

دولت ليبيا

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الجامعة الأسمرية الإسلامية

إدارة الدراسات العليا والتدريب والمعنيين

كلية الشريعة والقانون - قسم الشريعة

شعبة الفقه المقارن

دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الإجازة العالية "الماجستير"
في الفقه المقارن بعنوان: _____ وان:

**قواعد عدم اللزوم عند الإمام الحطاب
وتطبيقاتها الفقهية من خلال كتابه
تحرير الكلام في مسائل الالتزام**

"دراسة فقهية مقارنة"

إعداد الطالبة:

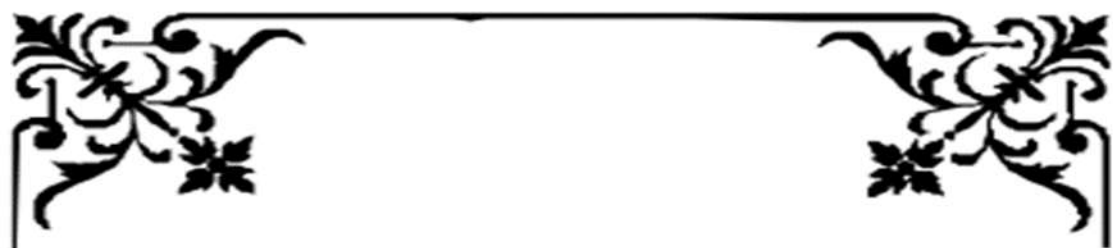
فاطمة محمد محمد مامي

إشراف الدكتور:

عصام علي الخمري

العام الجامعي: 1439-1440هـ

2018-2019م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



قَالَ تَعَالَى:

﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾

سورة الإسراء، من الآية: 85



الإهداء

إلى من قال فيهما رح العزة

﴿وَالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ الإسراء: ٢٣

إلى والدي الكرّيمين، اللذين ربّاني صغيراً وما نزلت
فضولهم تتولى عني كبيراً.

إلى اخوتي وأخواتي الذين بنموا لي التوفيق والسداد.

إلى صديقاتي وزميلاتي طوال فترة دراستي وأخص بالذكر
فاطمة القماطي.

إلى مساحل النور والهداية، إلى العلماء المخدّصين
العاملين لتصوّره ونهجه وحجّه أجمع.

إليهم جميعاً (عزّي) نعمة جهدي المنوّل.ضع.

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي وفقنا بتوفيقه، وأسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة على إتمام هذا العمل الذي أسأله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم .

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر، وعظيم الامتنان إلى أستاذي المشرف فضيلة الدكتور: عصام علي المخمري الذي تكرم وتفضل بقبول الإشراف على هذا العمل، وعلى ما أسداه لي من نصائح، وإرشادات، وتوجيهات، على ضوئها تبرعون الله إنجانر هذا العمل، فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء .

والشكر موصول إلى الأستاذين الكريمين عضوي لجنة المناقشة: فضيلة الدكتور: فرج علي جوان، وفضيلة الدكتور: جمال عمران سحيم؛ لقبولهما مناقشة هذا العمل، وتوجيه بعلمهما توجيهها وإرشاداً، فجزاهما الله خير الجزاء .

كذلك الشكر موصول لكل من مرئيس قسم الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون فضيلة الدكتور: فتحي الجمروود على جهوده المبذولة في خدمة العلم والمتعلمين، فجزاه الله خير الجزاء، وفضيلة الدكتور: مراهف النعيم على ما أسداه لي من إرشادات، وتوجيهات، فجزاه الله خير الجزاء .

ولكل من مد لي يد العون وأسدى لي كلمة نصح وإرشاد من أساتذتي، وزميلاتي، والقائمين على المكتبات العامة بالجامعة الأسمرية الإسلامية، فلهم مني جزيل الشكر والعرفان .

المقدمة

وتشتمل على:

أولاً: أهمية الموضوع وسبب اختياره.

ثانياً: أهداف البحث.

ثالثاً: الدراسات السابقة.

رابعاً: منهج البحث.

خامساً: خطة البحث.

سادساً: صعوبات البحث.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله واسع العطاء والجود، أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود، أحمده وأشكره وهو الكريم الودود، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، الملك المعبود، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صاحب المقام المحمود، والحوض المورود، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً متعاقباً إلى اليوم المشهود.

أما بعد:

فإن شريعة الإسلام جاءت خاتمة لجميع الرسالات السماوية، فكانت شاملة لجميع نواحي الحياة، حائزة للأسباب التي تمكنها من البقاء، ففيها القواعد والضوابط التي لا تتغير بمرور الأزمنة، وتفاوت الأمكنة، فحددت للناس النهج الصحيح، والمسالك القويم.

فاهتمت بالعقود والالتزامات اهتماماً بالغاً؛ لما لها من أهمية في حياة الناس، فيها تقضى مصالحهم، وتدار شؤونهم، ذلك أن الإنسان لا ينفك بحال من الأحوال- عن إبرام عقد من العقود، أو التزام من الالتزامات.

فجعلت الأصل فيها اللزوم، وهذا الأصل غير مطرد في جميع العقود، فمنها ما يناسبه اللزوم، وهو الأكثر؛ لأنه الأصل، ومنها ما يناسبه الجواز، وهو الأقل؛ لعدم حصول ضرر لوصفه بالجواز، ومنها ما يناسبه عدم؛ وهو الشاذ؛ لحصول ضرر لوصفه باللزوم.

وهذه الأقسام (اللزوم، والجواز، وعدم اللزوم) أفردها الفقيه محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المتوفى سنة (954هـ) في كتاب مستقل سماه تحرير الكلام في مسائل الالتزام، واللافت للانتباه أنه نبه على القسم الأخير- عدم اللزوم- في خاتمته فقال: خاتمة في التنبيه على مسائل حكم فيها بعدم اللزوم؛ لكونها من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، أو لكون الالتزام فيها مخالفاً لمقتضى العقد، وكأنه أشار إلى أن غير هذه المسائل

الأصل فيها هو اللزوم أو الجواز، ممّا أثار في نفسي رغبة البحث في هذه المسائل، والغوص في غمارها، بالإضافة إلى أنّ هذه المسائل تندرج تحت قاعدتين من أهم القواعد الفقهية هما: قاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه، وقاعدة الشروط الفاسدة في العقود من خلال الشروط المنافية لمقتضى العقد؛ لهذا فقد اخترت أن يكون هذا القسم من الكتاب موضوعاً لدراستي لنيل درجة الماجستير.

وقد استقر الرأي والتوجيه على عنوانته بـ **قواعد عدم اللزوم عند الإمام الحطاب وتطبيقاتها الفقهية من خلال كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الأربعة (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة)**، وتتلخص أهمية الموضوع وسبب اختياره، وأهداف دراسته في النقاط الآتية:
أولاً: أهمية الموضوع وسبب اختياره:

1- أنّ هذه الدراسة تدخل في إطار الدراسات الفقهية المقارنة التي تسهم في إبراز تكاملية الفقه الإسلامي، وأنه صالح لكل زمان ومكان.

2- التعريف بالإمام الحطاب الذي ذاع صيته في الآفاق، وشهد له العلماء بالرياسة في الفقه، والأصول، واللغة، وبالبراعة في التصنيف.

3- أهمية الكتاب، وقيّمته العلمية؛ إذ يُعدّ من أوائل المصادر التي تناولت أحكام الالتزام في المذهب المالكي بصفة خاصة، بالإضافة إلى اعتماد مصنفه فيه على أكثر من ستين مصدراً من أمهات المذهب المالكي.

4- معرفة وتحديد القواعد الفقهية المتعلقة بعدم اللزوم عند الإمام الحطاب، ودراستها دراسة فقهية مقارنة مع تطبيقاتها العملية في كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام.

5- أنّ هذا الموضوع يكشف عن منهج الحطاب الفقهية في عرضه للمسائل من المذهب، وترتيبها.

6- أن دراسة هذه القواعد أمر مهم يترتب عليها بيان أثر اللزوم أو عدمه في إسقاط الحق قبل وجوبه، والشروط المنافية لمقتضى العقد.

7- أن في هذه الدراسة العديد من المسائل الفقهية التي تحتاج إلى جمع أقوال الفقهاء فيها ومقارنتها، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف فيها.

8- عدم وجود دراسة علمية مستقلة-حسب اطلاعي-لقواعد عدم اللزوم عند الإمام الحطاب.

ثانياً: أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- إبراز تكاملية الفقه الإسلامي، وأنه صالح لكل زمان ومكان.
- 2- التعريف بالإمام الحطاب وجهوده المبذولة في طلبه للعلم.
- 3- معرفة القواعد الفقهية المتعلقة بعدم اللزوم وتطبيقاتها عند الإمام الحطاب ودراستها دراسة فقهية مقارنة.
- 4- إبراز مزايا الكتاب من خلال عرضه لهذه المسائل.
- 5- ربط أحكام هذه المسائل بأدلتها، ومقارنتها بالمذاهب الفقهية الأخرى.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

لم أجد-فيما اطّلت-بحثاً علمياً درس قواعد عدم اللزوم عند الإمام الحطاب، وتطبيقاتها الفقهية من خلال كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دراسة فقهية مقارنة.

أمّا بخصوص الكتاب فقد اطّلت على دراسة علمية حوله بعنوان: نظرية الالتزام عند الإمام الحطاب، وتطبيقاتها في المعاملات المالية من خلال كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تقدم بها الباحث: عادل هلول، لنيل درجة الماجستير من جامعة سيدي محمد بن عبد الله بالمغرب، سنة 2012م.

رابعاً: منهج البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج المُقارن الذي يعتمد على الاستقراء والاستدلال والتحليل في الجانب النظري والتطبيقي للدراسة، ولأجل ذلك اتبعت الخطوات الآتية:

أ- الجانب النظري:

1- شرحت معنى القاعدة في اللغة والاصطلاح، والألفاظ ذات الصلة إن وجدت،

والمعنى العام للقاعدة.

2- ذكرت الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء، وعزوتها إلى أماكن

وجودها، وبينت أوجه الاتفاق والاختلاف فيها إن تطلّب ذلك.

3- بيّنت حجية القاعدة، ومستندها من الأدلة النقلية والعقلية ما أمكنني ذلك.

ب- الجانب التطبيقي:

1- استقرت التطبيقات الفقهية للقواعد، وجعلتها في مطالب مرتبة كما في الكتاب.

2- وضعت عنواناً للمسألة كما هو مترجم لها في نص الحطّاب.

3- ذكرت نص الحطّاب في المسألة أولاً باختصار ما أمكن ذلك.

4- عرضت المسائل بثلاث طرق، نظراً لطبيعة المسائل واختلافها، وتفصيل ذلك

كما يلي:

- إذا كانت المسألة خلافية، ونصّ عليها الفقهاء الأربعة أحررها وأبيّن أوجه

الاتفاق والاختلاف فيها، ثمّ أذكر الأقوال حسب الترتيب التاريخي فأبدأ بالحنفية

ومن وافقهم...، ثمّ وجه كل قول مراعية في ذلك الترتيب العلمي للأدلة فأبدأ

بالأدلة النقلية إن وجدت، ثمّ الأدلة العقلية، ومن ثمّ سبب الخلاف إذا نصّ

عليه الفقهاء، أو ما أمكنني استنباطه، ثمّ القول الراجح أبيّن من خلاله ما تبيّن

لي رجحانه مع ذكر أسباب ذلك ما استطعت، وإذا لم ينص على المسألة أحد

المذاهب الفقهية بيّنت ذلك أولاً، ومن ثمّ اتبعت الخطوات السابقة في العرض.

- إذا كانت المسألة غير خلافية، ولكلّ مذهب تفصيل خاص فيها، أبدأ ببيانها، ومن ثمّ أذكر مذاهب الفقهاء فيها، ووجه كل مذهب، ثمّ خلاصة المسألة أبين فيها أوجه الاتفاق أو الاختلاف بين المذاهب في المسألة.
- إذا كانت المسألة ممّا انفرد بها المذهب المالكي، أبدأ ببيان ذلك، ومن ثمّ أشير إلى المذاهب الأخرى فيها ببيان أصلٍ لهم في باب المسألة-إن وجدت- أستخلص من خلاله قولهم في المسألة ما استطعت إلى ذلك، ثمّ أذكر خلاصة للمسألة أبين فيها أوجه الاتفاق أو الاختلاف بينهم فيها.
- 5- ذكرت أقوال المذاهب من المصادر الرئيسية المعتمدة عند كل مذهب، وأفردت كل مذهب بهامش أشير فيه إلى مصادره، أمّا عند تحرير المسألة أو بيانها فأحياناً أجمعها في هامش واحد مرتبة حسب وفاة مؤلفيها.
- 6- حاولت قدر المستطاع استخدام الحواشي استخداماً متوازناً، وقد جعلت مهمة الحواشي فيما يلي:
 - عزو الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها في المصحف.
 - تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية، فما كان منها في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بالعزو إليه، بذكر اسم الكتاب والباب، والجزء والصفحة، ورقم الحديث، فإن لم يكن فيهما أو في أحدهما خرجته من غيرهما مع بيان الحكم عليه ما أمكن ذلك.
 - الإشارة إلى مصادر ومراجع الموضوع، وترتيبها حسب وفاة مؤلفيها، سوى كتاب تحرير الكلام في بعض المواضع، باعتباره محل البحث، وذلك بذكر الكتاب ومن ثم المؤلف، ومعلومات النشر كاملة من تحقيق وطبعة ودار النشر والجزء والصفحة، وإن تكرر اكتفيت بذكر الكتاب ومن ثم المؤلف والجزء والصفحة.

- توضيح ما ورد في البحث من مصطلحات فقهية، وكلمات غريبة معتمدة في ذلك على معاجم اللغة والكتب الفقهية.
- ترجمة الأعلام الوارد ذكرهم في متن البحث عند أول موضع يرد فيه العلم، وذلك بذكر اسمه وكنيته وشهرته وأهم تصانيفه وسنة وفاته، معتمدة في ذلك على مصدرين في الغالب من مصادر الترجمة، ولم أترجم للمشهورين مثل الخلفاء الراشدين، وأبي هريرة، وأئمة المذاهب الأربعة.
- الإشارة إلى القواعد الفقهية والأصولية وعزوها إلى مصادرها.
- 7- وضعت بعض الرموز في البحث طلباً للاختصار وهي:
 - تح: رمز لتحقيق.
 - صح: رمز لصحته.
 - ط: رمز للطبعة.
 - ت: رمز للتاريخ.
 - ص: رمز للصفحة.
 - هـ: رمز لهجري.
 - م: رمز لميلادي.
- 8- وضعت فهرس علمية تخدم البحث، وتسهّل الوقوف على موضوعاته وهي:
 - فهرس الآيات القرآنية.
 - فهرس الأحاديث والآثار.
 - فهرس الأعلام المترجم لهم.
 - فهرس القواعد الأصولية والفقهية.
 - فهرس المصطلحات الفقهية، والكلمات الغريبة.
 - فهرس المصادر والمراجع.
 - فهرس الموضوعات.

