الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج
-البويرة-
كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -
Faculté des Sciences Sociales et Humaines

جامعة البويرة

قسم الشريعة

مذكرة بعنوان:

قاعدة الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد وتطبيقاتها في المعاملات المالية

مذكرة مكمّلة لمقتضيات شهادة الماستر، تخصص: الفقه المقارن وأصوله

إعداد الطالبان

سفيان قالية

محمد حمداني

إشراف

الدكتور: محمد هندو

السنة الجامعية:

1445هـ/1446هـ-2023م /2024م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير:

نحمد الله سبحانه أولا على سابغ نعمته وعظيم منته، وعلى ما وفق إليه وهدى، فاللهم إليك يرجع الأمر كله ولك الشكر والحمد كله على ما يليق بجلال وجهك وعظيم عطائك و امتنانك.

من منطلق أنه لا يشكر الله من لا يشكر الناس.

نخص بالشكر والتقدير:

إدارة قسم الشريعة بالجامعة، وعلى رأسهم رئيس القسم، نشكرهم على ترفقهم وحسن عونهم وتفهمهم لظروف الطلبة، ومرافقتهم لنا طيلة فترة الدراسة.

جميع أساتذتنا الذين تداولوا على تدريسنا، كلا باسمه وجميل وسمه، نشكرهم على ما بذلوه من جهد طيب في تكوين الطلبة.

كل من أمدنا بيد العون وبالنصح والتشجيع فيما يخص رسالتنا، وعلى رأسهم:

الأستاذ المشرف الدكتور محمد هندو.

الأخ عبد الرزاق قالية.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل.

إهداء:

ولا تنسوا الفضل بينكم

نهدي عملنا المتواضع هذا وثمرة جهدنا إلى:

من كانوا لنا سماء ظليلة و أرضا ذليلة، قرة عيوننا و سبب وجودنا بعد الله عز وجل، الوالدين الأعزاء، فاللهم ارحم من مات منهم، وأطل عمر من حيي و أمده بالصحة والعافية.

جميع أساتذتنا ومشايخنا الذين اقتبسنا من علمهم، وأفدنا من هديهم طيلة مشوارنا الدراسي.

كريمتينا الفاضلتين، وأبنائنا ثمرات قلوبنا وجلاء أحزاننا، جزاء ما صبروا معنا و ما أمدونا به من العون والدعاء.

إلى جميع إخواننا رفقاء الدرب وقرناء الصلاح في دفعتنا المباركة، وعلى رأسهم الأخوين الفاضلين عمر حبيرش وعبد الوهاب مساعدية.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبيه الأمين وعلى آله الطاهرين وصحابته المنتجبين.

أما بعد:

فإن علم القواعد الفقهية علم جليل القدر عظيم الفائدة، يجمع لطالبه شتات المسائل الفقهية المتفرقة في شتى الأبواب، ويعين على ضبط الفقه وتصنيف فروعه، كما أن إجالة الفكر فيه يجود القريحة، ويضبط الفهم، ويورث قوة في النظر والاستدلال.

وإن من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي قاعدة (**الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**)، إذ يندرج تحتها مسائل وتطبيقات فقهية في شتى الأبواب، ولا تكاد تخلو منها كتب الفقه كما أن عليها مبنى كثير من أحكام الفقهاء وتعليلاتهم.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

يمكن إجمال أهمية هذه الدراسة في النقاط التالية:

1- أهمية دراسة القواعد الفقهية، وكيفية التطبيق عليها.

2- العلاقة الوطيدة لهذه القاعدة بمقاصد الشريعة وبغيرها من القواعد الكبرى كسد الذرائع، وقاعدة إبطال الحيل، مما يدل على أهميتها.

3- المساهمة في دراسة هذه القاعدة، والتطبيقات الفقهية عليها من خلال أبواب المعاملات المالية.

4- تطبيق هذه القاعدة على مسائل فقهية أصيلة ينمي القدرة على تطبيقها في المسائل المعاصرة والنوازل.

أسباب اختيار الموضوع:

1- المساهمة في الإثراء الفقهي من خلال تناول هذه القاعدة بالدراسة.

2- قلة الاعتناء بتطبيقات هذه القاعدة على أبواب المعاملات المالية من قبل فيما اطلعنا عليه، ولم نجد من أفرد هذا العنوان بالبحث في حدود علمنا.

3- بيان مدى تأثير هذه القاعدة على مسائل وأحكام المعاملات المالية.

4-أخذا بتوصيات من سبقنا من الباحثين في الحث على تناول التطبيقات الفقهية على هذه القاعدة في المعاملات المالية.

هذا ما سنتعرض له بالتوضيح والبيان سائلين المولى سبحانه الإعانة والتوفيق.

الدراسات السابقة:

بعد البحث فيمن كتب في هذا الموضوع، وجدنا من أفرد القاعدة بالدراسة من الباحثين على قلتهم، ونذكر هنا أهمهم مع الفوارق بين دراستهم للقاعدة، وبين موضوع دراستنا نحن لها.

1- بحث بعنوان (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) دراسة تأصيلية تطبيقية د ناصر بن محمد بن مشري الغامدي نشر في مجلة جامعة أم القرى شوال عام 1424هـ.مج16، ع28 السعودية.

ووجه الفرق بينه وبين بحثنا:

أ- الفرق بين لفظي القاعدة، فلفظه يظهر فيه أثر الاستعجال عام في القصد الفاسد وغير الفاسد، لذلك ذكر تطبيقات لا تدخل تحت اللفظ المختار هنا.

ب- أنه تناول التطبيقات الفقهية في مختلف الأبواب الفقهية مجردة عن الدراسة الفقهية المقارنة، وهو خلاف ما نقصده نحن بالدراسة، فسنذكر التطبيقات الفقهية في المعاملات المالية مدروسة دراسة فقهية مقارنة.

2- بحث تكميلي بعنوان (التطبيقات الفقهية لقاعدة: الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد في فقه الأسرة) للطالب سليمان بن حمود التويجري، مقدم لنيل درجة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء العام الجامعي 1431 هـ 1432 هـ.

ووجه التفريق بين بحثه وبحثنا أنه تناول المسائل والتطبيقات المتعلقة بفقه الأسرة، أما نحن فنتناول فيه التطبيقات المتعلقة بالمعاملات المالية.

3- بحث تكميلي بعنوان (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد في الجنايات والحدود والتعازير)، لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من إعداد الطالب: بدر بن سالم بن عباد المجنوني، بالمعهد العالي للقضاء العام الجامعي 1432هـ 1433هـ.

ووجه الفرق بينه وبين بحثنا أنه تناول التطبيقات الفقهية المتعلقة بالجنايات والحدود والتعازير، أما نحن فتناول ما يتعلق بالمعاملات المالية.

وهذه الدراسات كلها اشتملت على فوائد كثيرة سواء من الناحية التأصيلية الشرعية، وهذا ما يميز بحث الدكتور ناصر الغامدي، أو الناحية التطبيقية وهو ما يميز الرسالتين للباحثين: سليمان التويجري، وسالم المجنوني، فجزاهم الله خيرا على ما قدموه من خدمة لهذا العلم الشريف.

الإشكالية:

إن لقاعدة (**الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**) وزنها عند العلماء في أبواب الفقه عامة وفي المعاملات المالية خاصة، فكثيرا ما تجدهم يعللون أحكامهم بقولهم معاملة له بنقيض مقصوده أو مخالفة لقصده الفاسد.

فما مدى تأثير هذه القاعدة على الفروع الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية؟ وإلى أي حد يصل التعليل بها؟.

منهج البحث:

نعتمد في بحثنا هذا المنهج الاستقرائي المقارن، وأما المنهجية فهي كالآتي:

1- جمع جملة من الفروع الفقهية التي لها صلة بالقاعدة وبخاصة ما يتعلق منها بالبيوع لكثرة تطبيقاتها فيه.

2- تصوير المسألة قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.

3- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق نذكر حكمها بدليله مع التوثيق من المصادر المعتبرة.

4- وإذ كانت المسألة من مواضع الخلاف فنبين ما يلي:

- تحرير محل النزاع.
- ذكر الأقوال في المسألة مع نسبتها إلى أصحابها.
- ذكر أدلة الأقوال مع المناقشة أحيانا.
- الترجيح مع بيان السبب.
- ذكر وجه اندراج المسألة تحت القاعدة محل البحث.

5- الاعتماد على المصادر والمراجع الأصلية.

6- انتهاج المنهجية المعروفة في ذكر الآيات، وتخريج الأحاديث والآثار، مع الاعتماد على المصادر الأصلية، وذكر الحكم عليها.

7 – التعريف بالمصطلحات وتوثيق المصادر والعناية بقواعد اللغة العربية كل من مظانه.

8- الاكتفاء بترجمة الأعلام والأماكن والمصطلحات الغريبة فقط.

9- خاتمة البحث والتي ستشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

10-اتباع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها وهي:

أ- فهرس الآيات القرآنية.

ب- فهرس الأحاديث.

ج- فهرس المراجع والمصادر.

د- فهرس الموضوعات.

خطة البحث: جاءت خطة بحثنا كالتالي:

مقدمة:

الفصل التمهيدي: الجانب النظري.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا.

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا وعلما.

المطلب الثالث: أهمية القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: معنى قاعدة (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) وألفاظها.

المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي لقاعدة (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد).

المطلب الثالث: صيغ القاعدة عند العلماء والفروق بينها.

المطلب الرابع: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة وغيرها من القواعد.

المبحث الثالث: أدلة القاعدة .

المطلب الأول: أدلة القاعدة من الكتاب العزيز.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة من آثار السلف.

الفصل التطبيقي: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في المعاملات المالية:

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود المعاوضات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في البيوع.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الربا.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود الشركات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الشركة.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في القراض.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود التبرعات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الوصية.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الهبة.

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود التوثيق.

المطلب الأول: الضمان في الإجارة الخاصة.

المطلب الثاني: تضمين المرتهن.

المطلب الثالث: تضمين المستعير.

الخاتمة: أهم النتائج والتوصيات

الفصل التمهيدي: الجانب النظري.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا.

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا وعلما.

المطلب الثالث: أهمية القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: معنى قاعدة (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) وألفاظها.

المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي لقاعدة (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد).

المطلب الثالث: صيغ القاعدة عند العلماء والفروق بينها.

المطلب الرابع: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة وغيرها من القواعد.

المبحث الثالث: أدلة القاعدة .

المطلب الأول: أدلة القاعدة من الكتاب العزيز.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة من آثار السلف

المبحث الأول

تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا.

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا وعلما.

المطلب الثالث: أهمية القاعدة الفقهية.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا.

الفرع الأول: القاعدة:

أولا: القاعدة لغة:

قاعدة الشيء أساسه، حسيا كان كقواعد البيت أو معنويا: كقواعد الدين، ومنه **قوله تعالى**: ﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ**﴾ **البقرة (127)**

قال الراغب الأصفهاني: (هي الأساس، وكل ما يرتكز عليه الشيء فهو قاعدة، وتجمع على قواعد، وهي أسس الشيء وأصوله) [1].

وأصل (القاف والعين والدال): يفيد الاستقرار والثبات. [2]

ثانيا: تعريف القاعدة اصطلاحا:

إن لفظ القاعدة مصطلح مشترك بين جميع العلوم بل إن كثيرا من العلوم هي عبارة عن مجموعة من القواعد تتفرع عنها وتندرج تحتها مجموع المعارف المتعلقة به، كقواعد المنطق وقواعد الحساب وقواعد الأصول والفقه والنحو وغيرها.

والمعنى المشترك في ذلك كله كون القاعدة: قضية كلية تندرج تحتها فروع كثيرة.

وعرفها الجرجاني بقوله:(قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها). [3]

---

(1) الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن (ت 502هـ)، (تح: صفوان عدنان الداودي)، ط1، دار القلم، الدار الشامية، 1412هـ: ص409.

(2) الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري أبو عبد الرحمن (ت 170هـ)، كتاب العين، (تح: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي)، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان ،1980م: 143/1، ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي أبو الفضل (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر – بيروت ط3 - 1414 هـ: 361/3، ابن فارس، أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، (تح: عبد السلام محمد هارون)، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م: 108/5-109.

(3) الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت 816هـ)، التعريفات، (تح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ -1983م، باب القاف، ص 219.

الفرع الثاني: الفقهية: هذه اللفظة تعني أن القواعد منسوبة إلى الفقه.

أولا: الفقه لغة: الفهم، ومنه **قوله تعالى:** ﴿**قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ**﴾ **هود(91)**.

وفي لسان العرب: (هو العلم بالشيء وإدراكه والفهم له)[1].

ثانيا: الفقه اصطلاحا: عرفه العلماء بتعاريف كثيرة تتفق في كونه معرفة متعلقة بأحكام الشرع العملية وإن كان قد وقع الخلاف بينهم في بعض التفاصيل كاختلافهم في هل يشترط أن يكون معرفة متحصلة من طريق الاستنباط أم يكفي في ذلك حفظ الفروع ومعرفة أحكامها تبعا لاختلافهم في هل يدخل المقلد في مسمى الفقيه، ولعل من أشهر تعاريفه قولهم :(العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية)[2].

المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا وعلما.

اختلف الفقهاء في تعريفها على قولين:

أولا– الذين يرون أن القاعدة كلية كابن السبكي الذي عرفها بقوله:(الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها) [3].

ثانيا– الذين رأوا أنها أغلبية لا كلية، وهو قول لبعض الحنفية ومنهم الحموي في حاشيته حيث قال:(القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه) [4].

ومنشأ الخلاف أن القائل بأنها كلية نظر إلى أصل القاعدة، ومن قال إنها أغلبية بنى قوله على وجود مسائل مستثناة من تلك القواعد.

---

(1) لسان العرب: 305/10.

(2) السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، (تح: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي)، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م: 6/1، الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، نهاية السول شرح منهاج الوصول، (د تح)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1420هـ- 1999م : ص11.

(3) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت 771 هـ)، الأشباه والنظائر، (تح :عادل أحمد عبد الموجود – علي محمد معوض) ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ - 1991 م : 11/1.

(4) الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الناشر، (د تح)، ط1، دار الكتب العلمية،1405هـ - 1985م: 51/1.

وعلى كل فإن وصف القاعدة بالكلية لا يضره تخلف بعض الجزئيات عنها، قال الشاطبي:(إن الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا، وأيضا فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت) [1].

ويؤخذ على هذا النوع من التعاريف أنه غير مانع فهو يصدق على غير القاعدة الفقهية كقواعد الإعراب، وقواعد الأصول وغيرها، فلا بد حينئذ من إضافة قيد إلى التعريف يخرج ما عدا القواعد الفقهية، فيقال مثلا:

(قضية فقهية كلية تنطبق على جزئيات كثيرة)[2].

أو (حكم شرعي في قضية أغلبية يتصرف منها أحكام ما دخل تحتها)[3].

المطلب الثالث: أهمية القاعدة الفقهية.

أولا– ضبط الفروع والجزئيات المتناثرة في سلك واحد، مما يسهل استحضار حكم هذه المسائل الفقهية المتشابهة وفي ذلك يقول القرافي: ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب[4].

ثانيا– تعين على إدراك مقاصد الشريعة وأهدافها العامة خاصة القواعد الكبرى، لأنها تعطي تصورا واضحا عن المقاصد والغايات، مثل:(المشقة تجلب التيسير) أو (الرخص لا تناط بالمعاصي) أو (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).

ثالثا– تعصم الباحث من الوقوع في التناقض عند رد الجزئيات والفروع الى الكليات، يقول القرافي:(ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت)[5].

---

(1) الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت 790 هـ)، الموافقات، (تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان)، ط1، دار ابن عفان، 1417 هـ - 1997 م : 100/4.

(2)الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 1425هـ/2004م: 947/2، الغرياني، الصادق ابن أحمد، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، ط1، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، 1423هـ/2002م: ص9.

(3)الباحسين، يعقوب ابن عبد الوهاب، القواعد الفقهية، ط1، مكتبة الرشد، الرياض،1418هـ/1998م،: ص 43.

(4) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي (ت 684هـ)، الفروق ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط (ت723 هـ)، وتهذيب الفروق لمحمد علي بن الحسين المكي المالكي، (تح: خليل عمران المنصور)، (د ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م : 3/1.

(5) المرجع نفسه.

رابعا– تسهيل المعرفة الفقهية، إذ يفسح المجال واسعا لدارس الفقه بقواعده من الارتقاء بدراسة الجزئيات إلى دراسة الكليات، وبهذا المعنى قال القرافي:(ومن ضبط الفقه بقواعده، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات) [1].

خامسا– تنمية الملكة الفقهية عند الفقيه مما يؤهله لرتبة الاجتهاد ويمكنه من التخريج والالحاق لا سيما الوقائع المستجدة والنوازل.

يقول ابن نجيم: (... هي أصول الفقه في الحقيقة وبها يرتقي الفقيه الى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى) [2].

(1) الفروق 3/1.

(2) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (تح: الشيخ زكريا عميرات)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م: ص15.

المبحث الثاني

معنى قاعدة: (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) وألفاظها.

المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة.

المطلب الثالث: ألفاظ القاعدة عند العلماء والفروق بينها.

المطلب الرابع: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة وغيرها من القواعد

المبحث الثاني: معنى قاعدة :(الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) وألفاظها وصيغها.

المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف الأصل.

أولا– تعريف الأصل لغة:

أصل كل شيء أسفله وأساسه الذي يبنى عليه ويتفرع عنه، سواء كان البناء حسيا كبناء السقف على الجدران، أو معنويا كبناء الحكم على دليله، فكل من الجدران والدليل أصل، لأنهما يبنى عليهما غيرهما[1].

ثانيا– تعريف الأصل اصطلاحا: أما في الاصطلاح فقد أطلق على معان متعددة[2]، منها:

1– الدليل: نحو الأصل في هذا الحكم السنة، والأصل في وجوب الصلاة **قوله تعالى:**﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ (**البقرة 4**)

أي: الدليل على ذلك.

2– القاعدة المستمرة: وذلك كقولهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل، وقولهم كذلك الأصل أن النص مقدم على الظاهر، أي القاعدة المستمرة في ذلك.

3– الراجح: نحو الأصل عدم الحذف، أي الراجح، وإذا تعارض القرآن والقياس فالقرآن أصل، أي راجح عليه، وإذا تعارضت الحقيقة والمجاز فالحقيقة هي الأصل أي الراجحة عند السامع.

4– المستصحب: أي الحكم المتيقن الذي يجري استصحابه، نحو: من تيقن الطهارة وشك في زوالها فالأصل الطهارة، أي المتيقن مستصحب، والأصل في المياه الطهارة أي المتيقن المستصحب.

5– الصورة المقيس عليها: وهي التي تقابل المقيس أو الفرع في القياس، كقولهم: الخمر أصل النبيذ في الحرمة، أي أن الحرمة في النبيذ متفرعة عن حرمة الخمر، بسبب اشتراكهما في العلة.

---

(1) لسان العرب:16/11، الفيروزآبادى، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت 817هـ)، القاموس المحيط، (تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي)، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ – 2005م: 1242/1، مقاييس اللغة:109/1.

(2) انظر: القواعد الفقهية للباحسين: ص 72–75.

الفرع الثاني: تعريف المعاملة.

أولا– تعريف المعاملة لغة:

مصدرها عامل، وعاملت الرجل أعامله معاملة إذا ساومته في العمل، والعين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعل[1].

ثانيا– تعريف المعاملة اصطلاحا: المعاملة عند الفقهاء (عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج)، أي الناتج عنها وتطلق أيضا على (الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الدنيا باعتبار بقاء الشخص كالبيع والشراء والإجارة ونحوها)[2].

وكما هو ظاهر فإن المعنى اللغوي هو المراد هنا لكون القاعدة شاملة لجميع أبواب الفقه بما في ذلك العبادات والمعاملات والحدود وغيرها من الأبواب.

الفرع الثالث: تعريف النقيض.

أولا– النقيض لغة: فعيل من النقض.

(النون والقاف والضاد أصل صحيح يدل على نكث شيء، والنقيض: المنقوض)[3].

ومنه: تناقض الكلامان أي تدافعا حتى كان كل واحد منهما يهدم الآخر ويبطله.

وناقضته في الشيء مناقضة ونقاضا أي خالفته.

فالنقض بمعنى الإفساد والهدم والإبطال[4].

ثانيا– النقيض اصطلاحا: من النقض

عرفه الجرجاني بأنه:(بيان تخلف الحكم المدعى ثبوته، أو نفيه عند دليل المعلل الدال عليه في بعض الصور)[5].

---

(1) انظر لسان العرب: 474/11 مادة عمل، ومقاييس اللغة لابن فارس: 154/4 مادة عمل.

(2) التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي (ت بعد 1158هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، (تح: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج)، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996م: 1573/2.

(3) المصباح المنير: 621/2.

(4) انظر: لسان العرب :242/7، الأزهري، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (ت 370هـ)، تهذيب اللغة، (تح: محمد عوض مرعب)، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م: 269/8.

(5) التعريفات: ص3150 باب النون.

وهذا الاصطلاح يذكره الأصوليون عند الحديث عن العلة وقوادحها[1].

ومعنى ذلك: أن يدعي القائس ثبوت الحكم لثبوت علة من العلل، فتوجد العلة مع عدم الحكم، فيكون نقضا لها ومبطلا لدعوى من ادعى أنها جالبة للحكم.

مثال ذلك: أن يقول علماؤنا المالكية في بيع الأعيان الغائبة: معقود عليه جهلت صفته فبطل بيعه، أصله إذا قال لك: بعتك ثوبا، فيقول الحنفي: هذا ينتقض بالمنكوحة، فإنها معقود عليه جهلت صفته ويصح العقد[2].

والمعنى المراد هنا هو اللغوي الذي تستقيم به القاعدة، ويتضح به المعنى الإجمالي لها، كما سنبينه إن شاء الله تعالى.

الفرع الرابع: تعريف المقصود.

أولا– المقصود لغة:

مفعول من القصد، و(قصد: القاف والصاد والدال أصول ثلاثة، يدل أحدها على إتيان شيء وأمه، والاخر على اكتناز في الشيء)[3] ، (قال ابن جني: أصل (ق ص د) ومواقعها في كلام العرب الاعتزام والتوجه والنهود والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان ذلك أو جور)[4].

ثانيا– المقصود اصطلاحا:

أولا– عند القدامى: لم نجد في حدود اطلاعنا من عرف القصد اصطلاحا، إلا أن القرافي عرف النية بالقصد فقال: (وهي قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله)[5] ،

---

(1) انظر، الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الذهبي المالكي (ت ٤٧٤ هـ)، الحدود في الأصول للباجي، تح: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية،ط1، بيروت – لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م: ص124، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، المستصفى، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي،ط1، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م: ص 124.

(2) الإشبيلي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ)، المحصول في أصول الفقه، (تح: حسين علي اليدري - سعيد فودة)،ط1، دار البيارق ، عمان، 1420هـ - 1999: ص138.

(3) مقاييس اللغة: 95/5.

(4) لسان العرب:355/3.

(5) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت ٦٨٤هـ)، الذخيرة، (تح: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة)، ط1، دار الغرب الإسلامي- بيروت، 1994 م : 240/1.

فجعل النية هي القصد، وذهب ابن القيم الى التفريق بينهما حيث قال: (فالنية هي القصد بعينه ولكن بينها وبين القصد فرقان...)[1] .

ثانيا– عند المعاصرين: عرفوا القصد بأنه: (الإرادة والنية، أو العزم المقترن بالفعل)[2]، أو(عزم القلب على الشيء)[3]، وكلا المعنيين اللغوي الأول والاصطلاحي، مناسب للقاعدة، كما سيتبين في المعنى الإجمالي لها إن شاء الله تعالى.

الفرع الخامس: تعريف الفاسد.

أولا– تعريف الفاسد لغة: اسم فاعل من فسد.

والفساد: نقيض الصلاح، وفسد يفسد وأفسدته[4]، فهو فاسد، وفسد الشيء بالضم فهو فسيد، والاستفساد خلاف الاستصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة[5].

ثانيا– تعريف الفاسد اصطلاحا: ضد الصحيح، وهو ما فقد منه ركن أو شرط بلا ضرورة، فهو مرادف للباطل، ولا ينافيه اختلافهما في بعض الأبواب، لأن ذلك اصطلاح آخر[6].

والمعنى اللغوي هو المراد والأنسب لمعنى القاعدة.

المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن الشارع الحكيم جعل قصد المكلفين من الفعل تابعا لقصده في التشريع، فلذلك كان واجبا على المكلفين مراعاة ما يقصده الشارع فيما يشرع من الأحكام وعدم مخالفة تلك المقاصد لأن ذلك مناقض للمصلحة التي أرادها الشارع وتحصيلا للمفاسد التي قصد إلى دفعها.

