملات بعبارة «لا بأس بفعله» ويعني بها: الأولى تركه، لأنه إما مكروه أو خلاف الأولى.

**الثاني:** أن يكون الخلاف في الاستحباب والإيجاب، فالفعل أفضل.

**الثالث:** أن يكون الخلاف في الشرعية فالفعل أفضل (كقراءة البسملة في الفاتحة<sup>(١)</sup>)، فإنها مكروهة عند مالك (رحمه الله) واجبة عند الشافعي - (رحمه الله). وكذلك صلاة الكسوف على الهيئة المنقولة في الحديث، فإنها سنة عند الشافعي (رحمه الله) وأنكره أبو حنيفة رضي الله عنه<sup>(٢)</sup> ، فالفعل أفضل.

(1) جاء في حاشية العدوي جـ ١ ص ٢٢٨ «فإن كنت في صلاة الصبح قرأت جهراً بأمر القرآن ، فلا تستفتح القراءة بيسم الله الرحمن الرحيم مطلقاً ، لا في أم القرآن ولا في السورة التي بعدها ، لا سراً ولا جهراً ، إماماً كنت أو غيره ، والنهي في كلامه للكراهة ، وهو مذهب المدونة، وشهر لما صح أن عبد الله بن مغلل قال: سمعني أبي وأنا أقول بسم الله الرحمن الرحيم. فقال : يا بني إياك والحدث. قال عبد الله بن مغلل ولم أر من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رجلاً أبغض إليه حدثاً في الإسلام منه ، فإني صليت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، وأبي بكر وعمر وعثمان ، فلم أسمع أحداً منهم يقولها فلا تقلها إذا أنت قرأت ، وقل : الحمد لله رب العالمين. وعلى هذا عمل أهل المدينة ، وأما قراءتها في النافلة فقال في المدونة: ذلك واسع ، إن شاء قرأ ، وإن شاء ترك».

ومقابلته قول ابن نافع يوجوبها ، وقول مالك بإباحتها ، وقول عن ابن مسلمة بنديها وابن مغلل بوزن محمد ، فهو بضم الميم وبالغين المعجمة. قاله المناوي. «وإياك والحدث» أي إياك أن تحدث شيئاً لم يكن عليه المصطفى - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه.

(2) نص الحنفية على أن صلاة الكسوف ركعتان كهيئة النافلة ، لما روي عن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وسمرة ، والأشعري : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى في كسوف الشمس ركعتين كهيئة صلاتنا، ولم يجهر فيهما ، واعتباراً لها بغيرها من الصلوات ، وروى ابن مسعود قول النبي صلى الله عليه وسلم لما كسفت الشمس «إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد من الناس،

وقد أوضح السيوطي في الأشباه: أن الخروج من خلاف من أوجب الفعل يكون يجعل الفعل مستحباً، كما أن الخروج من خلاف من حرم الفعل أو أبطله أو لم يجزه<sup>(١)</sup> يكون مكروهاً. وقد أفاض السيوطي في ذكر أمثلة لقاعدة «الخروج من الخلاف مستحب» قائلاً: إن فروعها كثيرة جداً لا تكاد تحصى ومنها:

استحباب الدلك في الطهارة - أي ذلك الأعضاء أثناء الطهارة - واستيعاب الرأس بالمسح، وغسل المني بالماء، والترتيب في قضاء الصلوات، وترك صلاة الأداء خلف القضاء، وعكسه، والقصر في سفر يبلغ ثلاث مراحل، وتركه فيما دون ذلك، وللملاح الذي يسافر بأهله وأولاده، وترك الجمع [أي بين

---

ولكنهما آيتان من آيات الله، فإذا رأيتموهما فقوموا فصلوا» وهذا ينصرف إلى الصلاة المعهودة - اللؤلؤ والمرجان : رواه البخاري حديث رقم ٥٢٧ ، ومثله عن أبي موسى رقم ٥٢٨ ، وعن ابن عمر ٥٢٩ ، وعن المغيرة رقم ٥٣٠ .

أما الشافعية فيرون أنها ركعتان في كل ركعة قيامان يطيل القراءة فيهما ، وركوعان يطيل التسبيح فيهما دون السجود ، لما روى البخاري من حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالناس ، فقام فأطال القيام ، ثم ركع فأطال الركوع ، وهو دون الركوع الأول ، ثم سجد فأطال السجود ، ثم فعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى ، ثم انصرف ، وقد انجلت الشمس ، فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : «إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله ، ولا ينخسفان لموت أحد ، ولا لحياته ، فإذا رأيتم ذلك فادعوا الله ، وكبروا ، وصلوا وتصدقوا» ثم قال : «يا أمة محمد ما من أحد أغبر من الله أن يزي عبده ، أو تزي أمته ، يا أمة محمد لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ، ولبكيتم كثيراً» اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان حديث رقم ٥٢٠ .

وفي الباب أحاديث أخرى مثله (٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٣ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦) ويراجع للشافعية كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحسني الدمشقي الشافعي من علماء القرن التاسع الهجري ج١ ص ٩٦ . ومثل رأي الشافعية رأي الحنابلة - الروض المربع ج١ ص ٩١ ورأي المالكية - الشرح الصغير ج١ ص ٥٣٢ .

(١) الأشباه للسيوطي ص ١٣٧ .

الصلوات] وكتابة العبد القوي الكسوب، ونية الإمامة، واجتناب استقبال القبلة واستدبارها مع الساتر، وقطع المتيمم الصلاة إذا رأى الماء خروجاً من خلاف من أوجب ذلك في الجميع.

وكراهة الحيل في باب الربا، وكراهة المحلل، خروجاً من خلاف من حرمه. وكراهة صلاة المنفرد خلف الصف، خروجاً من خلاف من أبطلها. وكذا كراهة مفارقة الإمام بلا عذر، وكراهة الاقتداء في خلال الصلاة، خروجاً من خلاف من لم يجز ذلك. [أي أنه لا بد أن ينوي الإمام الجماعة].

ونص الزركشي على أن الخروج من الخلاف مستحب باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في وجوبه. إن قلنا: كل مجتهد مصيب، لجواز أن يكون هو المصيب، وكذا إن قلنا: إن المصيب واحد، لأن المجتهد إذا كان يُجَوِّزُ خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك مخالفه، فرأى له موقعاً فينبغي له أن يراعيه من وجه (١).

وكذا الخلاف بين المجتهدين إذا كان أحدهما إماماً؛ لما في المخالفة من الخروج على الأئمة، وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه عاب عثمان (رضي الله عنه) صلاته بمخني أربعاً، وصلى معه، فقيل له في ذلك، فقال: «الخلاف شر» (٢).

---

(١) المنشور في القواعد جـ ٢ ص ١٢٧ ، والأشباه للسيوطي ص ١٣٦ .

(٢) المنشور في القواعد جـ ٢ ص ١٢٨ ، ١٢٧ .

## الشروط التي يلزم توافرها للخروج من الخلاف<sup>(١)</sup>

يلزم للخروج من الخلاف حسب المنهج الذي ذكرناه آنفا توافر الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يكون مأخذ الخلاف قوياً، فإن كان مأخذه واهياً، لم يراع الخروج من الخلاف. وقد عبر عنه السيوطي بقوله «أن يقوى مدركه، بحيث لا يعد هفوة» ثم قال: «ومن ذلك الصوم في السفر أفضل لمن قوي عليه، ولم يبال بقول داود: إنه لا يصح<sup>(٢)</sup>، وقد قال إمام الحرمين في هذه المسألة: إن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزناً». وكذلك ما نقل عن عطاء<sup>(٣)</sup> من إباحة وطء الجوارى بالعارية، وهو أولى من قول الرافعي إنما وجب الحد لأنهم لم يصححوا النقل عنه، فإننا نقول: ولو صح النقل عن عطاء فشبهته ضعيفة<sup>(٤)</sup> لا أثر لها، فإن الأبخاع لا تباح بالإذن، كما في بضع الحرة، فصار كشبهة الحنفي في النبيذ، فإنه لا أثر لها.

- 
- (1) المنثور في القواعد للزركشي جـ ٢ ص ١٣٠ ، والأشباه للسيوطي ص ١٣٧ .
  - (2) جاء في الخلى لابن حزم جـ ٢ ص ٢٤٧ مسألة (٧٦٢): ومن سافر في رمضان - سفر طاعة أو سفر معصية. أو لا طاعة ولا معصية ، ففرض عليه الفطر إذا تجاوز ميلاً ، أو بلغه ، أو إزاهه ، وقد بطل صومه حينئذ ، لا قبل ذلك، ويقضي بعد ذلك في أيام آخر ، وله أن يصومه تطوعاً ، أو عن واجب لزمه ، أو قضاء عن رمضان خالٍ لزمه ، وإن وافق فيه يوم نذره ، صامه بنذره... مستدلاً بظاهر قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۗ ﴾ قال : وهذه آية محكمة بإجماع من أهل الإسلام ، لا منسوخة ولا مخصوصة. فصح أن الله تعالى لم يفرض صوم الشهر إلا على من شهدته، ولا فرض على المريض والمسافر إلا أياماً آخر غير رمضان... ثم ساق بعض الأحاديث التي تؤيد رأيه.. ورد على غيرها.
  - (3) عطاء: هو عطاء بن أسلم بن صفوان ، تابعي من أجلاء الفقهاء ، كان عبداً أسود ، ولد في جند باليمن ونشأ بمكة ، فكان مفتي أهلها ، ومحدثهم ، وتوفي بها - قيل سنة خمس عشرة ومائة ، وقيل سنة أربع عشرة ومائة ، وهو الصحيح - طبقات ابن سعد جـ ٥ ص ٤٦٧ - ٤٧٠ وصفوة الصفوة جـ ٢ ص ١١٩ ، وميزان الاعتدال جـ ٢ ص ١٩٧ وحلية الأولياء جـ ٣ ص ٣١٠ .
  - (4) وذكر العز بن عبد السلام في قاعدة الشبهات الدائرة للحدود الشبهة الثالثة ، السبب المبيح للوطء كالنكاح المختلف في صحته ، ثم قال في ذلك «فليس اختلاف العلماء هو الشبهة ، ولذلك لم يلتفت إلى

وسواء كان الاختلاف في المذاهب السالفة، كما ذكرنا، أو في مذهبنا (مذهب الشافعية) كخلاف الإصطخري في تحريم التصوير<sup>(١)</sup>، وقوله: إنما حرم لقرب عهد الناس بالأصنام. رأي القفال<sup>(٢)</sup>: قال الزركشي: واعلم أن ظاهر كلام القفال مراعاة الخلاف، وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط، فإنه قال في فتاويه: إذا نقص من القلتين شيء يسير [من الماء] ووقع فيهما نجاسة، قال: ينبغي أن يقلد من يقول القلتين خمسمائة «رطل» تحديداً، فإذا نقص شيء، ووقع فيها نجس تأثرت، [أي المياه بالنجاسة] وحينئذ يميم، ثم يقضي بناء على المذهب، وهو أن هذا [القدر

---

خلاف عطاء في إباحة الجواز (الجواري) وإنما الشبهة التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإن الحلال ما قام دليل على تحليله، والحرام ما قام دليل على تحريمه، وليس أحدهما أولى بالآخر، كما أن ملك أحد الشريكين يقتضي التحليل، وملك الآخر يقتضي التحريم، وإنما غلب درء الحدود مع تحقق الشبهة؛ لأن المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة الديان، والحدود أسباب محظورة، فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتمحضها، وخالف الظاهرية في شبهة لا تدفع التحريم، كوطء أحد الشريكين ظناً منهم أن الزنا عبارة عن الوطء المحرم، وليس كما ظنوا، لأن العرب وصفوا اسم الزنا لمن وطئ بضعاً لا حق له فيه، واستعمال الزنا في وطء يملك بعضه يكون تجوزاً أو اشتراكاً، وكلاهما على خلاف الأصل، ومثل درء الحد بوطء أحد الشريكين درء القطع بسرقة أحد الشريكين» العز بن عبد السلام. القواعد جـ ٢ ص ١٣٧ - ١٣٨ م. ط الاستقامة - القاهرة.

(1) الإصطخري: أبو سعيد هو الحسن بن أحمد بن يزيد المعروف بالإصطخري، فقيه من شيوخ الشافعية، كان من نظراء ابن سريج، ولي قضاء قُم، ثم حسبة بغداد، واستقضاه المقتدر على سجستان، وكانت في أخلاقه حدة، من كتبه «أدب القضاء» والفرائض، والشروط والوثائق والمحاضر والسجلات. ولد سنة ٢٤٤هـ وتوفي سنة ٣٢٨هـ، المنتظم جـ ٦ ص ٣٠٢، ووفيات الأعيان جـ ١ ص ٣٥٧، وطبقات الشافعية جـ ٢ ص ١٩٣.

(2) القفال: القفال الكبير: هو محمد بن علي الشاشي القفال، أبو بكر، نسبته إلى «الشاش» وهي ببلاد ما وراء النهر، من أكابر علماء عصره بالفقه، والحديث والأدب واللغة، وعنه انتشر مذهب الشافعية في بلاده، مولده، ووفاته في «الشاش» وراء نهر سيحون، رحل إلى خراسان، والعراق، والشام، والحجاز، من كتبه «أصول الفقه» و«محاسن الشريعة» و«شرح رسالة الشافعي» ولد سنة ٢٩١هـ وتوفي سنة ٣٦٥هـ. الأعلام للزركلي جـ ٧ ص ١٥٩، وطبقات الشافعية للسبكي جـ ٢ ص ١٧٦ ووفيات الأعيان جـ ١ ص ٤٥٨.

من الماء] لا يتأثر بالنجاسة<sup>(١)</sup>، وكأنه رأى استحباب الإعادة للخروج من الخلاف.  
وقال المتولي<sup>(٢)</sup> في التتمة: يستحب التحجيل في التيمم؛ لأن عند الأزهرى<sup>(٣)</sup> مسح جميع اليد  
واجب، ليخرج بذلك عن الخلاف، هذا مع ثبوت الأحاديث الصحيحة بالاعتصار على الكفين، إذ يرى  
الحنفية مسح جميع اليدين حتى المرفق.

**الشرط الثاني: ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى خرق الإجماع**، كما نقل عن ابن سريج أنه كان  
يغسل أذنيه مع الوجه، ويمسحهما مع الرأس، ويفردهما بال غسل،

---

(1) نص الشافعية على أن الماء النجس هو الذي حلت فيه نجاسة وهو دون القلتين أو كان قلتين فتغير ، وهذا الماء النجس ، ينقسم إلى قليل وكثير ، فأما القليل فينجس بملاقاة النجاسة المؤثرة سواء تغير أم لا ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً» وفي رواية نجساً، فدل الحديث بمفهومه على أنه إذا كان دون القلتين يتأثر بالنجاسة. كفاية الأخيار جـ ١ ص ٧ لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصري الدمشقي الشافعي من علماء القرن التاسع الهجري.

(2) المتولي : هو عبد الرحمن بن مأمون بن علي ، المتولي ، أبو سعد ، من أهل نيسابور ، أحد الأئمة الرفعاء من فقهاء الشافعية - ، تفقه على الفوراني والقاضي حسين ، والأبيوردي ، برع في الفقه والأصول. تولى التدريس بالنظامية ببغداد ، وأقام بها إلى أن توفي (ولد سنة ٤٢٦هـ وقيل سنة ٤٢٧ ، وتوفي سنة ٤٧٨هـ). من تصانيفه : تنمة الإبانة للفوراني (بلغ فيها حد السرقة فقط) وكتاب في الفرائض مختصر، وكتاب في أصول الدين مختصر - طبقات الشافعية للسبكي جـ ٣ ص ٢٢٣ ، وشذرات الذهب جـ ٣ ص ٣٨٨ والأعلام جـ ٤ ص ٩٨.

(3) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر ، المعروف بالأزهر نسبة إلى جده، الإمام في اللغة - ولد بمرارة سنة اثنتين وثمانين ومائتين - كان فقيهاً صالحاً غلب عليه علم اللغة ، وصنف فيه كتاباً سماه «التهذيب» وصنف في التفسير ، وشرح ألفاظ مختصر المزني - توفي رحمه الله تعالى بمرارة سنة سبعين وثلاثمائة في أواخرها ، وقيل في شهر ربيع الآخر ، وقيل سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة - معجم الأدباء جـ ١٧ ص ١٦٤ ، ابن خلكان جـ ٣ ص ٤٥٨ ، وطبقات السبكي جـ ٣ ص ٦٣ ، وتذكرة الحفاظ جـ ٣ ص ١٦٠ وشذرات الذهب ص ٧٢.

مراعاة لمن قال إلهما من الوجه أو الرأس، أو عضوان مستقلان، فوقع في خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد بالجمع.

وقال النووي: من غلظه في ذلك فغالط، فإن الشافعي (رحمه الله) والأصحاب: استحباوا غسل الترتين مع الوجه، ولم يقل أحد (بوجوب) غسلهما ومسحهما، ومع ذلك استحبهوه.

وقال السيوطي: وألا يوقع مراعاة الخلاف في خلاف آخر:

ومن ثم كان فصلُ الوتر [بأن يصلي ركعتين ثم ركعة] أفضلَ من وصله (أي أن يصلية ثلاثا كصلاة المغرب)، ولم يراع خلاف أبي حنيفة [في القول بوصله]؛ لأن من العلماء من لا يميز الوصل.

**الشرط الثالث: أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً.** فإن لم يكن كذلك (أي ممكناً) فلا يترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه، وهو لا يجوز قطعاً.

ومثاله: الرواية عن أبي حنيفة (رضي الله عنه) في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة<sup>(١)</sup>، لا يمكن مراعاته عند من يقول: إن أهل القرى إذا بلغت العدد الذي تنعقد به الجمعة لزمهم (الجمعة).

---

(1) قال الحنفية: لا تجب الجمعة إلا على الأحرار الأصحاء المقيمين بالأمصار، ولا تقام إلا بالمصر. لقوله صلى الله عليه وسلم «لا جمعة ولا تشريق ولا أضحي إلا في مصر جامع» أو مصلاه، لأنه في حكمه، والمصر ما لم اجتمع أهله في أكبر مساجده لم يسعهم... الاختيار جـ ١ ص ٨٠، ٨١. ويراجع للشافعية كفاية الأخيار جـ ١ ص ٩٠ حيث قالوا: وشرائط فعل الجمعة ثلاثة أن تكون البلد مصرًا، أو قرية، وأن يكون عددهم أربعين من أهل الجمعة وهم من تواتر فيهم الإسلام والحرية والبلوغ والعقل، والذكورة، والصحة، والاستيطان (خرج المسافر ونحوه) وأن يكون الوقت باقياً.

ولا يجزيهم الظهر، فلا يمكن الجمع بين القولين<sup>(١)</sup>. وكذلك أيضا يضعف الخروج من الخلاف إذا أدى المنع من العبادة لقول المخالف بالكراهة، أو المنع، كالمشهور من قول مالك أن العمرة لا تتكرر في السنة<sup>(٢)</sup> وقول أبي حنيفة رضي الله عنه إنها تكره للمقيم بمكة في أشهر الحج، وليس التمتع مشروعاً له، وربما قالوا إنها تحرم، فلا ينبغي للشافعي مراعاة ذلك لضعف مأخذ القولين، ولما يفوته القول بذلك من كثرة الاعتماد، وهو من القربات الفاضلة.

### أما إذا لم يكن كذلك [بأن كان الجمع بين المذاهب ممكناً].

فينبغي الخروج من الخلاف [أي بإتيانه على الوجه الذي يجمع بين جميع المذاهب] لا سيما إذا كان فيه زيادة تعبد، كالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة:

- (1) ومثلها أيضا قول بعض أصحابنا أن من تقدم الإمام بقراءة الفاتحة، وجب عليه إعادتها، فإن القائل بهذا الوجه لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرر الفاتحة مرتين مبطل، إلا أن يخص البطلان بغير العذر. ومثلها أيضا قول أبي حنيفة (رضي الله عنه) أول وقت العصر مصير ظل الشيء مثليه. وقول الإصطخري من أصحابنا (أي الشافعية) أن هذا آخر وقت العصر مطلقا، ويصير بعده قضاء، وإن كان هذا وجها ضعيفا غير أنه لا يمكن الخروج من خلافهم جميعا. [فيلزم ألا يترك الراجح عنده]. وكذلك الصبح: فإن عند الإصطخري أن يخرج وقت الجواز بالإسفار، وذلك الوقت عند أبي حنيفة رضي الله عنه هو الأفضل. قلت: يمكن بفعلها مرتين في الوقتين.
- (2) يرى جمهور الفقهاء أنه يستحب الإكثار من العمرة ولا يكره تكرارها في السنة الواحدة (الحنفية، والشافعية، والحنابلة، ومطرف، وابن الماحشون من المالكية) وهو قول علي، وابن عمر، وابن عباس، وأنس، وعائشة رضي الله عنهم وعطاء، وطاوس، وعكرمة رحمهم الله. والمشهور عند المالكية أنه يكره الاعتماد في السنة مرتين، ما لم يتكرر دخول مكة من موضع عليه فيه إحرام، وقول المالكية هو قول الحسن وابن سيرين، وتندب الزيادة على المرة ولكن في عام آخر. ويستثنى الحنفية من ذلك الاعتماد في أشهر الحج للمكي والمقيم بها ولأهل المواقيت، ومن بينها وبين مكة فيكره لهؤلاء الاعتماد في أشهر الحج عند الحنفية، لأن الغالب عليهم أنهم يحجون، فيصبحون متمتعين، ويلزمهم دم جزاء إن فعلوه عند الحنفية. أما عند الجمهور فلا حرج عليهم في ذلك، لأنهم يجيزون لهم التمتع ويسقطون عنهم دم التمتع. فتح القدير جـ ٢ ص ٣٠٥، وشرح الرسالة وحاشية شرح العدوي جـ ١ ص ٤٢٨ والمسلك المتسقط ص ٣٠٨، والجموع جـ ٧ ص ١٣٦، وقلوبي جـ ٢ ص ٩٢، والمغني جـ ٣ ص ٢٢٦.

يجب عند الحنفية، وكذلك الاستنشاق عند الحنابلة في الوضوء. والغسل في ولوغ الكلب ثماني مرات<sup>(١)</sup> ، والغسل من سائر النجاسات ثلاثاً، لخلاف أبي حنيفة رضي الله عنه، وسبعا لخلاف أحمد.

(١) نص الحنفية على أنه يجوز إزالة النجاسة بالماء وبكل مائع طاهر كالخل وماء الورد.

أ - فإن كان لها عين مرئية فطهارتها زوالها ، ولا يضر بقاء أثر يشق زواله لقوله - صلى الله عليه وسلم - : «اغسله ولا يضرك أثره» ودفعاً للخرج.

ب- وما ليس بمرئية فطهارتها أن يغسله حتى يغلب على ظنه طهارته ، ويقدر بالثلاث أو بالسبع قطعاً للوسوسة ، ولا بد من العصر في كل مرة - وعن أبي يوسف إذا غسله مرة سابعة طهر - أما ما لا يعصر ، فعن محمد لا يظهر أبداً لعدم العصر ، وقال أبو يوسف طهارته أن يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة - الاختيار جـ ١ ص ٣٤ .

ونص الحنابلة على أنه يجزي في غسل النجاسات كلها ولو من كلب أو خنزير إذا كانت على الأرض غسلة واحدة تذهب بعين النجاسة.

ويجزي في نجاسة على غير الأرض سبع غسلات ، إحداهما بتراب طهور في نجاسة كلب أو خنزير ، وفي نجاسة غيرهما سبع غسلات بماء طهور إن أنقت وإلا فحتى تنقى مع حت وقرص وعصر... بلا تراب. الروض المربع جـ ١ ص ٣٢ .

\* روي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعاً» متفق عليه ، ولأحمد ومسلم «طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب» ولفظ الترمذي والبخاري «أولاهن أو آخرهن» ولأبي داود «السابعة بالتراب» وعن عبد الله بن مغل قال : أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بقتل الكلاب ، ثم قال : ما بالهم وبال الكلاب ، ثم رخص في كلب الصيد ، وكتب الغنم ، وقال : إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات ، وعفروه الثامنة بالتراب رواه الجماعة إلا الترمذي والبخاري ، وفي رواية لمسلم «ورخص في كلب الغنم والصيد والزرع».

قال الشوكاني : والذي في رواية عبد الله بن مغل بلفظ «وعفروه الثامنة بالتراب» أصح من رواية «إحداهن بالتراب» قال في البدر المنير «بإجماعهم» وقال ابن منده: مجمع على صحته ، وهي زيادة ثقة فتعين المصير إليها ، وقد ألزم الطحاوي الشافعية بذلك، واعتذار الشافعي بأنه لم يقف على صحة هذا الحديث لا ينفع الشافعية ، فقد وقف على صحته غيره ، لا سيما مع وصيته بأن الحديث إذا صح فهو مذهبه، فتعين حمل المطلق على المقيد.

أما قول ابن عبد البر : لا أعلم أحداً أفى بأن غسلة التراب غير الغسلات السبع بالماء غير الحسن فلا يقدر ذلك في صحة الحديث ، وتحتّم العمل به ، وأيضاً قد أفى بذلك أحمد بن حنبل ، وغيره ، وروي عن مالك أيضاً، ذكر ذلك الحافظ ابن حجر.

وقد خالفت الحنفية والعترة في وجوب الترتيب ، كما خالفوا في التسبيع ، ووافقهم هاهنا المالكية مع إيجابهم التسبيع على المشهور - عندهم.



وقال القاضي أبو الطيب: أراد خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو كقوله في الصلاة خلف المريض القاعد قائماً: الأفضل أن يستخلف صحيحاً، يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف. وكقوله: إذا حلف فالأفضل ألا يكفر بالمال إلا بعد الحنث ليخرج من الخلاف. وقد أورد عليه أن من العلماء من شرط للقصر أكثر من ثلاثة أيام ولياليهن فكان ينبغي اعتباره. والجواب: ضعف دليل الزيادة عليها وقوة دليلها، ومن هنا كان الصوم أفضل للمسافر إن لم يتضرر به، وإن كانت الظاهرية لا يرويه جازراً، إذ لا يعتبر خلافهم فيما ضعف مأخذه. وأما قول القاضي حسين: إن الشافعي رضي الله عنه اعتبر خلاف داود<sup>(١)</sup> في الكتابة في الجمع بين القوة والأمانة<sup>(٢)</sup>، فقد غلطه فيه ابن الرفعة، فإن «داود» لم يدرك زمن الشافعي رضوان الله تعالى عليه.

- 
- (1) هو داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني، وكنيته أبو سليمان، وهو أول من استعمل قول الظاهر، وأخذ بالكتاب والسنة، وألغى ما سوى ذلك من الرأي والقياس، وكان فاضلاً، صادقاً، ورعاً، توفي سنة سبعين ومائتين، له مؤلفات كثيرة، منها: الإيضاح، وكتاب الدعوى والبيانات، وغيرها. انظر: «الفهرست» لابن النديم ص ٣١٧ - ٣١٩.
- (2) الكتابة هي «عقد عتق بلفظ الكتابة بعوض منجم بنجمين فأكثر» وهي مندوبة عند المذاهب الأربعة (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) قال تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ الآية ٣٣ من سورة النور، وقال صلى الله عليه وسلم: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».
- أ - قال الحنفية: هي مستحبة مندوبة والأمر في الآية «فكاتبوهم» يراد به النذب، لأن الإيجاب غير مراد بالإجماع، فإن لم يعلم فيه خيراً فالأفضل ألا يكتبه. الاختيار ج - ٢ ص ٢٧.
- ب - وهي مندوبة عند المالكية، الشرح الكبير ج - ٤ ص ٣٤٥.
- ج - قال الشافعية: هي مستحبة (لا واجبة، وإن طلبها الرقيق) إن طلبها رقيق أمين قوي على كسب «وبهما فسر الشافعي الخير في الآية» قيل: أو طلبها غير قوي (وهو أمين) وتكون مباحة إذا انتفى

قلت: إنما أراد: داود بن عبد الرحمن العطار (١) أحد أسياد الإمام الشافعي - رحمه الله - سمعت ذلك عن بعض الأسياد.