خامساً: خطة البحث:

اقتضت طبيعة الدراسة أن يكون البحث في مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة على الوجه الآتي:

أما المقدمة فتتضمن تقديماً لموضوع البحث، وأهميته وسبب اختياره وأهدافه والدراسات السابقة ومنهج البحث وخطته.

وأما الفصل التمهيدي فهو للتعريف بالإمام الحطاب وكتابه تحرير الكلام، وأما الفصلان الآخران فقد خصصتها لدراسة القواعد وتطبيقاتها وفق الترتيب الآتي:

الفصل التمهيدي

التعريف بالإمام الحطاب وكتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: السيرة الذاتية للإمام الحطاب

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده وطلبه للعلم وشيوخه.

المطلب الثاني: مكانته العلمية.

المطلب الثالث: وفاته.

المبحث الثاني: عصر الإمام الحطاب وبيئته العامة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الوضع السياسي.

المطلب الثاني: الوضع المجتمعي.

المطلب الثالث: الوضع العلمي.

المبحث الثالث: التعريف بكتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أهمية الكتاب وسبب تأليفه.

المطلب الثاني: مصادر الكتاب.

المطلب الثالث: منهجه في كتابه.

المبحث الرابع: المعالم العامة لنظرية الالتزام عند الحطاب

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الالتزام.

المطلب الثاني: أركان الالتزام وشروطها.

المطلب الثالث: أقسام الالتزام.

المطلب الرابع: أسباب اللزوم وعدمه.

الفصل الأول

قاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه وتطبيقاتها الفقهية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة والألفاظ التي وردت بها وحجيتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإسقاط لغة واصطلاحاً، والمعنى العام.

المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجيتها.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مسائل في البيوع.

المطلب الثاني: مسائل في المواريث والوصايا.

المطلب الثالث: مسائل في الأحوال الشخصية.

المطلب الرابع: مسائل في الجنائيات.

المطلب الخامس: مسائل في اليمين والكفالة.

الفصل الثاني

قاعدة الشروط الفاسدة من خلال الشروط المنافية لمقتضى العقد وتطبيقاتها الفقهية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الشروط وأحكامها وآثارها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الشروط وأقسامها.

المطلب الثاني: حكم الشروط المقترنة بالعقد.

المطلب الثالث: آثار اقتران الشروط بالعقود.

المبحث الثاني: المعنى العام للشروط المنافية لمقتضى العقد، وضوابطها والألفاظ

التي وردت بها عند الفقهاء، وحجيتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد وضوابطها عند الفقهاء.

المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجيتها.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة الشروط المنافية لمقتضى العقد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مسائل في النكاح.

المطلب الثاني: مسائل في البيع.

المطلب الثالث: مسائل في القرض والرهن.

المطلب الرابع: مسائل في العارية والوديعة.

المطلب الخامس: مسائل في الوقف والهبة والعطية.

الخاتمة: وذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها من هذا البحث.

سادساً: صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتني خلال البحث ما يلي:

1- عدم الحصول على النسخة الورقية للكتاب بطبعته، والإلكترونية لطبعة دار

الكتب العلمية، بتحقيق: يوسف أحمد سنة 2010؛ لذلك اعتمدت على النسخة

الإلكترونية (pdf) لطبعة دار الغرب الإسلامي، بتحقيق عبد السلام محمد

الشريف، سنة 1984م.

2- صعوبة بعض التطبيقات لهذه القواعد؛ لكونها ثمرة خلاف، أو وجه عن مسألة

خلافية.

3- صعوبة توثيق بعض النقول عن فقهاء المذهب المالكي؛ لعدم وجود المصادر

التي نصت عليها.

وختاماً فإنني أحمد الله عز وجل، وأشكره على ما أنعم به عليّ من إتمام هذا

البحث، فهو سبحانه صاحب المنة والفضل، وأسأله أن يتقبل مني هذا العمل، وأن

يوفقني لحسن القصد، وإصابة الحق، فما كان فيه من صواب فمن الله بفضله وتوفيقه،

وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، ولا أدعي الكمال إذ الكمال لله وحده.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى

آله وصحبه، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

✍ الباحثة

26/محرم/1440هـ

الموافق 6 / 10 / 2018م

الفصل التمهيدي

التعريف بالإمام الخطاب وكتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: السيرة الذاتية للإمام الخطاب.

المبحث الثاني: عصر الإمام الخطاب وبيئته العامة.

المبحث الثالث: التعريف بكتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام.

المبحث الرابع: المعالم العامة لنظرية الالتزام عند الخطاب.

المبحث الأول

الحيرة الذاتية للإمام الحطاب

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده وطلبه للعلم وشيوخه.

المطلب الثاني: مكاتبه العلمية.

المطلب الثالث: وفاته.

المطلب الأول

اسمه ونسبه ومولده وطلبه للعلم وشيوخه

أولاً: اسمه ونسبه ومولده:

هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرُّعَيْنِيّ، المغربي الأصل، المعروف بالحطّاب.

يرجع نسبه إلى أسرة الرُّعَيْنِيّ ذات الأصل الأندلسي، ومنها نزحت إلى طرابلس الغرب، ومن ثم إلى مكة حيث مولده، ووفاته.

ولد ليلة الأحد ثامن عشر من رمضان سنة (902هـ)، الموافق لسنة (1497م)⁽¹⁾.

(1) من مصادر ترجمته ~ :

- توشيح الديباج وحلّة الابتهاج: للقرافي، (تح: علي عمر، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004م)، ص216-218.

- دُرّة الحجال في غرّة أسماء الرجال: لابن القاضي، (تح: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م)، ص227.

- كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج: للتنبكتي، (تح: علي عمر، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004م) 234/2-237.

- نيل الابتهاج بتطريز الديباج: للتنبكتي، (إشراف: عبد الحميد عبد الله، ط1، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، 1989)، ص592-594.

- نفحات النسرين والريحان فيمن كان بطرابلس من الأعيان: لأحمد الأنصاري، (دار الفرجاني، بلا ط، ت)، ص100-102.

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد مخلوف، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م)، 389/1-390.

- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: لمحمد الفاسي، (ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م)، 319/2.

- الأعلام، للزركلي، (ط15، دار العلم للملايين، بيروت، 2002م)، 58/7.

- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين: للباباني، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت) 242/2.

- الجواهر الإكليلية في أعيان ليبيا من المالكية: لناصر الدين محمد الشريف، (ط1، دار البيارق، عمان، 1999م) ص144-150.



ثانياً: طلبه للعلم وشيوخه:

بدأ الحطاب طلبه للعلم في سن مبكرة، وقد كانت همته في ذلك عالية، فلم يقتصر في طلبه على فن من الفنون؛ بل عقد العزم من البداية أن يكون إماماً متصرفاً في عدد من الفنون، فبعد حفظه لكتاب الله بدأ تعليمه على يدي والده حيث أخذ عنه أمهات المصادر في الفقه المالكي، ومن ثم على علماء عصره، فكان لهم الأثر الواضح في تكوينه العلمي والثقافي، والذي انعكس بعد ذلك على مؤلفاته.

وقد بين ذلك من خلال مقدمة كتابه مواهب الجليل بذكر اتصال سنده في الفقه إلى الإمام مالك⁽¹⁾ فمن أهم شيوخه الذين أثروا فيه وذكرهم في سنده:

1- والده أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرُعَيْنِي، المعروف بالحطاب الكبير، أندلسي الأصل ثم طرابلسي، وبها ولد وتفقّه، وفي سنة (884هـ) هاجر إلى مكة، وكرس حياته للعلم والتعليم، فجلس للإقراء في الفقه، والعربية، أخذ عنه جماعة منهم: ولده محمد، وذكره في سنده، توفي سنة (945هـ)⁽²⁾.

2- أحمد بن موسى بن عبد الغفار، وبه عرف، ولد بمصر واستوطن طيبة عاكفاً على الطاعة متردداً لمكة، يقرئ العلوم وصار إليه المرجع هناك، أخذ عنه جماعة منهم: الحطاب ونقل عنه أبحاثاً في شرح المختصر في الأنكحة، له العديد من التصانيف منها: نظم الدر المنثور في عمل المناسخات بالصحيح والكسور، وشرح موشح السيوطي في النحو، قال صاحب شجرة النور: لم أقف على تاريخ وفاته⁽³⁾.

- أعلام ليبيا: للطاهر الزاوي، (ط3، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004م)، 371-374.

- معجم المؤلفين: لعمر كحالة، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت)، 230/11-231.

(1) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، (تع: محمد يحيى، ط1، دار الرضوان، نواكشوط، 2010م)، 6-4/1.

(2) ينظر: كفاية المحتاج: للتنبكتي، 2/231، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/389.

(3) ينظر: توشيح الديباج: للقرافي، ص45-46، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/391.

3- عبد العزيز بن عمر بن محمد بن فهد المكي الشافعي، المحدث الحافظ الشهير بابن فهد، برع في علم الحديث وتميز به في الحجاز، أخذ عنه جماعة منهم: الحطّاب وذكره في سنده، له العديد من التصانيف منها: غاية المرام بأخبار سلطنة البلد الحرام، ومعجم شيوخه من أهل مكة، توفى سنة (920هـ)⁽¹⁾.

4- إبراهيم بن علي بن أحمد القلقشندي الشافعي القاهري، المحدث الحافظ، ممن انتهت إليه الرياسة وعلو السند في الكتب الستة والمسانيد، أخذ عنه الحطّاب وذكره في سنده توفى سنة (922هـ)⁽²⁾.

5- محمد بن علي بن عبد الرحمن الشهير بابن عراق الدمشقي، نزيل المدينة المنورة، أخذ عنه الحطّاب وتأثر به، له العديد من التصانيف منها: المنح الغنائية والنفحات المكية، وهداية الثقلين في فضل الحرمين، والسفينة العراقية في لبس الخرقة الصوفية، توفى سنة (933هـ)⁽³⁾.

(1) ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، (تح: خليل المنصور، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م)، 1/239-240، وهدية العارفين: للباباني، 1/583.

(2) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر: لمحي الدين العيّدروس، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ) ص 103، والكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، 1/109.

(3) ينظر: النور السافر عن أخبار القرن العاشر: لمحي الدين العيّدروس، ص174، والكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، 1/59-67.

المطلب الثاني

مكانته العلمية

تعرف مكانة العالم ومنزلته من العلم، ورتبته فيه بعدة معايير، وجملة دلائل أهمها:

علمه في ذاته وتحققه به، ورسوخه فيمن بعده، ويشهد في ذلك: مكانته وثناء العلماء عليه، وتلاميذه، ومصنفاته وموقف العلماء منها، ولهذا قسمت الكلام على مكانة الحطاب العلمية إلى النقاط التالية:

أولاً: مكانته في المذهب وثناء العلماء عليه:

يعد الشيخ الحطاب ~ من الفقهاء المشهورين في المذهب المالكي، شهد له علماء عصره، ومُنزجُمُوهُ بالإمامة المطلقة في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة... حتى أصبحت مكانته العلمية معروفة على مدى واسع، واعتبر من أكبر أئمة المالكية في عصره، تولى رئاسة المذهب المالكي في الحجاز، وتشهد له جميع مصادر ترجمته بعلو الرواية ورسوخ الدراية بأصول الفقه المالكي ودقائقه، وسعة الإحاطة بنصوصه، واستيعابه لأقوال الأئمة من عهد الإمام مالك إلى جيل شيوخه، وقد أثنى عليه العلماء ممن ترجموا له في كتبهم، فقد وصفه أحمد بابا التُّبُّكُتِي⁽¹⁾ بقوله:

« شيخ شيوخنا، إماماً علامةً محققاً بارعاً حافظاً حجةً ثقةً نظاراً جامعاً ورعاً صالحاً متعبداً من أولياء الله، ومن سادات العلماء وسراتهم، متقناً متقناً محصلاً نقاداً عارفاً بالتفسير ووجوهه، محققاً للفقه وأصوله ومسائله مستتباً لها، يقيس على المنصوص غيره، حافظاً كبيراً في الحديث وعلومه، محيطاً باللغة وغريبها، عالماً بالنحو والصرف

(1) أحمد بابا بن أحمد بن عمر بن محمد أقيت السوداني التُّبُّكُتِي، المحدث المؤرخ، أخذ عن والده وعمه،

ويحیی الحطاب وغيرهم، له العديد من التصانيف منها: نيل الابتهاج، وكفاية المحتاج، توفي سنة (1036هـ).

ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 432-433، وفهرس الفهارس: لعبد الحي الكتاني، (تح: إحسان عباس، ط2، دار الغرب الإسلامي،

بيروت، 1982م) 113/1-114.

فرضياً حسابياً معدلاً، محققاً لها إمام مطلق في ذلك كله جامعاً لسائر الفنون، آخر أئمة المالكية بالحجاز ممن له التصرف التام في العلوم» (1).

ووصفه محمد مخلوف (2) بقوله: «الفقيه العلامة الحافظ النظار، أحد العلماء الكبار المحققين الأخيار، الشيخ الصالح الورع المؤلف المحقق المطع المتبحر في العلوم نقلها وعقلها، وبالجملة فإنه أحد أفاضل الأمة خاتمة الأئمة وسادات العلماء وسراتهم» (3).

ثانياً: تلاميذه:

بعد أن كان الحطاب تلميذاً يتلقى عن شيوخه ما يُفيدونه إياه من علم وفير استوعبه، وحققه، وبرع في تصنيفه وتدوينه، ها هو من بعد يُفصد للتلقي عليه، والسماح منه، فمن أشهر تلاميذه الذين أخذوا عنه:

1- عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المغربي الطرابلسي الشهير بالتاجوري، الفقيه في علم الميقات وغيره، كان له اعتناء بالتهذيب، والرسالة، والموطأ، توفى قريباً من سنة (960هـ) (4).

2- محمد بن محمد بن أحمد الفيشي، أحد أعيان مالكية مصر، وعلم المحدثين صاحب السند المتين مع الفضل والصلاح والدين، له العديد من التصانيف منها: المنح الإلهية، وشرح مقدمة العشماوية في الفقه، توفى سنة (972هـ) على ما ذكره الزركلي في الأعلام (5).