---

(1) ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت751 هـ)، بدائع الفوائد(آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال)،(تح: علي بن محمّد العمران)،ط5، دار عطاءات العلم الرياض، 1440 هـ - 2019 م : 1143/3. انظر : د.محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ،(د،ط) ، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2006م،: ص 93 - 94 .

(2) محمد حسن عبد الغفار، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية ، http://www.islamweb.net: 3/3.

(3) محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2 ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ،1408هـ - 1988 م: ص490

(4) كتاب العين:231/7.

(5) الصحاح تاج اللغة: 519/2.

(6)الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا ، زين الدين أبو يحيى السنيكي (ت ٩٢٦هـ)، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة تح: د. مازن المبارك،ط1، دار الفكر المعاصر - بيروت ١٤١١: ص75 بتصرف يسير.

وكان الفعل الواقع من المكلف على خلاف أمر الشارع وقصده محرما عليه غلقا لباب الفساد، ويمنع مما يترتب عليه معاملة له بنقيض قصده.

قال الشاطبي: (كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم يشرع له فعمله باطل)[1].

وقال ابن القيم: (وهذا باب واسع جدا، عظيم النفع، فمن تدبره يجده متضمنا لمعاقبة الرب سبحانه من خرج عن طاعته بأن يعكس عليه مقصوده شرعا وقدرا، دنيا وأخرى)[2].

المطلب الثالث: صيغ القاعدة عند العلماء، والفروق بينها.

إن القاعدة وإن كانت في الجملة محل وفاق واعتبار عند علماء المذاهب، إلا أنهم قد اختلفت عباراتهم عنها، ولعلنا نذكر أهم ألفاظها التي نصوا عليها في كتبهم ونكتفي بثلاث أمثلة في كل مذهب:

الفرع الأول: صيغ القاعدة عند العلماء.

أولا– صيغ القاعدة عند علماء الحنفية: وردت عندهم بألفاظ متقاربة مدارها على استعجال الشيء قبل أوانه.

1–(القاعدة الخامسة عشر: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)[3].

2– (من استعجل ما أخره الشرع يجازى برده)[4].

3– (من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته، عوقب بحرمانه)[5].

ثانيا– صيغ القاعدة عند علماء المالكية:

1– (من استعجل الشيء قبل وقته عوقب بحرمانه).[1]

---

(1) الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت 790 هـ)، الموافقات، (تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان)، ط1، دار ابن عفان، 1417 هـ - 1997 م : 100/4.: 27/3-28.

(2)ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت ٧٥١هـ)، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان تح: محمد حامد الفقي،(د ط ت ن)، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية:360/1.

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص132، مجلة الأحكام العدلية: ص28، درر الحكام:99/1، موسوعة القواعد الفقهية: 1-150/2.

(4) علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ)، درر الحكام، (تعريب: فهمي الحسيني)، ط1، دار الجيل، 1411هـ - 1991م: 99/1، المادة 99.

(5) المرجع نفسه.

2- (الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد)[2].

3- (من استعجل الشيء قبل أوانه فإنه يعاقب بحرمانه)[3].

ثالثا- صيغ القاعدة عند علماء الشافعية:

1-(فيعارض بنقيض مقصوده)[4].

2- (من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه)[5].

3- (من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه)[6].

رابعا: صيغ القاعدة عند علماء الحنابلة:

1-(المعارضة بنقيض القصد)[7].

2-(المعاقبة بنقيض المقصود)[8].

3-(من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه المحرم عوقب بحرمانه)[1].

---

(1) القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، (تح: حميش عبد الحق)، (د ط) ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز ، مكة المكرمة: 86/1.

(2) ابن الوكيل، أبو عبد الله محمد ابن مكي عبد الصمد بن المرحل المعروف بصدر الدين (ت716)، الأشباه والنظائر، (تح محمد حسن محمد إسماعيل)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 1423هـ-2002 م: 416/1، الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى (ت 914هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، المعروفة بقواعد الونشريسي، (تح: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني)،ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1427 هـ - 2006م : ص132، القاعدة السابعة والثمانون.

(3) قواعد الونشريسي: 320/1.

(4) الغزالي، المستصفى: ص 312.

(5) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت 911 هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، (د، تح)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ - 1983م: ص152.

(6) نفس المرجع: ص153.

(7) ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر: ص304، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت728هـ)، مجموع الفتاوى، (ج، ت): عبد الرحمن بن محمد بن قاسم رحمه الله، وساعده: ابنه محمد وفقه الله)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة، 1425 هـ - 2004 م: 26/23.

(8) ابن قدامة، المغني: ص18، ابن تيمية، مجموع الفتاوى:503/21.

4- (من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغي ذلك الشرط وصار وجوده كالعدم،

ولم يترتب عليه أحكامه)[2].

وبعد هذه النقول من نسبة القاعدة إلى المذاهب الفقهية يتضح لنا أنها من القواعد المهمة التي اعتنى بها الفقهاء ونصوا عليها وإن اختلفت عباراتهم فإنها تلتقي في معاني متقاربة.

الفرع الثاني: الفروق بين ألفاظ القاعدة.

بعد التأمل لصيغ القاعدة الواردة وإلغاء الفروق اللفظية التي ليس لها أثر في معنى القاعدة مثل (المعاقبة) و(المعارضة) و(المعاملة) و(القصد) و(المقصود) نجد أن مدار القاعدة على صيغتين اثنتين هما:

- المعاملة بنقيض المقصود الفاسد.

- المعاقبة بالحرمان لمن استعجل الشيء قبل أوانه.

إن الناظر في الصيغتين يجد أنهما تشتركان في الجملة في معنى المعاقبة بنقيض المقصود من المخالف للشرع، لذا لم يفرق بينهما جمع من العلماء كالزركشي في المنثور والحصني في قواعده[3].

إلا أنه عند إعمال النظر يتجه القول بأن بينهما فرقا حقيقيا، وهو أن لفظ من (استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه) مرتكز على طلب تحصيل الشيء قبل بلوغ الأجل الذي حده الشارع له.

بينما لفظ (المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) أتم وأشمل إذ لا أثر للاستعجال فيه، وغالب التطبيقات المذكورة في كتب القواعد الفقهية وأبواب كتب الفقه إنما أدرجت تحت هذا اللفظ وعللت به، حتى زعم السيوطي أنه لم يدخل في الحقيقة تحت لفظ (من استعجل شيئا قبل أوانه)،

إلا مسألة حرمان القاتل من الإرث[4].

---

(1) ابن رجب البغدادي الحنبلي أو الفرج عبد الرحمن بن أحمد (ت 795 هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بـ (قواعد ابن رجب)، (تح: أ. د. خالد بن علي المشيقح، د. عبد العزيز بن عدنان العيدان، د. أنس بن عادل اليتامى)، ط1، ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، توزيع دار أطلس، الرياض، 1440 هـ - 2019 م، 293/2.

(2) نفس المرجع: 401/2، القاعدة (102).

(3) انظر: المنثور في القواعد للزركشي: 138/3 والقواعد للحصني: 241/12.

(4) انظر: الأشباه والنظار للسيوطي: 265/11.

وعلى التفريق بينهما جمع من العلماء منهم ابن السبكي والونشريسي كما هو ظاهر صنيعه من إفراد كلا اللفظين في إيضاحه من غير نسبة أحدهما للآخر[1].

المطلب الرابع: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة وغيرها من القواعد.

الفرع الأول: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة:

إن مقاصد الشريعة وقاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد تعتبران من جنس واحد ألا وهو المقاصد وإن اختلفتا في النوع إذ تدخل القاعدة محل الدراسة في مقاصد المكلفين، ولا يخفى أن من مقاصد وضع الشرائع أن يوافق قصد المكلف من عمله قصد واضع الشريعة، فهي بطريق مباشر تحمل المكلف على موافقة الشارع فيما قصد إليه من شرعه، حيث توجب عليه سلوك السبل المشروعة والأسباب المباحة للوصول إلى ما أباحه الله له، فإذا خالف ما لم يشرعه الله من الأسباب للوصول إلى مآربه وإن كانت مما أباحه الله له أبطل سببه وعومل بنقيض قصده فيما يترتب على ذلك من أثر.

يقول الإمام الشاطبي:(أن يقصد توابع السبب، وهي التي تعود عليه بالمصلحة ضمنا؛ كالوارث يقتل الموروث ليحصل له الميراث والموصى له يقتل الموصي ليحصل له الموصى به، والغاصب يقصد ملك المغصوب فيغيره ليضمن قيمته ويتملكه، وأشباه ذلك؛ فهذا التسبب باطل؛ لأن الشارع لم يضع تلك الأشياء في خطاب التكليف ليحصل بها في خطاب الوضع مصلحة؛ فليست إذا بمشروعة في ذلك التسبب)[2].

فالقاعدة تمنع التسبب بما لم يشرع من الأسباب بغية التوصل إلى مصالح قد تكون في الأصل مشروعة، وفي ذلك كما لا يخفى محافظة على مقاصد الشارع إذ تجعل قصد المكلف حين المخالفة غير معتبر بل تتجاوز ذلك لتعاقبه بنقيض مقصوده إمعانا في معاقبته وزجرا لغيره عن ذلك.

الفرع الثاني: علاقة القاعدة بالحيل:

للقاعدة علاقة وثيقة بإبطال الحيل، وما أبطلت الحيل إلا استنادا إلى قاعدة المقاصد التي تتفرع عنها قاعدة المعاقبة بنقيض المقصود الفاسد، والتي يمكن أن تجعل أصلا في باب إبطال التحايل فالمكلف إذا احتال على ما أمر الله به وأوجبه عليه لأجل أن يسقطه أو تحايل على ما منعه منه وحرمه عليه لأجل أن يحصله روعي قصده فيما أراد وابتغى، فعوقب بنقيض قصده وأبطلت حيلته في ذلك ومنع من أثرها إن كان.

---

(1) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي: 127/1، إيضاح المسالك للونشريسي: ص 132.

(2) الموافقات: 1/ 404-405.

ومن تأمل الشرع الحنيف بقواعده وأحكامه يجد أنه قد سدّ على أصحاب الحيل الطريق التي يسلكونها للتحيل بالباطل، وأبطل عليهم مقاصدهم وقابلهم بنقيضها شرعا وقدرا.

يقول ابن القيم: (وقد استقرت سنة الله في خلقه شرعا وقدرا على معاقبة العبد بنقيض قصده، كما حرمهم من الميراث، وورث المطلقة في مرض الموت، وكذلك الفار من الزكاة لا يسقطها عنه فراره، ولا يعان على قصده الباطل فيتم مقصوده، ويسقط مقصود الرب تعالى، وكذلك عامة الحيل إنما يساعد فيها المتحيل على بلوغ غرضه ويبطل غرض الشارع)[1].

وقال أيضا: (ومن تأمل الشريعة ورزق فيها فقه نفس رآها قد أبطلت على أصحاب الحيل مقاصدهم وقابلتهم بنقيضها، وسدت عليهم الطرق التى فتحوها للتحيل الباطل)[2]، (فالمحتال بالباطل معامل بنقيض قصده شرعا وقدرا)[3].

الفرع الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد:

إن مدار الشرع الحنيف في أحكامه أوامره ونواهيه إنما هو على قاعدة المصالح والمفاسد، والمعنى أنه لم يترك مصلحة إلا و أمر بها وشرع السبل الموصلة إليها ولا مفسدة إلا و نهى عنها و قطع كل طريق موصل اليها، ولم يترك الله تعالى تعيين هذه المصالح إلى أذواق الناس وأهوائهم، وإلا لتناقضت المصالح، بل جعل المصح الحقة هي ما قدره الشارع لعباده.

وكما حدد الشارع الحكيم مصالح العباد فقد حدد السبل الكفيلة لجلبها فمن أراد تحصيلها من غير ما عينه الشرع فقد سعى إلى نقيضها، فيسد عليه الباب ويرد عليه قصده ويعامل بنقيض ما سعى إليه.

فالأسباب الممنوعة أسباب للمفاسد إلى المصالح كما أن الأسباب الممنوعة أسباب للمصالح الى المفاسد[4].

فإذا كان قصد الشارع من الزواج هو تحصيل المصالح المناطة به من التحصين والسكن وربط الأواصر وتحصيل الولد فإن من تنكب هذه المصالح وتزوج قاصدا إحلال الزوجة لزوجها الأول كان بذلك مخالفا مخالفة صريحة لما قصد الشارع إليه فبطل بذلك عمله ورد عليه قصده وعوقب بنقيضه من عدم ترتب أثره[1].

---

(1) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت 751هـ)، إعلام الموقعين، (تح: محمد عبد السلام إبراهيم)،ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1411هـ - 1991م : 3/246-247.

(2) إغاثة اللهفان: 1/357.

(3) المرجع نفسه:1/613 .

(4) انظر: الموافقات: 1/174.

الفرع الرابع: علاقة القاعدة بسد الذرائع:

إن لكل غاية ومقصد ذرائع و وسائل تفضي إليه، و لما كانت المقاص الفاسدة لا يتوسل إليها إلا بذرائع و وسائل ، عمد الشارع الحكيم إلى قطع كل طريق مؤد إلى الفساد غلقا لأبواب الشر و إعداما له ، و كما أنه يقلب مقصود المكلف في الغايات الفاسدة ، فانه يعاملة بمثل ذلك فيما يكون ذريعة إليها إذ الذرائع المفضية إلى الفساد تأخذ حكمه ، ووسيلة المقصود تابعة له .

قال ابن القيم:(فالتذرع إلى المحرمات بالاحتيال عليها أولى بالإبطال والإهدار، إذا عرف قصد فاعله، وأولى أن لا يعان فاعله عليه، وأن يُعامل بنقيض قصده، وأن يبطل كيده ومكره)[2].

– ومن هنا تتبين العلاقة الوطيدة بين قاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، وبين قاعدة الذرائع، إذ أن كل ذريعة يقصد منها في الغالب مناقضة الشرع في ما قصد إليه فإنه يمنع منها و إن كانت في الأصل مباحة قطعا للطريق عليه، ومقابلة لقصده في الوصول إلى ما حرم الشارع بنقيض ذلك ألا و هو المنع منه .

: هذا و إن كانت قاعدة (سد الذرائع) مبناها على أصل اعتبار المآلات، (والنظر في المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته، بل إلى نتيجة العمل وثمرته)[3] ، و (المعول عليه في سد الذرائع ليس هو النية أو القصد إلى المفسدة الممنوعة، ولكن ما يترتب على الفعل من المفاسد في مجرى العادة، أو ما يقصد به في العرف وإن لم يثبت قصد خاص للفاعل، بل و إن ثبت القصد الحسن و النية الخالصة) [4] .

أما قاعدة (المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، فالمعول عليه فيها، النية الفاسدة والباعث غير المشروع أو ما يكون علامة عليه من (كثرة الوقوع) أو أن يكثر في الناس بمقتضى العادة)[5]، بالإضافة إلى ما يؤول إليه الفعل فقاعدة سد الذرائع (هي بمثابة المانع و الواقي من الوقوع في المفسدة. أما قاعدة (المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) فهي بمثابة الجزاء و الرادع، الأولى تكون العمل المشتبه فيه فيلجأ إليها للمنع من ذلك العمل، وأما الثانية فيلجأ إليها بعد وقوع المكلف في المحظور بنيته السيئة وقصده الفاسد، فيكون جزاءه عكس ذلك عليه.

---

(1) انظر: الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم زيد، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط1، دار الفكر، دمشق،1421هـ/2000م : ص338.

(2) إغاثة اللهفان: 1 /527.

(3)محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره–آراؤه وفقهه، ط2، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة : ص135.

(4) نظرية المصلحة: 216.

(5) الموافقات: 4/144، وينظر الفروق، الفرق الرابع والتسعون بعد المائة: ص 262/224.

المبحث الثالث

استمداد القاعدة وأدلتها

المطلب الأول: أدلة القاعدة من الكتاب العزيز.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة من آثار السلف.

المبحث الثالث: استمداد القاعدة والأدلة عليها.

اتفق جمهور العلماء على صحة هذه القاعدة وإعمالها، وأنها تدخل في الأحكام الدنيوية والأخروية[1]، وأنها جرت عليه سنة الله شرعا وقدرا، قال ابن القيم:(وقد استقرت سنة الله في خلقه شرعا وقدرا على معاقبة العبد بنقيض قصده)[2].

ويدل على ذلك أدلة كثيرة من نصوص الكتاب والسنة وعمل الصحابة، كما يدل عليها ما يدل على بطلان الحيل ولزوم سد الذرائع الموصلة إلى الفساد وغير ذلك من القواعد ذات الصلة بها.

---

(1) خلافا للظاهرية الذين ينفون القياس والتعليل، ويرون ضرورة الوقوف عند موارد النصوص. انظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦ هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، (تح: الشيخ أحمد محمد شاكر)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د ت ن): 7/388-389.

(2) إعلام الموقعين: 3/312).

المطلب الأول: أدلة القاعدة من الكتاب العزيز.

أولا– قوله تعالى:﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ (البقرة276)

في هذه الآية بيان عقوبة الله للمرابي الذي يطلب وفرة مالية بما حرمه الله عليه من الربا بمحق ماله ونقصانه، قال شيخ الإسلام ابن تيمية:(فإن المرابي يأخذ فضلا محققا من المحتاج ولهذا عاقبه الله بنقيض قصده)[1].

وقال الامام ابن القيم:(في هذه الآية إشارة على أن الله جازى المتعاملين بالربا طلبا للثراء وكثرة المال، بمحق البركة، معاقبة لهم بنقيض قصدهم)[2].

ثانيا– قوله تعالى:﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ خَرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَهُمْ أُلُوفٌ حَذَرَ الْمَوْتِ فَقَالَ لَهُمُ اللَّهُ مُوتُوا ثُمَّ أَحْيَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى النَّاسِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَشْكُرُونَ﴾ (البقرة243).

قيل في سبب نزولها: أنها نزلت في قوم من بني إسرائيل، كتب عليهم القتال، ففروا منه، طلبا للحياة وخشية من الموت، فعوملوا بنقيض قصدهم، وأماتهم الله تعالى في آن واحد[3].

ثالثا– قوله تعالى:﴿وَاسْأَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ (الأعراف163).

وهذه الآية بسط **قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾ (البقرة65)**

وهي تخبر عن واقع يهود قرية آيلة الذين حرم عليهم الصيد يوم السبت ابتلاء وامتحانا لهم، وكانت الأسماك تأتيهم يوم السبت، وهو اليوم الذي حرم الله سبحانه وتعالى الصيد فيه وبقية الأيام لا تأتيهم، فاحتالوا على انتهاك الحرمة وألقوا الشباك يوم الجمعة ليأخذوها يوم الأحد وقد تجمعت فيها الأسماك، فسمى الله تعالى هذا العمل اعتداء، وجزاهم على صنيعهم ذلك واستعجالهم الحصول على الأسماك قبل موعد حلها، بنقيض قصدهم، وعاقبهم بأن مسخهم قردة خاسئين[4].

---

(1) مجموع الفتاوى: 236/32.

(2) إغاثة اللهفان: 8/6-9.

(3) انظر : ابن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن: 370/2.

(4) انظر: القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرءان، (تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384 هـ - 1964 م: 306/7، ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (ت 774 هـ)، تفسير القرءان العظيم، (تح: محمد حسين شمس الدين)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ: 291/1، إعلام الموقعين: 157/2-158.

المطلب الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية.

أولا– ما رواه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجذام والافلاس)[1].

وجه الدلالة: في الحديث دليل على المعاملة بنقيض المقصود، لأن المحتكر للطعام إنما قصد زيادة السعر، بطريق فيه ظلم وإضرار بالمسلمين، فلما قصد ذلك، عاقبه الله تعالى بنقيض قصده فضربه بالإفلاس والخسارة.

وما رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:(الربا وإن كثر فإن عاقبته إلى قل)[2].

ثانيا– ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال:(من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أدى الله عنه، ومن أخذ يريد إتلافها، أتلفه الله)[3].

فالحديث يدل على معاقبة المستدين أموال الناس لتكثير ماله، وهو لا يريد أدائها إليهم، بإتلافه واتلاف ماله عقوبة له على جرمه ومعاملة له بنقيض مقصوده الفاسد.

ثالثا– ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال :(القاتل لا يرث)[4].

وجه الدلالة: هذا الحديث يدل على أن القاتل يحرم من الميراث، لأنه استعجل نصيبه قبل حينه بوسيلة محرمة، فيعاقب بنقيض قصده، ويحرم من الإرث.

---

(1) أخرجه أحمد بن محمد بن حنبل (ت241هـ) المسند، (تح: أحمد محمد شاكر)، ط1، دار الحديث – القاهرة، 1416 هـ – 1995 م، وابن ماجه، أبو عبد الله محمد يزيد ابن ماجه الربعي – مولاهم – القزويني (ت 273 هـ)، جامع السنن (سنن ابن ماجه)، (تح: عصام موسى هادي)، ط2، دار الصديق للنشر، الجبيل، السعودية، 1435هـ – 2014م، (2155)، والطيالسي في (مسنده) (55)، (1/ 11) ، قال البوصيري: إسناده صحيح، ورجاله موثقون. البوصيري، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان الكناني الشافعي (ت 840هـ)، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه ، (تح: محمد المنتقى الكشناوي)،ط2، دار العربية – بيروت1403 هـ: 11/3 .

(2) أخرجه أحمد (395/1)، وابن ماجه (2279) والحاكم (2/ 43) وصححه، قال البوصيري: إسناده صحيح ورجاله ثقات، مصباح الزجاجة: 2/ 42.

(3) أخرجه البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري (ت 256 هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وسننه وأيامه، طبعة: مراجعة ومصححة على النسخة السلطانية، ط1، دار التأصيل – القاهرة، 1433 هـ – 2012 م: (2387).

(4) أخرجه الترمذي (2109) وقال هذا حديث لا يصح، لا يعرف هذا إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن أبي فروة قد تركه بعضهم، والعمل عند أهل العلم أن القاتل لا يرث، وابن ماجة (2645)، والنسائي:(6335)،قال البغوي وإسناده ضعيف، شرح السنة: 8 / 367.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة من آثار السلف.

أولا– ما ثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه ورث تمارض بنت الأصبغ الكعبية من زوجها عبد الرحمن بن عوف، وكان قد طلقها في مرضه، فبتها[1].

وجه الدلالة: أن عثمان رضي الله عنه ورث تمارض لما طلقها زوجها في مرض موته، خشية قصد حرمانها من الميراث معاملة له بنقيض قصده.

ثانيا– ما ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى الأمصار: (أيما امرأة تزوجت عبدها أو تزوجت بغير بينة ولا ولي فاضربوها وفرقوا بينهما)[2].

وجه الدلالة: إبطال عمر نكاح من تزوجت عبدها قبل عتقه، أو تزوجت بغير بينة ولا ولي، وأمر بضربها، والتفريق بينها وبين من تزوجت به على هذه الصفة، معاقبة لها بنقيض قصدها، لأنها استعجلت في الزواج من عبدها قبل عتقه، وكذا في استعجالها الزواج قبل ثبوت البينة وشهود الولي.

ثالثا– قضاء أمير المؤمنين علي الله في رجل قطع فرح امرأته أن تؤخذ منه دية الفرج، ويجبر على إمساكها حتى تموت، وإن طلقها أنفق عليها[3].

وجه الدلالة: أن حمله على إمساكها مع النفقة عليها عقوبة له بنقيض قصده، فإنه قصد التخلص منها بطريق محرم، وقد كان يمكنه الخلوص منها بالطلاق أو الخلع، فعدل عن ذلك إلى هذه المثلة القبيحة و الظلم البين، فكان جزاءه أن يلزم بنفقتها و إمساكها إلى الموت.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق (12192)، والشافعي في الأم (5/ 271)، والدارقطني (4049)، و البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت 485هـ)، معرفة الآثار والسنن، (تح: عبد المعطي أمين قلعجي)، ط1، دار قتيبة (دمشق –بيروت)، 1412هـ – 1991م ، (4726)،وصححه ابن حجر: التلخيص الحبير(1755).

(2) أخرجه عبد الله ابن الإمام أحمد، مسائل أحمد بن حنبل بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت 241 هـ)،(تح: زهير الشاويش (ت 1434 هـ))،ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401هـ 1981م : (1191)، وسعيد ابن منصور (1/ 224)، وابن أبي شيبة (30675)، ورجاله ثقات؛ إلا أن بكرًا لا يعرف له سماع من عمر، وسنه لا تحتمل ذلك. انظر: (تهذيب الكمال) (4/ 217).

(3) ذكره ابن القيم في الطرق الحكمية: ص 77 .

الفصل التطبيقي:

التطبيقات الفقهية لقاعدة:(الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في المعاملات المالية:

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود المعاوضات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في البيوع.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الربا.