• (سؤال) لم اعتبرتم الخلاف وإن وهى، على رأي ضعيف في مسألة عطاء في إباحة الجوارى، فلم توجبوا الحد على وجهه، ولم تعتبروا خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه في القتل بالمثل، بل أوجبتم القصاص جزماً، فهلا أجرىتم خلافاً (هنا) كما أجرىتم (خلافاً) في مسألة عطاء، والحدود تدرأ بالشبهات.؟؟

وأجاب بعض من لا تحقيق عنده، بأن عطاء أجل من المخالفين في مسألة المثل، فمن ثم اعتبر على رأي وإن ضعف.

وهذا جواب بالجاء، فإننا لا ننظر إلى القائلين، وإنما ننظر إلى الأقوال وما أخذها، وإنما الجواب: أن أبا حنيفة (رحمه الله) لم يقل بجل قتل الناس بعضهم بعضاً بالمثل، بل هو عنده عظيم من الوزر، وإنما خالف في وجوب القصاص به، [وأما] عطاء [فقد] أباح الجوارى بالعارية، فلو أباح أبو حنيفة رحمه الله في المثل ما أباحه عطاء في الجوارى لروعي خلافه، وإنما هو موافق لنا [أي الشافعية] على

---

الوصفان ، ويستثنى ما إذا كان الرقيق فاسقاً. فتكره. مغني المحتاج جـ ٤ ص ٥١٦ .  
د- وهي سنة أيضا عند الحنابلة إذا كان العبد أميناً كسوبا ، وتكره مع عدم الكسب. الروض جـ ٢ ص ٢٦٦ .  
(1) هو داود بن عبد الرحمن العطار ، كان أبوه نصرانياً ، وكان رجلاً من أهل الشام ، وكان يتطبب ، قدم مكة ، فترها ، وولد له بها أولاد ، فأسلموا ، وكان يعلمهم الكتاب والقرآن والفقه ، ووالى آل جبير بن مطعم ، ولد داود سنة مائة ، وكان كثير الحديث ، توفي سنة أربع وتسعين ومائة ، وقد ذكره ابن سعد في الطبقة الخامسة ممن روى عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه. انظر طبقات ابن سعد جـ ٥ ص ٤٥٨ دار بيروت للطباعة والنشر.

التحريم، ومن علم حرمة شيء مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد، لم ينفعه جهله بالحد، بخلاف من جهل الحرمة أو ينازع فيها.

**فائدة:** قالوا يجب الحد في نكاح المتعة إن صح رجوع ابن عباس رضي الله عنهما لحصول الإجماع. واستشكله الرافعي من جهة أنهم نقلوا عن زفر<sup>(١)</sup> رحمه الله أنه ألغى التأقيت [أي إذا كان النكاح مؤقتاً بوقت] وصحح النكاح مؤبداً، فيسقط الحد لذلك، ويعضده أنه صح ذلك [أي القول بنكاح المتعة] عن غير ابن عباس من السلف رضي الله عنهم، ولم ينقل عنهم الرجوع، فإن لم نصح رجوع ابن عباس رضي الله عنهما، فقد أجمعوا بعده على بطلانها، فإن قلنا: إنه إذا اختلف أهل عصر في مسألة على قولين، ثم اتفق من بعدهم [على حكم في هذه المسألة] أن ذلك يصير مجمعاً عليه، وجب الحد [في نكاح المتعة] وإلا فلا [أي إن لم نقل بذلك فلا يجب الحد] كاللوطء في سائر الأُنكحة المختلف فيها [فإنه لا يجب فيها الحد] وهو الأصح.

وقد يقال في الجزم بوجوب الحد عليه على القول الأول نظر، فإن الخلاف في المسألة محقق، وإن ادعى الأول نفيه.

---

(١) هو زفر بن هذيل بن قيس العنبري ، أصله من أصبهان ، فقيه إمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة وهو أكثر أخذاً بالقياس ، وكان يأخذ بالأثر إن وجدته ، وقال : ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به ، تولى قضاء البصرة ، ومات بها ، وهو أحد الذين دوّنوا الكتب ، ولد سنة ١١٠هـ وتوفي سنة ١٥٨هـ ، الجواهر المضيئة جـ ١ ص ٢٤٣ ، والفوائد المضيئة ، والأعلام للزركلي جـ ٣ ص ٧٨.

وفي فتاوى القفال: إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء المرهونة، فوطئها علماً بالتحريم: قيل لا يحد؛ لخلاف عطاء، والصحيح وجوبه (أي الحد) [أي لأنه خلاف واه].

فقيل: إن هذا يبطل بنكاح المتعة، فإنه لا يجب الحد بالوطء فيه، وإن لم يكن به قائل اليوم. فقال: لا يصح، لأنه كان يقول به قوم من بعد الخلاف في الزمن الأول، والأخبار فيه كثيرة، بخلاف هذا.

قيل له: فما الفرق بين النكاح بلا ولي وبين شرب المسكر حيث أوجب الحد هناك، ولم يوجب هاهنا.

فقال: لأن الخلاف هناك وقع في الحد، والخلاف في الحد لا يسقط الحد، كما أن الخلاف في الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع، ولا نظر إلى الخلاف، كذا هاهنا.

والخلاف في النكاح بلا ولي وقع في إباحة ذلك الوطء. وفي انعقاد النكاح.

قيل له: وكذلك هاهنا وقع الخلاف في أن شربه مباح أم لا، فعندنا لا، وعند أبي حنيفة رحمه الله مباح، فلم ينفصل عنه بشيء<sup>(١)</sup>.

---

(1) المنشور في القواعد للزرکشي ج ٢ ص ١٣٧.

تعذر الخروج من الخلاف: إذا تعذر الخروج من الخلاف في الحكم: فإنه إذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى.

قال الزركشي: ذكر ابن هبيرة في مسائل الإجماع أنه قد يتعذر الخروج من الخلاف كما في: «البسملة» فإن الجهر بها عند الشافعي (رحمه الله) هو السنة. وعند أبي حنيفة (رحمه الله)، وأحمد (رحمه الله) الإسرار هو السنة. وعند مالك (رحمه الله) الترك بالكلية [فقد بينا أن قراءتها مكروهة في الفريضة عند المالكية]. وقد يقال: إذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى، هذا في المقلد، فإما المجتهد فمع اجتهاده، قال: على أن المجتهد اليوم لا يتصور لاجتهاده - في هذه المسائل التي قد تحررت في المذاهب - ثمرة، لأن الفقهاء (رحمهم الله) المتقدمين قد فرغوا من ذلك، وأتوا بمبالغ الأقسام لها، فلا يؤدي اجتهاد المجتهد إلا إلى مثل مذهب واحد منهم.

• ومن هذا أيضا قال الشيخ عز الدين: قد يتعذر الورع على الحاكم في مسائل الخلاف، كما إذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف في وجوبه، فلا يمكنه الصلح هنا، إذ لا يجوز المسامحة بمال أحدهما. وعلى الحاكم التورط في الخلاف، وكذلك حكم الأب والوصي<sup>(١)</sup>.

---

(1) المنشور جـ ٢ ص ١٤١ - ١٤٢.

## القسم الثاني

# الخروج من الخلاف في المعاملات

نورد فيما يلي جملة من الفروع الفقهية في المعاملات التي ظهر فيها «الخروج من الخلاف» في المذاهب الأربعة «الحنفية، المالكية، والشافعية، والحنابلة».



## من الفروع الفقهية في مذهب الحنفية:

ما جاء في الدر وحاشيته لابن عابدين من أنه يصح استحسانا استئجار جَمَلٍ ليحمل عليه مَحْمَلًا<sup>(١)</sup>، وراكبين إلى مكة، وله الجمل المعتاد<sup>(٢)</sup>، ورؤيته أحب، وكذا إذا لم ير الطَّرَاحَةَ واللحاف. قال ابن عابدين: «ورؤيته أحب» نفيًا للجهالة، وخروجًا من خلاف الإمام أحمد<sup>(٣)</sup>.  
فقد نص الحنابلة على أنه يشترط في العين المؤجرة خمسة شروط: أحدها معرفتها برؤية أو صفة إن انضبطت بالوصف، في غير الدار ونحوها، مما لا يصح فيه السلم، فلو استأجر حَمَامًا فلا بد من رؤيته لأن الغرض يختلف بالصغر والكبر، ومعرفة مائه ومشاهدة الإوان ومطرح الرماد ومصرف الماء. وكره أحمد كراء الحمام لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه، الروض المربع جـ ٢ ص ٢١٥.  
فمذهب الحنابلة اشترط معرفة العين المؤجرة برؤية أو صفة إن انضبطت بالوصف في غير الدار ونحوها، فإن لم يتحقق الشرط فسد العقد، أما الحنفية فقد قالوا: إن عرف البلد كاف في تحديد العين المؤجرة إن لم تتوافر رؤيتها، فيصح العقد، وله الجمل المعتاد، ولكن الحنفية راعوا خلاف الحنابلة فقالوا «رؤية العين المؤجرة أحب، نفيًا للجهالة وخروجًا من الخلاف».

- 
- (1) المحمل بفتح الميم الأول، وكسر الثاني، أو بالعكس، هو: الهَوْدَجُ الكبير الحَجَّاجِيُّ، إتقاني عن المُعَرَّبِ.
  - (2) أي في عرف كل بلدة.
  - (3) حاشية ابن عابدين جـ ٦ ص ٩٠ ط دار الكتب العلمية.

## وفي باب الهبة والصدقة:

قال المالكية: اختلف الحكم فيما إذا اشترى الشيء الذي تصدق به، سواء من المتصدق به عليه أو من غيره، فظاهر المدونة المنع، ولكن المعتمد في المذهب هو الكراهة، فإن وقع مضى، وعلى القول بالمنع، قيل يفسخ، وقيل يمضي مراعاة للخلاف<sup>(١)</sup>. أي مراعاة للقول بالكراهة الذي هو المعتمد.

وقال الحنابلة: (لا يصح قبض) الهبة (إلا بإذن الواهب) (لأنه قبض غير مستحق عليه، فلم يصح إلا بإذنه، كأصل العقد وكالرهن، (والإذن لا يتوقف على اللفظ، بل المناولة) إذن (والتخلية إذن) لدلالة الحال، وكذا الأمر بأكل الطعام الموهوب (ولواهب) أذن لمتهب في قبض هبة (الرجوع في إذن) قبل القبض لبقاء الملك، وليس الرجوع عنه رجوعاً في الهبة لأن إبطال الإذن إعدام له، وعدمه لا يوجب رجوعاً، قاله الحارثي.

(و) لواهب أيضاً الرجوع في (هبة قبل قبض) لأن عقد الهبة لم يتم فلا يدخل تحت المنع، قال الحارثي: وعق الموهوب ويبيعه وهبته قبل القبض رجوع لحصول المنافاة (مع الكراهة) خروجاً من خلاف من قال: إن الهبة تلزم بالعقد<sup>(٢)</sup>.

---

(1) جاء في حاشية العدوي : (ولا بأس أن يشرب المتصدق (من لبن ما) أي الشيء الذي (تصدق به) كالبقرة والشاة ، ولا بأس هنا [تستعمل] لما غيره خير منه ، وظاهر المدونة المنع (و) كذا (لا يشترى) المتصدق (ما) أي الشيء الذي (تصدق به) لا من المتصدق عليه ولا من غيره ، وكلامه محتمل للمنع والكراهة وهو المذهب ، فإن وقع مضى ، وعلى الأول [المنع] قيل يفسخ وقيل يمضي مراعاة للخلاف .  
[قوله : ولا بأس هنا إلخ] أي فالشرب إما مكروه أو خلاف الأولى .

[قوله : وظاهر المدونة المنع] أي فهي معارضة للمصنف وقد يقال : لا معارضة كما أفاده عجم بأن يقال: كلام المؤلف في لبن لا سمن له، وكلامها في لبن له سمن ، ووفق بتوفيق آخر وهو أن كلام المصنف محمول على ما إذا رضي المتصدق عليه بذلك، وكان ممن يعتبر رضاه. أما إذا لم يرض فإنه لا يجوز .

[قوله : مراعاة للخلاف] أي مراعاة للقول بالكراهة الذي هو المعتمد. حاشية العدوي جـ ٢ ص ٢٦٠ ط دار الفكر.

(2) الإيجاب والقبول ركن من أركان الهبة باتفاق الفقهاء ، وأما القبض فقد اختلف فيه ، فيرى الحنفية والشافعية ورأي عند الحنابلة أن القبض لا بد منه لثبوت الملك ، لأن الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء

## وقالوا أيضا في باب اللقيط<sup>(١)</sup>:

(وندب) لواجد اللقيط الإنفاق عليه (بإذنه) - أي: الحاكم - إن وجد لأنه أبعد من التهمة، وأقطع من المظنة، وفيه خروج من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق<sup>(٢)</sup>.

لم يلتزمه ، وهو التسلم ، فلا تملك بالعقد بل بالقبض ؛ محتجين بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : إن أبا بكر الصديق كانت نخلها جادّ عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة ، قال: «والله ، يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إليّ غنيّ بعدي منك ، ولا أعزّ عليّ فقرا بعدي منك ، وإني كنت نخلتك جادّ عشرين وسقا ، فلو كنت جددتبه واحترتبه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث» أخرجه مالك في الموطأ جـ ٢ ص ٧٥٢ (ط الجمل).

\* وفي رأيي للحنبلة أن الهبة تملك بالعقد ، فيصح التصرف من الموهوب له فيها قبل القبض ، كما في شرح المنتهى وقدمه في الإنصاف.

ويرى المالكية : أن القبول ركن والحيازة (القبض) شرط في تمامها ، فإن عدم لم تلزم وإن كانت صحيحة. وبناء على رأي الحنفية والشافعية ورأي عند الحنبلة : يجوز الرجوع فيها قبل القبض ، لأن عقد الهبة لم يتم. ولكنه عند من يرى ذلك من الحنبلة يكون مع الكراهة خروجاً من خلاف من قال إن الهبة تلزم بالعقد. الهداية جـ ٣ ص ٢٢٠ ، والمذهب جـ ١ ص ٣٧٠ وشرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٣٩٣ ، وجواهر الإكليل جـ ٢ ص ١٤٢ ، الموسوعة الفقهية ص ١٧١ مصطلح تطوع فقرة ٤٤ ومصطلح هبة.

(1) مطالب أولي النهى جـ ٤ ص ٢٤٩ ط المكتب الإسلامي.

(2) اتفق الفقهاء على أن نفقة اللقيط تكون في ماله إن وجد له مال أو كان مستحقاً في مال عام كالأموال الموقوفة على اللقطة ، فإن لم يكن له مال ولم يكن مستحقاً في مال عام ، فإن نفقته تكون في بيت المال ، لقول عمر رضي الله عنه في حديث أبي جميلة «أذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته» وفي رواية بزيادة «من بيت المال» (أخرجه مالك في الموطأ جـ ٢ ص ٧٣٨ ، وعبد الرزاق جـ ٩ ص ١٤) وهذا رأي الحنفية والمالكية والحنبلة ، والأظهر عند الشافعية ، ومقابلة الأظهر عندهم لا ينفق عليه من بيت المال ، وإنما يقتصر عليه من بيت المال أو غيره.

فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أو كان ولكن هناك ما هو أهم : قال الحنفية : إن أبي الملتقط التبرع عليه أمره القاضي بالإنفاق عليه ، ويعتبر ديناً على اللقيط... وقال المالكية: إنه إذا لم يكن له مال ، ولم ينفق عليه من بيت المال إنه يجب على الملتقط الإنفاق على اللقيط، وقال الحنبلة : إن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه قال تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ آية ٢ من سورة المائدة. ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له ، فإن لم يتبرع أحد ، فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر ، فإن كان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط. فإن لم يكن بإذن الحاكم ، قال أحمد : تؤدى النفقة من بيت المال... وقال شريح والنخعي : يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه ، وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق محتسباً. [المغني جـ ٥ ص ٧٥٢ وراجع بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٩٨ - ١٩٩ ، وحاشية

(وإن) أقام الذي له الحق من دين أو ودیعة ونحوهما بينة فـ (شهدت) تلك الـ (بينة بحق) عند الوصي (لم يشترط حاكم، وكفت) الشهادة (عن وصي) وله قضاء الدين؛ لأن البينة حجة له، والأحوط أن تشهد البينة عند الحاكم خروجاً من الخلاف، وقطعاً للتهمة<sup>(١)</sup>.

**وقالوا في أفعال وأقوال المكروه:** لو أكره على البيع بغير حق، أو على الإقرار، أو على الكفر ففعل لداعي الإكراه مع سلامة قلبه لم يضره ذلك، ولو أكره على السجود لصنم، فإن كان الصنم تجاه القبلة أو غيرها فليسجد ويجعل نيته لله تعالى، والمذهب، ولو لم ينو ذلك لم يكفر إذا سجد لداعي الإكراه، ولكن النية أولى خروجاً من الخلاف<sup>(٢)</sup>.

### البناء في الأرض المباحة:

يرى جمهور الفقهاء جواز البناء في الأرض المباحة، ولو بدون إذن الإمام، اكتفاء بإذن الشارع محتجين بقوله -صلى الله عليه وسلم-: ﴿ **من أحيا أرضاً ميتة فهي له** ﴾<sup>(٣)</sup> وهو رأي الشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية.

وقال المالكية: يشترط إذن الإمام في القريب، وأما في البعيد فرأيان.

---

الدسوقي جـ ٤ ص ١٢٤ ، والخرشي جـ ٧ ص ١٣٠ ، ومغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٢١ ، ومنتهى الإرادات جـ ٢ ص ٤٨٢].

(١) مطالب أولي النهى جـ ٤ ص ٥٣٧ ط المكتب الإسلامي.  
(٢) غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب جـ ٢ ص ٨٤ ط مؤسسة قرطبة.  
(٣) رواه الترمذي جـ ٤ ص ٦٣٠ ط السلفية ، وعله الترمذي بالإرسال ، لكن له شاهد من حديث عائشة في البخاري جـ ٥ ص ١٨ - تلخيص الحبير جـ ٣ ص ٥٤ وانظر فتح الباري جـ ٥ ص ١٩ ط السلفية.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا بإذن الإمام، واستدل بحديث ﴿ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه﴾<sup>(١)</sup>.

- ونص الشافعية والحنابلة على أنه يستحب الاستئذان من الإمام خروجاً من خلاف من أوجبه.
  - وفي يمين الاستظهار وفسرها الدسوقي بأنها مقوية للحكم، فلا ينقض الحكم بدونها. وأما ما يتوقف عليه الحكم فهو يمين القضاء، أو يمين الاستبراء. ويحلف المدعي يمين الاستظهار إذا ادعى على ميت أو غائب، وأقام شاهدين على الحق.
  - فمن يمين الاستظهار ما قال الرملي الشافعي: إنه لو ادعى من لزمته الزكاة ممن استولى عليهم البغاة دفع الزكاة إلى البغاة، فإنه يصدق بلا يمين لبناء الزكاة على التخفيف، ويندب الاستظهار بيمينه على صدقه إذا اتم؛ خروجاً من خلاف من أوجبها<sup>(٢)</sup>.
- هذا تسجيل لما صرح به الفقهاء من استحباب الخروج من الخلاف، وقد سبق أن أوضحنا أن من مقتضيات الأخذ بقاعدة الخروج من الخلاف، التتره عن بيع العينة ونحوه من العقود المختلف فيها، ونورد فيما يلي بعضاً من العقود المختلف في صحتها.

---

(1) أخرجه الطبراني ، كما في نصب الراية جـ ٤ ص ٢٩٠ ط المجلس العلمي ، وقال الزيلعي : وفيه ضعف من حديث معاذ. وانظر تفصيل هذا الحكم في كتابنا «الاقتصاد الإسلامي» ١٦٧ - ١٧٠.

(2) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٩٢ ، ويراجع الدسوقي جـ ٤ ص ١٦٢ ، ٢٢٧ وتبصرة الأحكام جـ ١ ص ١٣٢ ، وابن عابدين جـ ٤ ص ٣٤٦ ، ٤٢٣ ، ومجلة الأحكام : م: ١٧٤٦ ، والمغني جـ ٩ ص ١٠٩ ، ١١٠ .



## بعض البيوع المختلف عليها

- ١ بيع العينة
- ٢ بيع النجش
- ٣ بيع العربون
- ٤ تلقي الركبان



## (١) بيع العينة

ونبين فيما يلي حقيقته، وحكمه

أولاً: تعريف العينة:

(أ) العينة لغة: هي بكسر العين: السلف، يقال اعتان الرجل: اشترى الشيء بالشيء نسيئة، والاسم منه (العينة) بالكسر<sup>(١)</sup>.

(ب) العينة في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء العينة بتعريفات متعددة:

قال الحنفية: العينة هي: بيع العين بثمان زائد نسيئة؛ لبيعها المستقرض بثمان حاضر أقل ليقضي دينه<sup>(٢)</sup>.

وقال المالكية: «هي أن يشتري سعة ثم يبيعها من بائعها بأقل من الثمن نقداً أو إلى أقرب من الأجل»<sup>(٣)</sup>.

---

(1) المصباح المنير ومختار الصحاح.

(2) رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٧٩.

(3) القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١هـ ص ٢٩٧ ، ط دار العلم للملايين بيروت. ويراجع شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد الله محمد الأنصاري ، المشهور بالرصاع التونسي المتوفى سنة ٨٩٤ هـ ص ٣٦٧ ، وفيه عرفه «بأنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها» نقل الشيخ رحمه الله عن أبي عمر أنه عرف بيع العينة : «بييع ما ليس عندك».

قال الشيخ رضي الله عنه: ومقتضى الروايات أنه أخص مما ذكره ، وما قاله صحيح ؛ لأن من باع طعاماً في ذمته على الحلول ، فهو يبيع ما ليس عنده ، وليس من العينة. ثم قال الشيخ رحمه الله: إنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها ، مثال ذلك إذا باع سلعة بعشرة إلى شهر ، ثم اشترى السلعة بخمسة نقداً ، فإن السلعة رجعت إلى يد صاحبها ، ودفع خمسة يأخذ عنها عشرة عند حلول الأجل. فصدق على هذه الصورة وما شأها أن فيها بيعاً متحياً به إلى دفع عين في أكثر منها. والمراد هنا بالبيع جنس البيع ؛ لأن التحيل وقع من بيعين وصور العينة حصروها في مسائل، وقد ورد فيها التشديد والوعيد عن طريق عبید الله

وقال الشافعية: العينة هي: أن يبيعه عيناً بثمان كثير مؤجل ويسلمها له، ثم يشتريها منه بنقد يسير، ليبقى الكثير في ذمته، أو يبيعه عيناً بثمان يسير نقداً، ويسلمها له، ثم يشتريها منه بثمان كثير مؤجل، سواء قبض الثمن الأول، أو لم يقبضه، فإنه يكره للاختلاف في حله (١).

وقال الحنابلة: هو أن يشتري شيئاً غير ربوي نقداً، بدون ما باع به نسيئة أو حالاً (أي غير نسيئة) لم يقبض، فإنه لا يجوز، لأنه ذريعة إلى الربا لبيع ألفاً بخمسائة، وتسمى مسألة العينة. (أما لو باعه سلعة بنقد ثم اشتراها منه بأكثر منه نسيئة)، فنقل أبو داود يجوز بلا حيلة، ونقل حرب أنها مثل مسألة العينة، وجزم به المصنف في الإقناع وصاحب المنتهى، وقدمه في المبدع وغيره، قال في شرح المنتهى: وهو المذهب؛ لأنه يتخذ وسيلة للربا كمسألة العينة، وكذا العقد الأول فيهما، حيث كان وسيلة إلى الثاني فيحرم ولا يصح (٢).

وقال الجرجاني: العينة هي أن يأتي الرجل رجلاً ليستقرضه فلا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا ينال بالمقرض، فيقول: أبيعك هذا

---

بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول «إذا الناس تبايعوا بالعينة واتبعوا أذئاب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله عليهم بلاء، فلا يرفع عنهم حتى يراجعوا دينهم» ص ٣٦٧ - ٣٦٨.

(1) الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، المتن لشرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد الحجواي المتوفى سنة ٩٦٠هـ، والشرح للعلامة منصور بن يونس البهوتي ص ١٧٠ ط السلفية، ومعونة أولي النهى شرح المنتهى لتقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الحنبلي الشهير بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ ج ٤، ص ٦٥ ط/م دار خضر بيروت سنة ١٤١٥هـ.

(2) الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع، المتن لشرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد الحجواي المتوفى سنة ٩٦٠هـ، والشرح للعلامة منصور بن يونس البهوتي ص ١٧٠ ط السلفية، ومعونة أولي النهى شرح المنتهى لتقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الحنبلي الشهير بابن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ ج ٤، ص ٦٥ ط/م دار خضر بيروت سنة ١٤١٥هـ.

الثوب باثني عشر درهما إلى أجل، وقيمته عشرة، ويسمى عينة، لأن المقرض أعرض عن القرض إلى بيع العين.

### حكم بيع العينة:

اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من البيع، ولهم ثلاثة آراء:

**الرأي الأول:** يرى أن بيع العينة غير جائز شرعا:

قال ابن قدامة: وهو قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن ابن عباس، وعائشة والحسن، وابن سيرين، والشعبي والنخعي، وبه قال أبو الزناد، وربيعه، وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والأوزاعي، وإسحاق، ومالك، وأصحاب الرأي.

فقد نص المالكية على أن من يشتري سلعة ثم يبيعها من بائعه، له عدة صور، منها ما هو جائز، ومنها ما هو غير جائز، ونورد فيما يلي ما لا يجوز من هذه الصور:

**الصورة الأولى:** أن يبيعها من بائعها بأقل من الثمن نقداً، أو إلى أقرب من الأجل، فهذه لا تجوز، لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة، فإن السابق بالدفع يعد مسلفاً؛ لأن كل من قدم ما لا يحل عليه (أي تقديمه) عد سلفاً، فهو قد قدم دفع الأقل ليأخذ السلعة التي ثمنها أكثر مما دفع.

**الصورة الثانية:** أن يبيعه من بائعها بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل، فهذه لا تجوز أيضاً، لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة، فإنه أخره بالثمن ليأخذ أكثر، وكل من أخذ شيئاً قد حل له (أي أجله) عدّ مسلفاً.

ولأن المتعاقدين - في هاتين الصورتين - يتهمان بأن قصدهما دفع دنائير بأكثر منها إلى أجل، وأن السلعة واسطة لإظهار ذلك - فيمتنع سداً للذريعة... وأما سائر الصور فلا تتصور فيها التهمة. فإن وقعت إحدى هاتين الصورتين الممنوعتين فسخ البيع الثاني خاصة عند ابن القاسم والبيعتان معاً عند ابن الماجشون<sup>(١)</sup>.