(1) كفاية المحتاج: للتنبؤتي، 234/2.

(2) محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، ولد في "المنستير" بتونس سنة (1280هـ)، عالم بتراجم المالكية، من المفتين، تعلم بجامع الزيتونة، ودرس فيه، له العديد من المؤلفات منها: مواهب الرحيم، وشجرة النور وبه اشتهر، توفى سنة (1360هـ). ينظر: الأعلام: للزركلي، 82/7، ومقدمة تحقيق شجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/5-7.

(3) كفاية المحتاج: للتنبؤتي، 234/2.

(4) ينظر: توشيح الديباج: للقرافي، ص 102-103، وكفاية المحتاج: للتنبؤتي، 1/204-205.

(5) ينظر: نيل الابتهاج: للتنبؤتي، ص 598-599، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/405-406، والأعلام: للزركلي، 59/7.

3- ابنه يحيى بن محمد بن محمد الحطاب المكي، فقيه مكة وعالمها، المعروف بالصلاح والدين المتين، أخذ عن والده، آخر فقهاء الحجاز من المالكية، له تأليف في الفقه، والمناسك، والحساب، والعروض، وغيرها، توفي بعد سنة (993هـ)⁽¹⁾.

ثالثاً: مصنفاً وموقف العلماء منها:

أ- مصنفاً:

ترك الحطاب نتاجاً علمياً غزيراً يدل على سعة علمه، وعلو همته وتمكنه، فمؤلفاته هي المظهر الأكبر لعلمه، ومعرفته، والدليل على فكره، واجتهاده، وتفوقه، وقد تمكن بعض من حقق كتبه وترجم له من حصرها فبلغت حوالي ثمانية وثلاثين مؤلفاً منها عشرون لم تكتمل، ولا أرى حاجة لذكرها كلها هنا لوجودها في المصادر التي أشرت إليها⁽²⁾؛ لذلك سأقتصر على ذكر المشهور مما حقق وطبع منها وهي:

1- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، وهذا الكتاب مطبوع، ولأهل العلم عناية به، طبع مرتين، منهما: تحقيق عبد السلام محمد الشريف، وصدر عن دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، في سنة (1984م).

2- تحرير المقالة شرح نظم نظائر الرسالة، لابن غازي، وهذا الكتاب مطبوع، ولأهل العلم عناية به، وطبع عدة مرات ما بين تحقيق وتصحيح، منها تحقيق: أحمد سحنون، صدر عن وزارة الأوقاف المغربية، الرباط-المغرب، في سنة (1998م).

3- قرّة العين بشرح ورقات إمام الحرمين في الأصول، وهذا الكتاب مطبوع ولأهل

(1) ينظر: نيل الابتهاج: للتبكتي، ص639، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 404/1

(2) ينظر إلى مقدمة تحقيق كلاً من: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، (تح: عبد السلام الشريف، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1984م)، ص17-23، وتحرير المقالة شرح نظم نظائر الرسالة، (تح: أحمد سحنون، وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 1998م)، ص103-118.

العلم عناية به، وطبع عدة مرات ما بين تحقيق وتصحيح، منها تحقيق: ناجي إبراهيم السويد، صدر عن دار الكتب الوطنية، بيروت-لبنان، في سنة (2010م).

4- متممة الآجرومية في علم العربية، وهذا الكتاب مطبوع، ولأهل العلم عناية به، وطبع عدة مرات ما بين تحقيق وتصحيح، منها تحقيق: مالك بن سالم المهذري، وصدر عن دار الآثار، صنعاء.

5- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، طبع هذا الكتاب خمس مرات أجودها من حيث الدقة والصحة والضبط، الطبعة التي صدرت عن دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، في سنة (2010م).

ب- موقف العلماء منها:

يقول أحمد بابا التَّنْبُكْتِي في وصف مؤلفات الحطاب: «وله تأليف حسان أجاد فيها ما شاء»⁽¹⁾.

كذلك قال محمد مخلوف في وصف هذه المؤلفات: «له تأليف تدل على سعة حفظه، وجودة نظره، استدرك فيها على أعلام من أئمة الفقه والحديث كابن عرفة⁽²⁾، وابن عبد السلام⁽³⁾، وخليل⁽⁴⁾...»⁽⁵⁾.

(1) كفاية المحتاج: للتَّنْبُكْتِي، 235/2.

(2) محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، أبو عبد الله، صاحب المختصر الفقهي، له تأليف في المنطق، وفي الفرائض وغيرها، توفي سنة (803هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، (تح: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، بلا ط، ت)، 333-331/2، وتوشيح الديباج: للقرافي، ص 239-241.

(3) محمد بن عبد السلام الهواري التونسي، أبو عبد الله، شارح مختصر ابن الحاجب المعروف بتبنيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب، توفي سنة (749هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 330-329/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 301/1.

(4) خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، أبو المودة، له العديد من التصانيف منها: التوضيح، والمختصر، والمناسك وغيرها، توفي سنة (767هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 358-357، وتوشيح الديباج: للقرافي، ص 70-71.

(5) شجرة النور: لمحمد مخلوف، 390/1.

فوصفوا شرحه على مختصر خليل-مواهب الجليل-بأنه لم يؤلف على خليل مثله جمعاً، وتحصيلاً بالنسبة لأوائله، ووصفوا كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام بأنه حسن في نوعه لم يسبق إلى مثله⁽¹⁾.

ووصف شرحه على نظم نظائر الرسالة لابن غازي⁽²⁾ -تحرير المقالة- «بأنه استدرك فيه على ابن غازي ما فاته من نظائر في الرسالة، ونبه على مواضع الإطلاق فيها حيث ينبغي التقييد، وأخرى من مسائل الخلاف لم يذكر فيها المعتمد في المذهب أو المشهور من أقوال الأئمة»⁽³⁾.

ونظراً لأهمية هذه المؤلفات وقيمتها العلمية سواءً لمن عاصره أو جاء بعده، فإن أغلب الفقهاء الذين كتبوا في الفقه نقلوا من مؤلفاته، أو أحالوا عليها في كثير من المسائل، وعلى سبيل المثال: فقد اعتمد كل من الشيخ بناني⁽⁴⁾، وابن سودة⁽⁵⁾، والرّهوني⁽⁶⁾، كثيراً على كتاب الحطاب: مواهب الجليل

(1) ينظر: كفاية المحتاج: للتُّبْكُتِي، 2/235، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/390.

(2) محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي، أبو عبد الله، المعروف بابن غازي، له العديد من التصانيف منها: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ونظم مشكلات الرسالة، توفي سنة (919هـ). ينظر: توشيح الديباج: للقرافي، ص 160-162، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/398-399.

(3) ينظر إلى مقدمة تحقيق كتاب تحرير المقالة: للحطاب، ص 122.

(4) محمد بن الحسن بن مسعود البناني، أبو عبد الله: فقيه مالكي من أهل فاس، له العديد من المؤلفات منها: حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل سماها: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، وحاشية على مختصر السنوسي في المنطق وغيرها، توفي سنة (1194هـ). ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/514، وسلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أثير من العلماء والصلحاء بفاس: لمحمد الكتاني، (تح: عبد الله الكتاني وغيره، ط1، دار الثقافة، الدار البيضاء، 2004م)، 1/174-177.

(5) محمّد التاودي بن محمّد الطالب بن سودة المزني الفاسي، أبو عبد الله، فقيه مالكي، له العديد من التصانيف منها: حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل سماها: طالع الأمان، وشرح على التحفة وغيرها، توفي سنة (1209هـ). ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/533-534، وسلوة الأنفاس: لمحمد الكتاني، 1/118-120.

(6) محمّد بن أحمد الرّهوني، أبو عبد الله، فقيه مالكي مغربي، أخذ عن الشيخ التاودي وغيره وأجازوه، له العديد من التصانيف منها: حاشية على شرح ميارة الكبير على المرشد المعين، وحاشية على شرح الزرقاني على مختصر

كما اعتمد الزرقاني⁽¹⁾، نفسه على هذا الكتاب⁽²⁾.
وعلى كل حال فقلّ ما تجد مؤلفاً في الفقه المالكي بعد الحطاب لم يأخذ
من كتاباته رحمته الله.

← خليل وغيرها، توفي سنة (1230هـ). ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 541/1، وسلوة الأنفاس: لمحمد الكتاني، 109/1-110.

(1) عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني فقيه مالكي، أخذ عن النور الأجهوري لازمه وشهد له بالعلم، والبرهان اللقاني وغيرهما، له العديد من التصانيف منها: شرح على مختصر خليل، وشرح العزية وغيرها، توفي سنة (1099هـ). ينظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: للمحبي، (دار صادر، بيروت، بلا ط، ت) 287/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 441/1.

(2) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: لمحمد الفاسي، 319/2.

المطلب الثالث

وفاته

وبعد عمر دام قرابة (52) عاماً قضاها في العلم، والتعليم،
والتأليف، انتقل إلى جوار ربه في مكة المكرمة تاسع ربيع الثاني
سنة (954هـ) الموافق لسنة (1547م)⁽¹⁾.

مرحمه الله تعالى رحمة واسعة وأحسن إليه . . .

(1) ينظر: كفاية المحتاج: للتُّبُكُتِي، 237/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف: ،1/390.

المبحث الثاني

عصر الإمام الحطّاب وبيئته العامة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الوضع السياسي.

المطلب الثاني: الوضع المجتمعي.

المطلب الثالث: الوضع العلمي.

توطئة:

من الأمور المهمة لمعرفة أي شخصية ومكانتها وقيمة جهودها العلمية والعملية معرفة العصر الذي عاش فيه، وللتعرف على مكانة الحطاب والأثر الذي تركه هذا العصر على شخصيته-رغم أنّ المصادر التي ترجمت له لم تذكر لنا شيئاً تفصيلاً من عصره كعلاقته بالسلطة الحاكمة أو موقفه الشرعي من الأحداث التي تقع أو المحن التي واجهته-فإني سوف أتكلم في هذا المبحث عن نبذة موجزة من تاريخ مكة في القرن العاشر الهجري-الذي ولد فيه الحطاب وعاش ومات-ليبين أهم ملامح ذلك العصر من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الوضع السياسي.

المطلب الثاني: الوضع المجتمعي.

المطلب الثالث: الوضع العلمي.

المطلب الأول

الوضع السياسي

شهدت مكة استقراراً نسبياً خلال القرن العاشر الهجري، وكان صاحب النفوذ فيها في ذلك الوقت الشريف بركات بن محمد بن بركات بن حسن بن عجلان⁽¹⁾ (903-931هـ) وقد مرت حياته السياسية في مكة بمرحلتين:

المرحلة الأولى: كان الحجاز فيها تابعاً لدولة المماليك في مصر، وقد مرت بثلاثة

أطوار:

الطور الأول: مشاركته لوأله في الحكم وعمره خمسة عشر عاماً، وقد قام بدور كبير في استقرار الأحوال فيها، حتى صار مرجعاً في حل الأمور.

الطور الثاني: بعد وفاة والده في سنة (903هـ) بدأت الاضطرابات؛ بسبب تخلي المماليك عن نصرته من جهة، وصراعه مع إخوته، ومن ساندتهم من أشرف وأعراب من جهة ثانية.

الطور الثالث: وافق الفترة الثانية من حكم الغوري⁽²⁾ في الحجاز، وفيها تحسنت علاقته بالمماليك.

المرحلة الثانية: تبدأ باستيلاء العثمانيين على مصر، والقضاء على دولة المماليك، ودخول الحجاز تحت سيطرة الحكم العثماني في سنة (922هـ)، وأصبح من المناطق

(1) بركات بن محمد بن بركات بن الحسن ابن عجلان، شريف حسني، ولي إمارة مكة بعد وفاة أبيه سنة (903هـ)، وكان فاضلاً شجاعاً حسن التدبير، توفي سنة (931هـ). ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، 166/1، والأعلام: للزركلي، 49/2.

(2) قانصوه بن عبد الله الجركسي السلطان الملك الأشرف، المشهور بالغوري، نسبة إلى طبقة الغور، من مماليك قاننبيي، قتله العثمانيون في معركة مرج دابق سنة (922هـ). ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، 298-295/1، والأعلام: للزركلي، 187/5.

المملوكة التابعة له، بعد أن أرسل السلطان سليم⁽¹⁾ (918-928هـ) خطاباً لشريف مكة أثناء إقامته في مصر يعلمه فيه باستيلائه على مصر ويطلب إليه القبول بالسيادة العثمانية، عندها أرسل بركات ابنه محمد أبو نمي⁽²⁾ إلى القاهرة في سنة (923هـ) فأعلن للسلطان سليم الطاعة، فأقرّ الشريف بركات على ما كان عليه من الولاية، وأبقى ابنه على مشاركته في شرافة مكة، وأصبح السلطان سليم خادماً للحرمين الشريفين، وأصبحت مكانته أقوى أمام الشعوب الإسلامية، وخاصة أن الدولة أوقفت أوقافاً كثيرة على الأماكن المقدسة، وقد أدى ضم الحجاز إلى العثمانيين إلى بسط السيادة العثمانية في البحر الأحمر ممّا أدى إلى دفع الخطر البرتغالي عن الحجاز والبحر الأحمر، واستمر هذا حتى نهاية القرن الثامن عشر⁽³⁾.

وبعد هذا الاستعراض الموجز للوضع السياسي لعصر الحطاب يمكن استخلاص

النتائج الآتية:

- أن الاضطرابات التي عاصرها الحطاب كانت سبباً في ابتعاده عن السياسة وانشغاله بالتعلم والتعليم والتأليف، فلم تذكر لنا مصادر ترجمته أنه اشتغل بغير ذلك.

- (1) سليم بن بابيزيد بن محمد بن مراد بن أورخان بن عثمان الغازي، سلطان الروم وابن سلاطينها، واستولى على جميع ما كان تحت يد أبيه واستفتح مصر والشام وانتزعهما من يد سلطان الجراكسة قانصوه الغوري وقتله، توفي سنة (926هـ). ينظر: سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي: لعبد الملك العصامي، (تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م)، 82/4-85.
- (2) محمد بن بركات بن محمد بن بركات بن الحسن بن عجلان، أبو نمي، شريف حسني من أمراء مكة، وشارك أباه في حكمها، ثم وليها منفرداً بعد وفاة أبيه سنة (931هـ) وطالت مدته، وكثرت أخباره، توفي سنة (929هـ). ينظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، 166/1، والأعلام: للزركلي، 52/6.
- (3) ينظر: سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي: لعبد الملك العصامي، 305-293/4، ومكة المكرمة من بداية الحكم العثماني إلى نهاية القرن العاشر الهجري: لابنتسام كشمري، (رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة أم القرى، مكة/ المملكة العربية السعودية، 2002) من النسخة الإلكترونية (pdf)، ص64-69، والدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط: لعلي الصلابي، (ط1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، 2001م) ص191.