المبحث الأول: التطبيقات الفقهية لقاعدة:(المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في عقود المعاوضات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في البيوع.

الفرع الأول: البيع الفاسد:

أولا: صورة المسألة:

المشتري شراء فاسدا إذا باع ما اشتراه بيعا صحيحا، هل يفيد الملك، وينفذ بيعه إذا فات؟.

ثانيا: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على أن البيع إذا وقع فاسدا ولم يفت المقبوض ببيع أو تعيب أو تغير بنماء أو نقصان أن حكمه الرد، وإنما وقع الخلاف إذا تم عقد البيع وقبض ثم تغير أو تصرف فيه ببيع أو رهن أو هبة أو غير ذلك من التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة[1]؟.

اختلف العلماء في هذه المسألة الى ثلاثة أقوال[1]:

(1) انظر بداية المجتهد: 299/02.

القول الأول: أن البيع إذا فات يفيد الملك، وهو مذهب أبي حنيفة[2].

القول الثاني: أن البيع إذا فات لا يفيد الملك، وهو مذهب الشافعي[3] وأحمد في المعروف من مذهبه[4].

القول الثالث: أن البيع إذا فات أفاد الملك، وإن أمكن رده إلى مالكه ولم يتغير في وصف، ولا سعر لم يفد الملك، وهو المحكي عن مذهب مالك[5].

ثالثا: أدلة المذاهب[6]:

أدلة القول الأول:

1– أن البيع الفاسد مشروع فيفيد الملك في الجملة، والدليل على أنه مشروع بأصله: النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو **قوله تعالى:﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾(سورة البقرة 275)**، وغير ذلك مما ورد من النصوص العامة في هذا الباب لأن النهي ليس واردا على حقيقة العقد، وإنما على وصف من أوصافه.

2– انتقال الملك بالقيمة لا بالمسمى فيحصل الملك بالقبض في البيع الفاسد مقابل قيمة المبيع، لا مقابل ما اتفق عليه الطرفان من ثمن؛ لأن العقد منهي عنه، والتسمية فاسدة، فيعتد بالقيمة يوم القبض.

3– دخول المبيع في ضمان المشتري بحيث إذا هلك المبيع عند المشتري هلك مضمونا عليه، لثبوت الملك له بالقبض الصحيح، لكنه يهلك بالقيمة لا بالثمن المسمى كما تقدم.

أدلة القول الثاني:

1 – قال النبي صلى الله عليه وسلم: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)[7]، والبيع المنهي عنه وقع على غير ما أمر به الشارع، فيكون مردودا، فكأنه لم يوجد .

---

(1) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام: 147/17.

(2) تبيين الحقائق: 182/5، بدائع الصنائع: 3/ 83.

(3) العناية شرح الهداية: 460/6.

(4) المغني: 4 / 252.

(5) المدونة: 437/2، بداية المجتهد: 2 / 193.

(6) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 55/9–56، محمد ربيع صبهاجي، الإفساد (فساد العقد) في الفقه الإسلامي، الموسوعة العربية:400/1، مجلة البحوث الإسلامية: 261/95–262.

(7)صحيح البخاري (2697)، و صحيح مسلم (1718).

2 -أجمع سلف الأمة على الاستدلال بالنهي على الفساد، ففهموا فساد الربا من **قوله تعالى**:﴿**وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا** ﴾ (**سورة البقرة 278**)، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل)[1] و (نهى ﷺ عن بيع وشرط)[2] .

3 – البيع الباطل أو الفاسد منهي عنه شرعا، والمنهي عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لترتب الأثر عليه، لأن النهي عن التصرف إنما هو لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته.

أدلة القول الثالث:

فقد جاءت رواياتهم في المسألة، بين الإطلاق والتقييد، فأحيانا يطلقون صحة التملك بالقبض الفاسد، وأحيانا يقيدون ذلك بالفوات[3].

وأدلتهم في القول بالرد إذا أمكن رده إلى مالكه عموم ما ذهب إليه الجمهور، من أن العقد الفاسد حرام، ولا يجوز الانتفاع به بأي صورة من آثار العقد الصحيح، فكيف يكون ذلك والواجب فسخه، شاء المتبايعان أم أبيا.

أما إذا فات فإنهم خالفوا أصلهم فتوسطوا في هذه المسألة بين الحنفية والشافعية بناء على قولهم بأن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، قال القرافي:(آثار العقود هي التمكن من البيع والهبة، والأكل والوقف وغير ذلك. وأما العوارض التي تلحق بها على أصولنا، فذلك أن النهي يدل على الفساد عندنا –يعني المالكية– وعند الشافعية، وعلى الصحة عند الحنفية، فطرد الحنفية أصلهم، وقالوا: إذا اشترى أمة شراء فاسدا جاز له وطؤها، وكذلك جميع العقود الفاسدة. وطرد الشافعية أصلهم وقالوا: يحرم عليه الانتفاع مطلقا، وإن بيع ألف بيع وجب نقض الجميع.

ونحن خالفنا أصلنا، وراعينا الخلاف في المسألة، وقلنا: إن البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء تقرر الملك بالقيمة وهي: حوالة الأسواق، وتلف العين، ونقصانها، وتعلق حق الغير بها.. اهـ)[4].

رابعا: الترجيح:

(1) صحيح البخاري (2185). وصحيح مسلم (1585).
(2) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في نصب الراية، ونقل الزيلعي عن ابن القطان أنه ضعيف، نصب الراية: 4 / 18.
(3) مواهب الجليل: 4/ 380.
(4) شرح تنقيح الفصول: 77 .

ومن استعراض الأقوال الثلاثة وأدلتها في المسألة، يترجح لدينا قول المالكية، وهو أن المقبوض بالعقد الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، وبالتالي، فإذا فات يتملك بالقيمة؛ وذلك لتعذر الرد، حسما للخلاف، وهو المذهب الوسط في هذه المسألة، شرط ألا يتخذ ذلك ذريعة للإفاتة، وإلا عومل بنقيض قصده[1].

وبه يقول شيخ الإسلام ابن تيمية، يقول عبد الرحمن بن سعدي: (فالبائع بيعا فاسدا قد أقبض المشتري المبيع وقد تعوض عنه، ورضي بانتقاله إليه وتمليكه إياه، فالعقد فاسد وهما آثمان على ذلك، ولكن الرضى حاصل، فقد ملكه ذلك المبيع وأذن له بمقتضى هذا أن يتصرف فيه لنفسه، وله جميع ما ترتب عليه من نماء وكسب وغيره ....

فنعمل الأمرين: نحرمه ونؤثمه على نفس العقد الذي حرمه الشارع، وننفذ التصرفات بعد ذلك، ونقر ملكه للمشتري ...

ويوضحه أيضا: أن ترجيعه بعد المدة الطويلة في غاية المشقة والصعوبة، وربما تعذر ذلك بالكلية، فكيف نسلسل إبطال التصرفات الكثيرة، وفي ذلك من الحرج ما تنفيه الشريعة)[2].

خامسا: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

ومحل دخول المسالة في القاعدة على مذهب الشافعي وأحمد في عدم إفادة الملك وإن فات المقبوض ووجوب الرد، أن في ذلك معاملة للمتبايعين بنقيض قصدهما إذا قصدا إلى التملك بعقد محرم.

وعلى قول مالك في صحة التملك إذا فات المقبوض ما لم يتخذ ذلك ذريعة لتصحيح العقد والتملك فإنه إذ ذاك يجب عليه الرد معاملة له بنقيض قصده.

الفرع الثاني: اشتراط البراءة من العيوب في البيع.

أولا: العيب في الاصطلاح: مفرد جمعه عيوب و(هي النقائص التي توجب نقص المالية في عادات التجار، ذلك أن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا، والمرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه أهل هذا الشأن، وهم التجار)[3].

ثانيا: صورة المسألة:

(1) نظر منح الجليل شرح مختصر خليل: 5/75.
(2) الأجوبة النافعة عن المسائل الواقعة: ص 179.
(3) انظر: المغني: 235/6.

أن يبيع البائع عينا من الأعيان كدار أو آلة أو حيوان مشترطا عند العقد على المشتري البراءة من كل عيب فيها أو من عيب معين لغرض من الأغراض[1].

مثالها: اشترى محمد من بكر آلة فقال محمد: بعتك هذه الآلة على أن أكون بريئا من دعوى العيب، فاشتراها بكر على هذا الشرط.

ثالثا: تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء أنه يجب على البائع أن يبين للمشتري عيب المبيع، وأنه لا يجوز له كتمه[2].

قال ابن قدامة: في كلامه على مسائل الخيار:(.... أحدها أن من علم بسلعة عيبا لم يجز بيعها حتى يبينه للمشتري فإن لم يبينه فهو آثم عاص....، فإذا بين للمشتري العيب ووقفه عليه فقد برئ منه ولزم المشتري، ولا رد له بذلك العيب، وهذا بالإجماع[3].

واتفقوا أنه إذا بين له البائع العيب فيه وحد مقداره ووقفه عليه فرضي بذلك أنه قد لزمه ولا رد له بذلك العيب[4].

رابعا: الخلاف في المسألة:

إذا شرط البائع البراءة من العيب مع علمه ولم يبينه أو مع عدم علمه، فقد اختلف أهل العلم في براءته بهذا الشرط على سبعة أقوال، والذي يهمنا من ذلك ويخدم القاعدة هو الشطر الأول من المسألة ألا وهو اشتراط البراءة من العيب في البيع إذا كان البائع عالما.

وقد اختلف الفقهاء الى قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط صحيح ويبرأ به البائع مطلقا، روي ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر[5]، وبه قال الحنفية[1]، وهو قول للشافعية[2]، وهو رواية عن الإمام أحمد[3]، خرجها بعضهم من قوله بجواز البراءة من المجهول[4].

---

(1) انظر: ابن جزي، أبو القاسم محمد ابن أحمد الكلبي المتوفى(741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، (تح: محمد لأمين الضناوي)، دار الكتب العلمية، بيروت2016م: ص207، ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (د، ط)، دار الحديث – القاهرة، 1425هـ - 2004م : 184/2.

(2) المصدر السابق.

(3) انظر: المغني (224/6-225).

(4)انظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، (تح: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1402هـ- م1982: 155، تكملة المجموع :11/ 311.

(5) سيأتي معنا ذكر الأثر في الأدلة.

القول الثاني: إن الشرط غير صحيح إذا كان البائع عالما ولا يبرأ به ، وهو مذهب الجمهور من المالكية[5]، والشافعية[6]في أظهر الأقوال عندهم،

والحنابلة[7].

أدلة القول الأول: من آثار الصحابة:

ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه باع غلاما له بثمان مئة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي، قال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف، وارتجع العبد فباعه بعد ذلك بألف وخمس مئة درهم[8].

وجه الاستدلال:

أنهم اتفقوا على جواز البيع بشرط البراءة من العيب، وإنما اختلفوا في صحة الشرط، فيستدل باتفاقهم على جواز البيع، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم:(المسلمون على شروطهم)[9]، على صحة الشرط[1].

---

(1) رد المحتار: 100/4.

(2) المهذب :1/ 288.

(3) المغني: 178/4.

(4) انظر: مجلة البحوث الإسلامية: 286/52.

(5) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، (تح: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني)، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ/1980م: 712/2-713.

(6) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف (ت 676 هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (تح: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق)، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ / 1991 م: 472/3-473، بن حجر الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي (ت 974 هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (د، تح، ت،ن،ط)، المكتبة التجارية الكبرى بمصر: 361/4.

(7) عند الحنابلة لا يبرأ مطلقا، سواء علم البائع أو لم يعلم، انظر: المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد (ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (تحق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي – د عبد الفتاح محمد الحلو)، ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة – 1415هـ - 1995م: 259/4.

(8) مالك بن أنس (ت179 هـ)، الموطأ، رواية: أبي مصعب الزهري المدني (ت 242هـ)، (تح وعلق عليه: د بشار عواد معروف – محمود محمد خليل، ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1412 هـ - 1991 م : (774).

(9) الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى ، (ت 279هـ)، الجامع الكبير ، (تح: بشار عواد معروف)،ط1، دار الغرب الإسلامي ،

نوقش:

بأنه لا تلازم بين صحة البيع وصحة الشرط، فقد يكون أصل العقد صحيحا ويبطل الشرط، وأما الحديث فقد جاء في آخره في بعض رواياته:(إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال) ، واشتراط البراءة إذا كان مع علم البائع بالعيب وكتمه له فقد يؤدى كما هو ظاهر إلى تحليل الحرام وهو الغش والتدليس، جاء في تكملة المجموع(قال الإمام: الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه، فقد فعل محرما)[2].

من المعقول:

أن هذا الشرط فيه إسقاط المشتري حقه برضاه، والإسقاط لا يفضي إلى المنازعة، فيجوز مع الجهالة[3].

نوقش:

بأنه لا يسلم بأن ذلك لا يفضي إلى المنازعة مطلقا، بل قد يفضي إليها إذا كان العيب فاحشا حيث يتعذر معه الانتفاع بالمبيع، مثالا أو تعددت العيوب، ثم أن المانع من ذلك ليس هو الإفضاء إلى المنازعة فحسب، بل هناك جانب آخر وهو حصول الغبن عند وجود العيب، المؤثر في قيمة المبيع فلا يساوي الثمن الذي حصل به البيع، فينتفي بذلك الرضا، والله أعلم[4].

أدلة القول الثاني: من السنة:

ما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا يحل لامرئ مسلم يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر به)[5].

بيروت1996م : (1352)، وابن ماجه (2353)، وأبو دواد (3594)، ورواه بتمامه الحاكم أيضا في المستدرك، وسكت عنه، وقال الذهبي: هو حديث واه، نصب الراية: 112/4 .

(1) انظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، (د، ت، ن، ط)، مطبعة السعادة، مصر: 92/13.

(2) السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي (ت 756 هـ)، تكملة المجموع شرح المهذب، (تص: لجنة من العلماء بمشاركة إدارة المطبعة)، (د، ط)، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة، 1348-1352 هـ: 118/12.

(3) انظر: الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، 1314 هـ: 43/4.

(4) انظر: مجلة البحوث الإسلامية: 298/52.

(5) أخرجه البخاري (10/3)، ووصله ابن ماجه (755/2)، وقال الإمام ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ) فتح الباري بشرح البخاري، (تح: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه، محب الدين الخطيب)، ط1، المكتبة السلفية – مصر، 1380- 1390هـ: 311/4، إسناده حسن.

وجه الاستدلال:

هذا الحديث دليل على أنه يجب للبائع تحديد العيب وإعلام المشتري به، فلا تبرأ ذمته بمجرد اشتراط البراءة.

من المعقول:

إن اشراط البراءة إسقاط لخيار العيب، وخيار العيب إنما يثبت بعد البيع، فيمتنع أمن يسقط بإسقاطه، كالشفعة فإنها لا تسقط إذا أسقطها قبل البيع[1]، لأنها إنما تثبت بعده.

نوقش

بأنه لا يسلم بأن الشفعة لا تسقط بالإسقاط قبل البيع، بدليل حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال:(قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة[2]، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه، فهو أحق به)[3]، فمفهوم هذا الحديث: أن الشريك إذا أعلم شريكه بالبيع، لا حق له بالشفعة[4].

خامسا: الترجيح:

بعد النظر في القولين والأدلة والمناقشة الواردة عليها، ظهر لنا والله أعلم أن الراجح هو القول الثاني، القائل بعدم صحة اشتراط البراءة من العيب إذا علمه البائع فكتمه، وذلك لما يلي:

1- موافقته لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم:(المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال)[5].

---

(1) انظر: شيخ الإسلام ابن تيمية، الاختيارات الفقهية لدى تلاميذه، لسامي بن محمد بن جاد الله، ط3، دار عطاءات العلم (الرياض)، 1440هـ - 2019م: ص124.

(2) أو حائط، قال ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت 606هـ)، غريب الحديث والأثر، (تح: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي)، (د ط)، المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ - 1979م: 462/1. الحائط: البستان.

(3) رواه مسلم (1608).

(4) ذكر هذه المناقشة، د. عبد الله المطلق في كتاب (بيع المزاد)، ط1، دار المسلم للنشر والتوزيع، 1993/01/01: ص77.

(5) سبق تخريجه.

2- موافقته لقضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه.

3- أن فيه جمعا بين الأدلة الواردة في النهي عن كتمان العيب والغش والغرر، وبين الأدلة التي تجيز البراءة من المجهول، ومتى أمكن الجمع فهو أولى.

وهذا القول رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية[1] وابن القيم[2].

سادسا: وجه اندراج هذه المسألة في القاعدة:

أن البائع إذا علم بالعيب وتقصد كتمه غشا وخداعا بقصد إتمام العقد عومل بنقيض قصده فلا يبرأ من العيب ويثبت للمشتري الخيار بين أن يمضي البيع أو الرد.

الفرع الثالث: البيع جزافا مع علم أحد المتبايعين بقدر المبيع.

أولا: تعريف البيع جزافا.

عرفه ابن عرفة بقوله:(هو بيع ما يمكن علم قدره دونه)[3].

وقيل:(هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد)[4].

ثانيا: صورة المسألة:

إن من شروط صحة عقد البيع أن يكون البيع معلوما للطرفين المتعاقدين غير أنه لا يشترط العلم به من كل وجه إنما يشترط العلم بعينه وقدره وصفته.

وفي بيع الجزاف يحصل العلم بقدر المبيع دون معرفة بوزنه وكيله بحيث يستوي الطرفان في ذلك، وهو مستثنى من الأصل لحاجة الناس واضطرارهم لما يقتضي التيسير في التعامل.

لكن إذا حصل العلم لأحد المتعاقدين بذلك دون الآخر هل يصح عقد البيع جزافا أم لا؟

ثالثا: تحرير محل النزاع:

---

(1) سامي بن محمد بن جاد الله، الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه، (راجعه: سليمان بن عبد الله العمير - جديع بن محمد الجديع)،ط3، دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم (بيروت)، 1440 هـ -2019م: ص 124.

(2) إعلام الموقعين: 305/3.

(3) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، التونسي المالكي (ت 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (د تح)، ط1، المكتبة العلمية، 1350هـ: ص 240.

(4) أحمد بن ناصر الطيار، تقريب فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1441هـ: 569/2.

من المعلوم أنه إذا استوى العاقدان في العلم بوزن أو كيل المبيع لم يكن بيعهما جزافا، وإذا استويا في الجهل بذلك كان عقدهما على الجزاف والصورتان خارجتان عن محل النزاع هنا، فإذا انفرد أحدهما بعلم ذلك دون الأخر فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز البيع جزافا مع علم أحد المتعاقدين بقدر المبيع دون الآخر، وهو قول المالكية[1]، والحنابلة[2]، وفي وجه للشافعية [3].

القول الثاني: أنه يصح مع علم أحد المتعاقدين بمقدار المبيع ذلك قول الحنفية[4]، وهو الأصح عند الشافعية [5].

القول الثالث: في رواية عن أحمد القول بكراهته وعدم تحريمه [6] .

أدلة القول الأول: استدل القائلون بالجواز بجملة من الأدلة منها

1- قوله صلى الله عليه وسلم: (من غشنا فليس منا) [7].

وجه الاستدلال: أن هذا غش لأن الطرف الجاهل يظن أن الأمر بمثابته في الجهل بمقدار المبيع.

2- وقوله ﷺ قال: (من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافا حتى يبين)[8].

وجه الاستدلال: أن هذا نص في المسألة، ولأنه باع جزافا ما علم قدر كيله فلم يجز أصله إذا قال: أبيعك ملء هذه الغرارة وهو يعلم ما تسع.[9]

---

(1)-مالك بن أنس بن مالك الأصبحي (ت 179هـ)، المدونة:(د، تح)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م: 3/ 219.

(2) المغني: 4 / 13.

(3) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676 هـ)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، (تح: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي)، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412 هـ / 1991 م: 3 / 358.

(4) الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الحنفي المتوفى سنة(321هـ)، مختصر الطحاوي، (تح: أبو الوفاء الأفغاني)، لجنة إحياء المعارف النعمانية، مصر،1370: ص 79،

(5) المزني، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى (ت 264 هـ)، المختصر من علم الشافعي ومن معنى قوله، (تح: أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني)، ط1، دار مدارج للنشر، الرياض، 1440 هـ - 2019 م: ص 82.

(6) المغني (4/ 173).

(7) أخرجه مسلم :1/ 99.

(8) أخرجه البخاري: 3/ 23، ومسلم: 3/ 161.

(9) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب: 975/2.

3- ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن النبي صلى الله عليه وسلم:(أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة، وهو يعلم كيله)[1].

4- كون البيع بهذه الصورة يتدرج في الغرر المنهي عنه، فإن بيع الجزاف جاز للضرورة والحاجة فيما يباع تخمينا وحزرا، فإذا عرف قدره لم يجز أن يباع جزافا إذ لا ضرورة فيه.[2]

5- الإجماع الذي نقله مالك[3].

6- لأن الظاهر أن العرف منهما لا يعدل إلى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالجاهل والغش له، ولذلك أثر في صحة العقد وعدم لزومه.

أدلة القول الثاني:

- استدلوا بالقياس قالوا: أنه إذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره، فمع العلم من أحدهما أولى[4].

أدلة القول الثالث:

قالوا بالجواز مراعاة لخلاف العلماء في المسألة.[5]

رابعا: الترجيح:

الذي ظهر لنا والله أعلم أن القول الأول أرجح لقوة الأدلة ودلالة النصوص الصريحة في النهي عن هذا البيع ولضعف أدلة الخصم، ولما في ذلك من التغرير والغش والخديعة والشريعة تنهى عن ذلك.

خامسا: آثار العقد إذا وقع:

ثبوت الخيار للجاهل به سواء كان المشتري أو البائع[6]، ويترتب عليه أن يرد المشتري السلعة التي اشتراها جزافا إذا عرف بعلم البائع بقدرها دونه، وللبائع كذلك فسخ العقد إذا علم بعلم المشتري بقدرها دونه[1].

---

(1) لم نجده بهذا اللفظ، وإنما بلفظ، عن الأوزاعي، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل للرجل أن يبيع طعاما جزافا، قد علم كيله حتى يعلم صاحبه)، عبد الرزاق الصنعاني ، بن همام أبو بكر، المصنف، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط2، ، دار التأصيل، 1437 هـ - 2013 م: 8/ 131،قال السيوطي: (عبد الرزاق عن الأوزاعى معضلا)، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت 911هـ)،(تح: فريق من الباحثين بإشراف د على جمعة)،(دت ن تح ط).

(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، ط: من 1404 - 1427 هـ: 76/9.

(3) المغني: 204/6.

(4) المغني: 204/6.

(5) المرجع نفسه: 4/ 173.

(6) انظر: القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد، (د تح ط)، دار الفكر، 1415هـ - 1995م: 104/2.

سادسا: وجه اندراج هذه المسألة في القاعدة:

أنه متى علم أحد المتعاقدين وجهل الآخر كان الذي علم قد قصد إلى خديعة الذي جهل، فيعامل بنقيض قصده، ويثبت لخصمه الخيار بين أن يمضي العقد على ما يتفقان عليه أو الرد.

الفرع الرابع: الاحتكار.

أولا: تعريف الاحتكار:

- عرفه الحنفية: بأنه اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء [2].

- وعرفه المالكية: بأنه رصد الأسواق انتظارا لارتفاع الأثمان[3].

- وعرفه الشافعية: بأنه اشتراء القوت وقت الغلاء، وإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه للتضييق [4].

- وعرفه الحنابلة: بأنه اشتراء القوت وحبسه انتظارا للغلاء [5].

ثانيا: حكم الاحتكار:

اختلف العلماء في حكم الاحتكار على قولين:

القول الأول: يحرم احتكار قوت الناس، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية[6]، والمالكية[1]، والصحيح عند الشافعية[2]، والحنابلة[3].

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية: 76/9.

(2) ابن عابدين، لمحمد أمين، الشهير (ت 1252 هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، (د تح)، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر1386هـ - 1966م، 5/ 20.

(3) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت1201هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (تح د. مصطفى كمال مصطفى) (د ط) ، دار المعارف بمصر، 1393: 1/ 639.

(4)- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د تح)، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1401هـ1984م: 3 / 456.

(5) المغني: 4 / 244.

(6) بدائع الصنائع: 129/5.

وعبر الحنفية بالكراهة [4]، والمقصود بها كراهة التحريم[5].

القول الثاني: الكراهة، وبه قال الموصلي الحنفي في المغني [6]، وهو قول مرجوح لدى الشافعية[7]،وقول للحنابلة[8].

أدلة القول الأول: استدل القائلون بالمنع بجملة من الأدلة منها

1- ما رواه مسلم عن سعيد ابن المسيب عن معمر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ قال: لا يحتكر إلا خاطئ[9].