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، وقد عد الصور ٢٧ صورة ، اثنتان ممنوعتان ، والباقي جائز ، فقد قال في بيوع الآجال ، وهي أن يشتري سلعة ثم يبيعه من بائعها على أن يتصور في ذلك صور كثيرة منها ما يجوز - ومنها ما لا يجوز ، وبيان ذلك أنه يتصور أن يبيعه منه بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر ، ويتصور في كل وجه من ذلك أن يبيعه إلى الأجل الأول أو أقرب أو أبعد ، وفي معنى الأقرب النقد فتكون الصور تسعاً لأن ثلاثة في ثلاثة بتسعة. «الأولى» أن يبيعه بمثل الثمن إلى مثل الأجل. «الثانية» أن يبيعه بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل. «الثالثة» بمثل الثمن بالنقد أو أقرب من الأجل. «الرابعة» أن يبيعه بأقل من الثمن إلى مثل الأجل. «الخامسة» بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل ، فهذه الصور الخمس جائزة اتفاقاً. «السادسة» بأقل من الثمن نقداً أو إلى أقرب من الأجل ، فهذه لا تجوز لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة ، فإن السابق بالدفع يعد مسلفاً لأن كل من قدم ما لا يحل عليه عد مسلفاً فهو قد قدم دفع الأقل ليأخذ السلعة التي ثمنها أكثر مما دفع. «السابعة» أن يبيعه بأكثر من الثمن إلى مثل الأجل. «الثامنة» بأكثر من الثمن إلى أقرب من الأجل أو نقداً ، فتجوز هاتان الصورتان. «التاسعة» أن يبيعه بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل ، فهذه لا تجوز لأنها تؤدي إلى سلف جر منفعة فإنه أخره بالثمن ليأخذ أكثر ، وكل من أخر شيئاً قد حل له عد مسلفاً. فتلخص من هذا أنه تجوز سبع صور وتمتع اثنتان وهما بأقل من الثمن إلى أقرب من الأجل ، وبأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل ، لأن كل واحدة منهما تؤدي إلى سلف جر منفعة ، ولأن المتعاقدين يتهمان بأن قصدهما دفع دنائير بأكثر منها إلى أجل ، وإن السلعة واسطة لإظهار ذلك ، فيمتنع سداً للذريعة ، وأجازهما الشافعي وداود حملاً على عدم التهمة ولأهمها جعل الإقالة بيعاً ثانياً. وأما سائر الصور فلا تتصور فيها تهمة ، فإن وقعت إحدى هاتين الصورتين الممنوعتين فسخ البيع الثاني خاصة عند ابن القاسم والبيعتان معاً عند ابن الماجشون.

**تكميل :** قد تكون الصور سبعاً وعشرين وذلك أن الصور التسع المذكورة يتصور فيها أن يبيع السلعة وحدها كلها ، وأن يبيع بزيادة عليها ، وأن يبيع بعضها فثلاثة في تسعة بسبعة وعشرين ، والقانون فيما يجوز

وقال الحنابلة: (لو اشترى شيئاً - ولو غير ربوي - نقداً، بدون ما باع به نسيئة) أو حالاً لم يقبض - لا العكس، لم يجوز؛ لأنه ذريعة إلى الربا، ليبيع ألفاً بخمسمائة، وتسمى مسألة العينة. وقوله «بالعكس»: يعني: لا إن اشتراه بأكثر مما باعه به، فإنه جائز، كما لو اشتراه بمثله. وأما عكس مسألة العينة: بأن باع سلعة بنقد، ثم اشترها بأكثر منه نسيئة، فنقل أبو داود يجوز بلا حيلة، ونقل حرب: إنها مثل مسألة العينة، وجزم به المصنف في الإقناع وصاحب المنتهى، وقدمه في المبدع وغيره، قال في شرح المنتهى: وهو المذهب؛ لأنه يتخذ وسيلة للربا، كمسألة العينة، وكذا العقد الأول فيهما حيث كان وسيلة إلى الثاني فيحرم ولا يصح<sup>(١)</sup>.

وإن اشترى المبيع في مسألة العينة، أو عكسها، بغير جنسه، بأن باعه بذهب، ثم اشتراه بفضة، أو بالعكس، أو اشتراه بعد قبض ثمنه، أو بعد تغير صفته... كأن تحرق الثوب، أو اشتراه من غير مشتريه، بأن باعه مشتريه أو وهبه ونحوه، ثم اشتراه بئحه ممن صار إليه، جاز.

---

منها وما لا يجوز، أنه إن كان البيع الثاني إلى مثل الأجل الأول جاز مطلقاً لوقوع المقاصة فيه، وإن كان نقداً أو إلى أقرب من الأجل، فإن كان اشترها أو بعضها، فيجوز بمثل الثمن أو أكثر ولا يجوز بأقل، وإن كان اشترها وزيادة عليها، فلا يجوز بمثل الثمن ولا بأقل ولا بأكثر، وأما إلى أبعد من الأجل، فإن كان اشترها وحدها أو اشترها وزيادة عليها، فيجوز بمثل الثمن وأقل، ولا يجوز بأكثر، وإن كان اشترى بعضها فلا يجوز بمثل الثمن ولا أقل ولا أكثر.

ويراجع الذخيرة جـ ٥، ص ١٦-٢٠ وحاشية الدسوقي جـ ٢، ص ٨٨.

(١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع - مختصر المقنع للعلامة منصور البهوتي م. ص ١٧٠ ط المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٩٢ هـ معونة أولي النهى جـ ٣ ص ٦٥-٦٧ دار خضر - بيروت. والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٦٠ ط هجر.

أو اشتراه أبو بئعه أو ابنه.. أو زوجته، جاز الشراء، ما لم يكن حيلة على التوصل إلى فعل مسألة العينة.

أما من احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة وأكثر ليتوسع بثمنه، فلا بأس، وتسمى مسألة التورق.

وعن أحمد أنه يكره.

\* واستدل المانعون لهذا النوع من البيع (بيع العينة) بما يلي:

(أ) روى غندر (بضم الغين)، عن شعبة، عن أبي إسحاق السبيعي، عن امرأته العالية بنت أيفع بن شُرْحَبِيل، أنها قالت: دخلت أنا وأم زيد بن أرقم، وامرأته على عائشة، رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بستمائة درهم، فقالت لها بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، أبلغني زيد بن أرقم: أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا أن يتوب (١).

قال ابن قدامة... والظاهر، أنها لا تقول مثل هذا التغليظ، وتُقدم عليه، إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه (٢).

(ب) وروى أبو داود بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ﴿إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم

---

(1) أخرجه البيهقي في باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل... من كتاب البيوع - السنن الكبرى جـ ٥ ص ٣٣٠-٣٣١ والدارقطني جـ ٣ ، ص ٥٢ ط المحاسن ، وقال: أم محبة والعالية (الموجودتان في إسناده) لا يحتج بهما. ورواه عبد الرزاق في المصنف (جـ ٨ ص ١٨٤-١٨٥) في باب الرجل يبيع السلعة... من كتاب البيوع.

(2) المغني جـ ٦ ، ص ٢٦١.

بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا يترعه حتى ترجعوا إلى دينكم»<sup>(١)</sup> وقالوا هذا وعيد يدل على التحريم.

(ج) وروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه قال: اتقوا هذه العينة، لا تبع دراهم بدراهم، وبينهما حريرة، وفي رواية أن رجلاً باع من رجل حريرة بمائة، ثم اشتراها بخمسين، فسأل ابن عباس عن ذلك، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة. وسئل ابن عباس عن العينة - يعني بيع الحريرة - فقال «إن الله لا يخدع، هذا مما حرم الله ورسوله».

\* وروي أيضاً عن أنس أنه سئل عن العينة، فقال: إن الله لا يخدع هذا مما حرم الله ورسوله. (د) وقالوا إن ذلك البيع ذريعة إلى الربا، فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم. وبعبارة المالكية<sup>(٢)</sup>: إن المتعاقدين يتهمان بأن قصدهما دفع دنانير بأكثر منها إلى أجل، وأن السلعة واسطة لإظهار ذلك

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه - حديث رقم ٣٤٦٢ ج٣ ص ٢٧٤ - في كتاب الإجارة، باب عن النهي عن العينة - قال ابن القيم بإسناد صحيح إلى حيوة بن شريح المصري عن إسحاق بن عبد الرحمن الخراساني، أن عطاء الخراساني حدثه أن نافعاً حدثه عن ابن عمر، قال شيخنا رضي الله عنه وهذان إسنادان حسنان، أحدهما يشد الآخر ويقويه، فأما رجال الأول فائمة مشاهير، ولكن يخاف ألا يكون الأعمش سمعه من عطاء، أو أن عطاء لم يسمعه من ابن عمر، فالإسناد الثاني يبين أن للحديث أصلاً محفوظاً عن ابن عمر، فإن عطاء الخراساني ثقة مشهور، وحيوة بن شريح كذلك وأفضل، وأما إسحاق بن عبد الرحمن فشيخ روى عنه أئمة المصريين مثل حيوة بن شريح والليث بن سعد ويحيى بن أيوب وغيرهم.....

(2) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٩٨.

فيمتنع للذريعة، ولأنه يؤدي إلى سلف جر منفعة، وكل سلف جر منفعة فهو ربا.  
(هـ) والإجماع: قال ابن قيم الجوزية «وأيضاً فإن الصحابة - كعائشة، وابن عباس، وأنس (رضي الله عنهم) أفتوا بتحريم مسألة العينة، وغلظوا فيها هذا التعليل في أوقات ووقائع مختلفة، فلم يجئ عن واحد من الصحابة ولا التابعين الرخصة في ذلك، فيكون إجماعاً»<sup>(١)</sup>.  
وقال ابن قيم الجوزية - بعد أن بين قوة حديث عائشة المتقدم - وأيضاً فلو لم يأت في هذه المسألة أثر لكان محض القياس، ومصالح العباد، وحكمة الشريعة تحريمها أعظم من تحريم الربا، فإنها ربا مستحل بأدنى الخيل.<sup>(٢)</sup>

• **الرأي الثاني:** يرى أن هذا البيع جائز مع الكراهة، وهو رأي الحنفية والشافعية، وللحنفية في صور العينة تفصيل:  
\* أورد الحنفية للعينة صوراً، فقالوا:

---

(1) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٦٧ ، ثم يقول : وأيضاً فكيف يليق بالشريعة الكاملة التي لعنت أكل الربا ومؤكله وبالغت في تحريمه ، وأذنت صاحبه بحرب من الله ورسوله ، أن تبيحه بأدنى الخيل مع استواء المفسدة . ؟ ولولا أن عند أم المؤمنين (عائشة) رضي الله عنها علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تستريب فيه ، ولا تشك بتحريم مسألة العينة ، لما أقدمت على الحكم بإبطال جهاد رجل من الصحابة باجتهادها ، لا سيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة ، واستحلال الربا ردة - ولكن عذر زيد بن أرقم رضي الله عنه أنه لم يعلم أن هذا محرم ، كما عذر ابن عباس رضي الله عنه بإباحته بيع الدرهم بالدرهمين - وإن لم يكن قصدها هذا ، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد ، ويصير بمنزلة من عمل حسنة، وسيئة بقدرها ، فكأنه لم يعمل شيئاً ، ولو كان هذا اجتهاداً منها لم تمنع زيدا منه ، ولم تحكم ببطلان جهاده ، ولم تدعه إلى التوبة ، فإن الاجتهاد لا يحرم الاجتهاد ، ولا يحكم ببطلان عمل المسلم المجتهد بمخالفته لاجتهاد نظيره ، والصحابة - ولا سيما أم المؤمنين - أعلم بالله ورسوله ، وأفقه في دينه من ذلك.  
(2) نفس المرجع السابق ذكره.

إذا كفل رجل عن رجل بألف بأمره، فأمر الأصيل (المديون) الكفيل أن يشتري له حريراً بطريق العينة، وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته، ليبيعه (الكفيل) بأقل من ذلك الثمن لغير البائع، ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به؛ ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشتري فيسلم الثوب للبائع، كما كان. ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل. وإنما وسطا الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.

\* فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه، والمالك له في الحرير، والزيادة التي يخسرها عليه؛ لأن ضمان الخسران باطل، لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون، والخسران غير مضمون على أحد.

\* وقيل: هو توكيل فاسد، لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه، فلا تصح الوكالة. وكيفما كان، توكيلاً فاسداً، أو ضماناً باطلاً، يكون الشراء للمشتري، وهو الكفيل، والربح - أي الزيادة التي يخسرها - عليه؛ لأنه العاقد.

ومن صور العينة أيضاً أن يقرضه مثلاً خمسة عشر درهماً، ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر، ويأخذ الخمسة عشر القرض منه، فلم يخرج منه إلا عشرة، وثبت له خمسة عشر.

ومن صورها: أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً:

وذلك بأن يبيع «المقرض» متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل، ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألف حالة، ويقبضه، ثم يبيعه (المتوسط) من البائع الأول (المقرض) بألف، ثم يجيل المتوسط بائعه (المستقرض) على البائع الأول بالثمن الذي عليه، وهو ألف حالة، فيدفعها (المقرض) إلى المستقرض، ويأخذ منه ألفين عند الحلول (وهما ثمن المتاع الذي باعه له بألفين إلى أجل).

قال الحنفية: وهذا البيع مكروه، مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بذلك، فقال: ﴿إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنِ، وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقْرِ ذَلَلْتُمْ، وَظَهَرَ عَلَيْكُمْ عَدْوُكُمْ﴾. وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا على ذلك، ولم يعدوه من الربا، حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره<sup>(١)</sup>.

وقال محمد رحمه الله: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال ﴿إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنِ وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقْرِ ذَلَلْتُمْ وَظَهَرَ عَلَيْكُمْ عَدْوُكُمْ﴾ أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد. وفي رواية ﴿سَلَطَ عَلَيْكُمْ شَرَارِكُمْ فَيَدْعُو خِيَارِكُمْ فَلَا يَسْتَجَابُ لَكُمْ﴾ وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. قال ابن الهمام: ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر فمكروه (أي تحريماً)، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون إلى قرض، فيأبى المستول أن يقرض، بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل، فيشتره المديون، ويبيعه في السوق بعشرة حالة، ولا بأس في هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا يكره، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العين لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً.

---

(1) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ص ٧، ص ٢١١ ط دار الفكر، والعناية للبابرتي دار الفكر، وحاشية ابن عابدين على رد المحتار عن الدر المختار، ج ٤ ص ٢٧٩.

**وقال الشافعية:** البيع جائز، ولكنه مكروه للاختلاف في حله، فقد قال الشافعي: ولا بأس بأن يبيع الرجل السلعة إلى أجل ثم يشتريها من المشتري بأقل بنقد، وعرض، وإلى أجل. قال بعض الناس: إن امرأة أتت عائشة فسألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى العطاء، ثم اشترته منه بأقل. فقالت عائشة: بئسما اشترت، وبئسما ابتعت، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب.

قال الشافعي: «وهو محمل، ولو كان هذا ثابتاً، فقد تكون عائشة عابت البيع إلى العطاء، لأنه أجل غير معلوم، وزيد صحابي، وإذا اختلفوا فمذهبنا القياس، وهو مع زيد ونحن لا نثبت مثل هذا على عائشة، وإذا كانت هذه السلعة لي، كسائر مالي، لم لا أبيع ملكي بما شئت، وشاء المشتري؟»<sup>(١)</sup>.

• **الرأي الثالث:** يرى أن هذا البيع حلال لا كراهة في شيء منه ما لم يكن عن شرط مذكور في نفس العقد، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبداً، محكوم عليه بحكم الغصب: وهو رأي الظاهرية.

قال الظاهرية: من باع سلعة بثمن مسمى حالة، أو إلى أجل مسمى، قريباً أو بعيداً، فله أن يبتاع تلك السلعة من الذي باعها منه بثمن مثل الذي باعها به منه. وبأكثر منه، وبأقل حالاً، أو إلى أجل مسمى، أقرب من الذي باعها منه إليه، أو أبعد، ومثله، كل ذلك حلال، لا كراهة في شيء منه ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور في نفس العقد، فإن كان عن شرط فهو حرام مفسوخ أبداً، محكوم

---

(1) الأم جـ ٨ ، ص ١٨٣ ، وتحفة المحتاج المامش حاشية الشرواني وابن القاسم جـ ٤ ص ٢٣٢.

فيه بحكم الغصب... برهان ذلك قول الله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾...<sup>(٢)</sup>.

فهذان بيعان فيهما حلالان بنص القرآن، ولم يأت تفصيل تحريمها في كتاب ولا سنة من رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، وما كان ريبك نسيباً، فليست بحرام، وأما اشتراط ذلك فلقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ﴿كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط﴾... ثم ضعف ما روي عن عائشة في بيع زيد بن أرقم<sup>(٣)</sup>.

### بيع المضطر:

وقد أثار هذا البحث في بيع العينة بيع المضطر، وذلك لأن بيع العينة إنما يقع غالباً من مضطر إليها، وإلا فالمستغني عنها لا يشغل ذمته بألف وخمسمائة في مقابلة ألف بلا ضرورة، وحاجة تدعو إلى ذلك، وبيع المضطر منهي عنه، ونوضح فيما يلي بإيجاز بعض ما يتصل به.

(أ) تعريف المضطر: الاضطرار لغة الاحتياج الشديد، والمضطر هو الملجأ إلى الشيء وليس له منه بد، وفي الاصطلاح الفقهي: هو الشخص الذي يبلغ حداً إن لم يتناول المنوع شرعاً هلك أو قارب الهلاك<sup>(٤)</sup>.

(1) الآية ٢٧٦ من سورة البقرة.

(2) الآية ١١٩ من سورة الأنعام.

(3) المحلى لابن حزم ج٩، ص٤٧-٥٢.

(4) والمضطر غير المكره، إذ الاضطرار ظروف تلم بالإنسان تجعله في حالة تهدد نفسه أو أهله، كما لو أملت به فاقة فوقع في جوع شديد، ولم يجد مأكولاً حلالاً يسد به رمقه ويبقي على حياته وحياة أهله فيضطر إلى تناول المحرم، أما الإكراه فهو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه لو خلى ونفسه مما ليس بحق.

## (ب) النهي عن بيع المضطر:

(١) روى أبو داود بسنده عن علي - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه ﴿فهي عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك﴾<sup>(١)</sup>.

قال المناوي: «فهي عن بيع المضطر إلى العقد بنحو إكراه عليه بغير حق، فإنه باطل، أما بيع المصادر فيصح لكن يكره الشراء منه (المصادر، أي الذي انصرف الناس عن شراء سلعته فيبيعها بأقل ثمن). وفي مسند أحمد عنه، قال: ﴿سيأتي على الناس زمان عضوض، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك﴾<sup>(٢)</sup>. قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾<sup>(٣)</sup> وينهد<sup>(٤)</sup> الأشرار، ويستدل الأخيار، ويباع المضطرون، وقد فهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر، وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك».

قال ابن القيم: وله شاهد من حديث حذيفة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، رواه سعيد عن هشيم عن كوثر بن حكيم عن مكحول: بلغني عن حذيفة أنه حدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿إن بعد زمانكم هذا زماناً عضوضاً، يعرض الموسر على ما في يديه، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَا

(1) رواه أبو داود ورواه أحمد، قال المناوي: وفيه انقطاع، التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ج ٢ ص ٤٧٢.

(2) مسند أحمد ج ١ ص ١١٦ ط دار المكتب الإسلامي، وسنن أبي داود ج ٣ ص ٣٤٧ حديث رقم ٣٣٨٢.

(3) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

(4) ينهد الأشرار: أي ينهضون، لسان العرب لابن منظور.

أَنْفَقْتُمْ مِّنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ<sup>ط</sup> وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ ﴿٦٦﴾<sup>(١)</sup> وينهد شرار خلق الله، يبايعون كل مضطر، ألا إن بيع المضطر حرام، المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخونه، إن كان عندك خير فعد به على أخيك، ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه ﴿٦٦﴾.

قال ابن القيم: وهذا من دلائل النبوة، فإن عامة العينة إنما تقع من رجل مضطر إلى نفقة يضمن بها عليه الموسر بالقرض، حتى يربح عليه في المائة ما أحب.

وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره، فهو التورق، ورجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل للربا.

والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق.

والتورق قد كرهه عمر بن عبد العزيز، وقال: هو آخية الربا<sup>(٢)</sup>.

\* وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهة إلى أنه مضطر، وهذا من فقهه رضي الله عنه، قال: فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر. وكان شيخنا رحمه الله (يقصد ابن تيمية) يمنع من مسألة التورق، وروجع فيه مراراً، وأنا حاضر، فلم يرخص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حرم الربا موجود فيها بعينها مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه<sup>(٣)</sup>.

(1) الآية ٣٩ من سورة سبأ.

(2) الآخية - بالمد والتشديد - عروة تربط إلى وتد مدفوق وتشد فيها الدابة - وجمعها أواخ.

(3) إعلام الموقعين جـ ٣ ، ص ١٧٠ ، ويراجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٢٢ فقد أجاز بيع المضطر ، وقال : إنه صحيح لازم ؛ لأنه بيع عن تراض لم يجبره أحد عليه فهو صحيح بنص القرآن، والخبران المستدل بهما مرسلان...

## (٢) بيع النجش

نوضح فيما يلي حقيقة النجش، وحكمه، وآراء الفقهاء في أثره:

أولاً: تعريف النجش:

(أ) النجش لغة: النجش - بفتح النون وسكون الجيم - مصدر للفعل نجش، يقال نجش الصيد، وكلّ شيء مستور، ينجشه: استتاره واستخرجه من مكانه. والنجش والتناجش: الزيادة في السلعة أو المهر ليُسمع بذلك فيزداد فيه، قال أبو عبيد: هو أن يزيد الرجل ثمن السلعة، وهو لا يريد شراءها، ولكن ليسمعه غيره فيزيد بزيادته.. وله معان أخرى في اللغة<sup>(١)</sup>.

(ب) النجش في اصطلاح الفقهاء: قد عرف الفقهاء النجش بتعريفات متعددة، نورد بعضها فيما يلي:

قال الحنفية: النجش هو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها، وهو لا يريد شراءها، بل ليراه غيره فيقع فيه<sup>(٢)</sup>، وقال الكاساني: هو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه، ولكن ليسمعه غيره فيزيد في ثمنه<sup>(٣)</sup>. وقال المالكية: هو

---

(1) منها النجش: السوق الشديد، ورجل نجّاش أو سواق، قال أبو عمرو: النجاش الذي يسوق الركاب والدواب في السوق يستخرج ما عندها من السير... ونجش الإبل ينجشها نجشاً جمعها بعد تفرقة - لسان العرب - مادة نجش والمصباح المنير.

(2) تبين الحقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي جـ ٤ ص ٦٧ جـ ١ المطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة ١٣١٤ هـ.

(3) بدائع الصنائع علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - جـ ٥ ص ٢٣٣ ط دار الكتاب ببيروت.

أن يزيد الرجل في السلعة وليس له حاجة بما إلا ليغلي ثمنها على المشتري أو ينفع صاحبها<sup>(١)</sup>، وقال الشافعية: هو أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا لرغبة في شرائها، بل ليغر غيره فيشتريها، ولو كان التغرير بالزيادة ليساوي الثمن القيمة<sup>(٢)</sup> وقال ابن قدامة هو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقتدي به المستأتم، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه، فيغتر به<sup>(٣)</sup>، وأطلق الجرجاني في تعريفه لها فقال: «هو أن تزيد في ثمن سلعة ولا رغبة لك في شرائها»<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: النهي عن النجش:

لقد وردت أحاديث في النهي عن النجش:

فقد روى أبو هريرة (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: ﴿ لا تلقوا الركبان، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لبادٍ، ولا تُصروا الغنم... ﴾<sup>(٥)</sup>.

(1) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩٠ وجاء في شرح حدود ابن عرفة «ص ٣٥٥» ما نصه: «نقل الشيخ رحمه الله عن الموطأ أنه قال مالك: النجش أن تعطيه بسلعة أكثر من ثمنها، وليس في نفسك شراؤها، فيقتدي بك غيرك». ثم نقل عن المازري وغيره: أن الناجش الذي يزيد في سلعة ليقتدي به غيره. فإن قلت: ظاهر كلام الشيخ أنه سلم هذين الرسمين من جهة صادقية الجنس على المحدود. و «الناجش» لا يصدق على «بيع النجش» ولا يحمل عليه وكذلك ما فسر به مالك. قلت: ليس هو تفسيراً لبيع النجش، وإنما هو تفسير للنجش، وهو مصرح به في كلام مالك. ويؤخذ من كلام المازري باللازم، ولما نقل الشيخ رحمه الله عن مالك رحمه الله ما تقدم قال: وكلام المازري أعم من كلام مالك رحمه الله، وهو حسن، وتأمل لأي شيء لم يأت في بيع النجش بحد يخصه ويقول «بيع اشتمل على زيادة إلخ».

(2) حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ج ٣ ص ٩١، ٩٢.

(3) المغني لابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ - ط هجر - ج ٦ ص ٣٠٤ فقرة ٧٦٢.

(4) التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ.

(5) أخرجه البخاري (-) الفتح ج ٤ ص ٣٦١ ط السلفية واللفظ له) ومسلم ج ٣ ص ١٥٥ ط الحلبي «اللؤلؤ والمرجان» حديث رقم ٩٧٠.

وعن نافع عن عبد الله بن عمرو (رضي الله عنه) أنه قال: ﴿فهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن النجش﴾<sup>(١)</sup>.

قال البخاري: قال ابن أبي أوفى قال: «الناجش آكل رباً خائناً» وهو خداع باطل لا يجل، قال النبي (صلى الله عليه وسلم) ﴿الخدیعة فی النار﴾ ﴿ومن عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد﴾<sup>(٢)</sup>.  
ثالثاً: حكمه: نورد فيما يلي حكمه التكليفي، ثم الوضعي:

(أ) حكمه التكليفي: قال ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص (آثم) بفعله، وصرح الشافعية بتخصيص المعصية بمن علم النهي، ونقل عن الشافعي أنه قال: فمن نجش فهو عاص إن كان عالماً بالنهي<sup>(٣)</sup>.

وذهب جمهور العلماء إلى أن النجش حرام، وذلك لثبوت النهي عنه - ولما فيه من خديعة المسلم (المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية).

- 
- (1) أخرجه البخاري حديث رقم ٢١٤٢ جـ ٤ ص ٣٥٥ الفتح - ج ٣ ص ١١٥٦ ط الحلبي.
  - (2) البخاري - في باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، ومسلم حديث رقم ٩٤٠ (المختصر). فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ - ج ٤ ص ٣٥٥ شرح الحديث رقم ٢١٤٢ ومسلم حديث رقم ٩٤٠ (المختصر).
  - (3) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٣ ص ٩٢ وجاء فيه «والمعتمد اختصاص الإثم بالعالم بالحرمة في هذا كبقية المناهي، ولا أثر للجهل في حق من هو بين أظهر المسلمين بخصوص تحريم النجش ونحوه، وقد أشار السبكي إلى أن من لم يعلم الحرمة لا إثم عليه عند الله تعالى، وأما بالنسبة للحكم الظاهر للقضاة فما اشتهر تحريمه لا يحتاج إلى اعتراف متعاطيه بالعلم بخلاف الخفي، وظاهره أنه لا إثم عليه عند الله تعالى، وإن قصر في التعلم، والظاهر أنه غير مراد بها. (حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٦٨ والقوانين الفقهية لمحمد بن أحمد الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ ص ٢٩٠ ط دار العلم للملايين سنة ١٩٧٩م).

وذهب الحنفية إلى أنه مكروه تحريماً فيما إذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها، للحدوث ولأنه تغرير للمسلم ظلماً. وهو خداع، والخداع قبيح جاور هذا البيع، فكان مكروهاً. وأما إذا طلبها بدون ثمن مثلها فلا بأس بأن يزيد إلى أن تبلغ قيمتها وإن كان الناجش لا يريد شراءها، ولا يكون مكروهاً لانتفاء الخداع<sup>(١)</sup>.