- استمرار تمسكه بالمذهب المالكي بعد سقوط دولة المماليك، وقيام الدولة العثمانية باعتبار أنّ المذهب السائد بعد قيامها هو المذهب الحنفي.

المطلب الثاني

الوضع المجتمعي

عاش الحطاب في بيئة اجتماعية تتميز عن غيرها من المجتمعات فالمجتمع والبيئة لهما الأثر الواضح على صقل شخصية الإنسان، ومواهبه وثقافته، وقد عاش الحطاب في المجتمع المكي، الذي كان يموج بعناصر مختلفة، وخليط من الأجناس واللغات والثقافات؛ وذلك بسبب كثرة التوافد على الحرمين الشريفين؛ لأسباب دينية غالباً، وفي مقدمتها أداء فريضة الحج وتدارس العلم، أو لأسباب سياسية أو اقتصادية. وهذا الواقع الذي عاشه رحمته الله كان له أثر بالغ في حياته، وكان من أسباب إنتاجه العلمي المتنوع، فكتاباته لها ارتباط وثيق بالمجتمع الذي عاش فيه، وعلى سبيل المثال: كتابه تحرير الكلام هذا له ارتباط بالواقع الذي عاش فيه حيث ذكر أنّ من ضمن أسباب تأليفه: « كثرة السؤال عن مسائل الالتزام عند التشاجر والخصام »⁽¹⁾. كذلك كتابه قرة العين قال في سبب تأليفه: « وقد ضعفت الهمم في هذا الزمان، وكثرت فيه الهموم والأحزان، وقل فيه المساعد من الاخوان »⁽²⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص66.

(2) قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين مع شرح الهدى السوسي والإشارات للباقي: للحطاب، (ط3، المطبعة التونسية، 1351هـ) ص3.

المطلب الثالث

الوضع العلمي

تمثل مكة المكرمة مركزاً مهماً من مراكز العلم في الدولة الإسلامية، ويعد الحرم الشريف من أبرز المراكز العلمية الذي يجذب إليه المشتغلون بالعلم من جميع أنحاء العالم الإسلامي؛ وذلك لكثرة من يرد إليها من العلماء، وما يتوفر فيها من المصادر والكتب العلمية.

وبالرغم من الأحوال السياسية المضطربة بها في بعض الأحيان فقد كانت هناك حياة علمية في ذلك العصر ومن أبرز مظاهرها ما يلي:

1- اهتمام شريف مكة بالعلم والعلماء، ممّا أدى إلى ازدهار حركة التأليف في عصره، حيث ألف له العز بن فهد مؤلفاً سماه غاية المرام بأخبار سلطنة البلد الحرام، بالإضافة إلى اهتمام سلاطين المماليك ومن بعدهم العثمانيون بعد امتداد نفوذهم السياسي إليها بمتابعة ورعاية النشاط العلمي فيها⁽¹⁾.

2- انتشار مراكز التحصيل العلمي من مساجد وكتاتيب ومدارس وزوايا وأربطة، والتي لعبت دوراً كبيراً في ازدهار الحركة العلمية في ذلك الوقت ومن أشهر هذه المراكز: المسجد الحرام؛ لاحتوائه على مراحل التعليم كلها ابتداءً بالكتاتيب، وختاماً بالحلقات العلمية التي كان يتدارس فيها علماء المسلمين من كل أنحاء العالم الإسلامي لبث الثقافة الإسلامية، وإيصالها لكل العالم الإسلامي من خلال من يرد إليه وبصدر عنه من المسلمين.

(1) ينظر: سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي: لعبد الملك العصامي، 294/4-295، والحياة العلمية

في الحجاز خلال العصر المملوكي: لخالد الجابري، (رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة أم القرى، مكة/

المملكة العربية السعودية، 1995م)، من النسخة الإلكترونية (pdf)، 104/1-106.

3-وفود الكثير من العلماء، ومجاورتهم للحرم المكي ومن أشهر المجاورين في ذلك الوقت: محمد بن عراق، وعبد العزيز بن فهد، وغيرهما فكان لهم دورٌ كبيرٌ في ازدهار الحركة العلمية في ذلك الوقت⁽¹⁾.

هذا ما أمكنني جمعه في وصف الحالة العلمية والفكرية في مكة في تلك الفترة الزمنية التي عاصرها الحطاب ~ .

(1) ينظر: الحياة العلمية في الحجاز خلال العصر المملوكي: لخالد الجابري، 1/ 142-164، مكة المكرمة من بداية الحكم العثماني إلى نهاية القرن العاشر الهجري: لابنتام كشمري، 184-192.

المبحث الثالث التعريف بكتاب تحرير الكلام في محائل الالتزام

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أهمية الكتاب وسبب تأليفه.

المطلب الثاني: مصادر الكتاب.

المطلب الثالث: منهجه في كتابه.

المطلب الأول

أهمية الكتاب وسبب تأليفه

أولاً: أهمية الكتاب:

تعود أهمية كل كتاب إلى أمور أهمها:

✓ منزلة المؤلف العلمية.

✓ ما تناوله المؤلف في كتابه.

✓ مدى الاعتماد عليه.

فأمّا منزلة المؤلف العلمية فقد تمّ بيان ذلك في مبحث سابق⁽¹⁾.

وأما ما تناوله المؤلف في كتابه: فهو تحديد مفهوم الالتزام بأنواعه، وأحكامه وعلّة لزومه، وموانعه، وصوره، وتطبيقاته من أجل التوصل إلى نظرية تجمع قواعده في كتاب مستقل.

وأما مدى الاعتماد عليه: فيعتبر هذا الكتاب من الكتب التي لها منزلة عالية وأهمية كبيرة، كيف لا، وهو دراسة علمية قيّمة ونادرة في موضوعه، أصل فيه الحطّاب لنظرية الالتزام في الفقه المالكي وفق مصادره المتعددة، فهو مرجع أساسي في أحكام الالتزام اعتمد عليه العلماء قديماً وحديثاً بين اختصار، ونقل، واستدراك، وإشارة.

على سبيل المثال: اختصره ابن المرحل⁽²⁾ فقال في مقدمة مختصره: «لمّا طالعت ما جمعه شيخنا العلامة أبو عبد الله محمد بن محمد بن الحطّاب المالكي المغربي-المقيم بمكة المشرفة كان، وبها توفى ودفن عليه الرحمة- في مصنفه المسمى بـ

(1) ينظر: ص 17-22 من البحث.

(2) علي بن محمّد البعلبي، المعروف بابن المرحل الدمشقي، مفتيها وإمامها بالجامع الأموي، وإليه انتهت الرئاسة هناك، أخذ عن ابن الصيرفي، والأجهوري، والتاجوري وغيرهم، توفى سنة (1003هـ). ينظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: للمجبي، 180-179/3، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 417-416/1.

تحرير الكلام في مسائل الالتزام، فوجدته في غاية الإحكام خصوصاً لمن ولي الأحكام»⁽¹⁾.

ونقله محمد عليش⁽²⁾ في فتاويه بالكامل في الجزء الأول من ص(217) إلى ص(374) عندما سئل عن مسألة من مسائل الالتزام⁽³⁾، كما نقل رسالته في حكم بيع الوقف إذا خرب وانقطعت منفعته في الجزء الثاني من ص(262) إلى ص(266)⁽⁴⁾. واستدرك عليه محمد العاقب بن مايابي⁽⁵⁾ نظم سماه: فض الختام عمّا في الحطاب من الوعد والالتزام⁽⁶⁾.

واعتمد عليه حسن بن أحمد بن محمد الغزالي⁽⁷⁾ في كتابه إنشاء الالتزام في حقوق العباد عندما أشار إلى أحكام الالتزام بمعناه الخاص عند المالكية في الجزء الأول من ص(251) إلى ص(263)⁽⁸⁾.

كذلك يعدُّ هذا الكتاب أساساً في تأصيل النظريات الفقهية قال عبد السلام الشريف⁽⁹⁾

(1) مختصر تحرير الكلام في مسائل الالتزام: لابن المرحل، (تح: خالد حسين أحمد، ط1، دار الكلمة، القاهرة، 2011م) ص43.

(2) محمّد بن أحمد بن محمّد عليش الطرابلسي الدار المصري القرار، أبو عبد الله فقيه من أعيان المالكية، من تصانيفه: فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، منح الجليل على مختصر خليل، توفى سنة (1299هـ). ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/ 551-552، والفكر السامي: لمحمد الفاسي، 2/360.

(3) فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لمحمد عليش، (دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا ط، ت) 217/1 - 374.

(4) المصدر السابق، 2/262-266.

(5) محمد العاقب بن سيد عبد الله مايابي الجكني الموريتاني، له العديد من التصانيف منها: فض الختام، كفاية السعيد في حكم السجود على غير الصعيد، توفى سنة (1909م). ينظر ترجمته على الرابط:

<http://www.almoajam.org/poet-details.php?id=5878>.

(6) مخطوط بمكتبة نواكشوط، موريتانيا، برقم(952)، تتوفر النسخة الإلكترونية منه على الرابط: <http://dl.uni-freiburg.de/omar/mfmau0952>.

(7) لم أفق على ترجمة له.

(8) إنشاء الالتزام في حقوق العباد: لحسن الغزالي، (ط1، دار عالم الكتب، الرياض، 2000م) 1/251-263.

(9) باحث أكاديمي ليبي توفى من مدة رحمه الله.

في دراسة بعنوان: دور المخطوطات الليبية في تأصيل النظريات الفقهية: «تعتبر نظرية الحطاب الأب من الأصول الجامعة في موضوع الالتزامات، وذلك على نحو ما هو معروف في القوانين الوضعية، في مثل النظرية العامة للالتزامات، ونظرية الأهلية، ونظرية البطلان، وغيرها... وقد عالج الحطاب نظرية الالتزام وفق منهج علمي يضاهاي أحدث الأساليب العلمية في عصرنا الحاضر، حيث اعتمد على المراجع الأصلية في المذهب المالكي في جمع مسائل الالتزام والكشف عنها في مظانها، واهتم بنسبة الأقوال إلى أصحابها بما يدل دلالة واضحة على أمانة الباحث في توثيق المعلومات، وكان يناقش هذه الأقوال ثم يعقب عليها ليصل إلى الترجيح والاختيار، وكان في اختياره يراعي ما جرى به العمل في الفقه والقضاء كما هو الحال اليوم عند الباحثين عندنا يستندون في آرائهم إلى المبادئ العامة التي تقرها المحكمة العليا...»⁽¹⁾.

ثانياً: سبب تأليفه:

قال الحطاب ~ في مقدمة كتابه بعد الافتتاحية «وبعد: قد شاع عن مذهب مالك رحمته الله الحكم بالالتزام، وكثر السؤال عن ذلك عند التشاجر والخصام، ولم يكن له في كتب أهل المذهب باب ولا فصل مقرر، ولا علمت فيه مصنفاً يؤخذ حكمه منه ويحرر؛ بل مسائله متفرقة في الكتب والأبواب، كثيرة التشعب والاضطراد، وليس الحكم به على الإطلاق بصواب؛ بل منه ما يقضى به على الشخص ويحكم، ومنه ما يؤمر به المكلف فقط، ولا يقضى به عليه ولا يلزم، ومنه باطل لا يؤمر ملتزمه بالوفاء به؛ بل يحرم ذلك عليه ويأثم.

فاستخرت الله تعالى في جمع ما تيسر من مسائله، وضبط أقسامه، وتبين مشكله، وتحرير أحكامه بحسب ما أدى إليه فهمي الفاتر، وعلمي القاصر، مع اعترافي بقلة

(1) دور المخطوطات الليبية في تأصيل النظريات الفقهية: لعبد السلام الشريف، مجلة البحوث التاريخية، العدد الثاني، يوليو 1989م، ص 88-89، نقلا عن: الجواهر الاكليلية: لناصر الدين محمد الشريف، ص 146.

الفهم، وكثرة الخطأ والزلل، وقصور الباع، وخلو الرباع من العلم، ومن صالح العمل، هذا مع علمي بأنّ المصنفين في الأبواب المقررة والمسائل المشتهرة يقع منهم الخطأ في عدة من المسائل، وفي كثير من التوجيهات والدلائل؛ فكيف بالتصنيف في باب لم تحصر مسائله تصنيفاً، ولم تضبط قواعده تأليفاً؛ لكن قصدت أن أفتح الكلام في هذا الباب، فربما يأتي شخص بين ما في كلامي من خطأ أو صواب، ويضم إلى ما ذكرت ممّا شاكله من المسائل، فتحصل بذلك الفائدة للمستفيدين، ويتحرر بذلك الصواب للمسترشدين»⁽¹⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 66-67.

المطلب الثاني

مصادر الكتاب

المتتبع لهذا الكتاب يجد أنّ الحطاب اعتمد على مصادر عديدة تجاوز عددها الستين، تُعدّ من أهم كتب الفقه المالكي، وهذا إن دل على شيء فإنّما يدل على سعة اطلاعه، وغزارة علمه، وسعة أفقه في مجال البحث، فهو يشير إليها في بداية كل مسألة غالباً، وذلك بذكر المصدر أو صاحبه، أو هما معاً، وسأكتفي هنا بذكر أهم ما ورد منها في الجزء الخاص بالدراسة.

1. الموطأ، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، المتوفى سنة (179هـ).
2. المدونة، لعبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، أبو سعيد، الملقب بسحنون، المتوفى سنة (240هـ).
3. العتبية: لمحمد بن أحمد العتبي، المتوفى: (255هـ).
4. التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم محمد البراذعي، أبو سعيد، المتوفى سنة (372هـ).
5. التفریع في الفروع، لعبيد الله بن الحسين بن الحسين ابن الجلاب البصري، المتوفى سنة (378هـ).
6. النوادر والزيادات، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، المتوفى سنة (386هـ).
7. جامع ابن يونس على المدونة، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس، المتوفى سنة (451هـ).
8. التبصرة، لعلي بن محمد الربيعي اللخمي، أبو الحسن، المتوفى: (478هـ).

9. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، المتوفى سنة (494هـ).
10. البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، لابن رشد الجد محمد بن أحمد، المتوفى سنة (520هـ).
11. المقدمات الممهديات، لابن رشد الجد محمد بن أحمد، المتوفى سنة (520هـ).
12. نوازل ابن رشد، لابن رشد الجد محمد بن أحمد، المتوفى سنة (520هـ).
13. الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد عبد الله بن نجم بن شاس، المتوفى سنة (616هـ).
14. مختصر ابن الحاجب الفقهي المسمى بكتاب "الجامع بين الأمهات"، لأبي عمر جمال الدين ابن الحاجب، المتوفى سنة (646هـ).
15. الفروق للقرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، المتوفى سنة (684هـ).
16. تقييد أبي الحسن على المدونة، لأبي الحسن علي بن عبد الحق الصغير، المتوفى سنة (719هـ).
17. العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من الوثائق والأحكام، لابن سلمون، المتوفى سنة (741هـ).
18. شرح ابن عبد السلام على مختصر ابن الحاجب، لأبي عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري التونسي، المتوفى سنة (749هـ).
19. المختصر، لخليل بن إسحاق الجندي، المتوفى سنة (776هـ).
20. التوضيح، لخليل بن إسحاق الجندي، المتوفى سنة (776هـ).
21. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، المتوفى سنة (799هـ).

22. مختصر ابن عرفة الفقهي، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة، المتوفى سنة (803هـ).

المطلب الثالث

منهجه في كتابه

أولاً: طريقته في تقسيم الكتاب:

قسم الحطاب كتابه إلى مقدمة، وأربعة أبواب، وخاتمة.

بين في المقدمة معنى الالتزام وأركانه.

والباب الأول: الالتزام الذي ليس بمعلق.

والباب الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم.

والباب الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له.

والباب الرابع: الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم وغير فعل الملتزم له.

والخاتمة: في التنبيه على مسائل حكم فيها بعدم اللزوم لكونها من باب إسقاط

الحق قبل وجوبه، أو لكون الالتزام فيها مخالفاً لمقتضى العقد، وفيها فصلان:

الفصل الأول: في إسقاط الحق قبل وجوب.

الفصل الثاني: في الشروط المنافية لمقتضى العقد.

ثانياً: طريقته في عرض المسائل:

- يبدأ بقوله المسألة...
- يضع عنواناً للمسألة.
- إذا كان في المسألة الواحدة أكثر من فقرة فإنه يوزعها على فقرات، ويعرف ذلك بقوله فرع.
- يذكر الأقوال في المسألة، ويُسند كل قول إلى قائله غالباً، مع ذكر الأدلة لكل قول.

- قليلا ما يستدل بكتاب الله، وبأحاديث رسوله ﷺ بل أغلب استدلالاته كانت بأقوال الفقهاء كابن القاسم⁽¹⁾، وابن رشد⁽²⁾. وكثرة إحالاته إليهم دليل على ذلك.
- يذكر فقهه في المسألة متأخراً غالباً، ويعرف ذلك بقوله: قلت أو تنبيهات.
- يرجح بين الأقوال غالباً بقوله: وهذا هو الراجح من المذهب، أو الذي عليه الفتوى، أو وهو الظاهر.

ثالثاً: موقفه من الخلاف:

- يناقش الأقوال، ويعقب عليها، ويجيب على الاستدلالات⁽³⁾.
- يذكر موضع النزاع، ويبينه في بعض الأحيان⁽⁴⁾.
- يرجح بين الأقوال بما جرى به العمل في المذهب من فتوى أو قضاء⁽⁵⁾.

(1) عبد الرحمن بن القاسم العتقي، أبو عبد الله، الإمام المشهور روى عن مالك والليث وعبد العزيز بن الماجشون ومسلم بن خالد الزنجي وغيرهم، وعنه روى أصبغ وسحنون وعيسى بن دينار، توفي سنة (191هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، (تح: سعيد أحمد أعراب، ط1، مطبعة فضالة، المغرب، 1983م)، 260-244/3، والديباج المذهب: لابن فرحون، 468-465/1.

(2) محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد (الجد)، القاضي أبو الوليد، له العديد من التصانيف منها: البيان والتحصيل، والمقدمات وغيرها، توفي سنة 520هـ. ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 250-248/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/190.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص 293، 294، 313.

(4) المصدر السابق: ص 117.

(5) المصدر السابق: ص 99، 309.

المبحث الرابع المعالم العامة لنظرية الالتزام عند الخطاب

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الالتزام.

المطلب الثاني: أركان الالتزام وشروطه.

المطلب الثالث: أنواع الالتزام.

المطلب الرابع: أسباب اللزوم وعدمه.

توطئة:

يتضمن هذا المبحث تحديد معالم نظرية الالتزام وفق تقسيم الحطاب من حيث هو أول من تعرض لها ببحث مستقل لم يسبق إلى مثله، وعلى هذا سيكون هذا المبحث مدخل تمهيدي مختصر لبيان أحكام الالتزام من خلال أربعة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الالتزام.

المطلب الثاني: أركان الالتزام وشروطها.

المطلب الثالث: أقسام الالتزام.

المطلب الرابع: أسباب اللزوم وعدمه.

المطلب الأول

مفهوم الالزام

أولاً: مفهوم الالتزام في اللغة:

الالتزام مصدر الفعل (التزم) فهو افتعال من لزم يلزم لزوماً، أي: ثبت ودام، ولزمه المال: وجب عليه، ولزمه الطلاق: وجب حكمه، وألزمته المال أو العمل فالتزمه⁽¹⁾.

قال ابن فارس⁽²⁾: «اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائماً»⁽³⁾. وهذا يفهم منه الثبات والثبوت.

قال الحطاب رحمته الله: «مدلول الالتزام لغة: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً عليه»⁽⁴⁾.

ثانياً: مفهوم الالتزام في الاصطلاح:

قال الحطاب ~ :

«وأما في عرف الفقهاء فهو: إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء»⁽⁵⁾.

ثالثاً: الفرق بين المعنى اللغوي والاصطلاحي في تعريف الحطاب للالتزام:

فرق الحطاب بين معنيين للالتزام:

(1) لسان العرب: لابن منظور، (ط1، دار صادر، بيروت، 1414هـ)، 541/12، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للفيومي، (المكتبة العلمية، بيروت، بلا ط، ت)، 552/2، مادة (لزم).

(2) أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، من أئمة اللغة والأدب، من تصانيفه: معجم مقاييس اللغة، المجلد في اللغة، فقه اللغة، توفي سنة (395هـ). ينظر: البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة: للفيروزآبادي، (تح: محمد المصري، ط1، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، 1407هـ) ص7، وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: للسيوطي، (تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، لبنان، بلا ط، ت) 352/1.

(3) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، (تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م)، 245/5، مادة (لزم).

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص68.

(5) المصدر السابق، ص68.

المعنى العام للالتزام وهو الذي ذكره في التعريف اللغوي بقوله: «إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً عليه. ثم قال: وهو بهذا المعنى شامل للبيع⁽¹⁾ والإجارة⁽²⁾ والنكاح⁽³⁾ وسائر العقود»⁽⁴⁾.

فدلّ هنا أنّ الالتزام عام في التصرفات الاختيارية، وهي تشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات أو التبرعات.

المعنى الخاص للالتزام عند الفقهاء فقال: وأمّا في عرف الفقهاء فهو: «إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف؛ مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم»⁽⁵⁾.

فدلّ هذا المعنى على حصر الالتزام في التبرعات دون المعاوضات، وهو من المآخذ على تعريفه عند بعض الباحثين⁽⁶⁾ ممّن تعرض لتعريف الالتزام عنده، ويمكن الرد عليها بالآتي:

(1) البيع لغة: ضد الشراء، وقد يأتي بمعنى الشراء، فيكون من الأضداد، واصطلاحاً: عقد معاوضة على غير منافع ولا منفعة لذة. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 23/8، مادة (بيع)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، (ط1)، المكتبة العلمية، 1350هـ، ص232.

(2) الإجارة لغة: الكراء على العمل، واصطلاحاً: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض بما يدل على التملك. ينظر: معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 62/1، مادة (أجر)، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك: للكشناوي، (ط2)، دار الفكر، بيروت، 321/2.

(3) النكاح لغة: الضم والجمع، ومنه: تتاحكت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض، واصطلاحاً: عقد لحلّ تمتع بأنثى غير محرّم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا. ينظر: المصباح المنير: للفيومي، 624/2، مادة (نكح)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (دار المعارف، بلا ط، ت)، 232/2-234.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص68.

(5) المصدر السابق، ص68.

(6) منهم: وليد خالد الربيع في كتابه: **الالتزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي**، (ط1، دار النفائس، الأردن، 1427هـ)، حيث قال: "من مواضع الاختلاف بين تعريفات الالتزام أن بعضها قصر الالتزام في باب التبرعات والمعروف فقط دون أبواب المعاوضات وسائر العقود والحقوق والتصرفات، كما يظهر هذا من تعريف الحطاب..". ص42.

- حصر المعنى الاصطلاحي للالتزام على التبرعات دون المعاوضات جارٍ على الغالب في الاستعمال العرفي له، وليس المقصود به قصره عليها، بدليل أنه قال: « من أنواع الالتزام ما يكون من باب المعاوضة فيشترط فيه أي في الملتزم أهلية المعاوضة فقط »⁽¹⁾، كذلك عقد فصلاً كاملاً للشروط المنافية لمقتضى العقد، ومن العقود التي ذكرها: البيع⁽²⁾.
- أو أنّ المقصود بقوله «المعروف»: الأمر الجائز عرفاً الذي أمرنا الله باتباعه، وهو عكس المنكر، وليس المقصود به التبرع؛ لأنّ التصرف معاوضة لا تبرع فيها⁽³⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص68.

(2) المصدر السابق، ص 327-413.

(3) نظرية الأجل في الالتزام: لعبد الناصر العطار، (مطبعة السعادة، القاهرة، بلاط، ت)، ص30، نقلاً عن التغييرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام: لإياد عبد الحميد نمر، (ط1، دار النفائس، عمان، 2010م)، ص19.

المطلب الثاني

أركان الالتزام وشروطها

قال الحطاب: أركان الالتزام أربعة كأركان الهبة⁽¹⁾ وهي:

أولاً: الملتزم — زِم.

ويشترط فيه:

أ- أهلية التبرع إذا كان الالتزام من باب التبرعات، وهي: التكليف، وعدم الحجر، والإكراه.

ب- أهلية المعاوضة إذا كان الالتزام من باب المعاوضة، وهي الرشد، وعدم الإكراه⁽²⁾.

ثانياً: الملتزم — زِم له.

ويشترط فيه:

أ- أهلية التعاقد إذا كان الالتزام تعاقدياً، وكان الملتزم له طرفاً في العقد.

ب- أن يكون مما يصح أن يملك، أو يملك الناس الانتفاع به كالمساجد⁽³⁾.

ثالثاً: الملتزم — زِم به.

ويشترط فيه:

أ- قابليته للانتفاع والتصرف.

ب- انتفاء الغرر إذا كان الملتزم به من باب المعاوضة⁽⁴⁾.

(1) الهبة لغة: العطية الخالية عن الأعراض والأغراض، واصطلاحاً: تمليك من له التبرع ذاتاً تُنقلُ شرعاً بلا عوض لأهل بصيغة. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 803/1، مادة (وهب)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 139/4-140.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 68.

(3) المصدر السابق، ص 69.

(4) المصدر السابق، ص 69.

رابعاً: الصيغة.

ويشترط فيها: جلاء المعنى والوضوح بما يدل على إلزام الشخص نفسه، سواء كانت لفظاً أو ما يقوم مقامه من إشارة ونحوها⁽¹⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 69.

المطلب الثالث

أقسام الأثوم

قال الحطاب: ينقسم الأثوم إلى أربعة أقسام: معلق، وغير معلق، والمعلق إمّا معلق على فعل الملتزم، أو على فعل الملتزم له، أو على غير ذلك.
الباب الأول: في الأثوم الذي ليس بمعلق (المطلق):
أولاً: مفهومه:

إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء⁽¹⁾.

ثانياً: أقسامه:

1- الأثوم غير معلق (امتناع عن عمل).

مثاله: مَنْ أوصى لغيره بشيء، والتمزم عدم الرجوع عن الوصية⁽²⁾.

2- الأثوم غير معلق (إعطاء شيء).

مثاله: مَنْ التزم بالإنفاق على شخص لا تجب عليه نفقته⁽³⁾.

ثالثاً: حكمه:

فرّق الحطاب بين صورتين في حكم الأثوم المطلق:

أ- إذا كان الملتزم له معيناً.

فقال: «وهذا القسم يقضى به على الملتزم ما لم يفلس أو يمت أو يمرض مرض الموت، ولا أعلم في القضاء به خلافاً إلا على القول بأن الهبة لا تلزم بالقول، وهو خلاف معروف في المذهب؛ بل نقل

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص71.

(2) المصدر السابق، ص122.

(3) المصدر السابق، ص75.

ابن رشد الاتفاق على لزوم الهبة بالقول وإن كان الملتزم له غير معين» (1).

مستند الحطاب في هذا:

ما نقله عن مالك رحمته الله في تهذيب المدونة: « وإن أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما فُضي لفلان على فلان، أو قال: أنا كفيل بما لفلان على فلان، وهما حاضران أو غائبان، أو أحدهما غائب، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان؛ لأن ذلك معروف، والمعروف من أوجه على نفسه لزمه » (2).

ب- إذا كان الملتزم له غير معين كالمساكين والفقراء ونحو ذلك.

فقال: « فالمشهور من المذهب أنه يأمر بالوفاء لما التزمه ولا يقضى به » (3).

مستنده في هذا:

ما جاء في كتاب الهبات من تهذيب المدونة: « ومن قال داري صدقة على المساكين، أو رجل في يمين فحنت لم يقض عليه بشيء، وإن قال ذلك في غير يمين فيقضى عليه، إن كان لرجل بعينه » (4).

وعلة عدم لزومه قضاءً:

قال ابن رشد: « وإنما لا يقضى عليه بالصدقة، وإن كان آثماً في الامتناع من إخراجها؛ لأنه لا أجر له في الحكم عليه بها، وهو كاره، فيذهب ماله في غير منفعة تصير إليه » (5).

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص72.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص73، والتهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، (تح: محمد الأمين ولد محمد سالم، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002م)، 20/4.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص146.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص146، والتهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، 369/4.

(5) البيان والتحصيل: لابن رشد، (تح: محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م)، 38/14.

ولأنّ الملتزم له غير معين فلا يوجد من يملك حق المطالبة بالوفاء به.