وجه الاستدلال:

قوله: (لا يحتكر إلا خاطئ) قال النووي: قال أهل اللغة: (الخاطئ) بالهمز: هو العاصي الآثم، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار) [10].

2- حديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شق الله عليه)[11].

---

(1) المدونة: 3/ 313 .

(2) مغني المحتاج: 2/ 392.

(3) المغني لابن قدامه: 4/ 166.

(4) وقال أبو حنيفة: إذا كان الاحتكار والتلقي في أرض لا يضر بأهلها فلا بأس به وإن كان ذلك يضر بأهلها فهو مكروه، انظر: اختلاف العلماء للطحاوي: 421/3.

(5) انظر: الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الحنفي الملقب بـ «بملك العلماء» (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (د،تح)، ط،1 1327 - 1328 هـ: 5/ 129.

(6) الموصلي، عمر بن بدر بن سعيد الوراني الحنفي، ضياء الدين، أبو حفص (ت 622هـ)، المغني عن الحفظ، دار الكتاب العربي، (د تح)، ط1، بيروت ، 1407 هـ : ص: 519.

(7) المهذب: 1/ 292.

(8) الإنصاف: 4/ 338.

(9) مسلم (1605).

(10) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، 1392 هـ:11/ 43.

(11) الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي (ت 385هـ)، سنن الدارقطني، (تح: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم)،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1424 هـ - 2004 م : 3/ 77، أخرجه الحاكم (2345)، والبيهقي: 6/ 69، من طريق عثمان بن محمد به، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه وقد حسن الحديث جماعة من أهل العلم، منهم النووي في المجموع: 8/ 238. وابن رجب كما في جامع العلوم والحكم (ص: 302)، وانظر: البدر المنير:2 / 438.

وجه الاستدلال:

أن الحديث نص في النهي عن الإضرار بالغير سواء كان هذا الغير فردا أو جماعة، ولا يشك عاقل في كون الاحتكار يلحق الضرر بجماعة المسلمين حيث يعتبر الاحتكار من أعظم مسببات غلاء الأسعار وندرة السلع من الأسواق.

3- كون الاحتكار فيه ظلم للعباد ووجهه أن بيع ما في المصر قد تعلق به حق العامة، فإذا أمسك المحتكر عن بيعه للناس مع شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم ومنع الحقوق عن المستحقين ظلم. وإذا كان كذلك فإن كل النصوص في تحريم الظلم بعمومها صالحة للاستدلال به على تحريم الاحتكار.

ولذلك جاء عن بعض العلماء تفسير **قوله تعالى:**﴿**وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ**﴾ (**الحج 25**)، قال: الإلحاد فيه: احتكار الطعام بمكة[1]، وهو من قبيل التفسير بالمثال وإن كان الظلم أعم من ذلك، وأشده: الشرك بالله، **قوله تعالى:**﴿**إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ**﴾ (**لقمان13**).

أدلة القول الثاني: القائل بالكراهة:

قال الموصلي[2] في كتابه المغني:(قد ورد في ذلك أحاديث مغلظة، وليس فيها ما يصح، غير قوله عليه الصلاة والسلام: (من احتكر فهو خاطئ) انفرد به مسلم، والجواب عنه من عدة وجوه:

الأول: (أن راوي هذا الحديث سعيد بن المسيب، عن معمر بن أبي معمر، وكان سعيد بن المسيب يحتكر فقيل له في ذلك فقال: إن معمرا الذي كان يحدث بهذا الحديث كان يحتكر، والصحابي إذا خالف الحديث دل على نسخه أو ضعفه.

والثاني: أن للناس في انفراد مسلم بهذا كلاما.

والثالث: أنه يحمل على ما إذا كان يضر بأهل البلد)[3].

والحمل الثالث هو المتعين لأن تحريم الاحتكار إنما هو خاص فيما إذا كان يضر بأهل البلد، أما إذا كان لا يضرهم ومن باب أولى إذا كان الاحتكار ينفعهم كما لو كان الادخار زمن وفرة السلع لتوفيرها للناس زمن قلتها أو في غير وقتها فهذا مطلوب.

---

(1) ابن جرير الطبري، أبو جعفر محمد 224 – 310 هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (تح: د عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 1422 هـ - 2001 م : 9/ 131.

(2)- الموصلي، عمر بن بدر بن سعيد الوراني الموصلي الحنفي، ضياء الدين، أبو حفص، عالم بالحديث.، مولده بالموصل سنة 557 هـ، ووفاته بدمشق سنة622 هـ، له كتب، منها (المغني عن الحفظ والكتاب بقولهم لم يصح شئ في هذا الباب) في الحديث، و (العقيدة الصحيحة في الموضوعات الصريحة)، انظر : الأعلام للزركلي: 42/5 .

(3) المغني عن الحفظ والكتاب: 519/2.

ثالثا: الترجيح:

الذي يظهر لنا والله أعلم أن القول الأول هو الراجح، لقوة الأدلة وصحتها في الباب، فلا يمكن معارضتها بما دونها في الحجية.

رابعا: وجه اندراج هذه المسألة في القاعدة:

أن من اشترى سلعة مما يحتاجها الناس فادخرها واحتكرها من أجل أن يبيعها وقت الغلاء وحاجة الناس إليها طلبا للثراء من طريق الاحتيال والإضرار بالمسلمين، فإنه يمنع من ذلك بل ويجبر على بيعه بثمن المثل دفعا للضر عن الناس[1]ومعاملة له بنقيض قصده.

الفرع الخامس: النهي عن بيع المصراة.

أولا: التصرية اصطلاحا:

قال الشافعي: والتصرية أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة ثم تترك من الحلاب اليوم واليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن[2] .

ثانيا: صورة المسألة:

إذا اشترى الرجل شاة مصراة فظنها كثيرة اللبن و زاد في ثمنها ثم حلبها فبانت مصراة فهل له أن يردها أم لا ؟.

اختلف العلماء في ذلك على عدة مذاهب نقتصر على أهمها:

المذهب الأول:

قول جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين، و مالك، والشافعي، وأبي ثور، وأبي عبيد، والليث، وإسحاق[1]: صحة البيع وثبوت الخيار للمشتري[2]، إذ له أن يرد المصراة ويرد معها صاعا من تمر مكان اللبن الذي حلبه ، سواء كان اللبن كثيرا أو قليلا، أو التمر قوتا لأهل البلد أو لم يكن، و ذلك أخذا بظاهر الحديث ، لعدم ورود دليل يقيد العمل به .

---

(1) وقد نقل النووي الإجماع على ذلك، انظر: شرح صحيح مسلم: 11/43.

(2) انظر: مختصر المزني: 335/1.

و دليلهم: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر)[3]،

وفي لفظ لمسلم: (فهو بالخيار ثلاثة أيام)[4].

المذهب الثاني:

قول لبعض الشافعية ، ورواية عن مالك أن الواجب رد صاع من قوت البلد[5]، و ذلك لما رواه أحمد عن رجل من الصحابة نحو حديث الباب،

وفيه: (...إن ردها رد معها صاعا من طعام أو صاعا من تمر)[6]، و هذا الحديث ينص على التخيير بين التمر والطعام.

ولما أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر وكذا ابن ماجه بلفظ: (...فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا)[7]، فتعين عندهم القول بأن الرد إنما يكون بقوت البلد للأدلة السابقة الذكر، و لا اختصاص في الرد أن يكون من تمر، لأنه خرج مخرج الغالب، حيث إن التمر كان غالب قوت المخاطبين من أهل المدينة.

المذهب الثالث:

وهو قول الحنفية الذين خالفوا أصل المسألة[1]، فقالوا: لا يرد البيع بعيب التصرية ولا يتعين رد صاع من تمر أو غيره، بل الواجب هو الأرش، وهو أن يدفع البائع للمشتري عوضا عن نقصان ثمن الشاة إذا تبين له بعد حلبها أنها مصراة.

---

(1) ومن الصحابة من أفتى به كابن مسعود وأبي هريرة رضي الله عنهما، ولا مخالف لهما من الصحابة، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عدده، انظر: فتح الباري لابن حجر :364/4، المغني لابن قدامة: 150/4، النوادر والزيادات: 2 /301

(2) المغني: 216/6.

(3) أخرجه البخاري (2155)، ومسلم (1524).

(4) المرجع نفسه.

(5) المغني: 217/6 .

(6) أخرجه أحمد (15557)، وأبو داود (2374)، والبيهقي في السنن الكبرى: 5/ 521. قال الهيثمي في(مجمع الزوائد): 4/ 85: رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح. وقال ابن حجر في الفتح: 4/ 440: رواه أحمد بإسناد صحيح.

(7) أبو داود (3446)، وابن ماجه (2240)، قال الخطابي: ليس إسناده بذاك: الخطابي أبو سليمان، حمد بن محمد (ت ٣٨٨ هـ)، معالم السنن، (تح: محمد راغب الطباخ)،ط1، المطبعة العلمية بحلب1351 هـ - 1932 م، وضعفه الحافظ في (الفتح): 305/4 ، وانظر : (سبل السلام) للصنعاني :٢/ ٢٦.

و دليلهم فيما ذهبوا إليه الآيات الدالة على المثلية في ضمان المتلفات مثل **قوله تعالى:﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ (النحل: 126)، قوله تعالى:﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾) (البقرة: 194)، قوله تعالى:﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ مِثْلُهَا ﴾ (الشورى: 40)، قوله تعالى:﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾ (البقرة: 194)** وردوا العمل بالحديث من جهتين اثنين:

الجهة الأولى: أنه مخالف لقياس الأصول المعلومة من وجوه:

١- أن المعلوم من الأصول في باب ضمان المتلفات أنه يقوم بالمثل إن كان مثليا، وبالقيمة إذا كان قيميا، أي بأحد النقدين، فاللبن ما دام مثليا كان ينبغي ضمانه بمثله لبنا، وإن كان متقوما فينبغي ضمانه بما يقابل قيمته من النقدين، لكنه وقع في الحديث مضمونا بالتمر فهو خارج عن الأصلين جميعا.

٢- إثبات الخيار في الحديث ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول، فإن خيار العيب وخيار الرؤية وخيار المجلس لا يقدر واحد منها بالثلاث، وهي الخيارات ثابتة بأصل الشرع.

٣- أن القواعد الكلية في باب الضمان تستلزم أن يختلف الضمان باختلاف قدر التالف، و في الحديث قدر بمقدار واحد صاعا، فخرج من دائرة القياس الكلي في اختلاف ضمان المتلفات.

٤- أن الأصل أن العين لا تضمن بالبدل إلا مع فواتها، و القول بالرد مع صاع من تمر أو من غيره مخالف لهذا الأصل إذ يلزم منه ضمان العين مع بقائها ، حيث كان اللبن موجودا[2].

الجهة الثانية: الأصول المعلومة ثابتة بالأدلة القطعية:

يرى الأحناف أن نصوص القرآن قد تظافرت في الدلالة على وجوب المماثلة في ضمان المتلفات كما تقدم ، فهي بذلك من العام القطعي الدلالة ، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه خبر واحد مظنون، والمظنون لا يعارض المعلوم.

إضافة إلى ذلك فقد اعتذروا عن الأخذ بحديث المصراة بأمور أهمها:

١- القدح في أبي هريرة رضي الله عنه راوي الحديث، ووجه القدح فيه أنه ليس فقيها كابن مسعود وابن عمر وغيرهما من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، فلا يؤخذ بمرويه إذا كان خالف لقياس الجلي.

٢- وبكونه حديث مضطرب، وعلامة اضطرابه أنه ورد بالتمر في بعض الروايات، وبالقمح في أخرى، و باعتبار الصاع تارة، و بالمثل تارة و بالإناء أخرى.

---

(1) المغني: 216/6.وخالف زفر من الحنفية في هذه المسألة وقال بقول الجمهور، إلا أنه قال بأنه مخير بين صاع من التمر أو نصف صاع من البر.

(2) انظر: إحكام الأحكام لابن دقيق العيد : 3/ 128، فتح الباري لابن حجر: 4/ 365-366، سبل السلام للصنعاني: 2/ 26-28.

٣- و زعم بعضهم أنه حديث منسوخ، ثم اختلفوا في تعيين الناسخ، فقال بعضهم أن الناسخ حديث: (الخراج بالضمان)[1]، وذلك لأن اللبن فضلة من فضلات المصراة ولو تلفت لكان ضمانها على المشتري فتكون فضلاتها له، وقال بعضهم: ناسخه حديث: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)[2]، وذلك لأن الفرقة قاطعة للخيار من غير فرق بين المصراة وغيرها.

رابعا: الترجيح:

من خلال النظر في الأدلة يظهر والله أعلم رجحان مذهب جمهور الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين الذين استندوا إلى حديث ثابت هو نص في المسألة و لضعف اعتراضات المخالفين في ردهم الحديث، لكونها مخالفة للظاهر، ولأن دلالة العام على أفراده ظنية كما هو مذهب المحققين من الأصوليين فيجوز تخصيصها بالدليل الظني[3]، ولكون حديث النبي ﷺ الثابت مقدم على قياس الأصول، لأنه أصل قائم بذاته يجب الاعتبار، إذ ان تأصيل الأصول إنما يستند إلى النصوص ، قال الخطابي: (والأصول إنما صارت أصولا لمجيء الشريعة بها، وخبر المصراة قد جاء به الشرع من طرق جياد أشهرها هذا الطريق، فالقول فيه واجب، وليس تركه لسائر الأصول بأولى من تركها له)[4].

خامسا: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

هو أن التصرية من الغش والتدليس، ذلك أن فيها إظهار المبيع في صورة غير صورته التي هو عليها بقصد التغرير بالمشتري بغية رفع الثمن، فيكون البائع قد حصل على هذه الزيادة بطريق غير مشروع استعجالا لها فعوقب بثبوت الخيار للمشتري بين الإمساك أو الرد بعد حلبها معاملة له بنقيض مقصوده[5].

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الربا.

الفرع الأول: بيع الربا.

أولا: اصطلاحا: عرفه أصحاب المذاهب بعدة تعريفات مختلفة:

- فعرفه الحنفية بأنه: (الفضل الخالي عن العوض بمعيار شرعي بشروط لأحد المتعاقدينِ في المعاوضة)[6].

---

(1) رواه أحمد: 6/ 49، وأبو داود (3508)، والترمذي (1285)، وصححه ابن القطان، انظر: (البدر المنير): 542/6 .
(2) أخرجه البخاري (2087) ، ومسلم (1532).
(3) انظر:أصول الفقه، أبو زهرة: ص125، أصول الفقه الإسلامي، بدران أبو العينين: ص381.
(4) معالم السنن:113/3.
(5) انظر: وليد بن راشد السعيدان، تلقيح الأفهام العلية بشرح القواعد الفقهية، (دت ن ط): 3/68.
(6) حاشية ابن عابدين 184/4.

– وعرفه المالكية والشافعية بأنه:(عقد على عِوَض مخصوص، غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع التأخير في البدلين أو أحدهما)[1].

– وعرفه الحنابلة بأنه: (الزيادة في أشياء مخصوصة)[2].

ثانيا: أنواع الربا:

النوع الأول: ربا الدَّين: وهو محرم بالإجماع، وهو قسمان:

1 – اشتراط الزيادة في القرض، وهو الذي تعمل به بعض البنوك الآن.

2 – اشتراط الزيادة إذا حل أجل الدَّين، فإنه يطالبه بأن يسدد أو يربيه كما يفعل أهل الجاهلية، وهذا الآن له صور في البنوك وهو ما يسمى بقلب الدين.

النوع الثاني: ربا البيوع، وهو قسمان:

1 – (ربا فضل): وهو الزيادة في أحد الربويين المتحدَي الجنس.

2 – (وربا نسيئة): وهو التأخير في بيع كل جنسين اتفقا في علة ربا الفضل، ليس أحد الجنسين نقدا[3].

ثالثا: حكمه:

الربا محرم بالقرءان والسنة والإجماع:

من القرءان:

قال تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة: 278، 279).

وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ (البقرة: 27).

---

(1) القوانين الفقهية 164، مغني المحتاج: 21/2.

(2) كشاف القناع: 251/3.

(3) الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات: 252/2-253.

وقال تعالى:﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾[1] (البقرة: 276).

من السنة:

عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (اجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: وما هنّ يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرّم الله إلا بالحق، واكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات)[2] .

وعن جابر قال: (لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتب وشاهديه وقال: هم سواء)[3].

وعن ابن مسعود قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (الربا ثلاثة وسبعون بابًا أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه)[4].

وعن عبد الله بن حنظلة عن النبي ﷺ قال: (درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ستة وثلاثين زنية)[5].

وعن ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: (ما أحد أكثر من الربا إلا كان عاقبة أمره إلى قلّة)[6].

من الإجماع: وقد نقل الإجماع على حرمة الربا غير واحد من أهل العلم:

قال شيخ الإسلام: (المراباةُ حرامٌ بالكتابِ والسُّنَّةِ والإجماعِ)[7].

قال الزَّيلعي: (الربا محرم بالكتابِ والسنة وإجماع الأمة)[8].

قال الشوكاني: (لا خلاف بين المسلمين في تحريم الربا)[1].

---

(1) يخبر الله تعالى أنه يمحق الربا أي يذهبه إما بأن يذهبه بالكلية من يد صاحبه أو يحرمه بركة ماله فلا ينتفع به بل يعدمه به في الدنيا ويعاقبه عليه يوم القيامة. بن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (ت 774 هـ)،تفسير القرآن العظيم (تح: محمد حسين شمس الدين)،ط1، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون ، بيروت، 1419هـ : 1/ 550 .

(2) أخرجه البخاري (2784)، ومسلم (89) .

(3) رواه مسلم(1597).

(4) أخرجه ابن ماجه (2275)، والبيهقي(5519)، والحاكم في المستدرك (2259)،وقال: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(5) أخرجه أحمد (21957)، والدارقطني(2843)، والبيهقي(2425)، والمنذري في الترغيب: 3/ 7 وقال: رواه أحمد والطبراني في الكبير،، ورجال أحمد رجال الصحيح.

(6) رواه ابن ماجه (2279)، والحاكم: 2/ 43، والطبرانى في الكبير (10539)، والبيهقى (5512)، وغيرهم من طرق عن إسرائيل به، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البوصيرى: 2/ 765: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات.

(7) مجموع الفتاوى: 418/29.

(8) تبيين الحقائق: 85/4.

قال الصنعاني: (قد أجمعت الأمةُ على تحريم الربا في الجملة)[2]

رابعا: وجه اندراج هذه المسالة في القاعدة:

من تعامل بالربا أو اتخذ عقود البيع وسيلة إلى الربا من أجل تحقيق الكسب والربح فليس له من رباه إلا رأس ماله، و يمنع من الزيادة التي قصد إليها بعقد محرم ، و للحاكم أو القاضي أن يحمله على ذلك إن أبى معاملة له بنقيض قصده .

ويمحق الله بركة بيعه ولو كثر المال في يديه، وتعامله حرام عليه، و قد جاء عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال (ما أحد أكثر من الربا إلا كانت عاقبة أمره إلى قلة)[3].

الفرع الثاني: بيع العينة.

أولا: تعريف العينة:

اختلف الفقهاء في تعريفها وتحديدها وهذا راجع لاختلافهم في صورها لذلك سوف نذكر تعريفها عند أصحاب المذاهب الفقهية:

1- عند الحنفية:(هي بيع العين بثمن زائد نسيئة، ليبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل، ليقضي دينه)[4].

2- عند المالكية: (إنما سميت عينة، لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه، على وجه التحيل، بدفع قليل في كثير)[5].

3- عند الشافعية: (أن يبيع شيئا من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك نقدا، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقدا ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أو لم يقبضه)[6].

4- عند الحنابلة: قال ابن قدامة:(إن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها من المشتري بأقل منه نقدا فهو عينة)[7].

---

(1) نيل الأوطار: 225/5.

(2) سبل السلام: 36/3.

(3) سبق تخريجه: ص 49.

(4) رد المحتار : 4/ 279.

(5) حاشية الدسوقي: 3 / 88.

(6) أبو القاسم الرافعي القزويني، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، (ت 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، (تح: علي محمد عوض – عادل أحمد عبد الموجود)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417 هـ – 1997 م: 4/ 137.

(7) المغني لابن قدامة: 6/ 260.

ثانيا: صورة المسألة:

أن يبيع رجل سلعة ما بثمن كعشرة دنانير إلى أجل معلوم ثم يعمد المشتري إلى نفس السلعة فيبيعها إلى مالكها الأول بأقل من ثمنها الذي اشتراها به منه، على أن يدفع له في الحال وفي نهاية الأجل المضروب لدفع ثمن العقد الأول يؤدي المشتري الثمن كاملا فيكون فرق ما بين الثمنين لصاحب السلعة الذي باعه بيعا صوريا.

ثالثا: تحرير محل النزاع

لا خلاف بين العلماء في جواز هذه المعاملة اذا كان البيع الثاني بمثل الثمن أو أكثر منه لانتفاء أن يكون ذريعة أو إذا نقصت السلعة فإنه يجوز له شراؤها بما شاء لأن النقص في الثمن إنما كان في مقابل نقص المبيع لا للتوصل إلى الربا. واختلفوا فيما إذا بقي المبيع على حالته من غير نقص وأراد أن يبيعه لصاحبه الأول الذي اشتراه منه بأقل من ثمنه حالا[1].

رابعا: أقوال العلماء

اختلف العلماء في حكم بيع العينة على قولين:

القول الأول: قول الجمهور بالحرمة وعدم صحة العقد بهذه الصورة وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وأحمد، وأتباعهم وهو مروي عن عائشة، وأنس، وابن عباس، والحسن، والشعبي، والنخاعي، وابن سيرين، وهو مذهب سفيان الثوري والأوزاعي[2].

القول الثاني: وذهب الإمام الشافعي، وداوود الظاهري ،ابن حزم إلى القول بجواز بيع العينة وصحه عقده وهو مروي عن ابن عمر[3].

أدلة الجمهور: استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة كثيرة منها.

ما رواه أبو داود وغيره من حديث ابن عمر مرفوعا: (إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم)[4].

وجه دلالة الحديث: أنه ينص على تحريم بيع العينة وأنها أحد الأسباب المفضية إلى الذل المسلط على من يتنكب دين الله ولذلك حذر الشارع منها.

---

(1) انظر المغني: 194/4.

(2) انظر: بدائع الصنائع :5/ 198، بداية المجتهد: 142/2،المغني: 193/4، نيل الاوطار: 363/6.

(3) الأم: 38/3-40، المحلى: 47/9.

(4) أخرجه أبو داود (3462)، وأحمد (4825)، والبيهقي في السنن الكبرى: 316/5 وضعفه، وصححه ابن القطان،انظر: بيان الوهم : 295/5.

-وبما رواه أبو داود من حديث أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: (من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا)[1].

وجه دلالة الحديث: أن الحديث ينطبق على بيع العينة، إذ جمع بين صفقتي النقد والنسيئة في عقد بيع واحد، ويكون قصده بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها، فلا يستحق في ذلك إلا رأس ماله وهو أوكس الصفقتين، والصفقة الثانية بزيادة من الأولى وحينئذ يكون قد وقع في الربا.

وبما روى عن الأوزاعي عن النبي ﷺ أنه قال: (يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع)[2].

وجه دلالة الحديث: أن فيه إخبارا عما يتأول إليه الأمة من تحليل الربا المحرم بالبيع المشروع، ومن بين ذرائع هذه الغاية وسيلة بيع العينة، لذلك حرمت سدا لذريعة الربا.

وبما رواه الدارقطني وغيره: أن العالية بنت أنفع قالت: خرجت أنا وأم محبة إلى مكة، فدخلت على عائشة فسلمنا عليها.... فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين، كانت لي جارية وإني بعتها من زيد بن أرقم الأنصاري بثمانمائة درهم إلى عطائه، وإنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة درهم نقدا، فقالت: بئسما شريت وما اشتريت، فأبلغي زيدا أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ، فقالت لها: أرأيت إن لم آخذ منه إلا رأس مالي، فقالت: ﴿ **فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله** ﴾[3] البقرة 275.

و هو ظاهر في التحريم مع كونه وقع منها حيث لا يخفى والصحابة متوافرون، فلم ينكر عليها أحد ولأن مثل هذا التغليظ الشديد لا يصدر عن اجتهاد منها بل بتوقيف عن النبي، غير أن زيدا معذور لأنه لم يعلم أن هذا محرم، ولهذا قالت: (أبلغيه) [4]، كما أن في قولها: (بئسما شريت وما اشتريت) دليل ظاهر على بطلان العقدين .

أما بالأثر:

فيما ثبت عن ابن عباس أنه سئل عن رجل باع من رجل حريرة بمائة، ثم اشتراها بخمسين؟ قال: دراه بدراهم متفاضله، دخلت بينهما حريرة[5].