(ب) حكمه الوضعي: لقد اختلف الفقهاء في حكم البيع إذا وقع فيه هذا النجش، ولهم أربعة

آراء:

الرأي الأول: يرى أن البيع صحيح، وهو رأي جمهور الفقهاء: (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية) وذلك لأن النجش فعل الناجش لا العاقد، فلم يؤثر في البيع، قال ابن قدامة: ولأن النهي لحق آدمي معين يمكن تداركه، كبيع المدلس، وتلقي الركبان؛ فلم يفسد العقد. وفارق ما كان لحق الله تعالى؛ لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار، أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله، فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن في مثله فلا خيار له، وهذا الحكم سواء كان النجش بمواطأة البائع وعلمه، أو لم يكن<sup>(٢)</sup>.

---

(1) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٦ ص ١٠٦ والعناية للبايرتي بهامشه ، وبدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٣٣ ، وتبيين

الحقائق للزيلعي جـ ٤ ص ٦٧ .

(2) المغني لابن قدامة ، جـ ٦ ص ٣٠٥ .

وقال ابن حزم: «لا يحل النجش، وهو أن يريد البيع، فينتدب إنساناً للزيادة في البيع، وهو لا يريد الشراء، ولكن ليغتر غيره فيزيد زيادته، فهذا بيع إذا وقع زيادة على القيمة فللمشتري الخيار، وإنما العاصي والمنهي هو الناجش هو الناجش، وكذلك رضا البائع إن رضي بذلك (أي يكون آثماً). والبيع غير النجش وغير الرضا بالنجش، وإذا هو غيرهما؛ فلا يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره، ولم يأت نهي قط عن البيع الذي ينجش فيه الناجش؛ بل قال تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وروينا عن طريق مالك عن نافع عن ابن عمر قال: ﴿إن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهي عن النجش﴾ ومن طريق عبد الرازق عن إسماعيل بن عياش عن عبيد بن مهاجر قال: بعث عمر بن عبد العزيز عبيد بن مسلم يبيع السبي، فلما فرغ أبي عمر، فقال له: إن البيع كان كاسداً، لولا أني كنت أزيد عليهم، وأنفقه (أروجه) فقال له عمر: كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري، قال: نعم، فقال عمر: هذا نجش، والنجش لا يحل، ابعث منادياً ينادي أن البيع مردود، وأن النجش لا يحل»<sup>(1)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى المالكية، والشافعية في رأي لهم، ورأي للحنابلة أن بيع النجش صحيح إن لم يعلم البائع بالناجش ولم يتواطأ معه، والإثم على الناجش. ولا خيار للمشتري. لأن التفريط منه، حيث اشترى ما لا يعرف قيمته، دون مراجعة أهل الخبرة ودون تأمل منه. ونص المالكية على أنه إذا زاد في السلعة على ثمنها (خلافًا للمازري) من غير إرادته شراءها ليغير غيره فيقتدي به، فإن علم البائع بالناجش ولم ينكره ولم

(1) المحلى لابن حزم، ج ٨، ص ٤٤٨ - ٤٤٩ فقرة ١٤٦٦ ط دار التراث - القاهرة، ولعله يقصد بكلمة مردود، أي أن المشتري بالخيار، بين أن يمسه أو يرده؛ لأنه سبق أن قال «فلا يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره....».

يزجره، فللمشتري رد المبيع إن كان قائماً، وله التمسك به، فإن فات فالقيمة يوم القبض إذا شاء، وإن شاء أدى ثمن النجش....

قال الدسوقي: وأما إن لم يعلم (البائع بالناجش) فلا كلام للمشتري، ولا يفسد البيع، والإثم على من فعل ذلك... (١).

وفي قول عند الشافعية حكى بقيل أنه يثبت له الخيار للتدليس، كالتصيرية... إلا أنهم قالوا في تضعيف هذا الرأي: إن التصيرية تغرير في ذات المبيع، وهذا (النجش) خارج عنه (٢).

(1) يقول المالكية: إنه يكون للمشتري الخيار إن علم البائع بالناجش ولم يزجره. جاء في التاج والإكليل: (وكالنجش يزيد ليغر) في الموطأ نهي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن النجش. قال مالك: وهو أن يزيد الرجل في السلعة، وهو لا يريد شراءها ليغتر به. (وإن علم - أي البائع بالنجش) ولم ينكره ولم يزجره فللمشتري رده) أي المبيع (مطلقاً)، ابن حبيب: فإن فعل فإن ذلك يفسخ إلا أن يشاء المتاع أن يتماسك بها بذلك الثمن، فإن فاتت أدى القيمة إن شاء، وهذا إذا دسه البائع. فإن كان أجنبياً فلا شيء على البائع، ولا يفسخ البيع، والإثم على من فعل ذلك. وعلق الخطاب على قوله (فإن فات فالقيمة) فقال هذا نحو قوله في التوضيح، ثم ذكر المصنف بعد الوقوع قولين: المشهور أن البيع لا يفسخ، والمتاع بالخيار: بين أن يتماسك بالمبيع على ثمنه في النجش، أو يرد، هذا في قيام السلعة، وأما في فواتها فعليه القيمة، وكأنه أتلفها ما لم يزد على الثمن الذي رضي به البائع، وهو ثمن النجش، وينبغي أن يتهم هذا القول، وما لم ينقص عن الثمن الذي كان قبل النجش (التاج والإكليل) هامش مواهب الجليل ج ٤، ص ٣٧٧. وقال الصاوي في حاشيته «حاصله أن المشتري يخير في حالة قيام المبيع بين الإجازة والرد، وفي حال الفوات لزمه الأقل من الثمن والقيمة، ومقتضى قولهم بيع النجش صحيح اعتبار القيمة يوم العقد، لا يوم القبض».

الشرح الصغير على أقرب المسالك للإمام أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، وحاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، ج ٣، ص ١٠٦ وحاشية الدسوقي ج ٣، ص ٦٧، ٦٨.

(2) حاشية الجمل ج ٣، ص ٩٢. والتصيرية هي: ربط أخلاف الشاة أو الناقة، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها، فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عادتها، فيزيد في ثمنها؛ لما يرى من كثرة لبنها. وقد روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تُصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر». متفق عليه، وقد اختلف الفقهاء في حكم التصيرية، وأخذ بظاهر الحديث جمهور الفقهاء، وخالف في أصل المسألة الحنفية. (نبيل الأوطار ج ٥ ص ٢١٦) وصحيح البخاري ومسلم حديث رقم ٩٧٠. (اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان) وفتح الباري ج ٨ ص ٢١٤.

**الرأي الثالث:** يرى أن البيع صحيح لازم، وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>(١)</sup>، فلا فسخ من غير رضا - ذكرها في الانتصار<sup>(٢)</sup>.

**الرأي الرابع:** يرى أن بيع النجش فاسد، وهو رواية عن أحمد (اختارها أبو بكر) ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد هذا البيع<sup>(٣)</sup>.

وقالوا في توجيه رأيهم: إنه بيع منهي عنه بالأحاديث، والنهي يقتضي الفساد. لأن في ذلك تغييراً بالمشتري، وخديعة له، وقد قال النبي (صلى الله عليه وسلم) «**الخديعة في النار**»<sup>(٤)</sup>.

### الزيادة المحرمة بالنجش:

واختلف الفقهاء في كون زيادة الناجش في ثمن السلعة المعروضة للبيع محرمة على العموم، سواء أقصد الناجش إيصال ثمنها إلى قيمتها في السوق، أم لم يقصد ذلك، بل أي نجش يكون محرماً، وهنا رأيان:

**الرأي الأول:** يرى تقييد الحرمة بما إذا زاد على قيمة السلعة في السوق (وهو رأي الحنفية، ورأي عند المالكية، وهو ظاهر كلام الإمام مالك (يرى أنه إذا زاد في ثمنها لتصل إلى قيمتها، فليس بناجش). قال الحنفية: وهذا إذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها، فأما إذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش

---

(1) المبدع شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي المتوفى سنة ٨٨٤هـ - ج٤ ص ٧٨ ، ٧٩ - ط المكتب الإسلامي.

(2) فلا فسخ من غير رضا ، لعله يشير إلى الإقالة ، وذلك بأن يتراضيا على تراد المبيع والتمن... والإقالة هل هي فسخ أو بيع جديد ، خلاف فقهي يرجع إليه في باب الإقالة.

(3) نيل الأوطار ، ج٥ ، ص ٢٦٦.

(4) أخرجه البخاري في باب النجش ، ومرة قال: لا يجوز ذلك البيع ، صحيح البخاري ج٣ ، ص ٩١ وسبق تخريجه.

رجل سلعة حتى تبلغ إلى ثمنها فهذا ليس بمكروه، وإن كان الناجش لا يريد شراءها.  
وكذلك قيد ابن عبد البر وابن حزم وابن العربي التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل.  
ووافقهم على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية، وقال ابن العربي: الذي عندي إن بلغها به الناجش  
قيمتها، ورفع الغبن عن صاحبها فهو مأجور، ولا خيار لمبتاعها، وقالوا: إن ذلك من النصيحة.  
**الرأي الثاني:** يرى أن النص عام، يشمل كل زيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع، حتى ولو كان  
التغدير بالزيادة ليساوي الثمن القيمة، فكل ذلك محرم.  
(وهو رأي الشافعية، ورأي عند المالكية «قال الدسوقي، فظاهره العموم، وعلى العموم حملة ابن  
عرفة، وهو المعول عليه»).

\* قال الدسوقي في بيانه لاختلاف المالكية في ذلك «والحاصل أنه إذا زاد على قيمتها فالمنع اتفاقاً،  
وإذا لم يزد على القيمة بل ساواها بزيادته، أو كانت زيادته أنقص منها فهو ممنوع على ظاهر كلام  
المازري، وجائز على ظاهر كلام الإمام، ومندوب على كلام ابن العربي، وعلى تأويل كلام الإمام  
وكلام المازري فهو ممنوع كالزيادة على القيمة»<sup>(١)</sup>.  
وأيد هذا الرأي الذي يقضي بالعموم الشوكاني في نيله، والصنعاني في سبله، قال الشوكاني: إن  
القول بالتقييد (وهو الرأي الأول) هو تقييد للنص بغير مقتضى للتقييد، وقد ورد ما يدل على جواز لعن  
الناجش، فأخرج الطبراني عن ابن

---

(1) بدائع الصنائع جـ ٥ ، ص ٢٣٣ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ ٣ ، ص ٦٨ ، حاشية الخرشى  
جـ ٥ ، ص ٨٢ وحاشية الجمل على شرح المنهج جـ ٣ ، ص ٩٢ .

أبي أوفى مرفوعاً: ﴿الناجش أكل ربا خائن ملعون﴾، وأخرجه ابن أبي شيبة، وسعيد بن منصور موقوفاً مقتصرين على قوله «أكل الربا خائن».

وقال الصنعاني: إن ما قيد به النص لا يصلح أن يكون من باب النصيحة، فهو مردود بأن النصيحة تحصل بغير إيهام أنه يريد الشراء، وأما مع هذا فهو خداع وغرر، وبأنه أخرج البخاري من حديث ابن أبي أوفى في سبب نزول قوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلْقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (١).

قال ابن أبي أوفى: «الناجش أكل ربا خائن» فجعل ابن أبي أوفى من أخبر بأكثر ممن اشترى به أنه ناجش لمشاركته لمن يزيد في السلعة وهو لا يريد أن يشتريها في ضرر الغير، فاشتركا في الحكم لذلك. وحيث كان الناجش غير البائع فقد يكون أكل ربا إذا جعل له البائع جعلاً (٢).

\*\*\*

\* وقال الشعراي «وكذلك اتفقوا - أي الأئمة - على تحريم النجش... واختلفوا فيه (أي في حكمه) فمن ذلك قول الأئمة الثلاثة: إن من اغتر بالنجش، واشترى فشرأوه صحيح، وإن أثم الغار، مع قول مالك ببطان الشراء (٣)، فالأول مشدد في تحريم النجش فقط دون الشراء، والثاني مشدد فيهما، فرجع الأمر إلى مرتبتي الميزان، ووجه الأول: أن التحريم لأمر خارج عن عين المبيع، ووجه الثاني:

(1) الآية ٧٧ من سورة آل عمران.

(2) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، وسبل السلام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ - ج ٣ ، ص ١٨ .

(3) سبق لنا تحرير مذهب المالكية.

شدة التنفير من الوقوع في مثل ذلك، سداً لباب النجش المنهي عنه، كما أشار إليه حديث ﴿إنما البيع عن تراض﴾<sup>(١)</sup> هـ. إذ لو اطلع المشتري على أن المبيع لا يساوي الثمن مع تلك الزيادة التي خدعه بها الناجش لما اشتراه»<sup>(١)</sup>

### (٣) بيع العربون

اختلف الفقهاء في بيع العربون، ولإيضاح ذلك نورد أولاً تعريفه، ثم آراء الفقهاء في حكمه:

#### أولاً: التعريف:

العربون لغة: ينطق بفتحتين - كحلزون، وبضم العين، وسكون الراء، وزان عَصْفُور، والعربان بضم العين وسكون الراء - وزان قربان - لغة ثالثة. وأما فتح العين مع إسكان الراء فلحن لم تتكلم به العرب (وورد بدل العين أ، فيقال أربون، وأربان).

وقال الأصمعي: العربون أعجمي معرب، وفسروه لغة: بما عقد به البيع<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الميزان الكبرى لأبي المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي المعروف بالشعراني من أعيان علماء القرن العاشر الهجري جـ ٢ ص ٧، ط. م. الحلبي ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي - من علماء القرن الثامن الهجري هامش الميزان الكبرى جـ ١، ص ١٧٦.

(٢) القاموس المحيط، والمصباح المنير وجاء فيه «قال بعضهم هو أن يشتري شيئاً أو يستأجره، ويعطي بعض الثمن أو الأجرة، ثم يقول: إن تم العقد احتسبناه، وإلا فهو لك ولا آخذه منك.

والعربون اصطلاحاً هو: أن يشتري السلعة أو يستأجرها، فيدفع إلى البائع أو المؤجر درهماً أو أكثر، على أنه إن أخذ السلعة، أو المؤجر احتسب به من الثمن أو من الأجرة، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع أو للمؤجر<sup>(١)</sup>.

\* وقال أبو داود قال مالك: وذلك فيما نرى - والله أعلم - أن يشتري الرجل السلعة أو يتكاري الدابة، ثم يقول: أعطيتك ديناراً على أي إن تركت السلعة أو الكراء، فما أعطيتك لك. انتهى. وبمثل ذلك فسره عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم، والمراد أنه إذا لم يخر السلعة، أو لم يكثر الدابة كان الدينار أو نحوه للمالك بغير شيء، وإن اختارهما أعطاه بقية القيمة أو الكراء.

**حكمه: اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع، ولهم رأيان:**

**الرأي الأول:** يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأبو الخطاب من الحنابلة)<sup>(٢)</sup> أنه لا يصح هذا النوع من البيع أو الإجارة. ويروى ذلك عن ابن عباس، والحسن، واستدلوا بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: **«نهي النبي (صلى الله عليه وسلم) عن بيع العُربان»**<sup>(٣)</sup> فهو بيع منهي عنه.

- 
- (1) كشف القناع جـ ٣ ، ص ١٩٥ ، والمغني لابن قدامة جـ ٦ ، ص ٣٣١ ، ط هجر تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، والشرح الكبير (جـ ٣ ، ص ٦٣) ، للدردير ، ونيل الأوطار جـ ٥ ص ١٥٣ .
  - (2) مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٦ ، والشرح الكبير للدردير ، وحاشيته للدسوقي جـ ٣/ص ٦٣ ط دار الفكر ، جـ ٢ ص ٣٩ وكشف القناع جـ ٣ ص ١٩٥ ش مكتبة النصر الحديثة. مصر. والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٣١ .
  - (3) رواه ابن ماجه في باب بيع العربان من كتاب التجارات - سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٣٨ ، ٧٣٩ ، كما أخرجه أبو داود في باب بيع العربان من كتاب البيوع جـ ٢ ص ٢٥٣ والإمام مالك في باب ما جاء في بيع العربان من كتاب البيوع ، الموطأ جـ ٢ ، ص ٦٠٩ وضعفه ابن حجر في التلخيص - جـ ٣ ص ١٧ (شركة الطباعة الفنية) ولكن الحديث روي من طرق متعددة ، قال الشوكاني في نيل الأوطار: «الحديث منقطع ؛ لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ، ولم يدركه ، فبينهما راوٍ لم يُسمَّ =

ولأنه من أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (١).  
ولأن فيه شرطين مفسدين للعقد - شرط الهبة للعربون، وشرط رد البيع بتقدير ألا يرضى، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي، ولأنه بمتزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة، ومعها درهم، وقال ابن قدامة: وهذا هو القياس (٢).

قال الدسوقي في حاشيته: والظاهر منعه في جميع العقود، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، وأولى منه في المنع للعلة المذكورة المراهنة التي تقع من عوام الناس» وقال الشيخ عليش في تقريره: ومثل البيع الإجارة، كما في الموطأ، وباقي العقود على الظاهر» (٣).

**الرأي الثاني:** ويرى الحنابلة (غير أبي الخطاب) أن هذا البيع جائز. قال أحمد بن حنبل: لا بأس به، وفعله عمر (رضي الله عنه)، وعن ابن عمر (رضي الله

---

= وسماه ابن ماجه فقال : عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي ، وعبد الله لا يحتج بحديثه ، وفي إسناد ابن ماجه هذا أيضاً (حبيب) كاتب الإمام مالك ، وهو ضعيف لا يحتج به ، وقد قيل : إن الرجل الذي لم يسم هو ابن لهيعة ، ذكر ذلك ابن عدي ، وهو أيضاً ضعيف . ورواه الدارقطني والخطيب عن مالك عن عمرو بن الحرث عن عمرو بن شعيب ، وفي إسنادهما الهيثم بن اليمان ، وقد ضعفه الأزدي ، وقال أبو حاتم : صدوق ، ورواه البيهقي موصولاً من غير طريق مالك ، وأخرج عبد الرازق في مصنفه عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن العريان وأحله ، وهو مرسل ، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى ، وهو ضعيف» جـه ، ص ١٥٣ .

(1) الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(2) المغني جـ٦ ، ص ٣٣١ .

(3) حاشية الدسوقي جـ٣ ، ص ٦٣ .

عنه) أنه أجازها، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها، ويرد معها شيئاً، وقال أحمد: هذا في معناه.

واستدلوا بما روي عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السحن من صفوان بن أمية، فإن رضي عمر، وإلا فله كذا وكذا، قال الأثرم: قلت لأحمد بن حنبل تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه، وضعف الحديث المروي عن عمرو بن شعيب. روى هذه القصة بإسناده<sup>(١)</sup>.  
\* ويقول الشوكاني في نيّله: «والأولى ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضاً<sup>(٢)</sup>، ولأن الحديث يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة، كما تقرر في الأصول».

\* والقاعدة الشرعية: «الحظر مقدم على الإباحة».

جاء في الأشباه للسيوطي ولابن نجيم «إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم، والآخر يقتضي الإباحة قدم التحريم في الأصح».

وقال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب؛ لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه<sup>(٣)</sup>.

(1) المغني لابن قدامة جـ ٦، ص ٣٣١.

(2) نيل الأوطار جـ ٥، ص ٢٥١.

(3) نيل الأوطار جـ ٥، ص ٢٥١ - الأشباه للسيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ص ١٠٦ دار الكتب العلمية بيروت

ومثله الأشباه لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ص ١٢١ طبعة دار الفكر بدمشق، الأولى سنة ١٤٠٣ هـ.  
وهناك بعض الصور المتفرعة، أرى النص على حكمها، ومن ذلك ما قال المالكية من أنه لو قال البائع للمشتري لا أبيعك السلعة إلا إذا أعطيتني ديناراً، أخذه مطلقاً سواء أخذت السلعة أو كره أخذها. فإنه لا يصح، ويفسخ العقد في صور العريون، فإن فات مضي بالقيمة. أما إن أعطاه على أنه إن كره البيع =

#### (٤) تلقي الركبان

ونوضح فيما يلي ما ورد في هذا التلقي ثم حقيقته، ثم حكمه:

(أ) ما ورد في التلقي من نصوص:

أ | روى ابن عمر - رضي الله عنه - ﴿أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهي عن تلقي السلع حتى يهبط بها الأسواق﴾<sup>(١)</sup>.

أ | وعن ابن عباس - رضي الله عنه - ﴿أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - نهي أن تتلقى الركبان، ولا يبيع حاضر لباد﴾<sup>(٢)</sup>.

---

= أخذ الدينار ، وإن لم يكرهه حاسب به ، جاز . قال الدسوقي : ويختم عليه إن كان لا يعرف بعينه ، قاله المواق لثلا يتردد بين السلفية والثمنية ، حاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٦٣ .

وقال الحنابلة : وإن دفع - من يريد الشراء ، أو الإجارة إلى رب السلعة الدرهم أو نحوه قبل عقد البيع أو الإجارة ، وقال لرب السلعة : لا تبع هذه السلعة لغيري أو لا تؤجرها لغيري ، وإن لم أشتريها أو أستأجرها فالدرهم لك . ثم اشتراها أو استأجرها بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن أو من الأجرة صح ذلك ، وإن لم يشتريها أو لم يستأجرها فلصاحب الدرهم الرجوع فيه ، لأن رب السلعة لو أخذه لأخذه بغير عوض ، ولا يجوز جعله عوضاً عن إنظاره ، لأن الإنظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم القدر ، كالإجارة . كشف القناع جـ ٣ ، ص ١٩٥ ، والمغني جـ ٦ ، ص ٣٣٢ .

(1) حديث ابن عمر أخرجه البخاري ومسلم - البخاري رقم ٢١٦٥ ، ٢١٦٦ ، ومسلم جـ ٥ ص ٥ (ط صبيح) وفي رواية له أنه صلى الله عليه وسلم «نهي عن تلقي البيوع» .

(2) وحديث ابن عباس عند البخاري رقم ٢١٥٨ ، ٢١٦٢ ، ٢٢٧٤ ، ومسلم جـ ٥ ص ٥ بنحوه حديث رقم ٩٤٢ (المختصر) ، وفي الصحيحين أيضاً نحو هذين الحديثين عن ابن مسعود وأبي هريرة رضي الله عنهما ، حديث ابن مسعود رواه البخاري رقم ٢١٤٩ ، ومسلم جـ ٥ ص ٥ ، وحديث أبي هريرة في صحيح البخاري ٢١٤٠ ، ٢١٥٠ ، ٢١٦٢ ، ومسلم جـ ٥ ص ٥ .

أ | وعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿لا تلقوا  
الجلبَ فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار﴾<sup>(١)</sup>.  
(ب) التعريف به:

قال الفقهاء في التعريف بتلقي الركبان: هو تلقي الذين يجلبون أرزاق العباد للبيع، سواء كانوا  
ركباناً، أو مشاة، جماعة أو واحداً<sup>(٢)</sup>.

(جـ) حكمه: ونورد فيما يلي حكمه التكليفي ثم الوضعي:  
حكمه التكليفي:

اختلف الفقهاء في حكم التلقي، ولهم رأيان:

الرأي الأول: أن التلقي محرم، وهو رأي المالكية والشافعية، ورأي الحنابلة  
(الأولى)، والظاهرية لأن النهي ظاهر في التحريم.

قال الشافعية: يحرم حيث كان قاصداً للتلقي، علماً بالنهي عنه.

وقال البخاري: باب النهي عن تلقي الركبان، وأن يبيعه مردود، لأن صاحبه عاص آثم إذا كان عالماً  
به، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز.

---

(1) رواه مسلم جـ ٥ ص ٥ (ط صبيح).

(2) والتعبير في الحديث جرى على الغالب: انظر: سبل السلام جـ ٢ ص ٣٤٠ ط/م الاستقامة بمصر، ومغني المحتاج  
جـ ٢ ص ٣٦، وكشاف القناع جـ ٣ ص ٢١١.

• والعلة في النهي نفع البائع، وإزالة الضرر عنه، وقيل العلة نفع أهل السوق، لحديث ابن عمر رضي الله عنه «لا تلقوا السلع حتى تمبطوا بها السوق».

الرأي الثاني: يرى أن التلقي مكروه وهو رأي الحنفية إذ إذا أضر بالناس، أو كبس عليهم السعر، ورأي الحنابلة<sup>(١)</sup>.

قال ابن قدامة: «كره تلقي الركبان أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز، ومالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي<sup>(٢)</sup>، وإسحاق».

### الحكم الوضعي:

اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع من حيث الصحة والفساد، ولهم رأيان:

**الرأي الأول:** يرى أن هذا البيع صحيح وهو رأي جمهور الفقهاء: نص على ذلك الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة وهو المذهب المنصوص المقطوع به والظاهرية.

قال ابن قدامة: فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع، وقاله ابن عبد البر، وقالوا في الاستدلال لرأيهم:

---

(1) نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٦ ط/ المطبعة العثمانية بمصر، وسبل السلام جـ ٢ ص ٣٤٠ ط/م الاستقامة بمصر، وفتح القدير جـ ٦ ص ٤٧٦، قليوبي وعميرة جـ ٢ ص ١٨٣، ومغني المحتاج جـ ٢ ص ٣٦. والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣١٣ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي جـ ٣ ص ٦٥٢ ط/ العبيكان بالرياض. والمخلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٤٩ ط دار التراث بالقاهرة، تحقيق أحمد محمد شاكر.

(2) لوحظ أن المالكية يعبرون بالحرمة، وكذا الشافعية.

\* وذلك لقوله - صلى الله عليه وسلم - (في حديث أبي هريرة): ﴿فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار﴾، وفي رواية ﴿فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق﴾. فإن هذا النص يدل على انعقاد البيع وصحته، ولو كان فاسداً لم ينعقد، ولأن النهي في الحديث لم يرجع إلى نفس العقد، ولا إلى وصف ملازم له، بل إلى معنى مجاور منفك عنه، وذلك لا يقتضي فساد العقد، قال ابن قدامة: ولأن الحديث أثبت له الخيار، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا المعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبهه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار؛ إذ ليس الضرر عليه، إنما على المسلمين.

#### إثبات الخيار في هذا البيع:

اختلف القائلون بصحة هذا البيع في إثبات الخيار في هذا البيع: وهو رأي الشافعية، والحنابلة...  
وسأعرض آراءهم في ذلك فيما بعد:

الرأي الثاني: يرى أن هذا العقد فاسد وهو رواية عن أحمد، والبخاري وقد رجح هذا الرأي بعض علماء الحديث. قال الصنعاني «وذهبت طائفة من العلماء إلى أنه فاسد؛ لأن النهي يقتضي الفساد، وهو الأقرب».

\* أما الشوكاني فقد رجح عدم الفساد، فقال: الظاهر أن هذا النهي لا يقتضي الفساد، لأن النهي هاهنا لأمر خارج، وهو لا يقتضيه، كما تقرر في الأصول<sup>(١)</sup>.

---

(1) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٣١٣، وسبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٣٤٠ ط/م/ الاستقامة بالقاهرة، ونيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٧.

## آراء الفقهاء في ضوابط التلقي

- أرى أن أعرض موجزاً لآراء الفقهاء في ضوابط التلقي المنهي عنه، كل مذهب على حدة:  
(أ) قال الحنفية: يكره تلقي الجلب إذا كان التلقي يضر بأهل البلد، فإن كان لا يضر فلا بأس به، إلا إذا لبسَ السعر على الواردين، فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر ولا يفسد العقد.  
قال البابري: نهي عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب أي المجلوب، إلى البلد وصورته المصري (أي من هو من أهل المصر) أحرر بمجيء قافلة بميرة (طعام) فتلقاهم، واشترى الجميع، وأدخله المصر لبيعه على ما أراد، فذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد، أو لا يضر، والثاني (وهو الذي لا يضر) لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين، أو لا يلبسه، فإن كان الأول: بأن كان أهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضيق المجاور للعقد المنفك عنه، وإن كان الثاني فقد لبس السعر على الواردين، فقد غرَّ وضرَّ، وهو قبيح فيكره، وإلا فلا بأس بذلك<sup>(١)</sup>.  
(ب) وقال المالكية: نهي الرسول (صلى الله عليه وسلم) عن تلقي السلع الواردة لبلد مع صاحبها، قبل وصول سوقها، أو البلد إن لم يكن لها سوق، أو تلقى صاحبها بعد أن وصلت السلعة ولم يصل صاحبها، أو تقدم صاحبها عليها ولم تصل، فيلقاه رجل فيشتري منه ما سيصل بعد، يمنع ذلك ولا يفسخ. كما يمنع

---

(1) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٦ ص ٤٧٦ وبهامشه العناية للبابري ص ٤٧٧ ، ط. المكتبة التجارية.