الباب الثاني: في الالتزام المعلق على فعل الملتزم:

وهو على ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، والذي يقصد به الامتناع من ذلك الفعل المعلق عليه، كقول شخص لزوجته: (إن تزوجت عليك فلك ألف دينار)، وهذا النوع يسمى يميناً، واختلف في القضاء به، والمشهور من المذهب أنّه لا يقضى به؛ سواء كان الملتزم له معيناً أم لا⁽¹⁾.

النوع الثاني: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، والذي يقصد به حصول الفعل المعلق عليه، ويكون الوفاء به من باب الشكر لله تعالى على حصول المطلوب، كقولك لشخص: (إن أتممت هذا الكتاب ففلان عليّ كذا). فهذا النوع من الالتزام هو من باب النذر⁽²⁾، ويسري عليه حكم النذر الذي يقضى بلزومه متى التزمه الملتزم⁽³⁾.

النوع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم، والذي لا يقصد به حصول الفعل المعلق عليه، ولا عدم حصوله، وإنّما القصد منه القرية، فهذا الالتزام إن كان لمعين يقضى به على صاحبه، وإن كان لغير معين فلا يقضى به على المشهور⁽⁴⁾.

الباب الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له:

وهو على سبعة أنواع؛ لأنّ ذلك الفعل إمّا أن يكون اختيارياً أو غير اختياري، والاختياري إمّا أن يكون واجباً أو حراماً أو جائزاً، والجائز إمّا أن يكون لا منفعة فيه

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص163-164.

(2) النذور جمع نذر، وهو لغة: النَّحْبُ وهو ما يُنذَرُ الإنسان فيجعله على نفسه نَحْباً واجباً، واصطلاحاً: التزام مسلم مكلف قرية ولو بالتعليق أو غضبان. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 200/5، مادة (نذر)، وأسهل المدارك: للكشناوي، /32.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص163.

(4) المصدر السابق، ص163-164.

أو فيه منفعة، والذي فيه منفعة لا يخلو إما أن تكون المنفعة فيه للملتزم، أو للملتزم، أو لغيرهما.

النوع الأول: الالتزام المعلق على الفعل الذي ليس باختيارى، كقوله لزوجته: (إن ولدت غلاماً فلك كذا وكذا)، وحكمه: إذا وجد المعلق حكم الالتزام المطلق في اللزم والقضاء به(1).

النوع الثانى: الالتزام المعلق على الفعل الواجب على الملتزم له، كقولك لشخص: (إن جئتنى بعبدى الآبق، أو بعيرى الشارد...فلك عندي كذا وكذا)، وكان العبد أو البعير عنده أو يعلم مكانه، فحكمه: غير لازم للملتزم ولا يحكم به عليه، ورد ذلك واجب عليه، وكذلك الإعلام بموضعه، ولا يجوز له أن يأخذ على ذلك شيئاً؛ لأن ذلك من باب الجعل(2)، وقد قالوا إن من شروطه: ألا يكون الفعل مما يلزم المجعل له، وأما ما كان واجباً على الكفاية فيلزمه كقوله: إن غسلت هذا الميت فلك كذا(3).

النوع الثالث: الالتزام المعلق على فعل الملتزم له المحرم عليه، كقولك لشخص: (إن قتلت فلاناً، أو شربت خمرأ فلك عندي كذا وكذا)، وحكمه أن ذلك غير لازم؛ لأن فيه إعانة على معصية، وترغيب في فعلها(4).

النوع الرابع: الالتزام المعلق على الفعل الجائز الذي لا منفعة فيه لأحد، كقولك لشخص: (إن سعدت هذا الجبل فلك كذا وكذا). وهو من باب الجعل، وقد اختلف فيه هل يشترط أن يكون في العمل المجعل عليه منفعة أم لا يشترط ذلك على قولين؟ والمشهور منهما اشتراط المنفعة للجاعل(5).

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص187.

(2) الجعل لغة: الأجر، يقال: جعلت له جُعلاً، واصطلاحاً: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به، لا يجب إلا بتمامه. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للفيومي، 102/1، مادة (جعل)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص402.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص188.

(4) المصدر السابق، ص196-197.

(5) المصدر السابق، ص197-198.

- النوع الخامس: الالتزام المعلق الذي فيه منفعة للملتزم، وهو على أربعة أوجه:
- الوجه الأول: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم للملتزم له أو لغيره شيئاً وتمليكه إياه نحو: إن أعطيتني عبدك، أو دارك أو فرسك فقد التزمت لك بكذا... وحكمه أنه بيع من البيوع يشترط له ما يشترط لصحة البيوع.
 - الوجه الثاني: أن يكون الفعل المعلق عليه إعطاء الملتزم له للملتزم، أو لغيره منفعة شيء من دار، أو دابة وغيرها نحو: إن أسكنتني دارك سنة فلك كذا وكذا فهذا من باب الإجارة فيُشترط فيه توافر شروط الإجارة.
 - الوجه الثالث: أن يكون الفعل المعلق عليه عملاً يعمله الملتزم له للملتزم أو لغيره، نحو إن حفرت لي بئراً في أرضي فلك كذا وكذا فهذا، من باب الجعل فيشترط فيه ما يلزم من الشروط في الجعل.
 - الوجه الرابع: أن يكون الفعل المعلق عليه ترك الملتزم له حقاً من حقوقه؛ لأجل ما التزم له الملتزم نحو قول الشخص للحاضنة: إذا أسقطت حقك من الحضانة⁽¹⁾ فلك كذا وكذا، وهذا يشبه أن يكون من باب الجعل⁽²⁾.

النوع السادس: الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للملتزم له، كقولك لشخص: (إن بنيت بيتك فلك كذا وكذا) وحكمه حكم الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له، فهو لازم إذا وقع المعلق عليه، إلا أنهم لاحظوا في هذا كونه في معنى العوض عن تلك المنفعة، فجعلوه لازماً لا يفتقر إلى حيازة⁽³⁾.

(1) الحضانة لغة: مشتقة من الحضن، وهو حفظ الشيء وصيانته، واصطلاحاً: حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. ينظر: معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 73/2، مادة (حضن)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص230.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص203.

(3) المصدر السابق، ص248.

النوع السابع: الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له، كقولك لشخص: إن أسكنت فلاناً دارك سنة فلك عندي كذا وكذا وهو كالنوع الخامس فهو إما من باب هبة الثواب⁽¹⁾، أو من باب الإجارة، أو من باب الجعل، فيشترط ما يلزم في كل نوع شروطه⁽²⁾.

الباب الرابع: الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له: وفيه فرعان:

الفرع الأول: الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له الذي ليس فيه مخاطرة بالحقوق، ومثاله: إن شفاني الله من مرضي فلك ألف درهم، فحكمه حكم الالتزام المطلق، فيقضى به إذا وجد المعلق عليه إذا كان الملتزم له معيناً، وإن لم يكن معيناً فلا يقضى به؛ لأنه من باب النذر كما نبه الحطاب⁽³⁾.

الفرع الثاني: الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له الذي فيه مخاطرة بالحقوق ومثاله: أن يقول لفلان على ألف درهم إن شاء فلان، فهذا باطل شاء فلان أم لم يشأ؛ لأنه خطر، كما لو قال: له علي ألف درهم إن تكلم، أو دخل الدار⁽⁴⁾.

بعد هذا العرض الموجز نستطيع أن نقول: إنَّ الحطاب أسس نظريته وفق قواعد وأسس استخلصها من أمهات المصادر في المذهب المالكي، وجمعها في كتاب مستقل بيّن من خلاله قواعد اللزوم وعدمه، مشيراً إلى أنَّ الالتزام منه ما يكون لازم ديانة وقضاء، ومنه ما هو لازم ديانة لا قضاء، ومنه ما هو باطل لا اعتبار له شرعاً.

(1) هبة الثواب: هي عطية قصد بها عوض مالي. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص 427.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 257.

(3) المصدر السابق، ص 261.

(4) المصدر السابق، ص 269.

المطلب الرابع

أسباب اللزوم وعدمه

ترجع علة اللزوم في الالتزام إلى طبيعة الالتزام الذي أساسه عقد يتكون من أربعة عناصر مستوفية لجميع الشروط المتعلقة بها، فبمقتضى هذا العقد وحكم الأصل اكتسب الالتزام صفة اللزوم، كذلك إقرار الفقهاء لتوافر شروط خاصة في كل قسم من أقسامه.

وأما أسباب عدم اللزوم فهو ما سنبينه بالبحث والدراسة من خلال تنبيه الحطاب عليها في خاتمة كتابه؛ ولكن قبل ذلك يجب بيان مفهوم اللزوم، ومصادره، ومستنده الشرعي.

أولاً: مفهوم اللزوم:

لغة: هو مصدر للفعل لزم، بمعنى ملازمة الشيء، والثبات عليه، وعدم مفارقتة⁽¹⁾، ومنه حديث عائشة⁽²⁾ قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى أَدْوَمُهَا، وَإِنْ قَلَّ، قَالَ: وَكَانَتْ عَائِشَةُ إِذَا عَمِلَتْ الْعَمَلَ لَزِمَتْهُ»⁽³⁾.

اصطلاحاً: لا يختلف معنى اللزوم في الاصطلاح عن المعنى اللغوي، وهو: ملازمة الشيء، والدوام عليه، وعدم الانفكاك عنه⁽⁴⁾.

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 245/5، ولسان العرب: لابن منظور، 541/12، مادة (لزم).

(2) عائشة بنت أبي بكر الصديق الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين، زوج النبي ﷺ وأشهر نسائه، كانت أحب الناس إلى رسول الله ﷺ، روت عنه أحاديث كثيرة ويرجع إليها الصحابة في اختلافهم، توفيت سنة (58هـ). ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب: لابن عبد البر، (تح: علي الجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1992م)، 1881/4-1885، وأسد الغابة في معرفة الصحابة: لابن الأثير الجزري، (تح: عادل عبد الموجود، وعلى معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 186/7-189.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، - (تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت)- كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضيلة العمل الدائم من قيام الليل وغيره، 541/1، برقم: (783).

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط2، دار السلاسل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت)، 234/35.

ثانياً: مصادر اللزوم:

اللزوم إما أن يكون بإلزام الله تعالى، أو إلزام المرء نفسه، أو إلزام الغير. جاء في المفردات في غريب القرآن: «الإلزام ضربان: إلزام بالتسخير من الله أو من الإنسان، وإلزام بالحكم والأمر» (1).

أ- اللزوم بإلزام الله تعالى:

يلزم العبد فعل ما أوجبه الله تعالى عليه من الفرائض والواجبات من العبادات عند وجود أسبابها، وتحقق شروطها، وانتفاء موانعها، وإذا فسدت لزم قضاؤها، كذلك يلزم المكلف الكف عن كل ما حرّمه الله عليه من الأفعال (2).

ب- اللزوم بإلزام الغير:

ممن تلزم طاعته شرعاً، وتلزم تصرفاته على الغير من يلي:

- ولي الأمر ومن في حكمه؛ لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (3).

- القاضي الذي ولاه الإمام الحكم بين الناس.

- الزوج فيما يأمر به زوجته من المعروف.

- التصرف بالولاية الشرعية، كتصرف الأب في مال ولده الصغير أو المجنون بما فيه مصلحتهما، وتصرف الوصي كذلك (4).

(1) المفردات في غريب القرآن: للراغب الأصفهاني، (تح: صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم، بيروت، 1412هـ) ص 739.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 237/35.

(3) سورة النساء، الآية: (59).

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، 237/35-238.

3- اللّزوم بالإنزام المرء نفسه:

قد يلزم الإنسان نفسه بأمر فيلزمه ذلك شرعاً إن لم يخالف الشرع، بمعنى أنّ الشرع جعل التزامه سبباً للزوم، ومن ذلك:

- العقد، فإذا عقد شخصان بينهما عقداً لزمهما حكمه، كعقد البيع مثلاً يلزم به انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، وذلك لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (1).

- تصرفات فردية قولية تلزم المتصرف أحكامها بمجرد صدور القول عنه، ومن ذلك الوقف (2)، والكفالة (3)، والنذر، ودخول الكافر في الإسلام التزام إجمالي لأحكامه (4).

وهذا القسم هو الأصل في هذه الدراسة من خلال احتوائها على المسائل التي يكون فيها اللّزوم بالإنزام المرء نفسه بالعقود، أو الشروط، أو التصرفات القولية، أو بهما معاً، وقبل الخوض في هذه المسائل وبيانها، سأبين معنى اللّزوم في العقود، ومستنده الشرعي.

أولاً: معنى اللّزوم في العقود:

يعني عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، بمعنى أنّ العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر، أو بسبب شرعي موجب لذلك (5).

(1) سورة المائدة، الآية: (1).

(2) الوقف لغة: الحبس في سبيل الله، واصطلاحاً: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للفيومي، 669/2، مادة (وقف)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص411.

(3) الكفالة لغة: الضمان، واصطلاحاً: التّزام مكلف غير سفيه ديناً على ذمّة غيره، أو التّزام طلبه منّ عليه لمن له بما يدلّ عليه. ينظر: معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 187/5، مادة (كفل)، وأسهل المدارك للكشناوي، 19/3.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، 238 / 35.

(5) المدخل الفقهي العام: لمصطفى الزرقا، (ط1، دار القلم، دمشق، 1998م)، 521/1، والموسوعة الفقهية الكويتية، 42/20.

ثانياً: معنى عدم اللزوم في العقود:

ويعني إمكان رجوع العاقد عن العقد، ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك النقض⁽¹⁾.

ثالثاً: المستند الشرعي للزوم في العقود

الأصل في مشروعية اللزوم في العقود الكتاب والسنة والمعقول:

أ- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة:

اقتضت هذه الآية إلزام كل عاقد موجب عقده ومقتضاه؛ لدلالة الأمر على ذلك⁽³⁾. قال ابن العربي⁽⁴⁾: «فكل عهد لله سبحانه أعلمنا به ابتداء، والتزمناه نحن له، وتعاقدنا فيه بيننا، فالوفاء به لازم بعموم هذا القول المطلق الوارد منه سبحانه علينا في الأمر بالوفاء به»⁽⁵⁾.

ب- من السنة:

ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما⁽⁶⁾ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ، فَكُلُّ

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، 42/20.

(2) سورة المائدة، الآية: (1).

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، (تع: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م)، 7/2، وأحكام القرآن: للجصاص، (تح: محمد صادق قمحاوي، بلاط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ)، 285/3.

(4) محمد بن عبد الله بن محمد بن أحمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي، خاتمة علماء الأندلس ممن أتقن مسائل الخلاف والأصول، له العديد من التصانيف منها: أحكام القرآن، وعارضة الأحوذى، توفي سنة (543هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 252/2-256، شجرة النور: لمحمد مخلوف، 199/1-201.