---

(1) أخرجه أحمد (475)، وأبو داود (3461) والنسائي (4632)، والترمذي (1231)وصححه. وصححه الألباني في السلسلة صحيحة(2326).

(2) تهذيب السنن: 345/9 ،وأخرجه الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي غريب الحديث المؤلف: المعروف بالخطابي (ت 388 هـ)،(تح: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي)،د طن دار الفكر – دمشق1402 هـ - 1982 م ،في (غريب الحديث):1/ 218، بسند معضل.

(3) وأخرجه عبد الرزاق في المصنف: 8/184.والدارقطني: (2003)، قال أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي في التعليق المغني على الدارقطني:.... أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما.

(4) المغني: 4/194، جامع الأصول: 572/1.

(5) أخرجه ابن المنذر في الأوسط: 10/ 364 بإسناد صحيح.

– وعنه أنه قال: (اتقوا هذه العينة، لا تبيعوا دراهم بدراهم بينهما حريرة)[1].

– وعنه قال: (إذا بعتم السرق [2] من سرق الحرير نسيئة فلا تشتروه)[3].

– وعن أنس أنه سئل عن العينة فقال: (إن الله لا يخدع، هذا مما حرم الله ورسوله)[4].

أما بالمعقول:

فاستدلوا على أن النهي عن بيع العينة يرجع إلى أصل سد الذرائع لكونه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصل إلى إباحة ما حرم الله تعالى، والوسيلة إلى الحرام حكمها التحريم.

2 – **أدلة الشافعية والظاهرية:** استدل الشافعية والظاهرية بالكتاب والسنة والإجماع

أما **بالكتاب:**

– استدلوا **بقوله تعالى:﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (سورة البقرة 275)**، والظاهر من العينة أنه عقد بين المتبايعين فلا يخرج من الحل الذي دلا عليه الآية، ولا ينصرف الحكم الى المنع إلا بوجود قرينة صارفة عن هذا المعنى تفيد غيره.

وأما من السنة:

– فبحديث أبي سعيد الخدري، قال: (جاء بلال إلى النبي ﷺ بتمر برديء، فقال له النبي ﷺ: «من أين هذا؟ » قال بلال: كان عندنا تمر رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ عند ذلك : « أوه أوه، عين الربا، عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر، ثم اشتر به»[5] متفق عليه .

---

(1) شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل،(تح) حمدي عبد المجيد السلفي)،(د ط)، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع، بيروت1998، (ص 76)، وذكر أنه من رواية ابن سيرين، عن ابن عباس، وقد أخرجه ابن أبي شيبة (20527).

(2) السرق: قطع من جيد الحرير، انظر النهاية لابن الأثير: 262/2.

(3) أخرجه عبد الرزاق في المصنف: 187/8، المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري ثم المدني فالمكي الشهير (ت 975هـ)،كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال،(تح: بكري حياني – صفوة السقا ط5،(د ن)، 1401هـ1981م : (10113).

(4) تهذيب السنن: 338/9.

(5) صحيح البخاري: 4/490، صحيح مسلم: 6/22، سنن النسائي 7/273.

وبما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي سعيد وأبي هريرة أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خيبر، فجاء بتمر جنيب[1]، فقال له رسول الله ﷺ : (أكل تمر خيبر هكذا ؟) قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع منه بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال التي ﷺ : (لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا)[2].

وجه دلالة الحديثين : أنهما بعمومهما في قوله ﷺ: (فبع التمر) و (بع الجمع) يدلان على جواز بيع العينة و صحة عقده ، لأن من اشترى منه التمر الرديء هو من باع عليه التمر الطيب فرجعت الدراهم إليه، ولم يفصل النبي ﷺ في مقام الاحتمال بين أن يبيعه ممن باعه أو من غيره، و كذلك لم يفصل-أيضا-بين أن يكون قصده أن يتوصل إلى شراء الأكثر أو لا، فدل ذلك على صحة البيع بهذه الصورة مطلقا سواء من البائع أو من المشتري، لأن ترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال[3].

أما من الإجماع :

فقد استدلوا عليه بجواز البيع من البائع بعد فترة من غير أن يقصد الرجوع بالزيادة عليه، لأنه لو قال: (أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأمهلك شهرا) فهو غير جائز، بخلاف ما لو قال : (أسلفني دراهم وانظرني بها شهرا جاز، ولا فرق بين الصورتين إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده)[4].

خامسا: الترجيح:

بعد استعراض أدلة القولين يتبين والله أعلم رجحان مذهب الجمهور القائلين بعدم جواز بيع العينة، وذلك لأن قولهم مبني على النظر إلى الأفعال وأحكام هذه الأفعال من حيث المآل والغاية والمقصد، ولا ريب أن النيات معتبرة في أحكام الأفعال لقوله ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...)[5]، وكذلك تقديما لحديث ابن عمر على غيره لأنه أفاد التأسيس، والتأسيس أولى من التأكيد، ولأن الأخذ بذلك هو الأحوط والأبرء للذمة، والله اعلم.

سادسا: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

---

(1) نوع من جيد التمر، انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي: 89.

(2) صحيح البخاري: 4/400، صحيح مسلم 21 - 6/20

(3) سبل السلام 3/186، شرح العمدة 2/38.

(4) بداية المجتهد 2/141.

(5) صحيح البخاري (1) صحيح مسلم(1907).

أن بيع العينة ذريعة وحيلة لا يرفع المفسدة التي من أجلها حرم الربا بل يزيدها تأكيدا وقوة من وجوه ، فناسب أن يعامل من تعامل بالعينة بنقيض مقصوده وذلك بإبطال عقده وتفويت ما رمى إليه من الفائدة بطريق التحايل على الربا[1].

الفرع الثالث: بيع الذهب بالتقسيط.

أولا: تعريف التقسيط:

لم يكن هذا البيع معروفا قديما لذا لا يوجد له تعريف، أما المعاصرون فقد عرفوه بعدة تعريفات نختار منها اثنين:

1- التقسيط: (تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات معينة)[2] .

2- وقيل: تقسيط الدين: (جعله أجزاء معلومة تؤدى في أوقات معينة)[3] .

ثانيا: صورة المسألة:

أن يباع الذهب المصوغ بعملة أخرى بأقساط شهرية أو سنوية على حسب الاتفاق.

ثالثا: تحرير محل النزاع:

1- بيع الذهب غير المصوغ بالنقد[4] نسيئة لا يجوز، لحديث: أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائبا بناجز)[5] .

2- بيع الذهب المصوغ بغير النقد يجوز مطلقا، لحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد)[6].

3- بيع الذهب المصوغ بالنقد نسيئة مقسطا أو لا، اختلف فيه العلماء.

رابعا: حكم بيع الذهب المصوغ بالتقسيط:

---

(1) انظر حاشيه رد المحتار على الدر المختار: 115/4.

(2) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 3/ 110 ، المادة (157).

(3) معجم لغة الفقهاء: ص141.

(4) سواء كان ذهبا أو فضة أو نقودا ورقية لجامع الاشتراك في العلة (الثمنية).

(5) رواه البخاري (2177)،و مسلم (1584).

(6) رواه مسلم(1587).

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الجواز، وهو منسوب لمعاوية رضي الله عنه، والحسن وإبراهيم والشعبي[1] وهو اختيار جماعة كبيرة من الحنابلة كظاهر نص ابن قدامة[2] ، واختاره ابن تيمية[3]، وابن القيم[4]، ومن المعاصرين فضيلة الشيخ عبد الله ابن منيع[5]، وعليه الفتوى في دار الإفتاء المصرية[6].

قال ابن تيمية: (ويجوز بيع المصوغ من الذهب والفضة بجنسه من غير اشتراط التماثل، ويجعل الزائد في مقابلة الصنعة، سواء كان البيع حالا أو مؤجلا ما لم يقصد كونها ثمنا)[7].

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين: (إن الحلية المباحة صارت بالصنعة المباحة من جنس الثياب والسلع، لا من جنس الأثمان، ولهذا لم تجب فيها الزكاة، فلا يجري الربا بينهما وبين الأثمان، كما لا يجري بين الأثمان وبين سائر السلع وإن كانت من غير جنسها، فإن هذه الصناعة قد خرجت من مقصود الأثمان وأعدت للتجارة فلا محذور في بيعها بجنسها، ولا يداخلها (إما أن تقضي وإما أن تربي) إلا كما يدخل في سائر السلع إذا بيعت بالثمن المؤجل)[8].

القول الثاني: التحريم، وهو مذهب الفقهاء في المذاهب الأربعة، وحكي الإجماع عليه[9]، وهو الذي ذهب إليه: اللجنة الدائمة[10]،ومجمع الفقه الإسلامي[11] ،

وابن باز[1]، وابن عثيمين[2] ،وغيرهم.

---

(1) المصنف لعبد الرزاق:8/ 69 .

(2) المغني: 4/ 29، وقال في المقنع: 2/ 65 .

(3) الاختيارات (ص: 112).

(4) إعلام الموقعين: 2/ 141.

(5) ابن منيع، الذهب في بعض خصائصه وأحكامه ، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: 9/1/93-94.

(6) دار الإفتاء المصرية , فتوى رقم (3672).

(7) الاختيارات (ص: 112).

(8) إعلام الموقعين: 2/ 141.

(9) قال النووي: (قوله صلى الله عليه وسلم: (لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، سواءً بسواء)، قال العلماء: هذا يتناول جميع أنواع الذهب والورق من جيد ورديء، وصحيح ومكسور، وحلي وتبر – قطع الذهب أو الفضة قبل تحويلها إلى حلي أو نقود – وغير ذلك، وسواء الخالص أو المخلوط بغيره، وهذا كله مجمع عليه"؛ صحيح مسلم بشرح النووي، (6/ 14).

(10) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى ، (ج ت: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء ،الإدارة العامة للطبع) ،الرياض،1431هـ،: 475/13 .

(11) منظمة المؤتمر الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، (د ت ن ط)، العدد الثالث :3 /1650 ، والعدد الخامس: 3 / 1609 .

أدلة القول الأول[3]:

1- أن علة الربا في الذهب والفضة هي الثمنية، فإذا كانا حليا فإنهما يصبحان مجرد سلعة من سائر السلع.

2- أن مبادلة حلي الذهب بالذهب بالتفاضل على أن يكون الفضل في مقابل الصنعة والصياغة، والعاقل لا يبيع الصياغة بوزنها فإنه سفه وإضاعة للصنعة.

3- أن الناس على عهد النبي ﷺ كانوا يتخذون الحلية، وكان النساء يلبسنها، وكن يتصدقن بها في الأعياد وغيرها، والمعلوم بالضرورة أنه كان يعطيها للمحاويج ويعلم أنهم يبيعونها، ومعلوم قطعا أنها لا تباع بوزنها فإنه سفه، ومعلوم أن مثل الحلقة والخاتم والفتخة لا تساوي دينارا، ولم يكن عندهم فلوس يتعاملون بها، وهم كانوا أتقى لله وأفقه في دينه وأعلم بمقاصد رسوله من أن يرتكبوا الحيل أو يعلموها للناس.

4- أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى عن أن يباع الحلي إلا بغير جنسه، أو بوزنه، والمنقول عنهم إنما هو في الصرف.

5- أن الذهب والفضة نقدان تجب فيهما الزكاة بلا خلاف، فإذا صارا حليا لم تجب فيهما الزكاة عند بعض الفقهاء؛ وهو مذهب الأئمة الثلاثة[4] خلافا لأبي حنيفة[5].

6- وقال ابن قدامة في المغني: إن قال لصائغ صغ لي خاتما وزنه درهم، وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهما فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين، قال: وقال أصحابنا: للصائغ أخذ الدرهمين: أحدهما: في مقابلة الخاتم، والثاني: أجرة له.[6]

أدلة القول الثاني: استدلوا بعموم الأحاديث التي جاء فيها النهي عن بيع الذهب بالذهب إلا ناجزا يدا بيد مثلا بمثل ومنها:

1- عن فضالة بن عبيد قال: اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: (لا تباع حتى تفصل)[1].

---

(1) محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند، فتاوى إسلامية للمشايخ ابن باز وابن عثيمين، وابن جبرين فتاوى إسلامية، إضافة إلى اللجنة الدائمة، وقرارات المجمع الفقهي، دار الوطن للنشر، الرياض: 263/2.

(2) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء وأصحاب الفضيلة العلماء عبد الرحمن السعدي ... ؛ فقه وفتاوى البيوع ، (اعتنى بها ورتبها: أبو محمد أشرف بن عبد المقصود) : ص389.

(3) انظر هذه الأدلة: سلمان العودة، رسالة: بيع الحلي بالتقسيط، أرشيف ملتقى أهل الحديث - 1 - ج 18 - ص 278 - جامع الكتب الإسلامية: ص280.

(4) انظر: المدونة :1/ 305 مغني المحتاج :2/ 95، كشاف القناع : 2/ 234.

(5) تبيين الحقائق: 1/ 277.

(6) انظر: المغني: 4/ 29.

2- عن أبي قلابة قال: كنت بالشام في حلقة فيها مسلم بن يسار، فجاء أبو الأشعث قال: قالوا: أبو الأشعث أبو الأشعث، فجلس. فقلت له: حدث أخانا حديث عبادة بن الصامت. قال: نعم، غزونا غزاة وعلى الناس معاوية، فغنمنا غنائم كثيرة، فكان فيما غنمنا آنية من فضة، فأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس، فتسارع الناس في ذلك، فبلغ عبادة بن الصامت، فقام فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، فرد الناس ما أخذوا، فبلغ ذلك معاوية، فقام خطيبا، فقال: ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله ﷺ أحاديث قد كنا نشهده ونصحبه فلم نسمعها منه. فقام عبادة بن الصامت، فأعاد القصة ثم قال: لنحدثن بما سمعنا من رسول الله ﷺ وإن كره معاوية – أو قال: وإن رغم- ما أبالي أن لا أصحبه في جنده ليلة سوداء[2].

3- عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال أبو الدرداء: سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل. فقال له معاوية: ما أرى بمثل هذا بأسا. فقال أبو الدرداء: من يعذرني من معاوية، أنا أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرني عن رأيه، لا أساكنك بأرض أنت بها، ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب إلى معاوية أن لا تبع ذلك إلا مثلا بمثل وزنا بوزن[3].

فهذه الأحاديث وغيرها تدل على تحريم بيع الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد، وكذلك الفضة بالفضة.

ونقل الإجماع غير واحد من أهل العلم.

قال ابن عبد البر: (والسنة المجتمع عليها أنه لا يباع شيء من الذهب عينا كان أو تبرا أو مصوغا أو نقرة أو رديئا بشيء من الذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد، وكذلك الفضة عينها ومصوغها وتبرها والبيضاء منها والسوداء، والجيدة والرديئة سواء، لا يباع بعضها ببعض إلا مثلا بمثل يدا بيد، من زاد أو نقص في شيء من ذلك كله أو أدخله نظرة فقد أكل الربا).[4]

وقال ابن هبيرة:(أجمع المسلمون على أنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب منفردا والورق بالورق منفردا، تبرها ومضروبها وحليها إلا مثلا بمثل، وزنا بوزن، يدا بيد، وأنه لا يباع شيء منها غائب بناجز)[5].

---

(1) رواه مسلم (1591).

(2) رواه مسلم (1587).

(3) رواه مالك في الموطأ (1327) .

(4) الكافي في فقه أهل المدينة ص: 302.

(5) بن هبيرة، يحيى بن محمد الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (ت 560هـ)، الإفصاح عن معاني الصحاح، (تح: فؤاد عبد المنعم أحمد)، دار الوطن ، 1417هـ: 1/ 212.

خامسا: الترجيح:

بعد عرض الأدلة ظهر لنا والله أعلم أن القول بالحرمة هو الراجح لعدة اعتبارات:

1- قوة الأدلة وصحتها.

2- نقل الإجماع في المسألة.

3- خطورة الربا والوعيد الشديد عليها.

4- الأخذ بمبدأ الاحتياط، وهو معتبر شرعا.

سادسا: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

بناء على ما ترجح عندنا فإن هذا البيع من بيوع الربا، ومن تعامل بالربا، أو اتخذ عقود البيع وسيلة إلى الربا؛ من أجل تحقيق الكسب والربح، فليس له من رباه إلا رأس ماله و يمنع من الزيادة التي قصد إليها بعقد محرم ، و للحاكم أو القاضي أن يحمله على ذلك إن أبى، معاملة له بنقيض قصده .

ويمحق بركة بيعه، ولو كثر المال في يديه، وتعامله حرام عليه، عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (ما أحد أكثر من الربا إلا كانت عاقبة أمره إلى قلة)[1] .

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود الشركة والقراض.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الشركة (حق الشفعة والاحتيال على إسقاطها).

الفرع الأول: تعريف الشفعة

(1) سبق تخريجه: ص 49.

تعريف الشفعة شرعا تناولها الفقهاء بالتعريف على الوجه التالي:

1- عند الأحناف: عرف فقهاء الأحناف الشفعة بأنها: (حق تملك العقار حبرا عن المشتري بما قام عليه الدفع ضرر الجواري)[1].

2- وعرفها المالكية فقالوا: (الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة)[2].

3- أما الشافعية فعرفوها بأنها: (حق تملك قهري يثبت لشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض)[3].

4- وعرفها الحنابلة بأنها: (استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكة المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه[4]، بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد)[5].

الفرع الثاني: صورة المسألة:

إذا باع الشريك نصيبه لغير شريكه من غير أن يعرض البيع على شريكه أولا، قاصدا الإضرار بشريكه.

الفرع الثالث: تحرير محل النزاع:

إذا ظهر من الشريك أنه لا رغبة له في الشراء فإنهم لا يختلفون في سقوط حق الشفعة، كما أنهم لا يختلفون في سقوطها إذا لم يكن العقار مشتركا كأن يقسم وتعرف حدوده، وكذلك إذا سمع الشريك بالبيع فلم يطالب بالشفعة فلا حق له . إنما الخلاف فيما إذا باع الشريك نصيبه لغير شريكه من غير أن يعلمه بذلك.

اختلف فيه العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يجب إخبار الشريك شريكه ببيع حصته وهو مذهب المالكية والحنابلة، و كما لا يجوز بيع الشريك نصيبه دون إعلام شريكه لثبوت حق الشفعة له ، فإنه لا يجوز الاحتيال لإسقاطها لأن في ذلك إبطال حق المسلم . و من صور ذلك:

أن يبيع دارا إلا كقدار الذراع في طول الحد الذي يحاذي الشفيع فلا شفعة للشفيع حالتئذ لانقطاع الجوار.

أو أن يقر له بشيء من الملك فيصبح بهذا الإقرار شريكا له، ثم يبيعه الباقي أو يهبه له.

---

(1) الهداية: جس ٤، ص ٢٤ الزيلعي: 5/ 239.

(2) الشرح الصغير بحاشية الصاوي: 2/ 206.

(3) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي: 3/ 42.

(4) المغني:435/7 .

(5) الروض المربع شرح زاد المستنقع: 2/ 400.

استدلوا بحديث جابر رضي الله عنه، قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم؛ ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ؛ فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه ، فهو أحق به[1].

وعن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : من كان له شرك في نخل أو ربعة ، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن رضي أخذ وإن كره ترك . رواه يحيى بن آدم ، عن زهير ، عن أبي الزبير ، وإسناده على شرط مسلم[2].

وجه الدلالة قوله قوله: (لا يحل...)، ظاهره أنه يجب على الشريك إذا أراد البيع أن يؤذن شريكه.

وقد حكى مثل ذلك القرطبي[3] عن بعض مشايخه.

وقال الشوكاني في: الحديث يقتضي أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك[4].

القول الثاني: وذهب بعض العلماء إلى أنه غير واجب، وإنما هو مستحب وله أن يبيع حصته من غير إعلام شريكه، وقال بهذا القول الكثير من الشافعية، قال النووي: وأما قوله ﷺ: (فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك)[5] وفي الرواية الأخرى(لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه)[6]فهو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بحرام[7]، كما أجازوا له أن يحتال على ذلك جريا على أصلهم في جواز الحيل.

الفرع الرابع: الترجيح:

مما سبق ذكره من أدلة الفريقين يظهر والله أعلم أن القول بالوجوب هو الراجح عن شاء الله لدلالة منطوق الحديث الذي صرح بحرمة البيع قبل إعلام الشريك.

قال ابن القيم: وهذا مقتضى حكم رسول الله ﷺ ، ولا معارض له بوجه، وهو الصواب المقطوع به.

---

(1) أخرجه مسلم (1608) وأبو داود (3513) والنسائي: 7/ 320.

(2) مسلم (1608) وأحمد : 3/ 312.

(3) القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم 578 – 656 هـ)، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، (تح: محيي الدين ديب ميستو – أحمد محمد السيد – يوسف علي بديوي – محمود إبراهيم بزال)، ط1، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، 1417 هـ – 1996 م : 4/ 527.

(4) انظر: نيل الأوطار (121/11).

(5) البخاري (2213)، و مسلم (1608).

(6) انظر الحديث الذي قبله.

(7) انظر: شرح النووي على مسلم: 46/11.

الفرع الخامس: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

إذا باع الشريك نصيبه من غير أن يعرض البيع على شريكه أو احتال على إسقاط حق الشفعة الثابت له قاصدا الإضرار به، فإن الشريعة تعامله بنقيض مقصوده وتصرف البيع إلى شريكه [1].

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في القراض.

الفرع الأول: تعريف القراض[2]:

عرفه الفقهاء بعدة تعريفات:

فالحنفية عرفوه بأنه: (عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب)[3].

والمالكية عرفوه بأنه: (دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به)[4].

والشافعية عرفوه بأنه: (أن يدفع المالك إلى العامل مالا؛ ليتجر فيه، والربح مشترك)[5].

والحنابلة عرفوه بأنه: (أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما)[6].

الفرع الثاني: صورة المسألة:

ما إذا تعدى العامل في مال القراض بخلاف ما شارطه عليه صاحب المال.

قال الماوردي[7]: (فأما تعدي العامل في مال القراض من غير الوجه الذي ذكرنا فعلى ضربين:

---

(1) انظر: المنثور في القواعد الفقهية: 183/3.

(2) قال الماوردي: (أما القراض فبلغة أهل الحجاز، وهي المضاربة بلغة أهل العراق) ، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، (تح: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1419 هـ 1999 م : 306/3.

(3) حاشية رد المحتار: 5/ 645.

(4) الصاوي، أبوالعباس أحمد بن محمد الخلوتي، المالكي (ت 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ،دار المعارف،(د،تح،ت ن،ط)، 3/ 682.

(5) الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن محمد، (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(تح: علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود)،ط1، دار الكتب العلمية، 1415 هـ – 1994 م : 3/ 398.

(6) الكافي لابن قدامة: 2/ 151.

(7) الحاوي الكبير: 7/ 340 – 341.

أولهما: أن يكون تعديه فيما لم يؤمر به مثل إذنه بالتجارة في الأقوات فيتجر في الحيوان فهذا تعد يضمن به المال ويبطل معه القراض فيكون على ما مضى في مقارضة غيره بالمال.

ثانيا: أن يكون تعديه لتغريره بالمال، مثل أن يسافر به ولم يؤمر بالسفر أو يركب بحرا ولم يؤمر بركوب البحر فإن كان قد فعل مع بقاء عين المال بيده ضمنه وبطل القراض بتعديه لأنه صار مع تعديه في عين المال غاصبا).

وقال ابن قدامة المقدسي: (إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئا نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي والحكم وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ... ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ...)[1].

وجاء في قرار[2] مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ما يلي:(المضارب أمين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشتركة).

الفرع الثالث: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

اتفق الفقهاء على أن المضارب أمين فيما تحت يده من رأس المال، فإذا تعدى فيه بغير إذن صاحبه فتلف لزمه الضمان كالغاصب، (قال في التوضيح: لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده)[3].

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التبرعات.

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الوصية.

تعريف الوصية

---

(1) المغني: 5/ 39.

(2) قرار رقم (122).

(3) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 5-336.

عرفت الوصية بعدة تعاريف:

1- عرفها الحنفية بأنها:(اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته)[1].

2- وعرفها المالكية بأنها:(عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده)[2].

3- وعرفها الشافعية بأنها:(تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق)[3].

4- وعرفها الحنابلة بأنها:(الأمر بالتصرف بعد الموت)[4].

المسألة الأولى: الوصية بأكثر من الثلث لأجنبي إذا كان للموصي ورثة.

الفرع الأول: تحرير محل النزاع:

1- جواز الوصية فيما دون الثلث بإجماع العلماء من غير توقف على إجازة الورثة[5].

2- عدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث إذا لم يجزها الورثة، عند جميع العلماء[6].