أخذ السلع في البلد بصفة من صاحبها المقيم في البلد. أي الذي وصل إليه خبرها، أو الذي قدم البلد قبل وصولها.

**قال الخرشي:** واختلف: هل النهي عن التلقي تعبد. أو هو معقول المعنى. وعليه:

\* فالحق لأهل البلد (أي المجلوب إليها السلعة أي فإذا أجازوا ذلك البيع جاز)، وهو قول مالك، وهو قول ابن القاسم قياساً على بيع الحاضر للبادي.

\* أو الحق للجالب للسلعة، (فإذا رضي بذلك جاز)، وهو قول الشافعي.

\* أو الحق لهما (لأهل البلد، وللجالب) وهو قول ابن العربي، أي فإذا أجازا ذلك البيع جاز، وإلا لم يجز، سواء أجازه واحد دون الآخر، أو لم يجزاه جميعاً.

\* تقييد التلقي، **قال الدسوقي:** اختلف المالكية هل النهي عن التلقي مقيد بما إذا كان على أقل من ستة أميال، فإذا كان على ستة أميال فلا يحرم، لأن هذا سفر لا تلقي، وقيل: إن النهي إذا كان التلقي على مسافة فرسخ، (أي ثلاثة أميال)، فلا يحرم التلقي إذا كان على مسافة أكثر منها، وقيل: إن النهي إذا كان التلقي على مسافة ميل، فإن كان التلقي على مسافة أزيد من الميل فلا يحرم، والأول أرجحها<sup>(1)</sup>.

---

(1) حاشية الخرشي جـ ٣ ص ٤٤٠ - ط الأولى بمصر سنة ١٣٠٨ هـ وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٧٠، ط مصطفى محمد، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٦٥.

فيمنع التلقي حينئذ ولو طعاماً لقوته ولا يفسخ هذا البيع إن وقع، بل هو صحيح يدخل في ضمان المشتري بالعقد، وهل يختص المتلقي بالسلعة التي تلقاها أو تلقى صاحبها، كان لها سوق أم لا أو يجبر على عرضها على أهل السوق إن كان لها سوق أو على أهل البلد فيشاركه من شاء منهم؟ قولان. الأول منهما شهره المازري، والثاني شهره القاضي عياض.

واختلف قول مالك في شراء المتلقي، فروى عنه ابن القاسم أنه يُنهي المتلقي عن تلقيه، فإن عاد أدب، ولا يترع منه شيء؛ لعدم فساد البيع، قال المازري: وهذا هو المشهور، وقال عياض عن مالك وأكثر أصحابه: عرضها على أهل السوق، فإن لم يكن سوق فأهل المصر، فيشترك فيها من شاء منهم<sup>(١)</sup> (كما ذكرنا آنفاً).

**(ج) وقال الشافعية:** وتلقي الركبان بأن يتلقى شخص طائفة يحملون متاعاً - طعاماً أو غيره إلى البلد - مثلاً - فيشتره منهم قبل قدومهم البلد، ومعرفتهم بالسعر، فيعصي (ويأثم) بالشراء، ويصح الشراء منهم وإن لم يقصد التلقي كأن خرج لنحو صيد فرآهم فاشترى منهم وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم **«لا تلقوا الركبان للبيع»** رواه الشيخان، والمعنى فيه احتمال غبنهم، سواء أخبرهم المشتري كاذباً، أم لم يخبر، ولهم الخيار إذا غبنوا، وعرفوا الغبن، ولو قبل قدومهم، لما رواه البخاري **«ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، فمن تلقاها، فصاحب السلعة بالخيار»** وهو على الفور، قياساً على خيار العيب، فإن التمسوا البيع منه، ولو مع جهلهم بالسعر، أو لم يغبنوا، كأن اشتراه منهم بسعر البلد، أو بدونه، وهم عالمون، فلا خيار لهم لانتفاء المعنى السابق، وكذا لا خيار لهم إذا كان

---

(١) الخرشني ج ٣ ص ٤٤٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٠.

التلقي بعد دخول البلد، ولو خارج السوق، لإمكان معرفتهم الأسعار من غير المتلقين، وإن كان ظاهر الخبر يقتضي خلافه، ولو لم يعرفوا الغبن حتى رخص السعر، وعاد إلى ما باعوا به ففي ثبوت الخيار وجهان في البحر أو جههما عدم ثبوته...، وتلقي الركبان للبيع منهم كالتلقي للشراء في أحد وجهين رجحه الزركشي، وهو المعتمد نظراً للمعنى، وإن رجح الأذرعى مقابله.  
\* والمراد بالسعر: السعر الغالب في المحل المقصود للمسافرين، وإن اختلف السعر في البلد المقصودة<sup>(١)</sup>.

(د) وقال الحنابلة: إذا تلقى الركبان، وهم القادمون من السفر بجلوبة (وهو ما يجلب للبيع، وإن كانوا مشاة) ولو كان تلقيهم بغير قصد التلقي لهم، واشترى منهم، أو باعهم شيئاً فالعقد صحيح، ولهم الخيار إذا هبطوا السوق عند عامة الأصحاب وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة؛ لقوله عليه السلام ﴿لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار﴾. ولم يشترط بعض المتأخرين دخول السوق، بل العلم بالغبن فقط كافٍ، لأن دخول السوق في الحديث وسيلة - والله أعلم - بمعرفة الغبن، فإذا عرف قبل دخول السوق ثبت له الخيار.

---

(1) معني المحتاج جـ ٢ ص ٣٦ ط مصطفى محمد ، وقلبيوبي وعميرة جـ ٢ ص ١٨٣ ط/ الحلبي وحاشية الجمل جـ ٣ ص ٨٨.

\* وشرط ثبوت الخيار بالغبن أن يكون فاحشاً يخرج عن العادة.

\* وثبوت الخيار لا يكون إلا في (عقد) صحيح، والنهي لا يرجع لمعنى في البيع، وإنما لضرب من الخديعة يمكن استدراكه بالخيار، أشبه المصرة (١).

### ثبوت الخيار

مما تقدم يتضح لنا أن الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب يرون أنه يثبت الخيار لصاحب السلعة إذا علم أنه قد غبن فإن أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا، وذلك لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿ لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه، واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار ﴾ رواه مسلم، لأنه إنما ثبت له الخيار لأجل الخديعة، ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن.. ويحمل إطلاق الحديث على هذا، لعلمنا بمعناه ومراده؛ لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع.

وأضاف الحنابلة أنه ينبغي أن يتقيد الغبن بما يخرج عن العادة، لأن ما دون ذلك لا ينضبط، وقدّره بعض الأصحاب بالسدس، وبعضهم بالثلث، وبعضهم أطلق الغبن واكتفى بمجرد الغبن قال الزركشي: ويحتمل أن يكون موافقاً للأصحاب؛ إذ الغبن إذا لم يخرج عن العادة لم يطلق عليه في العرف غبن.

---

(1) كشاف القناع جـ ٣، ص ٢١١ والمغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣١٣ تحقيق د/ التركي، وشرح الزركشي جـ ٣ ص ٦٥٠-٦٥٤.

\* ويرى الظاهرية أن البيع صحيح، وأن البائع (الجالب) بالخيار إذا دخل السوق متى ما دخله، ولو بعد أعوام في إمضاء البيع أو رده، فإن رده حكم فيه بالحكم في البيع برد العيب، لا المأخوذ بغير حق<sup>(١)</sup>.

\* وقد سبق أن بينا أن الحنفية والمالكية لا يرون للمتلقى خياراً، إذ نص الحنفية على صحة العقد، إلا أنه يكون مكروهاً إذا أضر بأهل البلد، أو لَبَسَ في السعر. وأما المالكية فإن هذا العقد عندهم لا يفسخ إن وقع ويدخل في ضمان المشتري بالعقد، ولأهل السوق مشاركته فيما اشتراه للتجارة... وقد سبق إيضاح ذلك.

هذا بعض من العقود المختلف في صحتها وقد سبق أن بينا أن من مقتضيات الأخذ بقاعدة الخروج من الخلاف التتره عن بيع العينة ونحوه من العقود المختلف في صحتها... وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرر هذا المنهج ويوجه إليه.

فقد روى البخاري عن النعمان بن بشير أنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ﴿الحلال بين، والحرام بين، وبينهما أمور مشبهات لا يعلمها كثير من الناس. فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه. ألا وإن لكل ملك حمى، ألا

---

(1) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣١٤ وشرح الزركشي جـ ٣ ص ٦٥٣. والخلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٤٩.

إن حمى الله في أرضه محارمه. ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت  
فسد الجسد كله، ألا وهي القلب ﴿١﴾.

---

(1) البخاري حديث رقم ٥٢ فتح الباري جـ ٤ ص ١٢٦ ، في باب فضل من استبرأ لدينه رقم ٣٩.

## القسم الثالث

### رعي الخلاف عند المالكية وأثره

لقد أفرد المالكية بابا لـ (رعي الخلاف) وبينوا المقصود به، وكيفية  
إعمال الأدلة عند اختلاف الحكم الذي يقضي به كل دليل، بما يظهر  
أثره في لازم مدلول الدليل، أو النتائج التي تترتب على إعمال كلا  
الدليلين، مما يجعلهم ينتهون إلى أن مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل  
من الخصمين، ونوضح رأيهم بالتفصيل فيما يلي، ونتبعه بالتطبيقات  
الفقهية لهذا المنهج:



## رعي الخلاف عند المالكية:

(أ) عرف المالكية رعي الخلاف بأنه «إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليلٌ آخر».

ولإيضاح هذا التعريف بالمثال نقول في بيان «الدليل، ومدلوله، ولازم مدلوله»: لقد روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ﴿نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق﴾<sup>(١)</sup>.  
\* فالدليل هو هذا الحديث.

\* ومدلوله: هو «تحريم نكاح الشغار» لأن النهي يدل على التحريم.

\* ولازم مدلوله: فسوخ نكاح الشغار إذا وقع، ودل على الفسخ «وهو لازم مدلوله» النهي الوارد في الحديث لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه وفسخه.

## حكم نكاح الشغار: اختلف الفقهاء في حكم نكاح الشغار:

فيرى الحنفية: أنه صحيح، لأنه نكاح مؤبد، وأدخل عليه شرط فاسد، وهو أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وتكون التسمية فاسدة، لأن البضع ليس بمال، فلا يصلح أن يكون مهراً،

---

(1) رواه الجماعة: البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد، لكن الترمذي لم يذكر تفسير الشغار، وأبو داود جعله من كلام نافع، وهو كذلك في رواية متفق عليها. يراجع نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٤٠. وينظر البخاري حديث رقم ٥١١٢ وفتح الباري جـ ٩ ص ١٦٢، ومسلم حديث رقم ٨٠٨ المختصر.

بل يجب لكل منهما، مهر المثل، كما لو تزوجها على خمرة أو خنزير. والنهي الوارد في الحديث محمول على الكراهة.

والقول بصحته ووجوب المهر هو أيضا قول الزهري ومكحول والثوري والليث ورواية عن أحمد وإسحاق وأبي ثور<sup>(١)</sup>.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى بطلانه في الصورة التي نص عليها في الحديث، وهناك صور أخرى اختلفوا فيها<sup>(٢)</sup>.

(١) البدائع جـ ٢ ص ٢٨٩ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٢ ، ٣٣٢ .  
(٢) ذهب المالكية إلى أن نكاح الشغار لا يجوز ، وهو ثلاثة أقسام : صريح الشغار ، ووجه الشغار ، ومركب منهما ، فالأول : وهو البضع بالبيع (كما في الحديث) وحكمه أنه يفسخ بطلاق على المشهور قبل الدخول وبعده ، وإن ولدت الأولاد ، وللمدخول بما صدق المثل ولا شيء لغير المدخول بها ، وقال سحنون : أكثر الرواة على أن كل نكاح مغلوب على فسحه فالفسخ فيه بغير طلاق. وحكم الثاني (وجه الشغار) وهو أن يسمى لكل واحدة صداقا مثل أن يقول زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بخمسين ، وحكمه أنه يفسخ قبل البناء لا بعده على المشهور ، ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل والمسمى على المشهور، وقيل يفسخ بعده أيضا، وقيل أيضا لكل منهما صداق المثل.

القسم الثالث (مركب منهما) وهو أن يسمى لواحدة دون الأخرى ، مثل أن يقول: زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بغير شيء ، وحكمه أنهما يفسخان قبل البناء ، ويثبت نكاح المسمى لها بعد البناء ، واختلف هل لها صداق المثل أو الأكثر من المسمى وصداق المثل ، وهو الراجح من الخلاف ، ومحل فساد نكاح الشغار إذا توقف نكاح أحدهما على نكاح الآخر ، وأما إذا لم يتوقف وسميا لكل واحدة ، أو دخلا على التفويض فلا فساد. وحكمة تسمية القسم الثاني بوجه الشغار ، لأنه شغار من وجه دون وجه ، فحيث سمى لكل منهما صداقا ليس بشغار لعدم خلو العقد عن الصداق ، ومن حيث إنه شرط تزوج إحداهما بالأخرى فهو شغار ، وتسمية القسم الأول والقسم الأخير شغارا واضحة. حاشية العدوي جـ ٢ ص ٤٦-٤٧ .

\* ويرى الشافعية والحنابلة بطلان نكاح الشغار في الجملة، وقد أوردوا له صورا منها ما صرح فيه بالبيع - كما في التفسير الوارد في الحديث فأبطله الشافعية والحنابلة. وقال المالكية يفسخ قبل البناء وبعده ، ولكل منهما بعد البناء صداق المثل ، على التفصيل السابق - ومنها ما لم يصرح فيه بالبيع ، بأن سكتا عنه ، فاختلفوا في صحته ، فالأصح عند الشافعية الصحة ، وعند الحنابلة هو نكاح فاسد سواء جعل صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك بأن سكتا عنه ، أو شرطا فيه ، وكذا لو جعل بضع كل واحدة منهما دراهم معلومة مهرا للأخرى. يراجع مغني المحتاج جـ ٣ ص ١٤٢ ، وروضة الطالبين جـ ٧ ص ٤١ ، وكشاف القناع جـ ٥ ص ٩٢ ، والمغني جـ ٦ ص ٦٤١ .

## (ب) ومن القواعد عند المالكية:

«أن كل نكاح اختلف فيه ليس بحرام بيّن فالفسخ فيه بطلاق. وكل نكاح لم يختلف في فساده، فالفسخ فيه بغير طلاق، وفي رواية قال بها أكثر الرواة في المذهب: كل نكاح كانا مغلوبين على فسحه ففسحه بغير طلاق، وكل نكاح لم يكونا مغلوبين على فسحه فالفسخ فيه بطلاق».

— فقول المالكية في تعريف «رعي الخلاف» إنه «إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر» وضحوه بقولهم: «إعمال دليل» خرج غير الدليل، وقولهم في «لازم مدلوله» أخرج به إعمال الدليل في مدلوله، والدليل هو ما يمكن التوصل به إلى مدلول خبري، والمطلوب هو المدلول، فالنهي الوارد مثلاً في نكاح الشغار «دليل» و «مدلوله» تحريم نكاح الشغار، و «لازم هذا المدلول» هو فسخ نكاح الشغار، ودل على الفسخ دليل النهي؛ لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه وفسحه.

- فنكاح الشغار إذا وقع يجب فسحه عند مالك بطلاق في رواية، وبغير طلاق في رواية أخرى. ومن خالف مالكا يقول: لا يجب فسحه.

- والحكم الجاري والمترتب على فسحه بغير طلاق: أنه لا يلزم في نكاح الشغار طلاق إذا وقع ولا ميراث.

ولكن قد وقع لمالك أنه يقول: يقع الفسخ بطلاق، ويلزم فيه الطلاق، ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما.

- فالجاري على أصل دليله - وهو الحديث - ولازم قوله به: أنه لا ميراث في ذلك.  
- فلما قال مالك بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع  
لدليل دل على ذلك، وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين.  
فأعمل مالك رحمه الله دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار (لأن النكاح لا يبطل بالشروط  
الفاسدة) في لازم مدلوله، وهو ثبوت الميراث، وهذا المدلول المذكور أعمل مالك رحمه الله دليله في  
نقضه، وهو فسخ النكاح، وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح وهو ثبوت الميراث.  
وهذا هو معنى قول المالكية: مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين، فصح من هذا أن  
رعي الخلاف يكون حجة في موضع دون موضع، وأنه بحسب ما يقع في نفس المجتهدين من رجحان  
دليل المخالف<sup>(١)</sup>.

وقد ظهر أثر هذا المنهج في أكثر من موطن في فقه المالكية، ونورد فيما يلي بعض التطبيقات  
الفقهية التي نفعوا فيها هذا المنهج:

#### صور من مراعاة الخلاف عند المالكية:

لقد نص المالكية على أن مراعاة الخلاف أصل من أصول مالك<sup>(٢)</sup>، ولقد تتبعنا ما جاء في كتب  
المذهب في هذا الاتجاه في المعاملات فوجدنا أنهم انتهوا إلى

---

(1) حدود أبي عبد الله بن عرفة المتوفى سنة ٨٠٣هـ مع شرح قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور  
بالرصاع التونسي المتوفى سنة ٨٩٤هـ ص ٢٤٢-٢٤٩ ط مطبعة فضالة الحمديّة - بالمغرب.  
(2) مواهب الجليل ج ٥ ص ١٩ ط دار الفكر.

أن مراعاة الخلاف تقضي بأنه إذا وقع الخلاف في صحة العقد أو التصرف، بأن قيل بالحرمة أو بالمنع، وقيل بالجواز، فإنه على القول بالحرمة أو بالمنع يفسخ العقد، ويتدان المبيع والتمن، وعلى القول بالجواز يكون العقد صحيحاً، إلا أن المالكية مراعاة للخلاف قالوا بالكراهة، إذا كان التصرف متردداً بين الحرمة والإباحة، إلا أن البيوع المكروهة التي اختلف أهل العلم في إجازتها إن فاتت لم ترد مراعاة للخلاف، ونورد منها ما يلي:

١- في باب البيع: نص المالكية<sup>(١)</sup> على أن ذوات الأربع «الأنعام والوحش» كلها صنف واحد في مباح الأكل، فيحرم عند بيع بعضها ببعض التفاضل، وعند بيعها بمحرم الأكل كالخيل والبغال والحمير، اعتبرت جنسان، فيجوز التفاضل في بيعها نقداً أو مؤجلاً؛ لأنه لا يؤكل لحمها. وأما الهرّ والثعلب والضبع فمكروه بيع لحم الأنعام بما متفاضلا لاختلاف الصحابة في أكلها. ومالك يكره أكلها من غير تحريم، وهذا يفيد أن مكروه الأكل ليس من جنس المباح منها، وإلا لحرم بيع المباح منها بالمكروه متفاضلا، إلا أن مقتضى المخالفة في الجنسية جواز التفاضل، فأجابوا، بأنه إنما كره التفاضل (في بيع لحمها بلحم المباح الأكل) مراعاة للخلاف في حرمة أكلها، أو عدم حرمة - أي مراعاة لمن يقول بجواز أكلها لاتحاد الجنس<sup>(٢)</sup>.

(١) التاج والإكليل ج٥ ص١٩، والخرشي ج٥ ص٥٩ ط دار الفكر، والدسوقي ج٣ ص٤٨.  
(٢) جاء في نيل الأوطار ج٨ ص١١٦ عند شرح حديث «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير» رواه الجماعة إلا البخاري والترمذي - في الحديث دليل على تحريم ذي الناب من السباع وذي المخلب من الطير، وإلى هذا ذهب الجمهور، وحكى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك مثل الجمهور، وقال ابن العربي المشهور عنه الكراهة، قال ابن رسلان ومشهور مذهبه على إباحة ذلك، وكذا قال القرطبي، وقال ابن عبد البر: اختلف فيه عن ابن عباس وعائشة، وجاء عن ابن عمر من وجه ضعيف، وهو قول الشعبي وسعيد بن جبيرة يعني عدم التحريم واحتجوا بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ

أي أن المذهب في رأي له توسط بين الرأيين القاضيين بالحرمة والإباحة، فقضى بالكراهة، فلم يأخذ بالأشد وهو الحرمة، ولا بالأخف وهو الإباحة، مراعاة للخلاف.

٢- ونص المالكية أيضا على أنه يحرم فضل القدر، والنساء بين عرضين، متحدي جنس الذهب، أو الفضة، أو ربوي الطعام، كدينار ودرهم أو غيره. بمثلهما، ابن عرفة: تحقيق المساواة الممكن في الذهب والفضة بما شرط على كل تقدير، وعليه منع مالك في سلمها مائة دينار كيلا. بمثلها، مع كل منهما مائة درهم كيلا.

وعبارة الباجي: منع مالك والشافعي بيع (دينار وثوب) بدينارين، لما فيه من التفاضل بين الذهين؛ لأن السلعة تنقسم مع دينارها على الدينارين، فيصيب كل دينار نصف دينار ونصف السلعة، ولهذا منعه الشافعي وإن لم يقل بالذرائع.

فقد ذهب الجمهور إلى بطلان هذه الصورة «مد عجوة ودرهم بمد من عجوة ودرهم». والدليل ما روى مسلم عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال **«أُتي النبي - صلى الله عليه وسلم - بقلادة فيها خرز وذهب تباع، فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -**

---

فِي مَا أُوحِيَ إِلَىٰ مُحَمَّدًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ...» الآية ١٤٥ من سورة الأنعام.

ويرى الحنفية أن كل ذي ناب من السباع، كالأسد، والنمر، والذئب، والثعلب، والسنور الأهلي والبري يحرم أكله، لأنه صلى الله عليه وسلم «نهى عن أكل ذي ناب من السباع» متفق عليه. الاختيار جـ ٥ ص ١٤٦.

ويرى الحنابلة مثلما يراه الحنفية غير الضبع لما رواه جابر «أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل الضبع» احتج به أحمد... الروض المربع جـ ٢ ص ٣٥٦.

وسلم - بالذهب الذي في القلادة فترع وحده، ثم قال: الذهب بالذهب وزنا بوزن ﴿ وفي رواية ﴾ لا تباع حتى تفصل ﴿<sup>(١)</sup>.

وذهب الحنفية وحماد بن أبي سليمان والشعبي والنخعي إلى جواز ذلك إذا كان الربوي المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه، لأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد، فيجعل الربوي في مقابلة قدره من الربوي الآخر، ويجعل الزائد في مقابلة ما زاد عن القدر المماثل<sup>(٢)</sup>.

كما نص المالكية على أن هذه المسألة تعرف بمُدَّ عَجْوَةٍ، لأنها تفرض فيمن باع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهماً، بدرهمين، وجوز ذلك أبو حنيفة، وقال من باع مائة دينار في قرطاس بمائتي دينار أنه جائز، ويُحتسبُ بالقرطاس في مائة دينار، وأجاز الشافعي ديناراً ودرهماً بدينار ودرهم.

وقال أبو عمر [ابن عبد البر]: قال أبو حنيفة والأوزاعي والنخعي: يجوز أن يشتري عشرة دراهم وديناراً باثني عشر درهماً، وجعلوا عشرة من الاثني عشر بإزاء العشرة [دراهم] والدرهمين بإزاء الدينار، وروى نحوه عن الثوري، وروى عنه أنه قال ينبغي أن يكون الفضل بقيمة ما بإزائه، وقال مجاهد في الرجل يبيع الفضة بالفضة بينهما فضل، قال السيد: يأخذ بفضله ذهباً.

---

(1) أخرجه مسلم جـ ٣ ص ١٤١٣ ط الحلبي.

(2) مغني المحتاج جـ ٢ ص ٢٨ ، والمغني جـ ٤ ص ٣٩-٤٠ ، والقوانين الفقهية ص ٢٥٩ ، وابن عابدين جـ ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

وقال مالك في هذه المسألة ذلك قبيح وذريعة إلى الربا<sup>(١)</sup>. [أي فلا يجوز].  
وفي المقدمات: البيوع المكروهة التي اختلف أهل العلم في إجازتها إن فاتت لم تُردّ، مراعاة للخلاف، واختار اللخمي، ألا ترد مطلقا. أي بدون القيود الأربعة لعدم الرد وهو تغير السوق أو نقص العين أو هلاكها أو تعلق حق الغير بها.

فالمذهب وإن رأى كراهة هذا التصرف، ومقتضى القول بذلك فسخ العقد، والواجب حينئذ أن ترد السلعة إن كانت قائمة، ومثلها أو قيمتها إن فاتت ولم يمكن ردها - إلا أنه (مراعاة للخلاف من أجاز) نص المالكية على أنه إذا فاتت السلعة لم ترد، فأعمل دليل خصمه في هذه الحالة. وأعمل دليله فيما إذا لم تفت السلعة، فيكون المذهب المالكي قد أعمل دليله في موضع وأعمل دليل خصمه في موضع آخر في هذه المسألة.

### وفي الإجارة:

نص المالكية على أنه لا ضمان على أجير لصانع، ولا ضمان على سمسار [وهو الدلال الطواف في الأسواق بالسلع ينادي عليها للمزايدة] ظهر خيره على

---

(1) التاج والإكليل جـ ٦ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية. وقال مالك في هذه المسألة: ذلك قبيح وذريعة إلى الربا. ا. هـ. انظر الرد على الدرهم هو بعينه مد عجوة فقال مالك: كنا نمنعه وبخالفنا أهل العراق، ثم أجزناه لضرورة الناس ولكنهم لا يقصدون به صرفا، فكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقول: رجع مالك في الرد على الدرهم لقول غيره من أجل الضرورة، فتلك الشروط التي شرطها المتأخرون من غير أن يشرطها الإمام ولا المخالف قد يقع في بعضها نظر، من ذلك: اتحاد المردود عليه. قال أول من اشترطه ابن أبي زمنين، ومن ذلك شرط الوزن إذا كان العرف شرطه كان يحكي عن بعض شيوخه الجواز، ومن اشترط الوزن لزمه أن يمنع الرد بالقرسطون لأنه يتوصل به لمعرفة النقص ولا يتوصل به لمعرفة الزيادة.  
وانظر أيضا جواز الرد على الدرهم إنما هو فرع التقسيط والمذهب في ذلك مضطرب.  
قال اللخمي: يمنع ثوب بثوين مؤجلين، وأجازه الشافعي، قال: وقد راعى ابن القاسم التقسيط فأجاز سلم فسطاطيه في فسطاطين مثلهما، إحداهما معجلة والأخرى مؤجلة، جعل المعجلة في مقابلة المعجلة، والمؤجلة هبة.

الأظهر عند ابن رشد من الخلاف - فإن لم يظهر خيره فيضمن اتفاقاً، ومقابل ما استظهر ابن رشد: (ضمان السمسار ولو ظهر خيره)، والقولان للإمام مالك، وفي التوضيح اختلف قول الإمام مالك رضي الله عنه في تضمينه، وأفتى ابن رشد بتضمينه إلا أن يكون مشهوراً بالخير، ونصه والذي أفتى به (على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف) تضمينه إلا أن يكون مشهوراً بالخير<sup>(١)</sup>.