(5) أحكام القرآن: لابن العربي، 7/2.

(6) عبد الله بن عمر بن عبد بن الخطاب، القرشي، العدوي، أبو عبد الرحمن، صحابي مشهور، أسلم مع أبيه صغيراً، استصغر يوم أحد، وشهد الخندق وما بعدها، توفي سنة (93هـ). ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر 950/3، وأسد الغابة: لابن الأثير، 336/3.

وَإِحْدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُخَيَّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ، فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ، فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ» (1).

وجه الدلالة:

نص الحديث على لزوم العقد من الجانبين، وأنه لا خيار بعد التفرق. فدل هذا على أن اللزوم هو الأصل في العقود (2).

ج- من المعقول:

- 1- أن الأصل في العقود اللزوم (3)؛ لأنّ العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتيب المسببات على أسبابها (4).
- 2- أنّ العقود أسباب شرعية لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، فناسبها اللزوم؛ تحصيلاً للمقصود ودفعاً للحاجة (5).
- 3- أنّ اللزوم أساس ضروري في العقود، ولولاه لفقّد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية (6).

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، -تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ- كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، 64/3، برقم: (2112)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، 1163/3، برقم: (1531).

(2) المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي: للنووي، (دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت)، 139/12.

(3) "الأصل في العقود اللزوم" قاعدة فقهية. ينظر: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: للمنجور، (تح: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، القاهرة، بلا ط، ت)، ص566.

(4) الذخيرة: للقرافي، (تح: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994م)، 20/5.

(5) الفروق: للقرافي، (تح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م)، 36/4.

(6) المدخل الفقهي العام: لمصطفى الزرقا، 521/1.

الفصل الأول

قاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه وتطبيقاتها الفقهية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة والألفاظ التي وردت بها وحجيتها.

المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه.

المبحث الأول

التعريف بالقاعدة والألفاظ التي وردت بها وحجيتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإسقاط والألفاظ ذات الصلة، والمعنى العام
للقاعدة.

المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء.

المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجيتها.

المطلب الأول

تعريف الإسقاط والألفاظ ذات الصلة والمعنى العام للقاعدة

أولاً: تعريف الإسقاط لغة:

الإسقاط في اللغة مأخوذ من سقط الشيء يسقط سُقوطاً، فهو ساقط وسقوط، ومن معانيه: الإيقاع، والإلقاء، يقال: سقط اسمه من الديوان: إذا وقع، وأسقطت الحامل: ألفت الجنين، وقول الفقهاء: سقط الفرض، أي: سقط طلبه، والأمر به⁽¹⁾.
قال ابن فارس: «السين والقاف والطاء: أصل واحد يدل على الوقوع»⁽²⁾.

ثانياً: تعريف الإسقاط في الاصطلاح:

هو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحقٍ تسقط بذلك المطالبة به⁽³⁾.

شرح التعريف:

إزالة: المراد بالإزالة: الرفع بعد الثبوت⁽⁴⁾، أي: زوال وانتهاء هذا الحق بعد ثبوته كسقوط الحد بالشبهة، وسقوط الدين بالإبراء.

إزالة الملك: كالطلاق: إزالة ملك النكاح، والإبراء: إزالة ملك ما في الذمة.

لا إلى مالك ولا إلى مستحق: فالطلاق والإبراء يزول الملك والحق فيه لا إلى مالك ولا إلى مستحق.

وتسقط بذلك المطالبة به: لأنّ الساقط لا يعود⁽⁵⁾ ولا ينتقل بل ينتهي؛ وذلك لوجود الحق وسببه، وحصول ما يمنع من بقائه، وهو الإسقاط⁽⁶⁾.

(1) لسان العرب: لابن منظور، 316/7، والمصباح المنير: للفيومي، 280/1، مادة (سقط).

(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 86/3.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 226/4.

(4) لسان العرب: لابن منظور، 316/11، مادة (زول).

(5) "الساقط لا يعود" قاعدة فقهية. ينظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم، (دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م)، ص318.

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية، 226/4.

إذن المقصود بالإسقاط هنا: الإبراء عن المُسْتَحَقِّ، والعفو عنه، وعدم المطالبة به.

ثالثاً: تعريف الحق والمراد به في هذه القاعدة:

أ-تعريف الحق لغة:

الحقّ خلاف الباطل، وهو مصدر حقّ الشيء يحقُّ إذا ثبت ووجب، ومن معانيه: الملك، والمال، والموجود الثابت، والاختصاص بالشيء من غير مشاركة، يقال: فلان أحقّ بماله أي: لا حقّ لغيره فيه⁽¹⁾.

قال الجرجاني⁽²⁾: الحقّ في اللغة هو: «الثابت الذي لا يسوغ إنكاره»⁽³⁾.

ب-تعريف الحق في الاصطلاح:

هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً⁽⁴⁾.

شرح التعريف:

الاختصاص: الانفراد والاستثثار وهو علاقة بين المختص والمختص به، فإن كان المختص هو الله عز وجل فهذه حقوق الله تعالى، وإن كان غيره فهي حقوق الأشخاص الحقيقية والاعتبارية.

يقرر به الشرع: قيد يخرج به الاختصاص الذي لا يرضاه الشرع، كاختصاص الغاصب والسارق.

سلطة: كحق الحضانة، أو تكليفاً: كالإلزام بوفاء الدين، والنفقة على الأقارب⁽⁵⁾.

(1) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: للجوهري، (تح: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م)، 4/1460، والمصباح المنير: للفيومي، 1/143، مادة(حقق).

(2) علي بن محمد بن علي الجرجاني، الحسيني، الحنفي، ويعرف بالسيد الشريف، عالم، حكيم، مشارك في أنواع من العلوم، من تصانيفه: التعريفات، حاشية على شرح التنقيح للفتازاني في الاصول، توفي سنة (816هـ). ينظر: بغية الوعاة: للسيوطي، 2/196-197، والأعلام: للزركلي، 7/5-8.

(3) التعريفات: للجرجاني، (تح: إبراهيم الأبياري، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405م)، ص120.

(4) المدخل إلى نظرية الالتزام: لمصطفى الزرقا، (ط1، دار القلم، دمشق، 1999م)، ص19.

(5) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام: لمصطفى الزرقا، ص19-21.

والمراد بالحق في هذه القاعدة: حق العبد الذي يقبل الإسقاط، لا ما لا يقبل الإسقاط من حقوق العباد، ولا حقوق الله سبحانه وتعالى؛ لأنَّ العبد لا يملك إسقاطه لا قبل سبب وجوبه، ولا بعده.

رابعاً: الألفاظ ذات الصلة وعلاقتها بالإسقاط:

أ- الإبراء:

هُوَ لُغَةً: جعل الغير بريئاً ممّا عليه من حقّ، يقال: برئ من المرض: شفي وتخلص منه، وبرئ من الدين: سقط عنه طلبه، وأبرأته: جعلته بريئاً من حقّ عليه⁽¹⁾.

أمّا الإبراء اصطلاحاً: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله⁽²⁾.

علاقته بالإسقاط: بالنظر إلى تعريف كلِّ من الإسقاط والإبراء نجد أنَّ الإبراء نوع من أنواع الإسقاط، فالإسقاط كما يتم بإسقاط الدين الثابت في ذمة المدين-وهو الإبراء-يكون أيضاً حقاً ثابتاً بالشرع لم تُشغل به الذمة⁽³⁾ كحق الشفعة⁽⁴⁾، ومما يدل على أنّه نوع من أنواع الإسقاط تقسيم القرافي⁽⁵⁾ للإسقاط إلى نوعين:

(1) لسان العرب: لابن منظور، 32/1، والقاموس المحيط: للفيروزآبادي (تح: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005م)، ص68، مادة (برأ).

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 142/1.

(3) المصدر السابق: 143/2.

(4) الشفعة لغة: من الشفع، خلاف الوتر، وهو الزوج، وهي في الملك مشتقة من الزيادة؛ لأنَّ الشفع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، واصطلاحاً: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 183/8-184، مادة (شفع)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص356.

(5) أحمد بن إدريس عبد الرحمن، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، فقيه أصولي من علماء المالكية، له العديد من التصانيف منها: الفروق، الذخيرة، وشرح تنقيح الفصول توفي سنة (684هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 83/1-85، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 270/1.

أحدهما: بعوض، كالخلع⁽¹⁾ والصلح عن الدين⁽²⁾، والآخر: بغير عوض، كالإبراء من الديون والقصاص⁽³⁾.

وعلى هذا يمكن القول بأن كل إبراء إسقاط وليس كل إسقاط إبراء، فبينهما عموم وخصوص من وجه⁽⁴⁾، غير أن ابن عبد السلام من المالكية يعتبر الإبراء أعم من الإسقاط وعلل لذلك بقوله: «لأن الإسقاط يكون في الحقوق الثابتة خاصة، والإبراء يكون فيها، وفي غير الثابتة كمن اتهم إنساناً بسرقة، أو خيانة وشبه ذلك، ثم ترك القيام بهذه الدعوى، فإن ذلك يسمى إبراءً، ولا يسمى إسقاطاً»⁽⁵⁾.

ب- العفو:

هو لغة: المحو والإسقاط وترك المطالبة⁽⁶⁾، أمّا اصطلاحاً: فهو أن يستحق حقاً فيسقطه، ويبري عنه من قصاص أو غرامة⁽⁷⁾.

علاقته بالإسقاط: بالنظر إلى تعريف العفو نجده نوعاً من أنواع الإسقاط، فعفو صاحب الحق عن حقه يسقط العقوبة على من عليه الحق، وبالتالي فهو مساوٍ للإسقاط

(1) الخلع لغة: مزيلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، واصطلاحاً: بذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقاً لها عليه فتقع بذلك طلاقه بانئذ. ينظر: معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 209/2، مادة (خلع)، والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبني على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، (تح: محمد بن سيدي محمد مولاي، بلا ناشر، ط، ت)، ص375.

(2) الصلح: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص314، ومثال الصلح عن الدين: كأن يدعي شخص على آخر ديناً، فيقرر المدعى عليه له به، ثم يصالحه على بعضه، أو على مال غيره. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 330/27.

(3) الذخيرة: للقرافي، 159/1.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية، 143/2.

(5) تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب: لابن عبد السلام، من كتاب التفليس إلى كتاب الشركة، (دراسة وتحقيق: عبد الله علي شعبان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة طرابلس، 2004م)، من النسخة الإلكترونية (pdf)، ص169-170.

(6) لسان العرب: لابن منظور، 72/15، والمصباح المنير: للفيومي، 419/2، مادة (عفا).

(7) إحياء علوم الدين: للغزالي، (دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت)، 182/3.

إذ استعمل في ترك الحق، إلا أنه على إطلاقه أعم؛ لتعدد استعمالاته⁽¹⁾.

خامساً: المعنى العام للقاعدة:

تدل هذه القاعدة على أنّ الإبراء عن المستحق لا يتم ولا يتحقق قبل وجود سبب هذا الاستحقاق ووجوبه، وإلاّ كان الإبراء باطلاً غير متحقق؛ لأنّه إسقاط لما ليس بموجود، وهو مستحيل⁽²⁾.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، 227/4.

(2) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: لمحمد الزحيلي، (ط1، دار الفكر، دمشق، 2006م)، 596/1، وموسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البزؤنو، (ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م)، 392/1.

المطلب الثاني

الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء

أولاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الحنفي:

- إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح⁽¹⁾.
- إسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب صحيح⁽²⁾.
- الإسقاط قبل وجود سبب الوجود يكون لغواً⁽³⁾.

ثانياً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب المالكي:

- إسقاط الحق قبل وجوبه⁽⁴⁾.
- ترك الشيء قبل وجوبه هل يلزم أو لا؟⁽⁵⁾.
- إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أم لا؟⁽⁶⁾.

ثالثاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الشافعي:

- لا يصح إسقاط ما لم يجب⁽⁷⁾.
- إسقاط ما لم يجب لاغ⁽⁸⁾.

(1) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي: للزليعي، (ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ)، 257/5.

(2) المبسوط: للسرخسي، (تح: خليل محي الدين الميس، ط1 دار الفكر، بيروت، 2000م)، 17/21.

(3) المصدر السابق، 189/14، وفي لفظ آخر في المصدر نفسه: "الإسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل"، 240/20.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص273.

(5) قواعد الفقه: للمقري، (تح: محمد الدردابي، مكتبة دار الأمان، الرياض، 2012م)، ص301-302.

(6) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: للمنجور ص463، وإعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي: للشنيطي، (إدارة إحياء التراث، قطر، 1983م)، ص186.

(7) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج: للشرواني، (دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت)، 259/8.

(8) تحفة الحبيب على شرح الخطيب: للجبيري، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م)، 403/4.

- إسقاط الشيء إنّما يصح بعد لزومه⁽¹⁾.

رابعاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الحنبلي:

- إسقاط الحق قبل وجوده لا يصح⁽²⁾.
- لا يصح إسقاط الحق قبل وجود سببه⁽³⁾.

من خلال المقارنة بين ألفاظ القاعدة التي وردت في كتب الفقهاء نستطيع أن نصل إلى خلاصة نبيّن من خلالها أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء في إسقاط الحق قبل وجوبه، وسبب ورود هذه القاعدة في بعض كتب المالكية بصيغة الاستفهام. أولاً: أوجه الاتفاق والاختلاف في إسقاط الحق قبل وجوبه:

- عدم صحة إسقاط الحق قبل وجوبه باتفاق عامة الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة كما هو الظاهر من الألفاظ التي وردت بها القاعدة عندهم.

- اختلاف الفقهاء بل الاختلاف في المذهب الواحد في الإسقاط بعد وجود سبب الوجوب، وقبل وجوب الحق كما في الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الحنفية.

ثانياً: سبب ورود القاعدة بصيغة الاستفهام في بعض كتب المالكية:

سبب ورود القاعدة بصيغة الاستفهام في بعض كتب المالكية كان بناءً على تصريح بعض الفقهاء بأن إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه عندهم⁽⁴⁾ وتحرير ذلك كما يلي:

(1) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، (تح: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م)، 372/6.

(2) كشف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، (تح: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ)، 116/6.

(3) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م)، 415/7.

(4) منهم ابن رشد في البيان والتحصيل، 116/8، 366/10، 170/16، والحطّاب في مواهب الجليل، 449/6، وفي تحرير الكلام ص 95، 96، 328.