3- إذا كانت الوصية بأكثر من الثلث وأجازها الورثة، اختلف فيها الفقهاء على قولين:

الفرع الثاني: أقوال العلماء وأدلتهم:

القول الأول: جواز تنفيذ الوصية إذا أجازها الورثة فيما زاد عن الثلث لأجنبي، وإذا أجاز بعضهم دون غيرهم، نفذت الوصية في حصة المجيزين فقط، وبطلت في حصة غيرهم، وذهب الى هذا القول جمهور العلماء من الحنفية والشافعية

والحنابلة في الصحيح من المذهب والمالكية في قول[7].

استدلوا بما يلي:

---

(1) بدائع الصنائع: 333/7).

(2) شرح حدود ابن عرفة(ص528).

(3) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 40/6.

(4)-كشاف القناع عن متن الإقناع:335/4.

(5) الحاوي الكبيلر: 194/8.

(6) المغني: 232/14.

(7) تكملة فتح القدير: 10 / 415 – 420، مواهب الجليل: 6 / 369)، ومغني المحتاج: 3 / 47، والإنصاف: 7 / 193 – 196).

1- حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: (جاءني رسول الله ﷺ يعودني - عام حجة الوداع - من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله! قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: (لا)، قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: (لا). قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث، والثلث كثير - أو كبير - إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس...)[1]

وجه الاستدلال:

أن علة منع النبي ﷺ لما زاد عن الثلث في الوصية هو لتعلق حق الورثة بالمال وخشية الإضرار بهم، فإن أجازوا ذلك فقد أسقطوا حقهم.

قال ابن قدامة:(وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل. في قول جميع العلماء)[2].

القول الثاني:

لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث مطلقا. وذهب إلى هذا القول المالكية والحنابلة في قول والشافعية في قول كذلك[3].

استدلوا بما يلي:

1_ عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: (جاءني رسول الله ﷺ يعودني - عام حجة الوداع - من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله! قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: (لا)، قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: (لا). قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث، والثلث كثير - أو كبير - إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس...)[4].

2_حديث عمران رضي الله عنه (أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين، وأرق أربعة وقال له قولا شديدا).

وجه الاستدلال:

(1) أخرجه: البخاري (56)، ومسلم (1628).
(2) المغني: 404/8.
(3) مواهب الجلي: 6 / 369، ومغني المحتاج: 3 / 47، والإنصاف: 7 / 193 – 196.
(4) سبق تخريجه: ص66.

ظاهر الحديثين يفيدان منع الوصية بأكثر من الثلث مطلقا لأن النبي ﷺ زجر عن ذلك ومنع منه، ولو كان ذلك جائز بإجازة الورثة لبينه النبي ﷺ، ومن المعلوم أن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز في حقه صلى الله عليه وسلم.

2- أن الإضرار في الوصية ممنوع شرعا، وقد قال تعالى:﴿.... **من بعد وصية يوصى بهآ أو دين غير مضآر وصية من الله والله عليم حليم**﴾ (**النساء: الآية 12**)، ومن (الإضرار في الوصية، أن يوصي بأكثر من الثلث)[1].

الفرع الثالث: الترجيح:

الذي يظهر والله أعلم أن القول الأول هو الراجح لقوة الاستدلال ولأن ما زاد على الثلث هو حق الورثة فإن أجازوه جاز.

الفرع الرابع: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

على القول الثاني الذين منعوا من الزيادة على الثلث مطلقا، وذلك لأن قصد بعض الموصين هو الإضرار بحق الورثة، فيرد ما زاد عن الثلث للورثة، معاقبة لهم بنقيض قصدهم.

المسألة الثانية: إذا قتل الموصى له الموصي.

الفرع الأول: مذاهب العلماء: اختلف الفقهاء رحمهم الله في: هل يحرم القاتل من الوصية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية[2]، والشافعية في قول[3]، وأحمد في رواية[4] ، إلى أن القتل من موانع تنفيذ الوصية للقاتل واستدلوا بالنقل والقياس.

فمن النقل استدلوا بقوله ﷺ: (ليس لقاتل وصية)[5] . وهو نص في محل النزاع.

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته: 11/8.

(2) بدائع الصنائع:339/7.

(3) مغني المحتاج :58/3.

(4) المغني:521/8.

(5) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية للقاتل : 281/1، وفي الحديث مبشر بن عبيد . قال عنه الإمام أحمد : أحاديثه موضوعة كذب ، وقال عنه البخاري : منكر الحديث . وأخرجه الدارقطني في سننه باب المرأة تقتل إذا

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الحديث المذكور ضعيف، لا يصلح لابتناء الحكم عليه.

من القياس:

قالوا: و قياسا على منع القاتل من الميراث ، فإن القتل كان مانعا من أخذ القاتل لنصيبه الثابت شرعا لاستعجاله نيل حقه بالقتل ، و لأن يحرم الموصى له من الوصية من باب أولى .

ونوقش استدلالهم هذا بأنه قياس مع الفارق ذلك أن القتل إنما منع الميراث لكون القاتل استعجل بالقتل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده، وهو منع الميراث دفعا لمفسدة قتل المورثين، وهذا المعنى لا يتأتي إلا إذا كان القتل طارئا على الوصية ، فيرد أنه إنما قتل الموصي استعجالا للوصية ، أما القتل قبل الوصية فلا يرد عليه ذلك لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية .

القول الثاني: أن الوصية للقاتل صحيحة، وهو القول المعتمد عند الشافعية[1] ، ورواية عن أحمد[2]

واستدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة منها:

أن حقيقة الوصية كونها تمليك بعقد فأشبهت في ذلك البيع والهبة، والقتل لا يبطل عقدي البيع و الهبة فلا يبطل الوصية كذلك[3].

ونوقش بأن قياس الوصية على البيع والهبة قياس مع الفارق، فالقتل لا يؤثر في الهبة والبيع لأنه حدث بعد تمام العقد الذي فيه انتقال الملك، بخلاف الوصية فإن الملك لا يثبت إلا بعد موت الموصي.

القول الثالث: مذهب القائلين بالتفصيل: إذا كان القتل متقدما على الوصية فتصح، وإن كان متأخرا عنها فتبطل،

وإلى ذلك ذهب المالكية[4]،

والحنابلة[5]، في الصحيح من مذهبهم.

ودليل القائلين بهذا القول:

ارتدت : 236/4، وقال عن مبشر متروك يضع الحديث أنظر : نصب الراية للزيلعي: 402/4، تلخيص الخير لابن حجر: 202/3.

(1) المهذب: 451/1.
(2) المغني: 521/8.
(3) المهذب: 454/1، مغني المحتاج: 58/3.
(4) المدونة الكبرى: 374/4.
(5) المغني : 521/8.

أولا: كون الوصية بعد الجرح أو الضرب المفضي إلى الموت قد صدرت من أهلها في محل قابل من غير أن يطرأ عليها شيء يبطلها، على خلاف ما إذا طرأ عليها القتل وتقدمت هي عليه فيبطلها، لأنه يبطل الإرث الذي هو آكد منها.

ثانيا: ولأن القتل منع من الميراث لكون القاتل استعجل الميراث الذي توفر سببه فعوقب بنقيض قصده، وهو المنع في الميراث دفعا لمفسدة قتل الورثة المورث، وهذا المعنى متحقق في القتل الذي يكون بعد انعقاد الوصية، وهو مفارق القتل قبلها لأنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه وكون الموصي اقدم على الوصية رضى منه بها بالوصية ما صدر منه[1].

الفرع الثاني: الترجيح:

والذي يظهر راجحا والله أعلم هو القول الثالث الذي توسط بين القائلين بالصحة و القائلين بالبطلان، وذلك لقوة ما عللوا به، ولقوة الاعتراضات الواردة على القولين الآخرين.

الفرع الثالث: وجه اندراج المسألة في للقاعدة:

هذه المسألة من تطبيقات قاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد عند من قال: بأن الوصية للقاتل لا تصح مطلقا. وكذلك من فصل فلم يصحح الوصية في حالة تقدمت على القتل، وقد استدلوا بالقاعدة على أن الموصى له إذا قتل الموصي فقد استعجل وصيته قبل أوانها فيحرم منها معاقبة له بنقيض قصده.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الهبة.

الفرع الأول: تعريف الهبة:

عرفت بعدة تعريفات عند أصحاب المذاهب:

1– فالحنفية عرفوها بأنها (تمليك العين بلا عوض)[2].

2– والمالكية عرفوها بأنها(تمليك ذات بلا عوض)[3].

3– والشافعية عرفوها بأنها(تمليك العين بلا عوض في حال الحياة تطوعا)[1].

---

(1) المرجع نفسه : 522/8.

(2)– حاشية ابن عابدين :5 /687.

(3)– حاشية الدسوقي: 97/4.

4– والحنابلة عرفوها بأنها (تمليك في الحياة بلا عوض)[2].

الفرع الثاني: صورة المسألة :

إذا قام المريض مرض الموت بهبة بعض ماله لغير الوارث، فهل تكون عطيته وهبته لذلك الأجنبي من ثلث ماله أم من كل ذلك المال؟

الفرع الثالث: تحرير محل النزاع:

أولا– إذا كان للمريض وارث تقبل هبته إذا لم تتجاوز ثلث المال وهذا باتفاق الفقهاء[3].

ثانيا– أما إذا لم يكن لهذا المريض وارث تجوز الهبة ولو بكل المال وهذا على رأي الحنفية[4]، وبثلث المال فقط على رأي الشافعية والمالكية؛ لأن ماله ميراث للمسلمين.

ثالثا– إذا كان للمريض وارث وتجاوزت هبته ثلث المال، فهذا محل خلاف بين الفقهاء.

الفرع الرابع: مذاهب العلماء: في المسألة مذهبان:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن هبة المريض مرض الموت لغير الوارث تكون كالوصية من ثلث المال[5].

الأدلة: استدل الجمهور لمذهبهم بما يلي:

أولا– من السنة:

1– ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ(إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم)[1].

---

(1) المجموع: 370/15.

(2) المغني: 273/6.

(3) اختلاف الأئمة العلماء، باب الوصية: 72/2.

(4) مجلة الأحكام العدلية (المادة 877)، (ص168).

(5) بدائع الصنائع: 118/6، حاشية الدسوقي : 88/4، المهذب: 453/1، المغني 524/6.

2- وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (جعلت لكم ثلث أموالكم زيادة)[2]، وفي رواية عن أيوب عن أبي قلابة أن النبي ﷺ قال عن الله تعالى: (جعلت لك طائفة من مالك عند موتك أرحمك به)[3].

وجه الدلالة:

يدل الحديث برواياته المتعددة ومنطوقه الصريح أن للإنسان حرية التصرف فيما يملكه من أموال ولكن في حدود الثلث فقط،

جاء في نيل الأوطار: (إن الله – سبحانه وتعالى- لم يأذن للمريض بالتصرف إلا في الثلث فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفا لحكم الله تعالى ومشابها لمن وهب ماله كله)[4].

ثانيا– من القياس:

إن الهبة والعطية تلحق قياسا بالوصية، وذلك لأن الوصية تعد عقد تبرع حيث إنها في الشرع عقد خاص مضاف إلى ما بعد الموت[5]، ولما كانت الهبة عقد تبرع فتلحق بالوصية التي لا تنفذ إلا في حدود الثلث، فكذا الهبة لا تجوز إلا في حدود الثلث إلحاقا لها بالوصية.

وقد انعقد الإجماع على عدم جواز الزيادة على الثلث في الوصية.

جاء في نيل الأوطار: (واستقر الإجماع على منع الوصية بأزيد من الثلث)[6]، ولما ألحقت بالوصية فيكون حكمها حكم الوصية وهو عدم جواز الزيادة فيها على الثلث سواء أكان ذلك في حق الصحيح أم المريض فهما سواء في الحكم.

ثالثا– من المعقول:

إن الشارع الحكيم عندما أعطى المتصرف في ماله حق التصرف فيما يملكه إنما قيد ذلك التصرف بمراعاة حقوق الغير من الورثة والغرماء وغيرهم ممن له حق في ذلك المال، فلم يطلق الشارع الحكيم يد المتصرف ليتصرف في ماله كيفما شاء وإلا ضاعت حقوق الآخرين والتي حافظت عليها الشريعة الإسلامية، ولذا قيد الشارع حدود التصرف في

---

(1)- رواه ابن ماجه (966)، وأحمد (27482)، والدارقطني (4289) ،قال البوصيري وابن حجر: هذا إسناد ضعيف، مصباح الزجاجة:269، التلخيص الحبير:1364.

(2) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (17530)، وابن حزم في المحلى: 414/8 وضعفه.

(3) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (17532)، وابن حزم في المحلى: 414/8 وضعفه.

(4) نيل الأوطار: 42/5.

(5) نيل الأوطار: 23/6.

(6) المصدر السابق: 38/6،صحيح مسلم بشرح النووي: 75/11.

المال بالثلث حيث قال رسول الله ﷺ لسعد رضي الله عنه: (إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)[1]. وهذا يكون في الوصية والهبة معا، فلما قيد الشارع الوصية بالثلث تلحق بها الهبة فلا يحق للشخص أن يهب ماله إلا الثلث منه سواء أكان صحيحا أم مريضا وذلك حفاظا على حقوق الغير من الورثة وغيرهم.

المذهب الثاني:

ذهب الظاهرية إلى القول بأن هبة المريض تكون من رأس ماله كله وليس من الثلث، أي أن المريض له حق التصرف في ماله عن طريق الهبة والعطية كما يريد سواء أكان في حدود الثلث أم أكثر.[2]

استدلوا بما يلي:

أولا– إن ملك المال ثابت للمريض مرض الموت، فهو أحق أن يتصرف فيه دون أن يكون هناك تحديد لذلك التصرف، والمعنى أن له الحق في أن يهب في حدود الثلث أو أكثر من ذلك فلا يحجز المريض من التصرف في ملكه دون تحديد مقدار لذلك التصرف [3].

ثانيا– أن المال ملك للمريض وليس للورثة حق فيه ما دام حيا، فله أن يتصرف فيه بما شاء، بيعا وشراء وإجارة و هبة وغير ذلك من أوجه التصرفات المباحة، فلا يتجه منعه من التصرف فيه إلا في حدود الثلث [4].

نوقش:

بأن الحجة عليه شذوذه عن السلف ومخالفة الجمهور[5]،

قال ابن بطال: هذا القول لا نعلم أحدا من المتقدمين قال به[6].

مناقشة ابن حزم لأدلة الجمهور:

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس،363/5 حديث(2742).

(2) المحلى: 353/9، العينى ،بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد (ت ٨٥٥ هـ)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (تح: عبد الله محمود محمد عمر)،ط1، دار الكتب العلمية،1421هـ -2001م ،بيروت: 31/3.

(3) المصدر السابق.

(4) المحل:353/9.

(5) عمدة القارئ: 31/3.

(6) المصدر السابق: 91/8.

1- إن لابن حزم موقف من أدلة الجمهور حيث بين أن أدلة الجمهور التي استدلوا بها أنها غير صحيحة، جاء في المحلى: (وأما حديث أبي هريرة فمن طريق طلحة بن عمرو وهو ركن من أركان الكذب والآخران مرسلان)[1].

2- ثم بين ابن حزم أنه لم يسلم بصحة ما استدل به الجمهور من أحاديث، فلا يصلح أن تكون أدلة يستدل بها في محل النزاع، وذلك لأنها ليست حجة للجمهور على ما ذهبوا إليه وذلك لأنها دالة فقط على أن الله تعالى جعل للمسلم عند موته ثلث ماله، وهذا معنى صحيح ولكنه ليس متعلقا بالهبة وإنما متعلق بالوصية التي لا تنفذ إلا بعد الموت[2].

وملخص ما ذهب إليه ابن حزم مما سبق أن تصرفات المريض مرض الموت تكون من جملة ماله ولا تقتصر على لثلث إلا في حالة واحدة فإنها مستثناة ألا وهي العتق، فإنه يقتصر فيها على الثلث عملا بأثر إعتاق الأنصاري لعبيده، فابن حزم انطلاقا من عدم احتجاجه بالقياس يرى أن الأثر وإن كان صحيحا إلا أنه لا يقاس عليه غيره من التصرفات المالية في مال المريض [3]

الفرع الخامس: الخلاصة: تبين لنا في المسألة مذهبان، الأول للجمهور الذين يرون بأن المريض في حال كونه مريض مرض موت فإن له الحق في أن يهب ويكون ما وهبه من الثلث فقط، خلافا للظاهرية الذين قالوا بأن له الحق في أن يهب من رأس المال كله.

الفرع السادس: الراجح: يترجح لدينا – والله أعلم – مذهب الجمهور للآتي[4]:

1– أن الأخبار التي استدل بها الجمهور دلالتها واضحة في أحقية صاحب المال في التصرف في ماله ولكن ضمن حد وضعته الشريعة ألا وهو الثلث.

2– أن ابن حزم أراد تأويل النصوص الدالة على التصرف في حدود الثلث وصرف معناها إلى معنى الوصية فإن تأويله يعد تأويلا غير سائغ.

3– إلحاق الهبة بالوصية أمر متفق عليه بين العلماء ولا يجوز إغفال هذا الأمر.

---

(1) المحلى: 353/9.

(2) المصدر السابق.

3()- المحلى: 353/9-359.

(4) انظر: مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية ،ج19/ 2، كلية الشريعة جامعة الأزهر ، يونيو 2011، ص 665 – ص 699، (بتصرف يسير).

4- عدم احتجاج ابن حزم بالقياس أمر مردود عليه وذلك لأن القياس مصدر من مصادر التشريع ومتفق على حجيته وتبنى عليه أحكام فقهية مثل هذه المسألة والتي ألحقت فيها الهبة بالوصية وأخذت حكمها وهو أن تكون في حدود الثلث.

الفرع السابع: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

بناء على ما رجحه الجمهور فإن المريض الذي يهب أكثر من الثلث من ماله قصد الإضرار بالورثة، فإن هبته على ما زاد على الثلث ترد للورثة معاملة له بنقيض قصده.

المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق.

المطلب الأول: الضمان في الإيجار الخاصة.

الفرع الأول: تعريف الإجارة.

1- اصطلاحا:

- هو (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض بتبعيضها)[1].

- (عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض)[2].

2- تعريف الإجارة الخاصة:

قال ابن قدامة: (... الأجير على ضربين؛ خاص، ومشترك،

فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء أو خياطة، أو رعاية، يوما أو شهرا، سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس...)[3].

الفرع الثاني: صورة المسألة:

إذا هلك أو تلف ما تحت يد الأجير الخاص من مال أو عهد مملوك لرب المال، فهل يضمنه؟.

الفرع الثالث: تحرير محل النزاع:

- إذا تعدى الأجير الخاص بأن فعل ما ليس له فعله من إتلاف أو إفساد، أو فرط بأن ترك ما يجب عليه فعله من حفظ فإنه ضامن بالاتفاق.

أما إذا قام الأجير الخاص بما يجب عليه فلم يفرط، ولم يتعد فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على قولين:

القول الأول: أن الأجير الخاص أمين فلا يضمن ما هلك فى يده من مال أو ما هلك بعمله إلا أن يكون متعديا أو مقصرا، وهو مذهب عامة الفقهاء[4].

---

(1) شرح حدود ابن عرفة: 392 .

(2) المبسوط: 74/15؛ والمغني: ص 316؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 2/4؛ وحاشية قليوبي وعميرة: 67/3 .

(3) المغني: 103/8.

(4) انظر: بدائع الصنائع: 4/ 211، منح الجليل: 7/ 507، المهذب: 1/ 408، المغني: 5/ 306، المحلى:28/7 .

استدلوا بما يلي:

1- الإجماع، ومستنده عدة أدلة، منها **قوله تعالى: ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(النساء69).**

وجه الاستدلال:

أن من أكلِ أموال الناس بالباطل تضمين من لم تحن يده على العين، كالأجير الخاص، فماله حق له، وأجره محفوظ عليه، ما لم يتعد هو، فيتعدى عليه بمثل ما تعدى.[1]

نوقش:

بأن الإجماع منتقض بخلاف بعض العلماء، فقالوا بأن كل من أخذ أجرا فهو ضامن لما وقع تحت يده، سواء كان أجيرا مشتركا أو خاصا. وهذا القول مروي عن علي وعبد الرحمن بن يزيد[2] ، وهو رواية عن الشافعي[3] ، ورواية عن أحمد اختارها ابن أبي موسى[4].

2- أن عمل الأجير الخاص غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص[5].

3- أن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به، فلم يضمن من غير تعد، كالوكيل والمضارب[6].

4- أن يد المستأجر يد أمانة، والأمين لا يضمن، ما لم يتعد بفعله، أو يفرط، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضمان على مؤتمن)[7].

القول الثاني:

---

(1) المحلى: 7/ 29.

(2) المحلى: 7/ 31.

(3) مغني المحتاج: 3/ 477.

(4) الإنصاف: 6/ 71.

(5) المغني:106/8

(6) المرجع نفسه.

(7) وأخرجه ابن ماجه (2401)، والدارقطني (4113)، والبيهقي (6/ 289)، قال في التنقيح: هذا إسناد لا يعتمد عليه، نصب الراية: 141/4، قال ابن الملقن: وهذا ضعيف، البدر المنير: 302/7.

يرى أن الأجير الخاص يضمن ما هلك في يده من مال مملوك لرب العمل أو ما هلك بعمله مطلقا في الجملة، وهو قول في مذهب الشافعية[1]، وقول في مذهب الحنابلة[2].

استدلوا بما يلي:

ما روي أن علي بن أبي طالب كان يضمن الأجير [3].

نوقش:

1- بأن الحديث ضعيف[4].

2- وبأنه على فرض صحته يتناول الأجير المشترك وليس الخاص[5].

3- وبأنه ورد عن علي ما يناقض هذا الأثر[6].

من المعقول:

القياس على المستام[7]: فكما أنه يضمن، فكذلك الأجير الخاص، بجامع أن كلا منهما أخذه لمنفعة نفسه[8].

رابعا: الترجيح:

الذي يظهر لنا – والله أعلم – أن القول الراجح هو قول الجمهور، بعدم تضمين الأجير الخاص، لقوة أدلتهم وضعف أدلة الخصم.

الفرع الخامس: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

---

(1) الأم: 8/ 226.

(2) الإنصاف: 71/6، قالوا: (يضمن إذا تلف بأمر خفي لا يعلم إلا من جهته).

(3) السنن الكبرى: (11667).وضعفه. حيث قال: حديث جعفر عن أبيه عن علي مرسل، وأهل العلم بالحديث يضعفون حديث خلاس عن علي، وقد روى جابر الجعفي –وهو ضعيف– عن الشعبي قال: كان علي يضمن الأجير، والله أعلم.

(4) المرجع السابق.

(5) انظر: المغني: 8/ 106.

(6) أخرجها عنه: ابن أبي شيبة في (مصنفه): 5/ 58 – 59، وابن حزم في (المحلى): 7/ 30.

(7) سوم: السوم: عرض السلعة على البيع، يقال استمت عليه بسلعتي استياما إذا كنت أنت تذكر ثمنها. ويقال: استام مني بسلعتي استياما إذا كان هو العارض عليك الثمن انظر: تهذيب اللغة: 75/13 .

(8) مغني المحتاج: 3/ 477 .

الأصل أن الأجير الخاص أمين، والأمين لا يضمن ما تلف وهلك تحت يده من غير تعد ولا تفريط، إلا إذا قصد التعدي والعدوان على مال موكله فإنه يضمن معاملة له بنقيض قصده.

المطلب الثاني: تضمين المرتهن:

الفرع الأول: تعريف الضمان: عرف بعدة تعريفات اخترنا منها تعريف ابن قدامة[1].

(هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق)[2] .

الفرع الثاني: تعريف الرهن:

اختلف الفقهاء في تعريف الرهن ، وقد جاءت عباراتهم متقاربة، كما سيأتي:

1- تعريف الحنفية: (هو جعل الشيء محبوسا بحق)[3].

2- تعريفه المالكية: (الرهن إعطاء امرئ وثيقة بحق)[4].

3- تعريف الشافعية: (جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه)[5].

4- تعريف الحنابلة: (المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه)[6].

الفرع الثالث: صورة المسألة:

إذا هلك المال المرهون تحت يد المرتهن، ممن ضمانه ؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

قال ابن رشد:(ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه؟

فقال قوم: الرهن أمانة وهو من الراهن، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه، وممن قال بهذا القول الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وجمهور أهل الحديث.

---

(1) وهو تعريف شامل لأنواع الضمان؛ لأن التزام الحق قد يكون بالمال وقد يكون بالنفس وهو مانع لدخول غير المعرف فيه كضمان الغاصب والمستعير، انظر: الفقه الميسر : 105/6.

(2) المغني:71/7 .

(3) الهداية في شرح بداية المبتدي: 412/4، رد المحتار: 477/6 .