### أثر النهي على العقد:

قال المالكية: إن النهي يدل على فساد المنهي عنه إلا للدليل، وفصلوا ذلك بقولهم: (وفسد) عقد أو عمل (منهي عنه) لذاته كختير ودم، أو لصفته كخمر، أو لخارج عنه لازم له كصوم يوم العيد المستلزم الإعراض عن ضيافة الله تعالى، والصلاة وقت طلوع الشمس وغروبها المستلزم التشبه بمن يسجد لها، أو للشيطان الذي يدين رأسه منه عند ذلك، والصلاة والبيع ونحوه وقت خطبة الجمعة المستلزم للتشاغل عن استماعها.

(1) إلا أن في المسألة أقوالاً أخرى عند المالكية، راجع منح الجليل جـ ٧ ص ٥١١ وفيها: وأنت إذا تأملت وجدت ابن رشد لم يستظهر قولاً من قولي الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، وأن فتواه مخالفة لهما ، ففي تعبيره بالأظهر نظر. وقد جعل ابن عرفة فتواه قولاً ثالثاً، فقال: ففي ضمانه ما دفع إليه لبيعه أو ما طلبه من ربه لمشتر أمره بشرائه. ثالثها ما لم يكن مأموناً لنوازل ابن رشد عن سحنون مع ابن عات عن حمديس عن بعض أقواله ، وله عن العتبية وفتوى ابن رشد فلو اقتصر المصنف على عدم ضمانه مطلقاً لأجاد. عياض: المعروف من قول الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم في السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون لأهم أمناء وليسوا بصناع سواء كانوا بحوانيت أم لا ، كذا جاء في أمهاتنا وأجوبة شيوخنا. ا. هـ. وأطال في ذلك بجلب كلام المدونة والعتبية الدال على عدم الضمان ، فكان على المصنف أن يعتمد المعروف من قول مالك وأصحابه ولا يليق به أن يتركه ويعتمد فتوى ابن رشد ، ابن عرفة وهذا واضح إن لم ينصب نفسه لذلك وإن نصب نفسه فالأظهر أنه كالصانع ، وأظن أني وقفت على هذا لبعضهم (٥١١) في المجلس ، وهو من نصب نفسه في حانوت لشراء الأمتعة منه. عياض وهم كثير في البلد ينتصون لذلك ، والله أعلم.

فإن كان لخارج غير لازم كالصلاة في الدار المغصوبة، والطهارة بماء مغصوب، فلا يقتضي النهي الفساد. [قال] الحطاب: اختلف الأصوليون هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟ والمذهب أنه يدل على فساده. [قال] ابن شاس: عندنا أن مطلق النهي عن العقد يدل على فساده إلا أن يقوم دليل على خلافه، هكذا حكى عبد الوهاب عن المذهب، فالمنهي عنه الذي قام دليل على إفضائه وترتب أثره عليه من غير فوات فهو صحيح وإلا فهو فاسد.

وفي التنقيح: فساد العقد خلل يمنع ترتب أثره عليه، إلا أن يلحقه عارض على أصلنا في البيع الفاسد.

وفي شرح التنقيح آثار العقود: التمكن من البيع والهبة والوقف والأكل وغيرها من التصرفات، وأما العوارض التي تلحقه فذلك أن النهي يدل على الفساد عندنا وعند الشافعي، وعلى الصحة عند الحنفي فطرده الحنفي أصله وقال: إذا اشترى جارية شراء فاسداً جاز له وطؤها، وكذا سائر العقود الفاسدة، وطرده الشافعي أصله وقال: يجرم الانتفاع مطلقاً، وإن باعه ألف بيع وجب نقضه، ونحن [أي المالكية] خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف، وقلنا: البيع الفاسد يثبت شبهة الملك فيما يقبله، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالة السوق، وتلف العين، أو نقصانها، أو تعلق حق الغير بها، على تفصيل في ذلك في كتب الفروع فهذه هي العوارض والله أعلم. قال ابن عبد السلام: هذا هو المشهور في مذهبنا<sup>(١)</sup>.

---

(1) وقال ابن مسلمة: يمضي الفساد المختلف فيه ابن عرفة قبل ابن شاس، نقل القاضي: المذهب دلالة على الفساد ما لم يقد دليل بخلافه، ونحوه قول ابن التلمساني في شرح المعالم قول مالك رضي الله عنه إطلاق النهي يقتضي الفساد فظاهره في نفس ما أضيف إليه لا ينفصل عنه إلا بدليل منفصل يصرف النهي إلى المجاور المقارن، القراني تفريع المذهب على أنه يدل على شبه الصحة، وقاعدتهم أنه يدل على الفساد، ومعنى الفساد في المعاملات عدم ترتب آثارها عليها إلا أن يتصل بها ما يقرر آثارها على أصولها في البيع وغيره، وحجة شبهة الملك مراعاة الخلاف. وأما ما يتصل بها على أصولنا فلأن البيع المحرم إذا اتصل به

فحجة القول بإثبات شبهة الملك في البيع الفاسد إذا لحقه عارض مراعاة الخلاف .  
فقد أعمل المالكية كلا الدليلين، فقالوا بعدم ترتب آثار العقد في العقد الفاسد إذا لم يلحقه عارض،  
وهذا يتفق مع ما يقضي به دليل الشافعية، وقالوا بأن البيع الفاسد إذا لحقه أحد العوارض الأربعة  
المذكورة آنفا يثبت شبهة الملك مراعاة لأدلة الحنفية.  
وقال المالكية: (ومضى بيع حَبّ: أفرك قبل ييسه بقبضه) مراعاة للخلاف، وشرحوا ذلك بقولهم:  
(ومضى بيع حَبّ) (مع قشه)، قائما بأرضه، (جزافا)، مما ثمرته في رأسه، كقمح (أفرك) [بفتح  
الهمزة والراء بينهما فاء ساكنة أي صار فريكا] وَيَبِعَ (قبل ييسه) وإن لم يجز ابتداء، ويمضي (بقبضه) أي  
حصده، مراعاة للخلاف فيه (1).

---

عندنا أحد أمور أربعة تقرر فيه الملك بالقيمة ، وهو تغير السوق أو العين أو هلاكها ، أو تعلق حق الغير بها على  
تفصيل مذكور في كتب الفقه .  
قال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله تعالى عنهم : النهي يدل على الفساد، وقال أبو حنيفة : يدل على  
الصحة فكل واحد طرد أصله إلا مالكا، فقال أبو حنيفة : يجوز التصرف في المبيع بيعاً فاسداً ابتداء ، وهذه هي  
الصحة ، وقال الشافعي ومن وافقه : لا يثبت أصلا ولو تداولته الأملاك ، وهذا هو الفساد .  
وقال مالك بالفساد في حالة عدم الأمور الأربعة المتقدم ذكرها وبعدمه وتقرير الملك إذا طرأ أحدها فلم يطرد  
أصله والله أعلم إلا لدليل شرعي متصل أو منفصل يدل على صحته كبيع النجش والمصراة فيحكم بصحته ،  
ويخصص القاعدة أو على صحته مطلقا في حالة دون أخرى ، كتفريق الأم من ولدها فإنه يمضي إذا جمعا بملك  
واحد .  
فالمنهي عنه ثلاثة أقسام فاسد مطلقا وهو ما لم يدل دليل على صحته أصلا ، وصحيح مطلقاً وهو ما دل دليل  
على صحته مطلقا ، وفاسد في حال ، وصحيح في آخر ، وهو ما دل دليل على صحته في حال دون آخر .  
منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٥ ص ٢٦ ، ٢٧ ط دار الفكر .  
(1) منح الجليل جـ ٥ ص ٢٩٦ ط دار الفكر ، وينظر حاشية الدسوقي جـ ٣ ص ١٧ .

[ومفهوم بقبضه فسخه قبله، ومفهوم مع تَبْنِه: أنه إن بيع جزافاً وحده يفسخ ولو قبض، ومفهوم قائماً: أن بيعه محصوداً جائز، ومفهوم جزافاً: أن بيعه بكييل جائز]، وظاهر قوله بقبضه، سواء اشتراه على الإطلاق، أو على شرط التبقية، وعليه جمع. وقيل: لا يفوت في الثاني إلا بيبسه، وفيها أكرهه، فإن وقع وفات فلا أرى أن يفسخ.

\* عياض اختلف في تأويل الفوات هنا فذهب أبو محمد إلى أنه القبض وعليه اختصرها، ومثله في كتاب ابن حبيب وغيره إلى أنه بالعقد، وفي سماع يحيى بن القاسم أنه يمضي باليبس، ابن رشد قد قيل: إن العقد فيه فُوت.

\* وقيل: لا يفوت بالقبض حتى يفوت بعده - (أي بعد اليبس) وهو ظاهر سلمها الأول، ونصه: ومن أسلم في حائط بعينه بعدما أرطب، أو في زرع بعدما أفرق، واشترط جذه حنطة، أو ثمراً، فأخذ ذلك وفات البيع فلا يفسخ، لأنه ليس من الحرام البين. ا. هـ.

فهذه أربعة أقوال إذا اشتراه بشرط تركه حتى ييبس، أو جرى بهذا العرف، فإن لم يشترطه ولم يجر العرف به فيبيعه جائز، وإن تركه حتى ييبس. ا. هـ.

وفرضها في شرائه على الإطلاق، وعلم منه أنه لا يجوز بالإفراك.

\* وفي الشامل: والصالح في الحنطة ونحوها والقطاني ييبسها، فإن بيعت قبله (أي قبل اليبس) وبعد إفراكها على السكت كره، ومضى بالقبض على المتأول. والله أعلم.

## قضاء المالكية بميراث أرض مصر مراعاة للخلاف في ملكيتها:

اختلف الفقهاء في ملك أرض مصر - فقال الحنفية: إنها مملوكة لأصحابها، وقال المالكية: إنها غير مملوكة لهم، بل هي وقف عليهم... ومراعاة للخلاف وللمصلحة قالوا ينبغي الفتوى بالإرث وإن خالف أصل المذهب<sup>(١)</sup>.

### (١) جاء في فتح العلي المالك :

(ما قولكم) في مَيِّت عن عقار وأرض زراعة وغيرهما ، وعليه دين يستغرق ذلك إلا أرض الزراعة ، وأراد الغرماء استيفاء بقية حقهم منها ، فهل يمكن منه ؟ وإذا قلت نعم فهل يملكون الأرض ، أو ينتفعون بها إلى أن يستوفوا بقية حقهم ، وإذا ادعى بعض الورثة أن الدين سببه أرض الزراعة وأراد أخذ نصيبه من التركة غير أرض الزراعة ، والدين يكون على من يتولى أرض الزراعة ، فهل يمكن من ذلك؟ فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، نعم يمكن الغرماء من استيفاء بقية حقهم من أرض الزراعة جبرا على الورثة بأن تكرى مدة مستقبلة بأجرة معجلة يأخذها الغرماء فيما بقي لهم ، وبعد تمامها ترجع للورثة ، فإن لم يوجد من يكتريها أُسْقَطَ الحق فيها في نظير دراهم يأخذها الغرماء ، أو في نظير الدين بحسب المصلحة واجتهاد المتولي على التركة إن كان في الورثة محجور عليه ، وإن كان كلهم رشداً تصرفوا بالوجه الشرعي كيف شاءوا ، وإذا أُسْقَطَ الحق فيها في نظير دراهم ، أو الدين اختص بها المسقط له أبداً ، ولا ترجع لورثة المدين يوماً ما ، وقد أفتى العلامة ناصر اللقاني باستيفاء الدين من خلو الوقف وهذا منه . وقد أفتى العلامة عبد الباقي والعلامة الشيرخيتي ، والعلامة الشاوي ، وغيرهم بأن أرض الزراعة تورث ، ووجه ذلك الشيخ عمر الطحلاوي بأنهم ألحقوها بالخلوات وبمراعاة الخلاف والمصلحة ، وقال خاتمة المحققين الأمير : ينبغي الفتوى بالإرث كما أفتى به الجماعة وإن خالفت أصل المذهب اتباعاً للمصلحة ، ومراعاة لمن قال بالملك حقيقة بناء على أن مصر فتحت صلحا لا عنوة ، ومن المعلوم أن ما ورث يوفى به الدين ، وأنه لا حق للوارث فيه إلا بعد وفاء الدين كما صرح بذلك القرآن العزيز [في الآية ٢١ من سورة النساء] ولا يمكن بعض الورثة من أخذ نصيبه من غير أرض الزراعة قبل وفاء الدين وطرحه على أرض الزراعة ، ولو ثبت أن الدين بسبب أرض الزراعة والله - سبحانه وتعالى - أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم. (انظر : فتح العلي المالك جـ ٢ ص ١٥٨ ط دار المعرفة).

### وفي الوقف :

وسئل شيخنا أبو يحيى - رحمه الله - عن الرجل يموت عن طين زراعة مسح عليه فهل يورث عنه ويعطى كل ذي حق حقه بالفريضة الشرعية أم لا ؟ وهل إذا أسقط الرجل حقه من الطين لآخر في نظير دراهم ، وإذا قدر على دفعها له يأخذ الطين ويكتب وثيقة شرعية بذلك فهل يمكن من أخذ الطين أم لا ؟ أفيدوا الجواب . (فأجاب بقوله) الحمد لله ، المنصوص أن مصر فتحت عنوة وأن أرض الزراعة منها موقوفة لمهمات المسلمين ، والناظر عليها نائب السلطان يفعل ما فيه المصلحة ، وأنها لا تورث ، بل الحق لمن يقرره نائب السلطان =

---

=لأنها مكتراة والخراج كراؤها ، ولا حق للمكتري في مثل هذا فيورث عنه ، هذا أصل المذهب .  
ونقل عن بعض المتأخرين أنهم أفتوا بأن الأرض تورث فإن كانت صورة الفتوى يجوز العمل بما أفاده العالم  
الفلاي أو يجوز تقليد الإمام فلان فالأمر ظاهر وإلا فمن المشكلات ؛ ولذلك قال الأستاذ الدردير : إنها باطلة  
مكذوبة على من نسبت إليه ، وقال الإمام الأمير في حاشية المجموع : قوله ووقفت الأرض فلا تورث كما صرح  
به البدر في مواضع ، ووقعت الفتوى بالإرث قيل إلحاقا بالخلوات ، والخراج كالكرء انتهى .  
وذكر شيخنا الدسوقي أن الفتوى بالإرث إما لمراعاة الخلاف لما في مقابل المشهور من المصلحة ودفع الهرج ،  
وإما ؛ لأنه قد ثبت للمزارعين فيها حق يشبه الخلو من جهة تحريكهم الأرض والعلاج فيها والخلو يورث انتهى .  
والحاصل أن من راعى المشهور في المذهب قال بعدم الإرث، ومن راعى مقابله قال بالإرث على فرائض الله تعالى  
، ولا وجه لتخصيص الذكور ، لأنها خصلة جاهلية لا تحل في الإسلام ، وإن استظهر ذلك الإمام الدردير ،  
والرجوع للحق أحق ، والضرورة لها أحكام بقدرها ، ويجب على الحاكم مراعاة مصالح المسلمين ودفع الضرر  
عنهم وسد أبواب الفتن ما أمكن .  
وأخذ الدراهم لأجل إسقاط الحق ومتى قدر الآخذ على ردها رجع في حقه ، وردها عقد باطل ؛ لأنه ربا فاعله  
ملعون في كل ملة ، والآخذ والدافع والكاتب والشاهد سواء في ذلك كما في الحديث فيجب فسخ هذا العقد  
متى اطلع عليه ويأخذ كل ذي حق حقه والله سبحانه وتعالى أعلم .  
فتح العلي المالك جـ ٢ ص ٢٤٥ ط دار المعرفة .

## النتائج المستخلصة:

أولاً: إنني أحمد الله تعالى على ما وفقني إلى إبرازه وتسجيله في هذا الموضوع الدقيق الذي يمتد أثره إلى إرساء القواعد الدقيقة للخروج من الخلاف بين الفقهاء، فليس كل خلاف يُخْرَجُ منه، بل للاعتداد بالخلاف ومراعاته وشق الطريق إلى ما تطمئن النفس إلى الأخذ به من بين الآراء المختلفة ضوابط وشروط أبرزتها في القسم الأول من هذا البحث.

وبينا من خلال هذه الدراسة أن المعنى المقصود من (الخروج من الخلاف في اصطلاح الفقهاء هو اختيار العمل بالرأي الأحوط من بين آراء الفقهاء عند اختلافهم في حكم مسألة معينة، ورأينا كيف أن الفقيه الذي أعمل رأيه في الأدلة، وترجح له رأي عين في المسألة، وكان رأيه هذا يخالف رأي فقيه آخر اجتهد في المسألة، فإذا كان العمل بالرأي الآخر أبرأ له ومخرجاً له من الخلاف، فإنه يترك العمل برأيه ويعمل بهذا الرأي، آخذاً بالأحوط، ولما كان هذا المنهج ليس على إطلاقه، فإننا قد أبرزنا في هذا البحث ضوابط الخروج من الخلاف وما يلزم لتطبيقه والعمل به.

وقد استدعى ذلك تقسيم البحث إلى ثلاثة أقسام ثم خاتمة تحتوي على النتائج:

أما القسم الأول فقد بينت فيه آراء الفقهاء في التفرقة بين الخلاف والاختلاف في الاصطلاح الفقهي، فمنهم من فرق بينهما، ومنهم من لم يفرق، ورجحت أن يستعمل «الخلاف» في قول لا دليل عليه، وأن «الاختلاف» يستعمل في قول بني على دليل.

ثم بينت حكم الخروج من الخلاف إذا استوفى ضوابطه وشروطه وبينت أنه مستحب<sup>(١)</sup>.

ثم بينت أن مواطن الاختلاف في الفقه الإسلامي أربعة:

**الأول:** الخلاف في أصول الدين، وهي كل ما يتصل بالإيمان بالله تعالى، ورساله وكتبه واليوم الآخر... وهذا القسم لا يثبت إلا بالأدلة القطعية... فلا مجال للاختلاف فيها، فمن أصاب الحق فهو مصيب، ومن أخطأ فهو كافر.

**الثاني:** بعض مسائل أصول الدين، كرؤية الله تعالى، وخلق القرآن، وقد اختلفوا في أثر الاختلاف فيها فقيل يكفر المخالف، وقيل يحمل على كفران النعم، بشرط أن يكون مصدقا بما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم.

**الثالث:** الفروع المعلومة من الدين بالضرورة، كفرضية الصلوات الخمس، وصوم رمضان، والزكاة، والحج، وهذا القسم أيضا ليس موطناً للاختلاف، فمن أنكر من المسلمين شيئا مما علم من الدين بالضرورة كان مرتدًا.

**الرابع:** الفروع الفقهية التي قد تخفى أدلتها، ويحتاج استنباط الحكم من هذه الأدلة إلى الاجتهاد فهذا النوع واقع في الأمة الإسلامية ويعذر المخالف فيها؛ لخفاء الأدلة في بعض المواطن أو تعارضها في الظاهر، أو الاختلاف في ثبوتها.

---

(1) والمستحب والمندوب عند الجمهور هو ما يمدح فاعله ويناب، ولا يذم تاركه ولا يعاقب، وقيل هو الذي يكون فعله راجحاً في نظر الشرع. إرشاد الفحول ص ٦، وشرح جمع الجوامع ج ١ ص ١٠. وقال الحنفية: إن الشيء إذا كان مندوباً - وليس سنة - فلا يكون مكروهاً أصلاً، ولا يوجب تركه إساءة أيضاً، فلا يوجب عتاباً في الآخرة كترك سنن الزوائد، بل أولى في عدم الإساءة وعدم استحقاق العقاب، لأنه دونها في الدوام والمواظبة، وإن كان فعله أفضل، كشاف اصطلاحات الفنون «سنن» ج ٣ ص ٧٠٥.

\* ثم بينت أن المشرع الحكيم قد بين لنا أنه يجوز وقوع الاختلاف في المسائل الفرعية، وذكرت إجمالاً الأدلة الشرعية التي تنبئ عن وقوع الاختلاف في بعض الأمور، وتشير إلى كيفية الخروج منه، من الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة، وأن الطريق إلى معرفة الحكم هو الاجتهاد.

\*\* وبينت أيضاً أن الاختلاف في الفروع الفقهية هو رحمة بالأمة الإسلامية وتخفيف عنها ثم وضحت ضوابط الاجتهاد العامة وهي:

- ١- أن يكون موطن البحث قابلاً للاجتهاد، وقد بينا آنفاً هذا الموطن.
  - ٢- أنه لا اجتهاد مع نص محكم قطعي الدلالة قطعي الثبوت. إذ لا اجتهاد مع النص.
- \* ثم وضحت كيفية الخروج من الخلاف، وبينت أقسام الخلاف، وحكم الخروج من كل قسم وهي:

**الأول:** أن يكون الخلاف في التحليل والتحريم، فالخروج من الخلاف باجتناح الفعل أفضل.

**الثاني:** أن يكون الخلاف في الاستحباب، أو الإيجاب، فالفعل أفضل.

**الثالث:** أن يكون الخلاف في الشرعية، بأن يرى البعض شرعية الفعل، والبعض لا يرى شرعيته، فالفعل أفضل.

■ ثم سقت الشروط التي يلزم توافرها للخروج من الخلاف: وهي:

**الشرط الأول:** أن يكون مأخذ الخلاف قويا، فإذا كان مأخذه واهياً لم يراع الخروج من الخلاف.  
**الشرط الثاني:** ألا تؤدي مراعاة الخلاف إلى خرق الإجماع.  
**الشرط الثالث:** أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً، فإذا لم يكن الجمع ممكناً فلا يترك المجتهد الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح.

\* ثم بينت المنهج الذي يتبع عند تعذر الخروج من الخلاف.

**أما القسم الثاني:** فقد سقت فيه جملة من الفروع الفقهية في المعاملات التي ظهر فيها العمل بـ «الخروج من الخلاف» في المذاهب الأربعة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

**أما القسم الثالث:** فقد وضحت فيه رأي المالكية في حقيقة (رعي الخلاف) عندهم، من أنه «إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر» حيث يُعملُ المالكيةُ في بعض المسائل دليل الخصم في بعض النتائج التي تترتب على عملهم بمقتضى الدليل الآخر الذي أخذوا به، وأعملوه في هذه المسألة، وسقت لذلك بعض الأمثلة الواردة في المذهب. ومنها: أن البيع الفاسد يثبت عندهم شبهة الملك فيما يقبله، وذلك إذا لحقه أحد أمور أربعة فيتقرر الملك فيها بالقيمة، وهي: حوالة السوق، وتلف العين، أو نقصانها، أو تعلق حق الغير بها آخذاً بقول الحنفية، مع أن القاعدة عندهم أن النهي يدل على فساد المنهي عنه، إلا للدليل فيفسد كل عقد أو عمل منهي عنه، سواء أكان منهيّاً عنده لذاته أو لصفته، أو لخارج لازم له.

وفي توضيح ذلك جاء في شرح التنقيح: آثار العقود، هي التمكن من البيع والهبة والوقف والأكل وغيرها من التصرفات، وأما العوارض التي تلحقه، فذلك أن النهي يدل على الفساد عندنا [عند المالكية] وعند الشافعية، ويدل على الصحة عند الحنفي، فطرد الحنفي أصله، وقال: إذا اشترى جارية شراء فاسداً جاز له وطؤها، وكذا سائر العقود الفاسدة، وطرد الشافعي أصله، وقال: يحرم الانتفاع مطلقاً، وإن باعه ألف بيع وجب نقضه، ونحن [أي المالكية] خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف، وقلنا: البيع الفاسد يثبت شبهة الملك فيما يقبله، فإذا ألحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة، وهي حوالة السوق (أي تغير السوق) أو تلف العين، أو نقصانها، أو تعلق حق الغير بها، وهذا هو المشهور في المذهب المالكي وحجة شبهة الملك مراعاة الخلاف.

وفي المقدمات: «البيوع المكروهة التي اختلف أهل العلم في إجازتها. إن فاتت لم ترد مراعاة للخلاف، واختيار اللخمي ألا ترد مطلقاً، أي بدون القيود الأربعة لعدم الرد، وهي تغير السوق، أو نقص العين أو هلاكها، أو تعلق حق الغير بها».

ثانياً: حقائق يلزم إبرازها في هذا البحث:

أ- الأصل الذي يرجع إليه الخروج من الخلاف هو الورع والاحتياط:

فلقد ثبت لنا من هذا البحث أن الخروج من الخلاف هو عمل المكلف بما هو أحوط عند امتثاله وتنفيذه للحكم الشرعي المختلف فيه، وقد بينوا ذلك في منهجهم حيث إنهم لما اختلفوا في الحكم بين التحليل والتحریم كان الخروج من الخلاف باجتناب الفعل، لأنه إن لم يفعل الحلال لا يعاقب، وإن أتى الحرام عوقب... وكذلك لما اختلفوا بين الاستحباب والإيجاب كان الفعل أفضل، لأن

الإيجاب يستلزم طلب الفعل جزماً، ويترتب على عدم الوفاء به العقاب، بخلاف الاستحباب فإنه لا يترتب على عدم إتيانه عقاب، وأيضاً لما اختلفوا في شرعية الفعل، وعدم شرعيته، كان الفعل أفضل، كما إذا اختلفوا بين كونه مكروهاً أو واجباً فالفعل أفضل لأن المكروه لا يترتب على إتيانه العقاب، ويلزم العقاب بترك الواجب، فالفعل أفضل - وكل ذلك مرجعه إلى الاحتياط والورع، خوفاً من أن يكون الرأي الآخر خطأ، ومن ثم يأتي بما لا يتوقع فيه خطأ.

يقول «المالكية» في ذلك: «إن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام؟ فالورع الترك، أو هو مباح أو واجب؟ فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب، حتى يجزئ عن الواجب - على المذهب المالكي - وإن اختلفوا فيه هل هو مندوب أو حرام؟ فالورع الترك، أو (اختلفوا) هل هو مكروه أو واجب؟ فالورع الفعل حذراً من العقاب في ترك الواجب، وفعل المكروه لا يضره، وإن اختلفوا هل هو مشروع أم لا؟ فالورع الفعل؛ لأن القائل بالمشروعية مثبت لأمر لم يطلع عليه النافي، والمثبت مقدم على النافي كتعارض البيّنات، وذلك كاختلاف العلماء في مشروعية الفاتحة في صلاة الجنازة، فمالك يقول ليست بمشروعة، والشافعي يقول هي مشروعة وواجبة، فالورع الفعل لتيقن الخلوص من إثم الواجب على مذهبه<sup>(١)</sup>.

ويقول الزركشي: قد راعى الشافعي وأصحابه خلاف الخصم في مسائل كثيرة، وهو إنما يتمشى على القول بأن مدعي الإصابة لا يقطع بخطأ مخالفه، وذلك لأن المجتهد لما كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك خصمه،

---

(1) الفروق للقرافي جـ ٤ ص ٢١٠ ، الفرق ٢٥٦ في الفرق بين قاعدة الزهد وقاعدة الورع والموافقات جـ ٤ ص ١٠٣ .

فرأى له موقعاً راعاه على وجه لا يجلب بما غلب على ظنه، وأكثره من باب الاحتياط والورع، وهذا من دقيق النظر والأخذ بالحزم.

وقال القرطبي: ولذلك راعى مالك الخلاف، قال: وتوهم بعض أصحابه أنه يراعي صورة الخلاف وهو جهل أو عدم إنصاف. وكيف هذا وهو لم يراع كل خلاف، وإنما راعى خلافاً لشدة قوته. قلت: وقد يراعي الشافعي الخلاف المشدد على نفسه دون غيره، ولهذا لما قرر القصر على مرحلتين قال: فأما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطاً على نفسي. قال القاضي أبو الطيب: وهو كقوله: إذا مرض الإمام فإنه يصلي قاعداً والناس قيام خلفه. ولا أفضل له أن يستخلف من يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف. وله نظائر كثيرة. على أن الأبياري استشكل استحباب الخروج من الخلاف. فإن الأمة إذا اختلفت على قولين بالتحريم والإباحة، فالقول بأن الترك متعلق بالشواب والفعل جائز قول لم يقل به أحد. نعم، الورع يليق به. ثم اعلم أن عين الخلاف لا ينتصب شبهة ولا يراعى بل النظر إلى المأخذ وقوته<sup>(١)</sup>.

### ب) الخروج من الخلاف والحيل:

لا يكون الخروج من الخلاف باتخاذ الحيل للوصول عن طريقها إلى تحليل ما حرم الله تعالى، ولبيان ذلك نوضح بإيجاز حقيقة الحيل، وآراء الفقهاء في حكمها:

الحيلة لغة: الخدق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتى يهتدى إلى المقصود.

---

(1) البحر المحيط جـ ٦ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦.

واصطلاحاً: هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة. وسواء أكان المقصود منها أمراً جائزاً أم محرماً، وخص من هذا استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً، أو عقلاً، أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس<sup>(١)</sup>.

حكم الحيل: الحيل تنقسم باعتبار مشروعيتها إلى حيل مشروعة وحيل غير مشروعة.

**القسم الأول:** الحيل المشروعة: وهي الحيل التي تتخذ للتخلص من المآثم للتوصل إلى الحلال (من فعل واجب، أو ترك محرم، أو تخليص حق، أو نصر مظلوم، أو قهر ظالم، أو عقوبة المعتدي). وهذه الحيل لا تهدم أصلاً مشروعاً، ولا تناقض مصلحة شرعية، فهي حيل مشروعة، وهذا القسم من الحيل نذكر منه نوعين:

**النوع الأول:** أن يكون الطريق محرماً في نفسه، ويقصد به الوصول إلى المشروع، مثل أن يكون له على رجل حق فيجحده ولا بينة له به عليه، فيقيم صاحب الحق شاهدي زور يشهدان به، ولا يعلمان ثبوت هذا الحق. ومتخذ هذا القسم من الحيل يأثم على الوسيلة، دون القصد (وشاهد الزور آثم على الإطلاق في حكم هذه الحيلة... فأجازها من أجاز لمن ظفر بحقه أن يأخذه، الحديث عن

---

(١) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ١١٢ - ٤٠٥.

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿أَدْ الْأَمَانَةَ إِلَى مِنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخَنْ مِنْ خَانَكَ﴾ رواه الترمذي وأبو داود.

وهذا القسم لا علاقة له بموضوع الخروج من الخلاف.

**النوع الثاني:** أن يحتال على التوصل إلى الحق، أو على دفع الظلم، بطريق مباحة لم توضع شرعاً طريقاً موصلة إلى ذلك، فيتخذها المحتال طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد تكون قد وضعت له لكن تكون خفية ولا يفطن لها، والفرق بين هذا القسم والذي قبله أن الطريق في القسم الأول نصبت مفضية إلى مقصودها ظاهراً، فسالكها سالك للطريق المعهود، والطريق في هذا القسم نصبت مفضية إلى غيره، فيتوصل بها إلى ما لم توضع له، فهي في الفعال كالتعريض الجائر في الكلام، أو تكون مفضية إليه لكن بخفاء.

ولقد ساق ابن قيم الجوزية ستة وستين مثالا تحت هذا النوع، نكتفي بذكر بعض منها:

**المثال الأول:** إذا استأجر منه داراً مدة سنين بأجرة معلومة فخاف أن يغدر به المكري في آخر المدة ويتسبب إلى فسخ الإجارة بأن يظهر أنه لم تكن له ولاية الإيجار أو أن المؤجر ملك لابنه أو امرأته أو أنه كان مؤجراً قبل إيجاره، ويتبين أن المقبوض أجرة المثل لما استوفاه من المدة ويتنزع المؤجر له منه؛ فالحيلة في التخلص من هذه الحيلة أن يضمه المستأجر درك العين المؤجرة له أو لغيره، فإذا استحقت أو ظهرت الإجارة فاسدة رجع عليه بما قبضه منه.

أو يأخذ إقرار من يخاف منه بأنه لا حق له في العين وأن كل دعوى يدعيها بسببها فهي باطلة، أو يستأجرها منه بمائة دينار مثلاً ثم يصارفه كل دينار

بعشرة دراهم، فإذا طالبه بأجرة المثل طالبه هو بالدنانير التي وقع عليها العقد، فإنه لم يخف من ذلك، ولكن يخاف أن يغدر به في آخر المدة، فيقسط مبلغ الأجرة على عدد السنين، ويجعل معظمها للسنة التي يخشى غدره فيها، وكذلك إذا خاف المؤجر أن يغدر المستأجر ويرحل في آخر المدة، فليجعل معظم الأجرة على المدة التي يأمن فيها من رحيله، والقدر اليسير منها لآخر المدة.

**المثال الثاني:** أن يخاف رب الدار غيبة المستأجر، ويحتاج إلى داره فلا يسلمها أهله إليه، فالحيلة في التخلص من ذلك أن يؤجرها ربها من امرأة المستأجر، ويضمن الزوج أن ترد إليه المرأة الدار وتفرغها متى انقضت المدة، أو تضمن المرأة ذلك إذا استأجر الزوج؛ فمتى استأجر أحدهما وضمن الآخر الرد لم يتمكن أحدهما من الامتناع، وكذلك إن مات المستأجر فجحد ورثته الإحارة ادعوا أن الدار لهم دفع رب الدار كفالة الورثة وضمائمهم رد الدار إلى المؤجر، فإن خاف المؤجر إفلاس المستأجر وعدم تمكنه من قبض الأجرة؛ فالحيلة أن يأخذ منه كفيلاً بأجرة ما سكن أبداً، ويسمى أجرة كل شهر للضمين، ويشهد عليه بضمانه.

**المثال الثالث:** أن يأذن رب الدار للمستأجر أن يكون في الدار ما يحتاج إليه أو يعلف الدابة بقدر حاجتها، وخاف أن لا يحتسب له ذلك من الأجرة؛ فالحيلة في اعتداده به عليه أن يقدر ما يحتاج إليه الدابة أو الدار، ويسمى له قدرًا معلومًا، ويحسبه من الأجرة، ويشهد على المؤجر أنه قد وكله في صرف ذلك القدر فيما تحتاج إليه الدار أو الدابة.

**المثال الرابع:** إذا خاف رب الدار أو الدابة أن يعوقها عليه المستأجر بعد المدة، فالحيلة في أمنه من ذلك أن يقول: متى حبستها بعد انقضاء المدة فأجرتها كل يوم كذا، فإنه يخاف من حبسها أن يلزمه بذلك.

وهذا القسم أيضا لا علاقة له بالخروج من الخلاف، وإنما هو طريق يتوصل به إلى المقصود المشروع  
بوسيلة مشروعة ليست موضوعة للوصول إلى مقصده.

**القسم الثاني:** الحيل المحرمة، وهي الحيل التي تتخذ وسيلة للتوصل بها إلى محرم، أو إلى إبطال  
الحقوق، أو لتمويه باطل، أو إدخال الشبه فيه، وهي الحيل التي تهدم أصلاً شرعياً، أو تناقض مصلحة  
شرعية، وهذا القسم له ثلاثة أنواع أيضاً.

**النوع الأول:** أن تكون الحيلة محرمة، ويقصد بها محرم، ومن أمثله ما لو طلق زوجته ثلاثاً، وأراد  
التخلص من عار التحليل، فإنه يحال لذلك بالقدح في صحة النكاح بفسق الولي أو الشهود فلا يصح  
الطلاق في النكاح الفاسد.

**النوع الثاني:** أن تكون الحيلة مباحة في نفسها، ويقصد بها المحرم، ومن أمثله من يسافر لقطع  
الطريق، أو لقتل النفس المعصومة فإنها تكون حراماً.

فالحيلة هنا، وهي السفر صالحة لأن تفضي إلى محرم وهو قطع الطريق أو القتل، وصالحة لأن تفضي  
إلى فعل طاعة من الطاعات، أو مقصد مشروع.

**النوع الثالث:** أن تكون الحيلة غير موضوعة شرعاً للإفضاء إلى المحرم، وإنما وضعت للإفضاء إلى  
المشروع، كالإقرار، والبيع والنكاح والهبة ونحو ذلك، فيتخذها المتحيل سُلماً وطريقاً إلى الحرام، ومن  
أمثله من يرى أن يوصي لوارثه، ومعلوم أنه **﴿ لا وصية لوارث ﴾** - كما نص الحديث الشريف،  
فيحتال لذلك بأن يقر لوارثه بمال، فيتخذ الإقرار وسيلة إلى الوصية للوارث بصورة الإقرار، ومثل

احتيال البائع على فسخ البيع بدعواه أنه لم يكن بالغاً وقت العقد، أو لم يكن رشيداً، أو كان محجوراً عليه، أو لم يكن المبيع ملكاً له، ولا مأذوناً له في بيعه.

يقول ابن القيم: فهذه الحيل وأمثالها لا يستريب مسلم في أنها من كبائر الإثم وأقبح المحرمات، وهي من التلاعب بدين الله، واتخاذ آياته هزواً وهي حرام من جهتها في نفسها لكونها كذباً وزوراً، وحرام من جهة المقصود بها، وهو إبطال حق وإثبات باطل...»<sup>(١)</sup>

وهذا القسم بأنواعه لا علاقة له بموضوع الخروج من الخلاف إذ أن الحيلة هنا يقصد بها الوصول إلى محرم، وهذا عكس ما يقصد به الخروج من الخلاف، إذ أن الخروج من الخلاف هو العمل بالأحوط والأورع والأسلم إبراء للذمة وتقرباً إلى الله تعالى وخشية من أن يعمل الإنسان برأيه، ويكون الرأي الآخر هو الحق عند الله تعالى.

(ج): يختلف موضوع «الخروج من الخلاف» من حيث الهدف والغاية المقصودة من تطبيقه مع قاعدة «المشقة تجلب التيسير» حيث إن من المعلوم أن هذه القاعدة مأخوذة من نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية المطهرة، أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى:

---

(1) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جـ ٣ ص ٣٣٣ - ٣٣٤.

(2) الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾<sup>(١)</sup> وأما السنة منها قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ بعثت بالحنيفية السمحة ﴾<sup>(٢)</sup>.

وما روى الشيخان عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ﴿ ما خيّر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه، إلا أن تنتهك حرمة الله عز وجل فينتقم الله بها ﴾<sup>(٣)</sup> وروى الطبراني عن ابن عباس مرفوعاً ﴿ إن الله شرع الدين فجعله سهلاً سمحاً واسعاً، ولم يجعله ضيقاً ﴾<sup>(٤)</sup>. فمن هذه الأدلة استنبط الفقهاء قاعدة «المشقة تجلب التيسير» وأدرجوا تحتها جميع رخص الشرع وتخفيفاته<sup>(٥)</sup>. وبينوا أسبابها وأثر كل سبب في التخفيف من التكليف، كالسفر، والمرض، والإكراه، والنسيان، والجهل، والعسر، وعموم البلوى، والنقص<sup>(٦)</sup> وكل هذه الأسباب هي أسباب خاصة تختص بالشخص

(1) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(2) أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - ومن حديث أبي أمامة والديلمي ، وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها...

(3) رواه البخاري ومسلم - حديث رقم ١٥٠٢ - اللؤلؤ والمرجان باب مباحته - صلى الله عليه وسلم - للآثام ، واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرمانه.

(4) الطبراني.

(5) قسم علماء أصول الفقه الحكم الشرعي من حديث كونه حكماً أصلياً ، أو غير أصلي إلى عزيمة ورخصة ، وعرفوا العزيمة بأنها «ما شرعه الله تعالى من الأحكام ابتداء لجميع المكلفين في جميع الأحوال» كالعبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج ، وكالقصاص في القتل العمد ، والدية في الخطأ وشبه العمد ، وأما الرخصة فهي «ما شرعه الله تعالى من الأحكام تخفيفاً على المكلف في بعض الأحوال مع بقاء الحكم الأصلي» كإباحة قصر الصلاة في السفر ، والفطر في رمضان للمسافر ، وللمريض... انظر تفصيل ذلك في كتابنا تاريخ التشريع الإسلامي ص ٦٨ - ٧٥.

(6) ويقصد بالنقص ألا يتوافر في الشخص صفات الكمال ، كالصبي والمجنون ، فإنه لنقص عقلهما خفف الشرع عنهما في التكليفات.

الذي قامت، أو اتصف بها دون غيره من الناس الذين يطبق عليهم الحكم العام أو الحكم الأصلي في جميع الأحوال وهو العزيمة. فإذا وجد سبب التخفيف وجد الحكم الملائم لحالته، أي وجدت الرخصة، وإذا لم يوجد كان الحكم الأصلي هو المكلف به، أي وجدت العزيمة - ومن هنا كانت الرخصة هي «ما شرعه الله تعالى من الأحكام تخفيفاً على المكلف في بعض الأحوال مع بقاء الحكم الأصلي»  
وأما قضية «الخروج من الخلاف» فهي قضية عامة توجد وتظهر حينما يوجد اختلاف بين الفقهاء في حكم مسألة من المسائل بعد توافر الشروط اللازمة للاعتداد بهذا الاختلاف على النحو الذي بيناه - فحينئذ لا يكون «الخروج من الخلاف» باختيار الأسهل أو الأيسر بل يكون باختيار ما هو الأحوط والأورع من بين الآراء، والذي يأمن ويطمئن المجتهد عند اختياره إلى احتواء الرأي الآخر، خوفاً من أن يكون الرأي الآخر هو الصواب ورأيه هو الخطأ؛ لأن المجتهد دائماً يقول: ما أعتقده هو الصواب ويحتمل الخطأ، وما يقوله غيره من المجتهدين في المسألة هو خطأً يحتمل الصواب.

## د/ المقارنة بين:

### الخروج من الخلاف ورعي الخلاف

أولاً: بينا فيما تقدم حقيقة الخروج من الخلاف، وأن موطنه: هو الفروع الاجتهادية التي تخفي أدلتها - أو تتعارض - أو الأدلة التي اختلف في ثبوتها، كما بينا ضوابط الخروج من الخلاف، وما يعتبر خلافاً وما لا يعتبر، والشروط اللازم توافرها للخروج من الخلاف، والحالات التي يتعذر فيها الخروج منه.

كما بينا أن هذا النوع من الاختلاف هو أثر من آثار رحمة الله تعالى بالأمة، فقد قال الفقهاء: «إن اختلاف أئمة الهدى توسعة للناس» وقد روي في ذلك حديث مشهور على السنة الناس، وهو ﴿اختلاف أمتي رحمة للناس﴾.

ونقل السيوطي عن عمر بن عبد العزيز أنه كان يقول: «ما سرني لو أن أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يختلفوا؛ لأنهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصة»<sup>(١)</sup>.  
وبينا أن الخروج من الخلاف هو الأخذ بالأحوط، وقد اعتبره القرافي من الورع، حيث قال في بيان الفرق بين قاعدة الزهد وقاعدة الورع، الزهد هو: هيئة في القلب<sup>(٢)</sup>،

---

(1) وفي رواية أنه قيل لعمر بن عبد العزيز لو جمعت الناس على شيء، فقال: «ما أحب أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا، فإنهم لو اجتمعوا على شيء، فتركه رجل ترك السنة، ولو اختلفوا فأخذ رجل يقول أحد أخذ بالسنة». رواه الدرامي في باب اختلاف الفقهاء ح رقم ٦٦٠ - المسند الجامع ج٣ ص ٤٣٠.  
(2) الزهد في اللغة: ترك الميل إلى الشيء، وفي اصطلاح أهل الحقيقة: هو بغض الدنيا والإعراض عنها، وقيل: هو ترك راحة الدنيا طلباً لراحة الآخرة، وقيل: هو أن يخلو قلبك مما خلعت منه يدك - التعريفات للجرجاني -.

والورع من أفعال الجوارح <sup>(١)</sup> وهو ترك ما لا بأس به حذراً مما به البأس، وأصله قوله عليه السلام: ﴿الْحَلَالُ بَيْنٌ وَالْحَرَامُ بَيْنٌ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ، فَمَنْ اتَّقَى الشَّبَهَاتِ فَقَدْ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرَضَهُ﴾ <sup>(٢)</sup> والورع مندوب إليه، ومنه الخروج عن خلاف العلماء بحسب الإمكان، فإن اختلف العلماء في فعل هل هو مباح أو حرام؟ فالورع الترك، أو هو مباح أو واجب؟ فالورع الفعل مع اعتقاد الوجوب، حتى يجزئ عن الواجب على المذهب (المالكي) وإن اختلفوا فيه هل هو مندوب أو حرام؟ فالورع الترك، أو هو مكروه أو واجب؟ فالورع الفعل؛ حذراً من العقاب في ترك الواجب، وفعل المكروه لا يضره، وإن اختلفوا هل هو مشروع أم لا؟ فالورع الفعل؛ لأن القائل بالمشروعية مثبت لأمر لم يطلع عليه النافي للمشروعية، والمثبت مقدم على النافي؛ كتعارض البيّنات (كما في الشهادات)، وذلك كاختلاف العلماء في مشروعية الفاتحة في صلاة الجنّازة، فمالك يقول ليست بمشروعة (وكذا الحنفية) والشافعي يقول: هي مشروعة وواجبة، وكذا الحنابلة. فالورع الفعل لتيقن الخلوص من إثم ترك الواجب على مذهبه، وكالبسمة، قال مالك: هي في الصلاة مكروهة، وقال الشافعي: هي واجبة، فالورع الفعل للخروج عن عهدة ترك الواجب، فإن اختلفوا هل هو حرام أو واجب؟ فالعقاب متوقع على كل تقدير، فلا ورع إلا أن نقول: إن المحرم إذا عارضه الواجب قدم على الواجب؛ لأن رعاية درء المفسد أولى من رعاية حصول المصالح، وهو الأنظر، فيقدم المحرم هاهنا، فيكون الورع الترك، وإن اختلفوا هل هو مندوب أو مكروه، فلا ورع لتساوي الجهتين على ما تقدم في المحرم والواجب، ويمكن ترجيح المكروه، كما

(١) الورع لغة الترك، يقال ورع عن المحارم يرع - بكسر الراء فيهما - ورعاً - تركها وكف عنها. وفي الاصطلاح هو اجتناب الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات، وقيل: هي ملازمة الأعمال الجميلة - التعريفات للجرجاني - .  
(٢) تقدم تخريجه ٥٦ .

تقدم في المحرم، وعلى هذا المنوال تجري قاعدة الورع، وهذا مع تقارب الأدلة، أما إذا كان أحد المذهبين ضعيف الدليل جداً، بحيث لو حكم به حاكم لنقضناه لم يحسن الورع في مثله، وإنما يحسن إذا كان مما يمكن تقريره شريعة<sup>(١)</sup>.

وإنما كان ذلك هو الأحوط والأفضل خشية أن يكون الحق في جانب من يقول بهذا الرأي، سواء قلنا: «إن كل مجتهد مصيب»؛ لجواز أن يكون هو المصيب، دون الآخر، أو قلنا: «إن المصيب واحد»؛ لأن المجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك مخالفه، فرأى له موقعا فينبغي له أن يراعيه من وجه.

\* وبناء على ذلك فإن القول باستحباب الخروج من الخلاف يؤدي إلى العمل بأدلة أحد الرأيين دون أدلة الرأي الآخر.. احتياطاً وورعاً، وشفافية في التعامل مع أحكام الشرع بما يخرج عن العهدة على أتم وجه وأكمله.

---

(1) الفروق للقرافي جـ ٤ ص ٢١٢. الفرق السادس والخمسون بعد المائتين.

وقد اعترض ابن الشاط على بعض الأمثلة المذكورة قائلاً: قلت لا يصح ما قاله من أن الخروج عن الخلاف يكون ورعاً بناء على أن الورع في ذلك لتوقع العقاب وأي عقاب يتوقع في ذلك. أما على القول بتصويب المجتهدين فالأمر واضح لا إشكال فيه، وأما على القول بتصويب أحد القولين أو الأقوال دون غيره فالإجماع منعقد على عدم تأنيب المخطئ وعدم تعيينه فلا يصح دخول الورع في خلاف العلماء على هذا الوجه، وأما الدليل الدال على دخول الورع في ذلك، هذا أمر لا أعرف له وجهاً غير ما يتوهم من توقع الإثم والعقاب، وذلك منتف بالليل الإجماعي القطعي، وكيف يصح ذلك والني صلى الله عليه وسلم يقول: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» فأطلق القول من غير تقييد ولا تفصيل ولا تنبيه على وجه الورع في ذلك، ثم لم يحفظ التنبيه في ذلك عن واحد من أصحابه ولا غيرهم من السلف المتقدم، ثم الخروج عن الخلاف لا يتأتى في مثل ما مثل به كما في مسألة الخلاف بالتحريم والتحليل في الفعل الواحد فإنه لا بد من الإقدام على ذلك الفعل والانكشاف عنه، فإن أقدم عليه المكلف فقد وافق مذهب المحلل، وإن انكف عنه فقد وافق مذهب المحرم، فأين الخروج عن الخلاف؟ إنما ذلك عمل على وفق أحد المذهبين لا خروج عن المذهبين، ومثاله أكل لحوم الخيل فإنه مباح عند الشافعي ممنوع أو مكروه عند مالك، فإن أقدم على الأكل فذلك مذهب الشافعي وإن انكف فذلك مذهب مالك...

## ثانياً: رعي الخلاف:

بيننا فيما تقدم حقيقة رعي الخلاف عند المالكية، والذي عرفوه بأنه «إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر»، أي أنه إذا وجد رأيان، كل رأي له دليله، فإن المالكية يعملون دليل الرأي الآخر في لازم مدلول الدليل الذي أخذوا به، ففي رعي الخلاف عندهم إعمال كلا الدليلين. ومن أمثلته:

### ١ - الاختلاف في حكم نكاح الشغار.

فيرى جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) أن هذا النكاح باطل، لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن الشغار، والنهي يقتضي الفساد ويجب حينئذ فسخه. ويرى الحنفية وآخرون (كما سبق بيانه) أنه صحيح، لأنه نكاح مؤبد، وأدخل عليه شرط فاسد، وهو أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للأخرى، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وتكون التسمية فاسدة، ويجب لكل منهما مهر المثل.. والنهي الوارد في الحديث محمول على الكراهة. فالاختلاف هنا بين بطلان نكاح الشغار (ومقتضاه الفسخ)، وبين صحته، وترتب آثارها: من وجوب مهر المثل لكل منهما، ومن باقى أحكام النكاح جميعها من طلاق وغيره وميراث، فإذا مات أحدهما ورثه الآخر.

## رأي المالكية في حكم نكاح الشغار إذا وقع:

نكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية، وبغير طلاق في رواية أخرى، ومن خالف مالكا يقول: لا يجب فسخه؛ لأنه نكاح صحيح عنده - كما بينا - ولكنه مكروه؛ للحديث. والحكم الجاري والمترتب على فسخه بغير طلاق، أنه لا يلزم في نكاح الشغار طلاق إذا وقع ولا ميراث، ولكن قد وقع للمالك أنه يقول: يقع الفسخ بطلاق، ويلزم فيه الطلاق، ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما.

فالجاري على أصل دليله (وهو حديث النهي عن الشغار) ولازم قوله به أنه لا ميراث في ذلك. فلما قال مالك بثبوت الميراث، فقد أعمل دليل خصمه، القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك، وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين. فأعمل مالك - رحمه الله - دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، في لازم مدلوله، وهو ثبوت الميراث.

وهذا المدلول المذكور أعمل مالك رحمه الله دليله في نقضه، وهو فسخ النكاح، وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح، وهو ثبوت الميراث.

وهذا هو معنى قول المالكية: مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين فصح من هذا أن (رعي الخلاف) عند المالكية يكون حجة في موضع دون موضع، وأنه بحسب ما يقع في نفس المجتهدين من رجحان دليل المخالف.

٢- ومن أمثلته أيضاً: اختلاف الفقهاء فيما يدل عليه النهي: فقال المالكية: إن النهي يدل على الفساد عندنا، وعند الشافعي، ويدل على الصحة عند الحنفية<sup>(١)</sup>. حيث قال الحنفية: «إذا اشترى جارية شراء فاسداً جاز له وطؤها به» وكذا سائر العقود الفاسدة حيث تملك بالقبض. وطرده الشافعي أصله، وقال يحرم الانتفاع بها مطلقاً، وإن باعه ألف بيع وجب نقضه.

→ وقال المالكية: نحن خالفنا أصلنا وراعينا الخلاف، وقلنا: البيع الفاسد يثبت شبهة الملك فيما يقبله، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة وهذه الأشياء هي: حوالة السوق (أي تغير السوق) وتلف العين، أو نقصانها، أو تعلق حق الغير بها. فأخذ المذهب برأي الحنفية في ذلك.

فصحة القول بإثبات شبهة الملك عند المالكية في البيع الفاسد إذا لحقه عارض، مراعاة للخلاف، فقد أعمل المالكية كلا الدليلين فقالوا بعدم ترتب آثار العقد في العقد الفاسد إذا لم يلحقه عارض، وهذا يتفق مع ما يقضي به دليل الشافعية إلا أنهم قالوا: إن البيع الفاسد إذا لحقه أحد العوارض الأربعة المذكورة آنفاً يثبت شبهة الملك، مراعاة لأدلة الحنفية.

(١) يرى الحنفية أن الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، وأن الباطل ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا وصفه كبيع الميتة، وأن الفاسد ما يكون مشروعاً بأصله لا بوصفه، كبيع ما يجوز بيعه مع اقتران البيع بشرط فاسد، وعند جمهور الفقهاء الباطل والفساد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح على اختلاف وتفصيل في كون النهي هل يدل على الفساد مطلقاً - في العبادات والمعاملات - كما هو رأي الجمهور أو يدل على الفساد في العبادات فقط دون المعاملات عند البعض، وعند البعض يدل على الصحة الذاتية والفساد لأجل الوصف. انظر التفصيل في روضة الناظر لابن قدامة المقدسي ج١ ص ٢٥١ - ٢٥٢، ج٢ ص ٦٥٢، والمستصفي للغزالي ج١ ص ٣٩٦، وكشف الأسرار للبيزدي ج١ ص ٥٢٦.

→ ولكن الشاطبي يناقش هذا الاعتبار فيقول: إن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف، فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها روعي قول المخالف، وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكية، فلم يعامل (المذهب) المسائل المختلف فيها معاملة المتفق عليها؛ ألا تراهم يقولون: كل نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسحه إلى الطلاق... بخلاف المسائل المتفق عليها فإنه لا يراعى فيها غير دلائلها، ومثله جار في عقود البيع وغيرها، فلا يعاملون الفاسد المختلف في فساده معاملة المتفق على فساده، ويعللون التفرقة بالخلاف، فأنت تراهم يعتبرون الخلاف، وهو مصاد لما تقرر في المسألة.

ثم قال الشاطبي: إن المسألة قد أشكلت على طائفة منهم ابن عبد البر، فإنه قال: «الخلاف لا يكون حجة في الشريعة» وما قاله ظاهراً؛ فإن دليلي القولين لا بد أن يكونا متعارضين، كل واحد منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر، وإعطاء كل واحد منهما ما يقتضيه الآخر، أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين.

→ وقد سألت عنها جماعة من الشيوخ الذين أدركتهم، فمنهم من تأول العبارة، ولم يحملها على ظاهرها، بل أنكر مقتضاها؛ بناء على أنها لا أصل لها، وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله<sup>(١)</sup>. وهما مسألتان مختلفتان، فليس جمعا بين متنافيين،

---

(1) هكذا ورد في الأصل، ولكن الظاهر من السياق أن الأول فيما قبل الوقوع، والآخر فيما بعد الوقوع.