(4) ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين الكردي المالكي (ت 646هـ)، جامع الأمهات، (تح: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري)، ط2 ،اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع ،دمشق ،1421 هـ - 2000م : 376 .

(5) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 234/4 .

(6) المغني: 443/6 .

وقال قوم: الرهن من المرتهن ومصيبته منه، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة، وجمهور الكوفيين.

وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان، والعقار مما لا يخفى هلاكه، وبين ما يغاب عليه من العروض، فقالوا: هو ضامن فيما يغاب عليه، ومؤتمن فيما لا يغاب عليه، وممن قال بهذا القول مالك، والأوزاعي، وعثمان البتي، إلا أن مالكا يقول: إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع، ولا تفريط، فإنه لا يضمن. وقال الأوزاعي وعثمان البتي: بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم. وبقول مالك قال ابن القاسم، وبقول عثمان، والأوزاعي قال أشهب.

الفرع الرابع: ذكر أدلة الفقهاء:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

حديث سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه)[1].

وجه الاستدلال:

قال الشافعي: وفيه دليل أنه غير مضمون إذ قال النبي ﷺ(الرهن من صاحبه فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره) ثم أكده بقوله (له غنمه وعليه غرمه) وغنمه سلامته وزيادته وغرمه عطبه ونقصانه[2].

وفي مسائل الإمام أحمد، قال: (قلت: لا يغلق الرهن؟ قال: لا يغلق، لا يذهب، لا يكون للمرتهن. للراهن زيادته، وعليه نقصانه، وإن عطب فإنما يعطب من الراهن)[3].

نوقش هذا الاستدلال:

---

(1) أخرجه ابن ماجه (2441)،و الدارقطني: 3/ 33) وقال: هذا إسناد حسن متصل ، والحاكم في المستدرك: 2/ 51 وقال: هذا حديث صحيح، أعلى الإسناد على شرط الشيخينِ، ولم يخرِجاه، انظر: نصب الراية: 320/4، وقال ابن حجر): (وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله). ،التلخيص الحبير: 3/ 84.

(2) المزني، أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى (ت 264هـ)، مختصر المزني ،ط2 ،: دار الفكر – بيروت،1403هـ - 1983م : 2745/6.

(3) الكوسج، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي(ت 251هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، (د،تح)،ط1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، 1425هـ - 2002م : 6/ 2745.

بأن الحديث مختلف فيه[1] ، فمنهم من صححه ومنهم من ضعفه، وعلى القول بصحته يحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام: (لا يغلق الرهن) أي لا يهلك، وقد جاء ذلك في اللغة[2].وعلى هذا يكون الحديث حجة عليهم.

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

1 – ما روى عبد الله بن المبارك، عن مصعب بن ثابت، عن عطاء بن أبي رباح: (أن رجلا ارتهن فرسا، فماتت الفرس في يد المرتهن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ذهب حقك)[3].

وجه الاستدلال:

– أن النبي ﷺ جعل تلف المال المرهون في يد المرتهن سببا لإسقاط الدين عن الراهن مما يدل على أن المال المرهون مضمون على المرتهن.

– (والخبر يقتضي ذهاب حق ثابت، فلم يبق إلا أن يكون المراد به: ذهب حقك من الدين)[4].

نوقش هذا الاستدلال:

بأن الحديث مرسل وضعيف[5].

2– قال القدوري: وقد اتفقوا على الضمان، واختلفوا في كيفيته، فمن أسقط الضمان خالف الإجماع) [6].

– وقال الطحاوي: (....فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون: إن الرهن يهلك بما فيه، ويرفعه الثقة منهم إلى رسول الله ﷺ، فأيهم حكاه فهو حجة، لأنه فقيه إمام. فقولهم جميعا بذلك واجتماعهم عليه قد ثبت به ذلك)[7].

نوقش هذا الاستدلال:

---

(1) الحديث السابق.

(2) انظر: لسان العرب: 10/ 293 .

(3) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص 172)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (4/ 102)، والبيهقي في السنن الكبرى:(6/ 41)، وضعفه الشافعي وعبد الحق وابن القطان. انظر: الأم (3/ 188)، نصب الراية (4/ 321).

(4) القَدُّوري، أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي 362 – 428 هـ)، التجريد، (تح: محمد أحمد سراج – علي جمعة محمد)،ط2 ، دار السلام – القاهرة: ١٤٢٧هـ – 2006م: 2850/6 .

(5) سبق تخريجه.

(6) التجريد، 2850/6 .

(7) المنبجي، أبو محمد علي بن زكريا (ت 686 هـ)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب،(تح: محمد فضل عبد العزيز المراد)، ط2 ، دار القلم – الدار الشامية دمشق – بيروت1414 هـ – 1994 م: 521/2 .

بعدم التسليم بانعقاد الإجماع؛ إذ لم يرد ذلك إلا عن عمر بن الخطاب وابنه عبدالله وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود؛ فأما عمر وابنه وعبدالله بن مسعود فلم يصح ذلك عنهم، وأما علي بن أبي طالب فمختلف عنه في ذلك، وأصح الروايات عنه إسقاط التضمين فيما أصابته جائحة[1].

استدل أصحاب القول الثالث بما يلي:

1- عن سمرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[2].

وجه الاستدلال:

أن (على) ظاهرة في اللزوم، ولكن خص منها ما لا يغاب عليه؛ فإنه لا يضمن؛ للإجماع على عدم الضمان فيه، فيبقى حجة في صورة النزاع[3].

نوقش هذا الاستدلال:

بأن هذا حديث غير صحيح؛ لأن الحسن رواه عن سمرة، وهو مختلف في سماعه منه، وقد عنعنه[4].

2- قال ابن رشد:(وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه)[5].

نوقش هذا الدليل:

بأنه مبني على التهمة، وليست التهمة مناطا للحكم؛ لأنها ظن كاذب يأثم صاحبه، ولا يحل القول به، والتهمة متوجهة إلى كل أحد، وفي كل شيء[6].

خامسا: الترجيح:

الذي يظهر لنا – والله أعلم – أن القول الراجح هو القول الأول، القائل بأن المرتهن لا يجب عليه ضمان المال المرهون إلا إذا تعدى أو فرط، وذلك لما يأتي:

---

(1) انظر: المحلى: 6/ 377 - 378، نصب الراية: 4/ 323.

(2) أخرجه أحمد (5/ 8، 12، 13)، وأبو داود (3561)، والترمذي (1266)، وابن ماجه (2400)، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات، ولكنه حديث منكر، وهو من أنكر ما روي عن الحسنِ عن سمرة، انظر: نصب الراية: 127/4 .

(3) انظر: الذخيرة :8/ 111 – 112.

(4) انظر: التلخيص الحبير :3/ 117.

(5) بداية المجتهد: 60/4.

(6) انظر: المحلى: 6/ 377 .

أولا: إن الأصل في أموال الناس الحرمة والعصمة، ولا يحل لمسلم أن يستحلها لنفسه ولا لغيره إلا بدليل، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل أو تأكيلها، وإذا كان كذلك فلا ضمان على المرتهن إلا لخيانة أو تفريط؛ لأنه قد تسبب بذلك إلى تلفها، ولا يضمن غير ذلك ؛ لأنه أخذها بإذن مالكها في حق أثبته له الشرع، وهو الترفق ببقائها لديه في دينه الذي انتفع به مالكها.

ثانيا: عدم وجود دليل صحيح صريح يوجب الضمان على المرتهن، أو ينص على التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه[1].

الفرع السادس: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

من أخذ مال غيره رهينة ثم خانه أو فرط فيه بقصد حتى تلف وهلك، أجبر على ضمانه معاملة له بنقيض قصده.

المطلب الثالث: تضمين المستعير.

الفرع الأول: تعريف المستعير:

1- لغة:

طالب العارية (والعارية منسوبة إلى العارة، وهو اسم من الإعارة. تقول: أعرته الشيء أعيره إعارة وعارة، كما قالوا: أطعته إطاعة وطاعة وأجبته إجابة وجابة؛ قال: وهذا كثير في ذوات الثلاثة، منها العارة والدارة والطاقة وما أشبهها. ويقال: استعرت منه عارية فأعارنيها؛

قال الجوهري: العارية، بالتشديد، كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب)[2].

2- اصطلاحا:

عرفت بعدة تعريفات نذكر منها:

1- الحنفية والمالكية عرفوها بأنها:(تمليك المنافع بغير عوض)[3].

2- الشافعية عرفوها بأنها: (إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه)[4].

---

(1) انظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، السعودية، 1429 هـ - 2008 م: 614.

(2) لسان العرب: 619/4.

(3) تبيين الحقائق: 5/ 83، الذخيرة للقرافي: 6/ 197.

(4) مغني المحتاج: 313/3.

3- الحنابلة عرفوها بأنها: (إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه ليرده على مالكه)[1].

الفرع الثاني: صورة المسألة:

حكم العارية إذا تلفت في يد المستعير من غير تعد؟

الفرع الثالث: أقوال العلماء:

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

ضمان العارية مطلقا ، سواء هلكت بتفريط من المستعير أم بغير تفيرط منه ، و لو تلفت بآفة سماوية فإن عليه ضمانها، ذهب الى هذا القول من الصحابة ابن عباس وأبو هريرة، وهو قول عطاء، وبه قال أشهب[2] و الشافعي[3] وأحمد[4].

القول الثاني:

أنها أمانة في يد المستعير إلا أن يتعدى فيها فيضمن بالتعدي، وذهب الى هذا القول من الصحابة علي وابن مسعود، وهو قول شريح، والحسن ،وإبراهيم النخعي، وبه قال سفيان الثوري، وأصحاب الرأي[5] وإسحاق بن راهويه[6].

القول الثالث:

لا ضمان على المستعير فيما لا يغاب عليه، أي لا يمكن إخفاؤه، كالعقار والحيوان إلا إذا قامت البينة على تفريطه ، بخلاف ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي فإنه يضمنه إلا إذا أقام بينة على أنه تلف أو ضاع بلا سبب منه .

---

(1)- ابن مفلح، : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ، أبو إسحاق، برهان الدين (ت 884 هـ)،المبدع في شرح المقنع (د تح)،ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان 1418 هـ - 1997 م:5 /3.

(2) بداية المجتهد: 97/4 .

(3) انظر: المجموع شرح المهذب:157/6 .

(4) المغني:464/6.

(5) الدر المختار: 503/4.

(6) البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي (ت 516 هـ)، شرح السنة للبغوي، (تح: شعيب الأرنؤوط- محمد زهير الشاويش)،ط2، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، 1403هـ - 1983م: 225/8.

وهو مذهب مالك في المشهور، وابن القاسم، وأكثر أصحابه[1].

الفرع الرابع: أدلة أصحاب المذاهب:

أدلة أصحاب القول الأول: القائلين بضمان العارية.

1–قال الله تعالى:﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾(سورة النساء 58).

وجه الاستدلال:

أن الله جل وعلا أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وهذا عام يشمل العارية، والأمر بتأدية العارية يقتضي رد عينها إن كانت باقية، أو ضمان بدلها إن كانت تالفة.

نوقش:

أنه يلزمكم على هذا الاستدلال أن تقولوا بوجوب ضمان الوديع للوديعة، وقد قال به بعض العلماء، ولكنكم لا تقولون بذلك[2].

2– عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعا، يوم حنين، فقال:(أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة)[3]، وفي رواية فقال: يا رسول الله، أعارية مؤداة، قال: (نعم عارية مؤداة)[4].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ وصف العارية بصفة مخصصة، وهي أنها مضمونة لا عارية مطلقة عن الضمان[5].

نوقش:

بأن ذكر الضمان في حديث صفوان لأنه كان حديث العهد بالإسلام وجاهلا بأحكام الدين، فأعلمه رسول الله ﷺ أن من حكم الإسلام أن العواري مضمونة؛

ليقع له الوثيقة بأنها مردودة عليه غير ممنوعة منه في حال[1].

(1) انظر:التفريع: 285/2، بداية المجتهد: 97/4 .

(2) انظر: المحلى: 8/ 140.

(3) وأخرجه أبو داود: 3562، والنسائي: 5779، والدارقطني: 3/ 39، والحاكم:49/3، وصححه ووافقه الذهبي.

(4) أخرجها أبو داود: 826/3، وقال ابن حزم في المحلي:9 / 173 حديث حسن.

(5) انظر: نيل الأوطار: 5/ 337.

2- عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال:(على اليد ما أخذت حتى تؤدي)[2].

وجه الاستدلال:

أحدهما: أن النبي ﷺ جعل على اليد ما أخذت وهذا تضمين.

والثاني: أنه واجب الأداء وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين[3].

نوقش:

1- بأن الحديث ضعفه بعض أهل العلم[4].

2- وأن الأداء غير التضمين، ولا يلزم من الأمر بالأداء وجوب الضمان، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان للزم أن يضمنوا الرهون والودائع وغيرها من الأمانات؛ لأنها مما قبضت اليد، وهم لا يقولون بذلك فيها، فيلزمهم أن لا يقولوا به في العارية[5].

3- ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم[6].

أدلة القول الثاني: القائلين بعدم تضمين العارية، وأنها أمانة.

1- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: (ليس على المستعير غير المغل، ضمان)[7].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ نفى الضمان عن المستعير إذا لم يغل.

نوقش:

---

(1)انظر: الخطابي، أبو سليمان، أحمد بن محمد (ت 388 هـ)،معالم السنن، (وهو شرح سنن الإمام أبي داود)،(تح: محمد راغب الطباخ)، ط1، المطبعة العلمية بحلب1351 هـ - 1932 م: 5/ 198 .

(2) أخرجه أحمد: 5/ 8، وأبو داود:3561، والترمذي: 1266، وابن ماجه: 2400، والحاكم 2/ 47 ، قال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الحاكم، وأقره الذهبي.

(3) انظر:الحوي الكبير: 119/7.

(4) انظر: التلخيص الحبير: 3/ 117.

(5) انظر: المحلى: 8/ 144.

(6) المغني:342/7.

(7) أخرجه البيهقي: 6/ 91، وعبد الرزاق: 8/ 178، والدارقطني: 3/ 41، وقال: عمرو، وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى هذا من قول شريح غير مرفوع، انظر: نصب الراية: 115/4، قال الحافظ في التلخيص الحبير: وفي إسناده ضعيفان: 97/3.

– أن هذا الحديث ضعيف[1].

–أنه على فرض صحة الحديث فإنه يحتمل أن الرسول ﷺ أراد ضمان المنافع والأجرة[2].

2– أن عقد العارية تمليك أو إباحة للمنفعة، ولا تعرض فيه للعين، وليس في قبضها تعد، لأنه مأذون فيه، فانتفى سبب وجوب الضمان.

3– يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان، بما يتغير به حال الوديعة[3].

أدلة القول الثالث: المفصلين فيما يغاب عنه ومالا يغاب عنه من العارية.

قال ابن رشد:(...استعمال جميع الآثار وصحته في النظر والاعتبار.

فأما وجه استعمال جميع الآثار، فهو أن يتأول ما روي عنه من وجوب الضمان في العارية فيما يغاب عليه، إذا لم يعلم هلاكه، وما روي عنه من سقوط الضمان فيما لا يغاب عليه وفيما يغاب عليه إذا علم هلاكه)[4].

نوقش:

قال ابن حزم: وما نعلم لهم حجة أصلا إلا أنهم قالوا: نتهم المستعير فيما غاب.

فقلنا: ليس بالتهمة تستحل أموال الناس؛ لأنها ظن، والله تعالى قد أنكر اتباع الظن، **فقال تعالى:﴿إن يتبعون إلا الظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئا ﴾(النجم: 28)**.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)[5] .

ويلزمكم إذا أعملتم الظن أن تضمنوا المتهم، ولا تضمنوا من لا يتهم، كما يقول شريح. ويلزمكم أن تضمنوا الوديعة أيضا بهذه التهمة[6].

الفرع الخامس: سبب الخلاف.

(1) المرجع نفسه.
(2) انظر: المغني: 7/ 342.
(3) انظر: بدائع الصنائع: 217/6.
(4) المقدمات الممهدات:471/2.
(5) أخرجه البخاري(2766) ومسلم(2563).
(6) المحلى: 138/8.

قال ابن رشد: وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية: (بل عارية مضمونة مؤداة)وفي بعضها (بل عارية مؤداة) ، وروي عنه أنه قال: (ليس على المستعير ضمان) .

فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه[1].

الفرع السادس: الترجيح:

الذي يترجح لنا والله أعلم هو القول الثالث، لأن فيه جمعا بين الأدلة، وإعمال الأدلة أولى من إهمال بعضها، قال ابن رشد: وأصح الأقوال وأولاها بالصواب لاستعمال جميع الآثار وصحته في النظر والاعتبار[2].

الفرع السابع: وجه اندراج المسألة في القاعدة:

من استعار عارية ولم يحفظها، وخان أو فرط فيها بقصد حتى تلفت وهلكت أجبر على ضمانها معاملة له بنقيض قصده.

---

(1) بداية المجتهد: 4/ 97- 98.

(2) المقدمات الممهدات: 471/2 .

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث المتواضع نحمد الله على ما امتن به علينا ووفق إليه من العناية بهذه القاعدة المهمة، وتطبيقاتها في جانب المعاملات المالية.

ويمكن إجمال نتائج بحثنا المتواضع فيما يلي:

1- أهمية هذه القاعدة الفقهية، وأنها ثابتة بدلالة الكتاب والسنة وعمل الصحابة، وإعمال العلماء لها.

2- الارتباط الوثيق لهذه القاعدة بمقاصد الشريعة الإسلامية وبغيرها من القواعد كإبطال الحيل، وسد الذرائع.

3- أن صيغ القاعدة كثيرة، إلا أنها كلّها ترجع الى معنى واحد، وهو أنه إذا كان قصد المكلف من عمله ينافي قصد الشارع فإنه يعارض قصده ويعاقب بنقيضه.

5- الأثر البالغ للقاعدة في تعليل كثير من الأحكام الشرعية وفي شتى أبواب الفقه لا سيما أبواب المعاملات المالية.

ويمكن الخلوص إلى التوصيات التالية:

1-توسيع دائرة البحث في القاعدة، وتطبيقاتها بما يشمل جميع أبواب الفقه الإسلامي بما فيها جانب العبادات.

2- العناية بدراسة التطبيقات الفقهية لقواعد الفقه الإسلامي على ضوء الدراسة المقارنة، لما في ذلك من إثراء المكتبة الإسلامية.

3- البحث في الامتداد المقاصدي للقاعدة، وعلاقتها بغيرها من قواعد الفقه.

الفهارس:

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث.

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا...)	127	البقرة	11
(قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ)	91	هود	12
(وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ) البقرة (43)	43	البقرة	16
(يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ...) (البقرة276)	276	البقرة	27
اسْأَلْهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ ...(الأعراف163)	163	الأعراف	27
وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ) (البقرة65)	65	البقرة	28
وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (سورة البقرة /275)	275	البقرة	33-55
(وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا) (سورة البقرة 278)	278	البقرة	33
(وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ) (الحج 25)	25	الحج	44
(إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ) (لقمان13)	13	لقمان	44
(وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ) (النحل: ١٢٦)	126	النحل	47
مَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) (البقرة: ١٩٤)	194	البقرة	47
(وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ مِثْلُهَا) (الشورى: ٤٠)	40	الشورى	47
(وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ) (البقرة: ١٩٤)	194	البقرة	47
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا	278-279	البقرة	50
الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ	27	البقرة	50
يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا	276	البقرة	50
فَمَن جَآءَهُ مَوْعِظَةٌ مِن رَّبِّهِ	275	البقرة	53

(.... مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ)	12	النساء	67
(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا)	58	النساء	74
(إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)	28	النجم	77

فهرس الأحاديث النبوية:

الحديث	الصفحة
من احتكر على المسلمين طعاما ضربه الله بالجذام والافلاس	28
الربا وإن كثر فإن عاقبته إلى قل	28
من أخذ أموال الناس يريد أداءها، أدى الله عنه، ومن أخذ يريد إتلافها، أتلفه الله	29
القاتل لا يرث	29
أيما امرأة تزوجت عبدها	29
من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد	33
المسلمون على شروطهم	37
لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل	57
نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط	33
لا يحل لامرئ مسلم يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر به	38
المسلمون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال	39
من غشنا فليس منا	40
من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافا حتى يبين	41
أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة، وهو يعلم كيله	41
لا يحتكر إلا خاطئ	43
لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شق الله عليه	44
لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد	46
إن ردها رد معها صاعا من طعام أو صاعا من تمر فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا	46
الخراج بالضمان	48
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا	48
اجتنبوا السبع الموبقات. قالوا: وما هنّ يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر	50
لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه	5053
الربا ثلاثة وسبعون بابًا أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه	50
درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ستة وثلاثين زنية	50
ما أحد أكثر من الربا إلا كان عاقبة أمره إلى قلّة	50
إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد	53

من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا	53
يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع	53
بئسما شريت وما اشتريت، فأبلغي زيدا أنه أبطل جهاده	54
أوه أوه، عين الربا، عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر	55
لا تفعل، بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا	55
إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى	56
الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر	57
لا تباع حتى تفصل	59
إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب	59
سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل	59
قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم	62
من كان له شرك في نخل أو ربعة ، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه	62
فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك	62
– لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه	62
جاءني رسول الله ﷺ يعودني – عام حجة الوداع– من وجع اشتد بي	66
إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم	71
جعلت لكم ثلث أموالكم زيادة	71
جعلت لك طائفة من مالك عند موتك أرحمك به	72
لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه	79
أن رجلا ارتهن فرسا، فماتت الفرس في يد المرتهن	80
أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعا	84
على اليد ما أخذت حتى تؤدي	81
ليس على المستعير غير المغل، ضمان	85
إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث	86

قائمة المصادر والمراجع:

1- القرءان الكريم برواية حفص عن عاصم .

2- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت 606هـ) ، غريب الحديث والأثر ،(تح: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي)،(د ط) ، المكتبة العلمية – بيروت، 1399هـ – 1979م.

3- ابن الجلاب، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم المالكي (ت 378هـ)، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس،(تح: سيد كسروي حسن)،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 2007 م.

4- ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، (تح: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد)، ط1، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة ، 1425هـ – 2004 م.

5- ابن الوكيل، أبو عبد الله محمد ابن مكي عبد الصمد بن المرحل المعروف بصدر الدين (ت716)، الأشباه والنظائر، (تح محمد حسن محمد إسماعيل)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 1423هـ-2002 م.

6- ابن باز: هو عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله آل باز، ولد في الرياض سنة 1330هـ ، المفتي العام للملكة العربية السعودية (ت1420هـ). انظر: التطبيق الرسمي لمنتديات الآجري منبر السير والتاريخ والتراجم.

7- ابن جزي، أبو القاسم محمد ابن أحمد الكلبي المتوفى(741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، (تح :محمد لأمين الضناوي)، دار الكتب العلمية، بيروت2016م.

8- ابن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي(ت741)، القوانين الفقهية، (تح ماجد الحموي)،ط1، دار ابن حزم، 1434هـ-2013م.

9- ابن حجر الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي (ت 974 هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، (د،تح،ت،ن،ط)، المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

10- ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ) فتح الباري بشرح البخاري، ،(تح: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه ، محب الدين الخطيب)، ط1 ، المكتبة السلفية – مصر، 1380 - 1390 هـ.

11- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت 456 هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، (تح: الشيخ أحمد محمد شاكر)، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (د ت ن).

12- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، (تح: لجنة إحياء التراث العربي)، دار الآفاق الجديدة ، بيروت، 1402هـ-م1982.

13- ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي الظاهري (ت 456 هـ)، المحلى بالآثار، (تح: د. عبد الغفار سليمان البنداري، وكتب مقدمتها سنة 1405 هـ – 1984 م)،(د ط) ،دار الفكر ، بيروت.

14- ابن رجب البغدادي الحنبلي أو الفرج عبد الرحمن بن أحمد (ت 795 هـ)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بـ (قواعد ابن رجب)، (تح: أ. د. خالد بن علي المشيقح، د. عبد العزيز بن عدنان العيدان، د. أنس بن عادل اليتامى)، ط1، ركائز للنشر والتوزيع، الكويت، توزيع دار أطلس، الرياض، 1440 هـ - 2019 م.

15- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، (تح: د محمد حجي وآخرون)، ط2،دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1408 هـ - 1988 م.

16- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (د، ط)، دار الحديث - القاهرة، 1425هـ - 2004 م.

17- ابن عابدين، لمحمد أمين، الشهير (ت 1252 هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، (د،تح)، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،1386هـ - 1966م.

18- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة،(تح: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني) ،ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1400هـ/1980م.

19- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (تح: مصطفى بن أحمد العلوي , محمد عبد الكبير البكري)، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب، 1387هـ .