ولا قولاً بهما معاً، (ثم قال) هذا حاصل ما أجاب به من سألته عن المسألة من أهل فاس، وتونس، وحكى لي بعضهم أنه قول بعض من لقي من الأشياخ، وأنه قد أشار إليه أبو عمران القاضي، ثم قال: سيأتي للمسألة تقرير آخر<sup>(١)</sup>.

والتقرير الآخر الذي أشار إليه الشاطبي بخصوص إيضاح رأي المالكية في (رعي الخلاف) ما أفاض فيه عند بيانه أن الأدلة الشرعية والاستقراء التام يفيدان أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية، ثم ساق أدلة على اعتبارها في الجملة (أذكر) منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(٣)</sup>.

ثم ساق أدلة أخرى على اعتبارها على وجه الخصوص، أذكر منها: حديث الأعرابي الذي بال في المسجد، فقد روى أنس بن مالك ﴿أن أعرابياً بال في المسجد، فقاموا إليه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ترموه، ثم دعا بدلو فصب عليه﴾<sup>(٤)</sup>.

---

(1) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي: د. إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي. توفي سنة ٧٩٠ هـ.

(2) الآية ١٠٨ من سورة الأنعام.

(3) الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

(4) أخرجه البخاري في ٧٨، كتاب الأدب، ٣٥: باب الرفق في الأمر كله، حديث (٦٠٢٥) فتح الباري جـ ١٠ ص ٤٤٩ - ولا ترموه: أي لا تقطعوا عليه بوله، ومسلم حديث رقم ١٨٦ (المختصر).

وحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ﴿لولا حادثة قومك بالكفر لنقضت البيت، ثم لبنيته على أساس إبراهيم - عليه السلام - فإن قريشاً استقصرت بناءه، وجعلت له خلفاً﴾<sup>(١)</sup>.

بمقتضى هذا أفى مالكُ الأمير حين أراد أن يرد البيت على قواعد إبراهيم فقال له: لا تفعل لئلا يتلاعب الناس ببيت الله. هذا معنى كلامه دون لفظه.

وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى، حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو يكون ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة...

٢ - ومن هذا الأصل: «قاعدة مراعاة الخلاف» وذلك أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها، كالغصب مثلاً إذا وقع، فإن المغصوب منه لا بد أن يوفى حقه، لكن على وجه لا يؤدي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف، فإذا طوّل الغاصب بأداء ما غصب أو قيمته أو مثله، وكان ذلك من غير زيادة صح، فلو قصد حمل على الغاصب لم يلزم؛ لأن العدل هو المطلوب، ويصح إقامة العدل مع عدم الزيادة؛ أخذنا من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله جل شأنه: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾<sup>(٣)</sup>.

(1) أخرجه البخاري في ٢٥ - كتاب الحج : ٤٢ باب فضل مكة وبنائها حديث رقم (١٥٨٣) فتح الباري ج٣ -

ص٤٣٩ ، ومسلم حديث رقم ٧٧٢ (المختصر) واللؤلؤ والمرجان حديث رقم ٨٤١.

(2) الآية ١٩٤ من سورة البقرة.

(3) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

٢- وإذا ثبت هذا فمن واقع منهيًا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من أحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية، لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو يميز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرًا إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن من القرائن المرجحة، كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت الحرام على قواعد إبراهيم - عليه السلام - وحديث قتل المنافقين (حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه) فقال - صلى الله عليه وسلم -: «أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه» وحديث البائل في المسجد، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بتركه حتى يتم بوله؛ لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر، وربما ينجس موضعين، وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد. وفي الحديث: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل» ثم قال - صلى الله عليه وسلم -: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها»<sup>(١)</sup>. وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث، ويثبت نسب الولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة، وغير ذلك؛ دليل على الحكم بصحته في الجملة، وإلا كان في حكم الزنى، وليس في حكمه باتفاق.

(1) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد ، مع زيادة «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول؛ مراعاة لما يقرن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح. وفي هذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة النهي أو تزويد.

→ دليل مراعاة الخلاف بعد الوقوع، ثم قال الشاطبي: «ولما بعد الوقوع دليل عام مرجح، وهو أن العامل بالجهل - مخطئاً في عمله - له نظران: (نظر) من جهة مخالفته للأمر والنهي. وهذا يقتضي الإبطال. (ونظر) من جهة قصده إلى الموافقة في الجملة؛ لأنه داخل مداخل أهل الإسلام، ومحكوم له بأحكامهم، (أي أنه مسلم) وخطؤه أو جهله لا يجني عليه أن يخرج به من حكم أهل الإسلام، بل يتلافى له به ما أفسده بخطئه وجهله.

وهكذا لو تعدد الإفساد لم يخرج بذلك عن الحكم به بأحكام الإسلام؛ لأنه مسلم لم يعاند الشارع، بل اتبع شهوته غافلاً عما عليه في ذلك، ولذلك قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهْلَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ (١) وقالوا: إن المسلم لا يعصي إلا وهو جاهل، فجرى عليه حكم الجاهل، إلا أن يترجح جانب الإبطال بالأمر الواضح، فيكون إذ ذاك جانب التصحيح ليس له مآل يساوي أو يزيد، فإذا ذلك لا نظر في المسألة، مع أنه لم يترجح جانب الإبطال إلا بعد النظر في المال، وهو المطلوب» (٢).

(1) الآية ١٧ من سورة النساء.

(2) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٤٨.

## النتيجة:

ومن هذا الإيضاح يتضح لنا أن الخروج من الخلاف غير رعي الخلاف أو مراعاة الخلاف حيث إن الخروج من الخلاف، هو العمل أو الأخذ بأحد الرأيين في حكم المسألة الفقهية الفرعية، المختلف في حكمها.

وبالتالي هو أخذ بالدليل الذي يقضي بهذا الحكم، دون الأخذ بما يقضي به الدليل الآخر الذي بني عليه الرأي الآخر حسب المنهج، وفي حدود الضوابط والشرائط التي سبق إيضاها، وهذا الاتجاه مبني على الأخذ بما هو الأحوط في تنفيذ أحكام الشرع؛ خشية أن يكون الرأي المقابل هو الحق - كما سبق إيضاها -.

وأما رعي الخلاف عند المالكية فهو عمل بكلا الدليلين في المسألة التي اختلف الفقهاء في حكمها بناء عليهما، وذلك بمنهج معين، وأسلوب محكم، فقد ظهر أثر هذا المنهج، في معالجة الآثار المترتبة على الحكم في المسألة بعد وقوعها. أما قبل وقوعها فالحكم واضح وهو - مثلا - الحرمة، أو الفساد، فإذا وقع التصرف، كما في نكاح الشغار، والبيع الفاسد، ففي هذه الحالة يعالج المذهب المالكي الحكم في المسألة بأسلوب ومنهج لا يضر بالشخص الذي وقع في هذا التصرف، إذ يرفع عنه الأضرار المترتبة عليه، ففي نكاح الشغار، يكون الفسخ بالطلاق وإذا مات أحدهما ورث الآخر كما في النكاح الصحيح، وفي البيع الفاسد إذا اقترن به أحد العوارض التي سبق إيضاها بمضي بالقبض، ويملك المشتري المبيع ويتصرف فيه.

→ وبذلك يأخذ المذهب طريقتاً وسطاً فلا يقضي بعد وقوع التصرف بالبطلان، كما هو مقتضى دليل النهي، ومن ثم فلا يرتب على هذا التصرف أي أثر لأن النهي يقتضي الفساد.

❖ ولا يقضي بالصحة المطلقة كما هو رأي المخالف، لأن دليل المنع قد صح عنده وعمل به. ولكن يتوسط الأمر فيظل العمل بدليله المانع مطبقاً قبل الوقوع، ويعمل دليل مخالفه في الآثار المترتبة على العمل بدليله بعد الوقوع.

ومن ثم كان رعي الخلاف هو «إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر». والله تعالى أعلم، وهو موفق والهادي إلى الصواب.

وبعد: فإنني أحمد الله تعالى دائماً على ما وهب، وأشكره على ما وفقني إلى إبرازه في هذا البحث، وأرجو الله تعالى أن يكون محققاً للغاية المطلوبة منه، كما أرجوه جل شأنه أن يوفقنا ويوفق المسلمين جميعاً إلى العمل بما فيه الخير لديننا ودينانا، وأن يغفر لنا زلاتنا: ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ ۗ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ (١).

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن نھج نھجه وسار على هديه إلى يوم الدين.

---

(1) الآية ٢٨٦ سورة البقرة.

## فهرس المراجع

### المراجع العلمية

أولاً: القرآن الكريم والتفسير:

- ١ - القرآن الكريم (كتاب الله العظيم والنور المبين) الذي أنزل على سيد المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم.
- ٢ - أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي. المتوفى سنة ٢٧٠ هـ، ط دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٣ - أحكام القرآن، لمحمد بن عبد الله المعروف بابن العربي. المتوفى سنة ٥٤٣ هـ، ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٤ - الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي. المتوفى سنة ٦٧١ هـ - ط دار الكتب المصرية.
- ٥ - تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن عمر المعروف بابن كثير. المتوفى سنة ٧٧٤ هـ.

ثانياً: السنة النبوية المطهرة:

- ١ - صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري. المتوفى سنة ٢٥٦ هـ.
- وفتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني. المتوفى سنة ٨٥٢ هـ.

- ٢ - صحيح مسلم، وهو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري. المتوفى سنة ٢٦١ هـ.
- وشرح صحيح مسلم لمحيي الدين بن شرف النووي. المتوفى سنة ٦٧٦ هـ.
- ٣ - سنن النسائي، وهو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان النسائي، المتوفى سنة ٣٠٣ هـ.
- ٤ - سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ.
- ٥ - سنن الترمذي (الجامع الصحيح) لمحمد بن عيسى بن سَوْرَةَ. المتوفى سنة ٢٧٩ هـ. ومع شرحه تحفة الأحوذى لمحمد بن عبد الرحمن المباركفوري. المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ، ط الفجالة بالقاهرة.
- ٦ - سنن ابن ماجه: هو أبو عبد الله محمد بن يزيد بن عبد الله بن ماجه القزويني، المتوفى سنة ثلاث أو خمس وسبعين ومائتين من الهجرة.
- ٧ - سنن الدرامي، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي. المتوفى سنة ٢٥٥ هـ.
- ٨ - ومسنند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، المتوفى سنة ٢٤١ هـ.
- ٩ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، للمفسر المحدث الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني، الجراحي. المتوفى سنة ١١٦٢ هـ. م. الرسالة - دمشق.

١٠ - التيسير بشرح الجامع الصغير للإمام الحافظ زين الدين عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي الحدادي المناوي المصري المتوفى سنة ١٠٣١هـ.

والجامع الصغير للإمام الحافظ جلال الدين أبي الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الحضيبي السيوطي المصري الشافعي، المتوفى سنة ٩١١هـ. ط. مطبعة الإمام الشافعي - الرياض.

١١ - سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني، المعروف بالأمير. المتوفى سنة ١١٨٢هـ.

وهو شرح لبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناي العسقلاني، القاهرة. المتوفى سنة ٨٥٢هـ، ط. مطبعة الحلبي بالقاهرة.

١٢ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني. المتوفى سنة ١٢٥٥هـ. ط. مصطفى الحلبي بالقاهرة.

ومنتقى الأخبار لأبي البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني المعروف بابن تيمية. المتوفى سنة ٦٢١هـ.

ثالثا: المراجع الفقهية:

(أ) مذهب الحنفية:

١ - الاختيار لتعليل المختار للإمام عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود أبي الفضل مجد الدين الموصلية. المتوفى سنة ٦٨٣، ط. مطبعة حجازي بالقاهرة.

٢ - البحر الرائق شرح كتر الدقائق للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، الشهير بابن نجيم (اسم لبعض أجداده) المصري. المتوفى

سنة ٩٧٠هـ وقيل سنة ٩٦٩هـ.

وكثر الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، المتوفى سنة ٧١٠هـ، وقيل سنة ٧٠١هـ. ط. دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

٣- الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، وبهامشه فتاوى قاضي خان، والفتاوى البزازية - المكتبة الإسلامية - محمد أزدمير - ديار بكر - تركيا.

٤- الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني. المتوفى سنة ٥٩٣هـ. ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

#### وشروحها:

\* شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي، ثم السكندري، المعروف بابن الهمام، الحنفي، المتوفى سنة ٨٦١هـ.

\* نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده. المتوفى سنة ٩٨٨هـ. تكملة فتح القدير.

والعناية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الحنفي. المتوفى سنة ٧٨٦هـ. ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المتوفى سنة ٥٧٨هـ. دار الكتاب العربي - بيروت.

- ٦ - تبين الحقائق شرح كتر الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. المتوفى سنة ٧٤٢هـ. ط. دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.
- ٧ - حاشية ابن عابدين (رد المختار على الدر المختار) وهو محمد أمين بن عمر بن عابدين الشهير بابن عابدين. المتوفى سنة ١٢٥٢هـ. ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- والدر المختار شرح تنوير الأبصار، للعلامة محمد بن علي بن محمد، علاء الدين الحصكفي - دمشق الولد والوفاء، توفي سنة ١٠٨٨هـ.
- ٨ - المبسوط للسرخسي - وهو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، السرخسي، ويلقب بشمس الأئمة. المتوفى سنة ٤٨٣هـ.
- ٩ - مجلة الأحكام العدلية، وشروحها.
- (ب) مذهب المالكية:**
- ١ - التاج والإكليل على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالموافق. المتوفى سنة ٨٩٧هـ. ط. النجاح بليبيا.
- ٢ - الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المصري. المتوفى سنة ١١٠١هـ. ط. المطبعة الأميرية بمصر.
- وبهامشه حاشية الشيخ علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي المصري المالكي. المتوفى سنة ١١٨٩هـ.
- ٣ - الذخيرة للقرافي، وهو: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي. المتوفى سنة ٦٨٤هـ.

- ٤ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبي البركات أحمد الدردير. المتوفى سنة ١٢٠١ هـ، والشرح للعلامة أحمد بن محمد الصاوي المالكي المصري، المتوفى سنة ١٢٤١ هـ. ط. دار المعارف بمصر.
- ٥ - قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزّيّ الغرناطي المالكي. المتوفى سنة ٧٤١ هـ بالأندلس.
- ٦ - بداية المجتهد، ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. المتوفى سنة ٥٩٥ هـ. ط دار المعرفة - بيروت.
- ٧ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام لإبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون. المتوفى سنة ٧٩٩ هـ.
- ٨ - حاشية الدسوقي (على الشرح الكبير) لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي. المتوفى سنة ٣٢١ هـ، والشرح الكبير على متن خليل لأبي البركات سيدي أحمد الدردير. المتوفى سنة ١٢٠١ هـ، وبهامشه شرح الشيخ محمد عlish. المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ. ط. دار إحياء الكتب - الحلبي بمصر.
- ٩ - حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني - الحاشية للشيخ علي الصعيدي العدوي على شرح الإمام أبي الحسن علي بن محمد (ثلاثاً) ابن خلف. المتوفى بلداً، المصري مولداً. المتوفى سنة ٩٣٩ هـ. ط. دار المعرفة - بيروت.
- ١٠ - شرح حدود ابن عرفة (أبي عبد الله بن عرفة). المتوفى سنة ٣٠٨ هـ، والشرح للشيخ أبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية سنة ١٤١٢ هـ. مطبعة فضالة المحمدية بالمغرب ١٩٩٢ م.

- ١١ - شرح الزرقاني على مختصر خليل للشيخ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني. المتوفى سنة ١٠٩٩ هـ، وبهامشه حاشية الشيخ محمد بن الحسن البناي، المتوفى سنة ١١٩٤ هـ.
- ١٢ - شرح منح الجليل على مختصر للعلامة خليل للشيخ محمد عlish. المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ.
- ١٣ - فتح العلي المالك لأبي عبيد الله الشيخ محمد أحمد عlish. المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ. ط. دار المعرفة.
- ١٤ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب. المتوفى سنة ٩٥٤ هـ.
- ١٥ - متن خليل، و خليل هو أبو الضياء خليل بن إسحاق بن موسى المالكي. المتوفى سنة ٧٦٧ هـ - على الراجح وقيل سنة ٧٧٦ هـ.
- (ج) مذهب الشافعية:**
- ١ - الأم، للإمام المطلي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي. المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ط. دار المعرفة - بيروت.
- ٢ - الرسالة للإمام الشافعي - (سبقت ترجمته) ط. مطبعة الحلبي بالقاهرة.
- ٢ - والمجموع شرح المذهب للإمام محيي الدين أبي زكريا. يحيى بن شرف بن مري الحزامي الحواري الشافعي. المتوفى سنة ٦٧٦ هـ. ط. دار الفكر - بيروت.
- ٣ - المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (الفيروز آبادي) الشيرازي. المتوفى سنة ٤٦٧ هـ. ط الحلبي.

- ٤ - تحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، المصري، المتوفى سنة ١٢٢٠ هـ ط. دار المعرفة - بيروت.
- ٥ - حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المسماة التجريد لنفع العبيد، والبجيرمي هو: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، المصري، المتوفى سنة ١٢٢١ هـ.
- ٦ - حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (من أهل مصر) المتوفى سنة ٩٢٦ هـ، وسليمان الجمل هو سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري. المتوفى سنة ١٢٠٤ هـ.
- ٧ - حواشي الشرواني، وابن القاسم على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي - والشرواني: هو عبد الحميد الشرواني (لم توجد له ترجمة) وكان حياً سنة ١٢٨٩ هـ، وابن القاسم: هو أحمد بن قاسم العبادي، شهاب الدين، المصري. المتوفى سنة ٩٩٤ هـ، وتحفة المحتاج لشرح المنهاج لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن حجر الهيتمي (بالتاء، وعند البعض بالثاء) السعدي، الأنصاري، الشافعي، ولد بمصر، وتلقى العلم بالأزهر، وتوفي سنة ٩٧٣ هـ.
- ٨ - قليوبي وعميرة، القليوبي هو أحمد بن محمد بن سلامة، شهاب الدين القليوبي، من أهل قليوب بمصر. المتوفى سنة ١٠٩٦، وعميرة هو أحمد، شهاب الدين، البرلسي، الملقب بعميرة، المصري. المتوفى سنة ٩٥٧ هـ.
- ٩ - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي، من علماء القرن التاسع الهجري، ط. دار المعرفة - بيروت (وقد انتهى من تأليفه سنة ٨٠٨ هـ).

- ١٠ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي الخطيب. المتوفى سنة ٩٧٧ هـ. (من علماء القرن العاشر الهجري). بدأ تأليفه سنة ٩٥٩ هـ.
- ١١ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ. ش المكتبة الإسلامية.

#### (د) مذهب الحنابلة:

- ١ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، المتوفى سنة ٧٥١ هـ ط. دار الجليل - بيروت.
- ٢ - الروض المربع بشرح زاد المستقنع (مختصر المقنع): زاد المستقنع للعلامة شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي. المتوفى سنة ٩٦٠ هـ.
- \* وشرح زاد المستقنع للعلامة منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. المتوفى سنة ١٠٥١ هـ، والمقنع لشيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي. المتوفى سنة ٦٢٠ هـ الذي اختصره الحجاوي. ط. السلفية بالقاهرة.
- \* الشرح الكبير للإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي. المتوفى سنة ٦٨٢. ط. دار الكتب العلمية - بيروت.

- \* الفتاوى للإمام شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تیمیة الحرّانی الدمشقی، تقي الدين. المتوفى سنة ٧٢٨ هـ. ط الرياض.
- \* المبدع شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي. المتوفى سنة ٨٨٤ هـ. ط. المكتب الإسلامي.
- \* المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المتوفى سنة ٦٢٠ هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى. المتوفى سنة ٣٣٤ هـ. ط. هجر بالقاهرة تحقيق د. التركي.
- \* زاد المعاد للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية سنة ٧٥١ هـ. ط. دار ابن حزم - بيروت.
- \* شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي. المتوفى سنة ٧٧٢ هـ. ط. العبيكان - الرياض.
- \* شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى، لشرح المنتهى، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. المتوفى بالقاهرة سنة ١٠٥١ هـ.
- معونة أولي النهى شرح المنتهى لتقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى الحنبلي، الشهير بابن النجار - المتوفى سنة ٩٧٢ هـ. دار خضر - بيروت.

## (هـ) مذهب الظاهرية:

١ - المحلي لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي. المتوفى سنة ٤٥٦ هـ. ط. دار التراث - القاهرة.

## رابعاً: كتب أصول الفقه:

١ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني. المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ وبهامشه شرح الشيخ أحمد بن قاسم العبادي المصري، الشافعي (المتوفى سنة ٩٩٤ هـ) على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي المصري، الشافعي (المتوفى سنة ٨٦٤ هـ) على الورقات في الأصول لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي. المتوفى سنة ٤٧٨ هـ ط. الحلبي/ القاهرة سنة ١٣٥٦ هـ (١٩٣٧م).

٢ - البحر المحيط في أصول الفقه للزرکشي، وهو بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي. المتوفى سنة ٧٩٤ هـ. ط. دار الصفوة بالگردقة بمصر.

٣ - تنقيح الأصول للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحبوبي البخاري الحنفي. المتوفى سنة ٧٤٧ هـ. ط. صبيح بمصر.

٤ - مع شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه، لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الشافعي. المتوفى سنة ٧٩٢ هـ.

٥ - تيسير التحرير للعلامة محمد أمين - المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي المتوفى سنة ٩٨٧ تقريباً، على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية لكمال الدين محمد بن عبد

الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ.

٦- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. المتوفى سنة ٦٢٠ هـ. ط. دار العاصمة/ المملكة العربية السعودية.

٧- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري. المتوفى سنة ٧٢٠ هـ، والبزدوي هو: علي بن محمد بن الحسين، أبو الحسن، فخر الإسلام البزدوي. المتوفى سنة ٤٨٢ هـ. (وكتابه هو كثر الوصول إلى معرفة الأصول) المعروف بأصول البزدوي.

٨- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي ناصر الدين البيضاوي. المتوفى سنة ٥٨٦ هـ. تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي. المتوفى سنة ٧٧٢ هـ.

#### خامساً: كتب القواعد والأشباه والنظائر:

- ١- الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي. المتوفى سنة ٩١١ هـ بأسيوط. مصر.
- ٢- الأشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي. المتوفى سنة ٩٧٠ هـ. ط. دار الفكر بدمشق.

- ٣ - (أنوار البروق في أنواع الفروق) وهو للعلامة المالكي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي. المتوفى سنة ٦٨٤ هـ.
- ١ - ومعها (حاشية إدرار الشروق على أنوار الفروق) لأبي القاسم المعروف بابن الشاط قاسم بن عبد الله الأنصاري.
- وأيضاً تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية لمحمد علي بن حسين المكي مفتي المالكية. ط. عالم الفكر - بيروت.
- ٤ - القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي. المتوفى سنة ٧٩٥ هـ. ط. مطبعة الخانجي. بمصر.
- ٥ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي. المتوفى سنة ٦٦٠ هـ. ط. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦ - المنثور في القواعد، لبدر الدين بن محمد بن بهادر الشافعي. المتوفى سنة ٧٩٤ هـ - ط. مطبعة الأنباء - الكويت.
- ٧ - الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي. المتوفى سنة ٧٩٠ هـ. ط. دار الكتب العلمية - بيروت.
- سادساً: كتب الفقه المقارن:
- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي. المتوفى سنة ٥٩٥ هـ (تقدم في مذهب المالكية).

- ٢ - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي الشافعي - من علماء القرن الثامن الهجري - هامش الميزان الكبرى. ط. الحلبي بمصر.
- ٣ - الشرح الكبير للإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي. المتوفى سنة ٦٨٢ هـ (تقدم).
- ٤ - المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي. المتوفى سنة ٤٥٦ هـ (تقدم).
- ٥ - المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة. المتوفى سنة ٦٢٠ هـ (تقدم في مذهب الحنابلة).
- ٦ - الميزان الكبرى لأبي المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي المصري المعروف بالشعراني - من علماء القرن العاشر الهجري - ط. الحلبي بمصر.
- ومن كتب الفقه المقارن الحديثة:**
- ١ - المدخل للفقه الإسلامي - تاريخ التشريع الإسلامي - للمؤلف - ش. دار الكتاب الجامعي بالقاهرة.
- ٢ - نظرية الشرط - للمؤلف - ش. دار الكتاب الجامعي بالقاهرة.





## المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

### تأسيسه:

تأسس المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بموجب قرار مجلس المديرين التنفيذيين للبنك الإسلامي للتنمية عام ١٤٠١هـ (١٩٨١م) تنفيذاً للقرار رقم م/١٤-٩٩ الصادر عن مجلس محافظي البنك الإسلامي للتنمية في اجتماعه السنوي الثالث الذي انعقد في العاشر من ربيع الآخر عام ١٣٩٩هـ (١٤ من مارس / آذار ١٩٧٩م). وقد باشر المعهد أعماله عام ١٤٠٣هـ (١٩٨٣م).

### هدفه:

الغرض من إنشاء المعهد هو إجراء البحوث اللازمة لممارسة النشاطات الاقتصادية والمالية والمصرفية في الدول الإسلامية، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتوفير وسائل التدريب للمشتغلين في مجال التنمية الاقتصادية بالدول الأعضاء بالبنك.

### وظائفه:

- أنيطت بالمعهد الوظائف والصلاحيات التالية:
- أ) تنظيم وتنسيق البحوث الأساسية بغرض تطوير نماذج وطرق لتطبيق الشريعة الإسلامية في المجالات الاقتصادية والمالية والمصرفية.
  - ب) توفير التدريب للموظفين المهنيين وتنمية قدراتهم في مجال الاقتصاد الإسلامي تلبية لاحتياجات هيئات البحوث والهيئات التي تطبق الشريعة الإسلامية في معاملاتها.
  - ج) تدريب الموظفين العاملين في مجالات النشاط التنموي في الدول الأعضاء في البنك.
  - د) إنشاء مركز للمعلومات لتجميع وتنظيم ونشر المعلومات في المجالات المتصلة بمبادئ نشاطه.
  - هـ) القيام بأية أعمال أخرى تساعده على تحقيق هدفه.

### هيكله التنظيمي:

رئيس البنك الإسلامي للتنمية هو - أيضاً - رئيس المعهد، كما أن مجلس المديرين التنفيذيين للبنك هو السلطة العليا التي ترسم سياساته. ومن الناحية الإدارية: يضطلع بمسئولية الإدارة العامة للمعهد مدير يعينه رئيس البنك بالتشاور مع مجلس المديرين التنفيذيين. ويتألف المعهد من ثلاث شعب فنية هي: الاقتصاد الإسلامي والتعاون والتنمية، الصيرفة والتمويل الإسلامي، التدريب، المعلومات، والخدمات الإدارية.

### مقره:

يقع المعهد ضمن المقر الرئيسي للبنك الإسلامي في مدينة جدة بالمملكة العربية السعودية.

### عنوانه:

البنك الإسلامي للتنمية

المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

ص.ب: ٩٢٠١ جدة ٢١٤١٣ المملكة العربية السعودية

هاتف: ٦٣٦١٤٠٠ - فاكسيميلى: ٦٣٧٨٩٢٧ / ٦٣٦٦٨٧١ - برقية: بنك إسلامي

**E-mail: [IDB@ISDB.ORG](mailto:IDB@ISDB.ORG) Home page: [HTTP:// www.IRTI.ORG](http://www.IRTI.ORG)**