20- ابن فارس، أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، (تح: عبد السلام محمد هارون)، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م: 5/108-109، ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري الرويفعي الإفريقي أبو الفضل (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر – بيروت ط3 - 1414 هـ: 3/361.

21- ابن قدامة، موفق الدين أبومحمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي(541 - 620 هـ)، المغني،(تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض ، 1417هـ - 1997م.

22- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت751 هـ)، بدائع الفوائد(آثار الإمام ابن قيم الجوزية وما لحقها من أعمال)،(تح: علي بن محمد العمران)،ط5، دار عطاءات العلم الرياض، 1440 هـ - 2019 م : 3/1143. انظر : د. محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ،(د،ط) ، دار النفائس للنشر والتوزيع، 2006م.

23- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت 751هـ)، إعلام الموقعين، (تح: محمد عبد السلام إبراهيم)،ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1411هـ - 1991م.

24- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت ٧٥١هـ)، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان تح: محمد حامد الفقي،(د ط ت ن)، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية:1/360.

25- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (ت 774 هـ)، تفسير القرءان العظيم، (تح: محمد حسين شمس الدين)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ.

26- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد يزيد ابن ماجه الربعي – مولاهم – القزويني (ت 373 هـ)، جامع السنن (سنن ابن ماجه)، (تح: عصام موسى هادي)، ط2، دار الصديق للنشر، الجبيل، السعودية، 1435هـ – 2014م،

27- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت 970 هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة

28- ابن هبيرة، يحيى بن محمد الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (ت 560هـ)، الإفصاح عن معاني الصحاح، (تح: فؤاد عبد المنعم أحمد)، دار الوطن، 1417هـ.

29- أبو القاسم الرافعي القزويني، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، (ت 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، (تح : علي محمد عوض – عادل أحمد عبد الموجود)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1417 هـ – 1997م

30- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (202 – 275 هـ)، سنن أبي داود،(تح: شعيب الأرناؤوط – محمد كامل قره بللي)، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ – 2009 م.

31- أبو عبيدة مشهور بن حسن سلمان وأبو حذيفة رائد بن صبري، معجم المصنفات الواردة في فتح الباري، دار الهجرة للنشر والتوزيع،ط1،الرياض،1412هـ-1991م.

32- الإحسائي، عبد العزيز حمد آل مبارك، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ، شرح: محمد الشيباني ابن محمد ابن أحمد الشنقيطي الموريتاني،ط2، دار الغرب الإسلامي، 1995، بيروت.

33- أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت241هـ) المسند، (تح: أحمد محمد شاكر)، ط1، دار الحديث – القاهرة، 1416 هـ – 1995 م.

– أحمد بن ناصر الطيار، تقريب فتاوى ورسائل شيخ الإسلام ابن تيمية ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، ،ط1، 1441هـ.

34- الإشبيلي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ)، المحصول في أصول الفقه، (تح: حسين علي اليدري – سعيد فودة)،ط1، دار البيارق ، عمان، 1420هـ – 1999.

35- الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن (ت 502هـ)، (تح: صفوان عدنان الداودي)، ط1، دار القلم، الدار الشامية، 1412 هـ.

36- الألباني، محمد ناصر الدين (ت: 1420 هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،ط2، المكتب الإسلامي ، بيروت1405هـ – 1985م.

37- الأمير الصنعاني، محمد بن إسماعيل (ت 1182 هـ)،سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، (تح:: محمد صبحي حسن حلاق (ت 1438 هـ)، ط2، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع – السعودية، 1433 هـ.

38- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمد بن محمود (ت 786 هـ)،العناية شرح الهداية، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، 1389 هـ – 1970 م، دار الفكر، بيروت.

-39 البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري (ت 256 هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله – ﷺ– وسننه وأيامه، طبعة: مراجعة ومصححة على النسخة السلطانية، ط1، دار التأصيل – القاهرة، 1433 هـ - 2012 م.

-40 برهان الدين، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن (ت 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، (تح: طلال يوسف)، دار احياء التراث العربي ، بيروت،(د ت ن ط).

-41 البلباني، محمد بن بدر الدين الحنبلي (ت: 1083 هـ)،، الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات،: د. عبد العزيز بن عدنان العيدان، د. أنس بن عادل اليتامى)،ط1، دار ركائز للنشر والتوزيع - الكويت، دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع، الرياض، 1439 هـ - 2018 م.

-42 بن جرير الطبري، أبو جعفر محمد (224 - 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (تح: د عبد الله بن عبد المحسن التركي)،ط1، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ، القاهرة، 1422 هـ - 2001 م .

-43 البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي (ت 1051 هـ)، كشاف القناع عن الإقناع، (تحق: لجنة متخصصة في وزارة العدل)،ط1، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية ، 1421 - 1429 هـ.

-44 البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت 458هـ)، معرفة الآثار والسنن، (تح: عبد المعطي أمين قلعجي)، ط1، دار قتيبة (دمشق -بيروت)، 1412هـ - 1991م.

-45 الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى ، (ت 279هـ)، الجامع الكبير ، (تح: بشار عواد معروف)،ط1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت1996م.

-46 التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي (ت بعد 1158هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، (تح: د. رفيق العجم، تحقيق: د. علي دحروج)، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1996م .

-47 الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت 816هـ)، التعريفات، (تح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 1401هـ -1983م.

-48 حسام الدين بن موسى محمد بن عفانة، بيع المرابحة للآمر بالشراء، ط1، طبع على نفقة شركة بيت المال الفلسطيني العربي، القدس 1417 هـ/1996م.

-49 حسام الدين، حسين بن علي بن حجاج بن علي السغناقي (ت 714 هـ)، الكافي شرح أصول البزدوي، (تح: فخر الدين سيد محمد قانت)، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، 1422 هـ -2001م.

-50 الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، الرعيني المالكي (ت 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3 ، دار الفكر، 1412هـ - 1992م.

-51 الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (ت 1098هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الناشر، (د تح)، ط1، دار الكتب العلمية،1405هـ - 1985م.

-52 خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1434هـ - 2013م.

- الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن محمد، (ت 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،(تح: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود)،ط1، دار الكتب العلمية، 1415 هـ - 1994 م.

-53 الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري أبو عبد الرحمن (ت 170هـ)، كتاب العين، (تح: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي)، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان ،1980م.

-54 الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي (ت 385هـ)، سنن الدارقطني، (تح: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم)،ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت ، 1424 هـ - 2004 م.

-55 دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ، ط2،(د ن)، 1432 هـ.

-56 الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت1201هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (تح د. مصطفى كمال مصطفى)(د،ط) ، دار المعارف بمصر، 1393.

-57 الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت 1230هـ) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ، (تح: محمد عبد الله شاهين)،(د ت ن ط)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

- الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، التونسي المالكي (ت 894هـ)،الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (د تح)، ط1،المكتبة العلمية، 1350هـ.

-58 الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (د،تح)، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة ، 1404هـ/1984م.

- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر ، دمشق ،(د ت ن ط).

-59 الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي (ت794 هـ)، المنثور في القواعد الفقهية،) تح: د تيسير فائق أحمد محمود)، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية طباعة شركة الكويت للصحافة، 1405هـ - 1985م.

-60 الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ،ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1314 هـ.

-61 السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت 771هـ)، الأشباه والنظائر،(تح: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض)،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت1411 هـ - 1991م. علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت 1353هـ)، درر الحكام، (تعريب: فهمي الحسيني)،ط1، دار الجيل، 1411هـ - 1991م.

-62 السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي (ت 756 هـ)، تكملة المجموع شرح المهذب، (تص: لجنة من العلماء بمشاركة إدارة المطبعة)،(د ط)، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة:1348 - 1352 هـ.

-63 السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت 483 هـ)، المبسوط،(د،ت،ن ،ط)، مطبعة السعادة، مصر.

-64 السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، (تح: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي)، ط1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1999م، الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين (ت 772هـ)، نهاية السول شرح منهاج الوصول، (د، تح)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1420هـ- 1999م.

-65 السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت 911 هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، (د، تح)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ - 1983م.

-66 الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت 790 هـ)، الموافقات، (تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان)، ط1، دار ابن عفان، 1417 هـ - 1997 م : 100/4.

-67 الشبراوي بن أبي المعاطي المصري الحسني، إتحاف الأريب بشرح الغاية والتقريب لأبي شجاع أحمد بن الحسن الأصبهاني الشافعي (ت 593 هـ)، ط1، دار الريادة للنشر والتوزيع، الدقهلية ، 1441 هـ - 2020 م.

-68 الشوكاني، محمد بن علي (ت 1250هـ) ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، (تح: محمد صبحي بن حسن حلاق)،ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية ، 1427 هـ.

-69 شيخ الإسلام ابن تيمية، الاختيارات الفقهية لدى تلاميذه، لسامي بن محمد بن جاد الله، ط3، دار عطاءات العلم (الرياض)، 1440هـ - 2019م.

-70 شيخ الإسلام، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية (ت728هـ)، مجموع الفتاوى، (ج، ت): عبد الرحمن بن محمد بن قاسم رحمه الله، وساعده: ابنه محمد وفقه الله)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة، 1425 هـ - 2004 م.

-71 الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (د،تح،ت،ن،ط) دار الكتب العلمية، بيروت.

-72 الصاوي، أبوالعباس أحمد بن محمد الخلوتي، المالكي (ت 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د تح ت ن ط).

-73 صحيح سنن النسائي، ط1، مكتب التربية العربي لدول الخليج – الرياض، 1409 هـ - 1988 م.

-74 الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت 360 هـ)، القسم الثالث من المعجم الأوسط، (تح: محمد فوزي محمد السعدني)،(د ت ن ط)، جامعة الأزهر.

- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الحنفي المتوفى سنة(321هـ)،مختصر الطحاوي، (تح: أبو الوفاء الأفغاني)، لجنة إحياء المعارف النعمانية، مصر،1370هـ.

-75 عبد الرزاق الصنعاني، بن همام أبو بكر، المصنف، تح: مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط2، ، دار التأصيل، 1437 هـ - 2013 م.

76- عبد العزيز محمد عزام، فقه المعاملات، مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، (د ط)، 1997م-1998م.

77- عبد العظيم بن بدوي بن محمد، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز ، دار ابن رجب – مصر، ط3، 1421 هـ - 2001 م، : 348/347. ، مصطفى الخن (ت 1429 هـ)، الدكتور مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،(د،ت،ن،ط)، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.

78- عبد الله ابن الإمام أحمد، مسائل أحمد بن حنبل بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت 241 هـ)،(تح: زهير الشاويش (ت 1434 هـ))،ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1401هـ 1981م.

79- عبد الله بن محمد الطيار، لعبد الله بن محمد المطلق، د. محمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر،ط1، مدار الوطن للنشر، الرياض،1432 هـ /2011م : 143/6.

80- عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، ط1،جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، الرياض، 1400هـ.

81- العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (ت 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي)،(د، ط)،دار الفكر ، بيروت، 1414هـ - 1994م.

82- العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد (ت ٨٥٥ هـ)، ،عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (تح: عبد الله محمود محمد عمر)،ط1، دار الكتب العلمية،1421هـ -2001م، بيروت.

83- الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري، أبو عبد الله المواق المالكي (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، (د تح)،ط1،دار الكتب العلمية، 1416هـ1994م.

84- فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، ط1، منشورات جامعة دمشق، سورية1411هـ.

85- فخر الدين الرازي، أبوعبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي(ت 606هـ)، ، التفسير الكبير،(د تح)، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1420 هـ.

86- القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، (تح: حميش عبد الحق)، (د، ط) ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز ، مكة المكرمة.

87- القاموس المحيط، (تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي)، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ - 2005م.

88- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت ٦٨٤هـ)، الذخيرة، (تح: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة)، ط1، دار الغرب الإسلامي- بيروت، 1994 م.

89- القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم (578 - 656 هـ)، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، (تح: محيي الدين ديب ميستو - أحمد محمد السيد - يوسف علي بديوي - محمود إبراهيم بزال)،ط1، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1417 هـ - 1996 م.

-90 القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرءان، (تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384 هـ - 1964 م.

-91 القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد، (د،تح،ط)، دار الفكر، 1415هـ - 1995م.

-92 الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الحنفي الملقب بـ «بملك العلماء» (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (د تح)، ط1 1327 - 1328 هـ.

-93 اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى، (ج ت: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء ،الإدارة العامة للطبع) ،الرياض،1431هـ،:

-94 ماجد أبو رخية، الاحتكار دارسة فقهية مقارنة، بحث مقدم لمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر1 ، بن يوسف بن خدة.

-95 مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية ،ج19/ 2، كلية الشريعة جامعة الأزهر ، يونيو 2011.

- مالك بن أنس (ت197 هـ)، الموطأ ، رواية: أبي مصعب الزهري المدني (ت 242 هـ)،(تح وعلق عليه: د بشار عواد معروف - محمود محمد خليل،ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1412 هـ - 1991 م .
- مالك بن أنس، ابن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ)، المدونة:،(د تح)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ - 1994م.

-96 الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، (تح: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1419 هـ -1999 م.

- مجلة البحوث الإسلامية(298/52).
- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله المسند، فتاوى إسلامية للمشايخ ابن باز وابن عثيمين، وابن جبرين فتاوى إسلامية، إضافة إلى اللجنة الدائمة، وقرارات المجمع الفقهي، دار الوطن للنشر، الرياض.

-97 محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، ط2 ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ،1408هـ - 1988 م.

-98 محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424 هـ - 2003 م: (1-150/2).

-99 محمود عبد الرحمن عبد المنعم ،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ط1،دار الفضيلة للنشر والتوزيع،القاهرة،1999.

100- المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد (ت 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، (تحق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي – د عبد الفتاح محمد الحلو)،ط1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة – 1415هـ – 1995م..

101- المزني، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى (ت 264 هـ)، المختصر من علم الشافعي ومن معنى قوله، (تح: أبي عامر عبد الله شرف الدين الداغستاني)، ط1، دار مدارج للنشر ، الرياض، 1440 هـ – 2019م.

– منظمة المؤتمر الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، (د،ت،ن،ط)، العدد الثالث (3 /1650) ، والعدد الخامس (3 / 1609).

102- الموصلي، عمر بن بدر بن سعيد الوراني الحنفي، ضياء الدين، أبو حفص (ت ٦٢٢هـ)، المغني عن الحفظ ، دار الكتاب العربي ،(د،تح)،ط1، بيروت ، 1407 هـ .

103- النعمان (تح: الشيخ زكريا عميرات)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1999م.

104- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف(ت 676 هـ)، المجموع شرح المهذب، (تص: لجنة من العلماء)،(د ط) ، مطبعة التضامن الأخوي – القاهرة، 1344 – 1347 هـ .

– النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676 هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (تح: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق)،ط3، المكتب الإسلامي، بيروت ، 1412 هـ/ 1991 م.

105- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676 هـ)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، ، (تح: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي)، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت ، 1412 هـ / 1991 م.

106- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج،ط2، دار إحياء التراث العربي ، 1392 هـ.

107- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الكويت، ط: من 1404 -1427 هـ.

108- ومسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (206هـ – 261 هـ) في صحيحه، (تح: محمد فؤاد عبد الباقي)،(د ط)، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، 1374 هـ – 1955 م.

109- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى (ت **914** هـ)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، المعروفة بقواعد الونشريسي، (تح: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني)،ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1427 هـ – 2006 م.

فهرس الموضوعات:

بسم الله الرحمن الرحيم ..... ب

شكر وتقدير: ..... ج

إهداء: ..... د

مقدمة: ..... هـ

أهمية الموضوع وأسباب اختياره: ..... هـ

أسباب اختيار الموضوع: ..... هـ

الدراسات السابقة: ..... و

الإشكالية: ..... و

منهج البحث:..... ز
خطة البحث: جاءت خطة بحثنا كالتالي:.....ح
الفصل التمهيدي..... **Error! Bookmark not defined.**
المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها:..... 12
المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا وصفيا..... 12
الفرع الأول: القاعدة: 12
الفرع الثاني: الفقهية: هذه اللفظة تعني أن القواعد منسوبة إلى الفقه..... 13
المطلب الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا وعلما. 13
المطلب الثالث: أهمية القاعدة الفقهية. 14
المبحث الثاني: معنى قاعدة :(الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) وألفاظها. 17
المطلب الأول: التعريف بمفردات القاعدة لغة واصطلاحا..... 17
الفرع الأول: تعريف الأصل. 17
الفرع الثاني: تعريف المعاملة. 18
الفرع الثالث: تعريف النقيض..... 18
الفرع الرابع: تعريف المقصود..... 19
الفرع الخامس: تعريف الفاسد. 20
المطلب الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة. 20
المطلب الثالث: ألفاظ القاعدة عند العلماء، والفروق بينها..... 21
الفرع الأول: ألفاظ القاعدة عند العلماء. 21
الفرع الثاني: الفروق بين ألفاظ القاعدة. 23
المطلب الرابع: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة وغيرها من القواعد..... 24
الفرع الأول: علاقة القاعدة بمقاصد الشريعة:..... 24
الفرع الثاني: علاقة القاعدة بالحيل: 24
الفرع الثالث: علاقة القاعدة بقاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد: 25
الفرع الرابع: علاقة القاعدة بسد الذرائع: 26

المبحث الثالث: استمداد القاعدة والأدلة عليها. 28
المطلب الأول: أدلة القاعدة من الكتاب العزيز. 29
المطلب الثاني: أدلة القاعدة من السنة النبوية. 30
المطلب الثالث: أدلة القاعدة من آثار السلف. 31
الفصل التطبيقي: 32
التطبيقات الفقهية لقاعدة:(الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد) في المعاملات المالية: 32
المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في البيوع. 33
الفرع الأول: البيع الفاسد: 33
الفرع الثاني: اشتراط البراءة من العيوب في البيع. 36
الفرع الثالث: البيع جزافا مع علم أحد المتبايعين بقدر المبيع. 41
الفرع الرابع: الاحتكار. 44
الفرع الخامس: النهي عن بيع المصراة. 47
المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الربا. 50
الفرع الأول: بيع الربا. 50
الفرع الثاني: بيع العينة. 53
الفرع الثالث: بيع الذهب بالتقسيط. 58
المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود الشركة والقراض. 62
المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الشركة (حق الشفعة والاحتيال على إسقاطها). 62
المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في القراض. 65
المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التبرعات. 66
المطلب الأول: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الوصية. 66
الفرع الأول: الوصية بأكثر من الثلث لأجنبي إذا كان للموصي ورثة. 67
المسألة الثانية: إذا قتل الموصى له الموصي. 69
المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للقاعدة في الهبة. 71
المبحث الرابع: التطبيقات الفقهية للقاعدة في عقود التوثيق. 77

المطلب الأول: الضمان في الإيجار الخاصة. 77
المطلب الثاني: تضمين المرتهن: 80
المطلب الثالث: تضمين المستعير. 84
الخاتمة: 90
فهرس الآيات القرآنية: 92
فهرس الأحاديث: 94
قائمة المصادر والمراجع: 96
فهرس الموضوعات: 105

ملخص البحث:

إن من قواعد الفقه المهمة التي جاءت في كتب القواعد تأصيلا وفي منثور مسائل الفقهاء تطبيقا وتفريعا قاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد.

وفي هذا البحث المتواضع تطلع على ما يتعلق بهذه القاعدة المهمة من حيث مجمل معناها و أدلتها و ألفاظها عند العلماء وعلاقتها بمقاصد الشريعة وبغيرها من القواعد، كما تطلع على أمثلة لتطبيقات القاعدة في أبواب مختلفة من المعاملات المالية كالبيوع والربا والضمان الشركة وغيرها، وبيان أثر هذه القاعدة في تعليل أحكام هذه المسائل . والله الموفق.

One of the important rules of jurisprudence in the rulebooks is rooted and the questions of jurists are raised in application and subordination of the rule of treatment in contrast to the corrupt intent.

In this humble research, I look at this important rule in terms of its overall meaning, evidence and writings among scholars and its relationship to the purposes of Shari 'a and other rules, as well as examples of the applications of Al-Qaida in various sections of financial transactions such as sales, Usury, company guarantee, etc., and indicate the impact of this rule on the explanation of the

provisions of these issues. And God is the one who provides success.

Detectia Université BOUIRA

ID: 4h0ber-69925

Certificat d'analyse de la similarité textuelle

- Nom du document: مذكرة الأصل المعاملة بنقيض القصد الفاسد.docx
- Soumis par: **CHIKHAOUI Boubakr**
- Faculté: -
- Date de soummission: **2024-06-24**

26.6%	65	122
Taux global de similarité	**Nombre de sources**	**Passages surlignés**
26.6% Similarité Forte	**65** sources internet	**14343** mots
0.0% Similarité Proche	**0** sources Thèses-Algérie	**83318** caractères
0.0% Exclu manuellement	**0** sources dépôt privé	

ℹ Ce document est un certificat et résumé d'analyse et de détection de similarité textuelle qui peut être utilisé pour l'établissement d'un rapport de plagiat. Il revient à l'examinateur, l'encadrant ou bien au comité déontologique de l'université ou de l'école d'émettre un avis quant au statut de plagiat du document analysé.

◎ Consultez **l'arrêté N° 1082 du 27 Décembre 2020 fixant les règles relatives à la prévention et la lutte contre le plagiat** pour en savoir plus concernant ce qui est considéré comme étant un acte de plagiat, les procédures ainsi que les sanctions.

Taille minimale des passages: **15 mots.** Niveau de tolérance de la similarité: **Majeur**

Signature d'intégrité

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج
- البويرة -
كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

Ministère de l'Enseignement supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Faculté des Sciences Sociales et Humaines

قسم : الشريعة

السنة الجامعية 2023/ 2024

إذن بإيداع مذكرة التخرج- ماستر – بعد التصحيح

حن الأستاذ(ة):.....محمد.....هندو.....

لدرجة العلمية :.....دكتوراه.....

لمشرف (ة)على مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر المسومة بعنوان:.....التطبيقات الفقهية لقاعدة: الأصل العامة بنقيض المقصود المؤسسة في المعاملات المالية.....

التي أعدها الطالب (ة):.....سفيان مالية.....رقم التسجيل :.....22043043799.....

الطالب (ة):.....محمد حمداني.....رقم التسجيل :.....22031095404.....

لمسجل بكلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية ،ميدان :.....العلوم الإسلامية.....

خصص:.....الفقه المقارن وأصوله.....

بعد مناقشة هذه المذكرة في مرحلتها النهائية و تصحيحها نؤكد على أن البحث قد استوفى الشروط لعلمية و الأكاديمية، و بناء عليه نأذن للطالب (ة) بإيداع مذكرته قصد استلام الشهادة

اللجنة المقترحة :

لأستاذ(ة) الرئيس(ة):.....عزيزة عكوش.....

لأستاذ(ة) المناقش (ة):.....السعدي كحلول.....

مضاء الأستاذ(ة) المشرف(ة):.....

البويرة في .....

جامعة البويرة
قسم الشريعة
كلية العلوم الإجتماعية

مساعد رئيس القسم المكلف
بالبحث العلمي والتدريج والتكوين العلمي بالنيابة
صديقي بوبكر

الإدارة

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett

نموذج التصريح الشرفي الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث.

انا الممضي أسفله، السيد(ة) عبابني محمد الصفة: طالب، استاذ، باحث

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية: 402591397 والصادرة بتاريخ 2022/08/09

المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم الانسانية قسم العلوم الإسلامية والاجتماعية

والمكلف(ة) بإنجاز اعمال بحث (مذكرة، التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: التعليلات الفقهية لقاعدة الأصل العامة براءة الذمة الفاسد في المعاملات المالية

تحت إشراف الأستاذ(ة): محمد هدو

أصرح بشرفي أنيألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2024/07/10 توقيع المعني(ة)

جامعة البويرة
كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية
قسم الشريعة

رأي هيئة مراقبة السرقة العلمية:

النسبة: % 26,60

الامضاء:

جامعة البويرة
كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية
قسم الشريعة
رئيس قسم الشريعة
شرشاري بوبكر

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett

نموذج التصريح الشرفي الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث.

انا الممضي أسفله، السيد(ة) ..... الصفة: طالب، استاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية: ..... والصادرة بتاريخ .....

المسجل(ة) بكلية / معهد ..... قسم .....

والمكلف(ة) بإنجاز اعمال بحث (مذكرة، التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: .....

.....

تحت إشراف الأستاذ(ة): .....

أصرح بشرفي أنيألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: ..... توقيع المعني(ة) .....

رأي هيئة مراقبة السرقة العلمية:

النسبة: %

الامضاء:

جامعة البويرة
كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية
قسم الشريعة