اختلف كلام المقرئ⁽¹⁾ في حكايته الخلاف والاتفاق في إسقاط الحق قبل وجوبه فقال في باب الأيمان في قاعدة: «لا يجوز تقدّم الحكم على سببه اتفاقاً، كتقدم سبب العفو على الجراحة، وإسقاط الشفعة قبل البيع، وفي تقدمه على شرطه قولان للمالكية، فمتى تأخر عنهما صح أو تقدم عليهما أو على السبب بطل، وعلى الشرط قولان، كالزكاة قبل الحول، بخلاف الصلاة؛ لأن وقتها سبب، والكفارة بين اليمين والحنث، ولم يختلف في العفو بعد الجراحة؛ لفوات مصلحته بالموت، ولا في الشفعة بين الأخذ والبيع، على أن في كونه شرطاً نظراً»⁽²⁾.

ثم قال في قاعدة: ترك الشيء قبل وجوبه: «اختلف المالكية في ترك الشيء قبل وجوبه هل يلزم أو لا؟..»، ثم قال ويتخرج على هذا الأصل الخلاف في إسقاط الشفعة قبل البيع وسقوطها بوقوعه»⁽³⁾.

فهذا يخالف ما قبله، ويخالف حكاية القرافي الإجماع ضمن الفرق الثالث والثلاثون بين قاعدة تقدم الحكم على السبب دون شرطه أو شرطه دون سببه حيث قال: إن الحكم إذا كان له سبب وشرط فله ثلاثة أحوال منها: «أن يتقدم على سببه وشرطه فلا يعتبر إجماعاً»⁽⁴⁾ وبين هذا من خلال ثماني مسائل منها: تقديم كفارة اليمين على الحنث، وإسقاط المرأة نفقتها على زوجها⁽⁵⁾.

وتحرير هذا بالنظر إلى ما حكي من الإجماع والإقرار عليه تكون المسائل التي اختلف فيها إما استثناء من هذه القاعدة، أو أنّ لها اعتباراً خاصاً عند من قال بلزوم

(4) محمد بن محمد بن أحمد القرشي المقرئ، أبو عبد الله، فقيه مالكي ممن وصل إلى درجة الاجتهاد والتخيير بين الأقوال، له العديد من التصانيف منها: القواعد، الحقائق والرقائق، توفي سنة (758هـ). ينظر: توشيح الديباج: للقرافي، ص 233-235، ونيل الابتهاج: للتبكتي، ص 420-427.

(2) قواعد الفقه: للمقرئ، ص 282.

(3) المصدر السابق، ص 301-302.

(4) الفروق: للقرافي، 343/1.

(5) المصدر السابق، 343/1-346.

الإسقاط فيها، كأن يكون السبب في الشفعة هو الشركة، والبيع هو الشرط⁽¹⁾، أو يكون المراد من إسقاط الحق قبل وجوبه أي بعد جريان سببه، كما جاء في شرح المنهج، وإعداد المهج: «إسقاط الشيء قبل وجوبه وبعد جريان سببه هل يلزم أم لا؟»⁽²⁾ بدليل ادراج الحطاب لها ضمن المسائل التي حكم فيها بعدم اللزوم وهو القائل بأن لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه في المذهب⁽³⁾.

(1) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: لخليل، (تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه، القاهرة، 2008م)، 585/6، وشرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة، (تح: أحمد فريد المزيدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007م)، 238/2.

(2) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: للمنجور، ص463، وإعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي: للشنقيطي، ص186.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص273-322.

المطلب الثالث

أدلة القاعدة وحجيتها

استدل الفقهاء على عدم صحة إسقاط الحق قبل وجوبه بالسنة والمعقول:

أولاً: من السنة:

عن عائشة رضي الله عنها: في هذه الآية: ﴿ وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا ﴾ (1) قَالَتْ: « الرَّجُلُ تَكُونُ عِنْدَهُ الْمَرْأَةُ، لَيْسَ بِمُسْتَكْتَرٍ مِنْهَا، يُرِيدُ أَنْ يُفَارِقَهَا، فَتَقُولُ: أَجْعَلُكَ مِنْ شَأْنِي فِي حِلٍّ، فَنَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ فِي ذَلِكَ » (2).

وجه الاستدلال:

قال ابن المنير (3): « الترجمة في الظاهر مطابقة؛ لأنها تتناول إسقاط الحق المستقبل حتى لا يكون عدم الوفاء به مظلمة لسقوطه. وإنما البخاري (4) تلطّف في الاستدلال، وكأنّه يقول إذا أنفذ الإسقاط في الحق المتوقع فلأنّ ينفذ في الحق المحقق أولى. ولهذا اختلف العلماء في إسقاط الحق قبل وجوبه هل ينفذ أو لا؟ وما اختلف في نفوذه بعد الوجوب» (5).

(1) سورة النساء، الآية: (127).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم والغصب، باب إذا حلّه من ظلمه فلا رجوع فيه، 130/3، برقم: (2450).

(3) ناصر الدين أحمد بن محمد بن منصور الجذامي الإسكندري الشهير بابن المنير، من علماء الإسكندرية له العديد من التصانيف منها: المتواري على أبواب البخاري الذي يشير إليه ابن حجر في الفتح بمناسبة البخاري، واختصار التهذيب، توفي سنة (683هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 243/1-245، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 269/1.

(4) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، حبر الإسلام، والحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الجامع الصحيح المعروف بـ: صحيح البخاري، توفي سنة (256هـ). ينظر: تنكرة الحفاظ: للذهبي، (تح: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م)، 105-104/2، وتهذيب التهذيب، لابن حجر، (ط1، دار الفكر، بيروت، 1984م)، 42-41/9.

(5) المتواري على تراجم أبواب البخاري: لابن المنير، (تح: صلاح الدين مقبول أحمد، مكتبة المعلا، الكويت، بلا ط ت)، ص276.

ثانياً: من المعقول:

أنّ الحقوق إذا تقررت لأربابها لا تسقط إلاّ بما يصح به إسقاطه من بيع أو هبة أو صدقة أو ما أشبه ذلك⁽¹⁾، وإسقاط ما ليس بمتقرر محال لا يتصور.

(1) المقدمات الممهّدة: لابن رشد، (ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م)، 538/1.

المبحث الثاني

التطبيقات الفقهية لقاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مسائل في البيوع.

المطلب الثاني: مسائل في المواريث والوصايا.

المطلب الثالث: مسائل في الأحوال الشخصية.

المطلب الرابع: مسائل في الجنايات.

المطلب الخامس: مسائل في اليمين والكفالة.

المطلب الأول

مسائل في البيوع

المسألة الأولى: إسقاط الشفعة قبل بيع الشريك

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : « قال في كتاب الشفعة من المدونة: وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع فلا قيام له، ولو قال للمبتاع قبل الشراء: اشتري فقد سلمت لك الشفعة، وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل وردّ المال، وكان على شفيعته»⁽¹⁾.

ثانياً: فروع المسألة:

الفرع الأول: إسقاط الشفعة قبل البيع.

الفرع الثاني: تعليق إسقاط الشفعة على شرط.

الفرع الثالث: إسقاط الشفعة مقابل عوض مالي.

ثالثاً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين فقهاء الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في جواز إسقاط الشفعة من قبل الشفيع بعد البيع وبلا مقابل؛ لكنهم اختلفوا في إسقاطها قبل البيع كما اختلفوا في إسقاطها مقابل مال، ومعلقة على شرط كما سيأتي.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص273، وانظر: التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 135/4.

(2) المبسوط: للسرخسي، 277/14، وبدائع الصنائع: للكاساني، (ط2، دار الكتب العلمية، بيروت 1986م)، 19/5.

(3) التبصرة: للحمي، (تح: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2011م)، 3358/7، والتوضيح: لخليل، 575/6.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 330/14.

(5) المغني: لابن قدامة، (مكتبة القاهرة، 1968م)، 282/5، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، (تح: عبد المنعم

خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م)، 172/2.

رابعاً: أقوال الفقهاء في هذه المسائل:

الفرع الأول: إسقاط الشفعة قبل البيع

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم صحة إسقاط الشفعة إذا أسقطها قبل البيع مطلقاً، وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، وظاهر المذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

♦ أن إسقاط حق الشفعة قبل البيع إسقاط للحق قبل وجوبه، وقبل وجود سبب الوجوب.

جاء في بدائع الصنائع: «ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع؛ لأنه إسقاط الحق، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال»⁽⁵⁾.

وجاء في الفواكه الدواني: «ولم يلزمه إسقاطه؛ لأنه من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه»⁽⁶⁾.

وجاء في الحاوي الكبير: «فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوّه باطلاً، وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء؛ لأنه عفا عنها قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 19/5، والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: للشيخ نظام وآخرون، (دار الفكر، بيروت، 1991م)، 182/5.

(2) المدونة: لسحنون، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 251/4، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، (دار الفكر، بيروت، 1995م)، 153/2.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 330/14.

(4) المغني: لابن قدامة، 282/5، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: لابن قاسم، (ط1، بدون ناشر، 1397هـ)، 436/5.

(5) بدائع الصنائع: للكاساني، 19/5.

(6) الفواكه الدواني: للنفراوي، 153/2.

قبل وجوبه»⁽¹⁾.

وجاء في المبدع في شرح المقنع: «وإن أسقط شفעתه قبل البيع لم تسقط في ظاهر المذهب، وهو قول الجمهور؛ لأنه إسقاط حق قبل وجوبه، فلم يسقط كما لو أبرأه ممّا لم يجب له»⁽²⁾.

ردّ ابن القيم⁽³⁾ على هذا الاستدلال بقوله:

إنّ قولكم إسقاط الشفعة قبل البيع هو إسقاط للحق قبل وجوبه غير صحيح؛ لأنّ إسقاط الشفعة قبل البيع إسقاط لحق كان بعرض الثبوت، فلو أنّ الشفعة ثبتت ثمّ سقطت قبل البيع لزم ما ذكرتم، ولكن صاحبها رضي بإسقاطها فالحق له، وقد أسقطه، وقد دلّ النص على سقوط الخيار والشفعة قبل البيع، وصار هذا كما لو أذن له في إتلاف ماله، وأسقط الضمان عنه قبل الإتلاف؛ فإنّه لا يضمن اتفاقاً فهذا موجب النص والقياس⁽⁴⁾.

القول الثاني: صحة إسقاط الشفعة إذا أسقطها قبل البيع، وذهب إلى هذا القول

أحمد في رواية، ومال إليه ابن القيم⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

أولاً: من المنقول:

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7.

(2) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 67/5.

(3) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الرُّزعيّ الدمشقيّ، أبو عبد الله، المعروف بابن القيم الجوزية، له العديد من التصانيف منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد، وبدائع الفوائد، توفى سنة (751هـ). ينظر: ذيل طبقات الحنابلة: لابن رجب، (تح: عبد الرحمن بن عثيمين، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2005م)، 176-171/5، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب: لابن العماد، (تح: محمود الأرناؤوط، ط1، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1986م)، 287/8.

(4) ينظر: بدائع الفوائد: لابن القيم، (دار الكتاب العربي، بيروت، بلا ط، ت)، 4/1، وحاشية الروض المربع: لابن قاسم، 436/5.

(5) الشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، (تح: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا ط، ت)، 483/5، وبدائع الفوائد: لابن القيم، 4/1.

♦ عن جابر رضي الله عنه (1) قال: « قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكََةٍ لَمْ تُقْسَمَ، رُبْعَةً (2) أَوْ حَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (3).

وجه الاستدلال:

دلّ الحديث بمفهومه على أنّ الشريك إذا باع بعد إذن شريكه له بالبيع فإنه لا يحق له المطالبة بالشفعة بعد البيع، ومحال أن يقول صلى الله عليه وسلم: "وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ" ولا يكون لتركه معنى (4).

وأجيب على هذا الدليل:

أمّا الخبر الذي استدلوا به فإنه يجاب عليه بأنه إما أن يكون:

- محمولاً على النذب إلى إعلام الشريك، وكراهية البيع قبل إعلامه كراهية تنزيهه، وليس كراهية تحريم (5).
- أو أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن أراد، فتخف عليه المؤنة، ويكتفي أخذ المشتري الشقص لا إسقاط حقه من شفيعته.
- ثمّ إنّه لم يفرق لا قبل البيع ولا بعده؛ ولأنّه إسقاط حق قبل ثبوته، فلم يسقط، كما لو أبرأه من دين قبل ثبوته (6).

(1) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، أبو محمد، الأنصاري السلمي، صحابي بن صحابي، من المكثرين من الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي سنة (78هـ). ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 1/219-220، وأسد الغابة: لابن الأثير الجزري، 492/1-493.

(2) الرُّبْعَةُ يسكون الباء وفتح الراء، تأنيث ربع، وهو الدار والمسكن، وأصله: المنزل الذي كانوا يبيعون فيه. ينظر: إكمال المعلم بفوائد مسلم: للفاضل عياض، (تح: يحيى إسماعيل، ط1، دار الوفاء، مصر، 1998م)، 5/312-313.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الشفعة، 3/1229، برقم: (1608). وانظر: الشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 5/484، وحاشية الروض المربع: لابن قاسم 5/436.

(4) المغني: لابن قدامة، 5/282، وشرح الزركشي على مختصر الخرق، 2/272.

(5) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، (ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ)، 11/46.

(6) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، (تح: قاسم محمد النوري، ط1، دار المنهاج، جدة، 2000م)، 7/109،

ثانياً: من المعقول:

◆ حق الشفعة ثبت للشريك جبراً على المشتري على خلاف الأصل؛ لكونه يجبره على البيع من غير رضاه، لكن في عرض المشتري البيع عليه وإظهار عدم الرغبة منه في الشراء دليل على عدم الضرر في حقه، وإن كان ضرراً فقد أدخله هو على نفسه، فلا يستحق الشفعة كما لو أصر المطالبة بعد البيع⁽¹⁾.

سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى التعارض بين مفهوم الحديث ونص القاعدة، فمن قال بصحة إسقاطها قبل البيع استدلت بمفهوم الحديث، ومن قال بعدم سقوطها استدلت بالقاعدة.

القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ القول الراجح في المسألة هو القول الأول القائل بعدم صحة إسقاط الشفعة قبل البيع؛ لأنّ الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشفيع بعد البيع لا قبله؛ لذلك لا يجوز إسقاطها قبل البيع والله أعلم.

← والمغني: لابن قدامة، 282/5.

(1) المغني: لابن قدامة، 282/5، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 484/5.

الفرع الثاني: تعليق إسقاط الشفعة على شرط

أولاً: بيان المسألة:

نصّ على هذه المسألة فقهاء الحنفية والمالكية، وتفرّدوا بالتفصيل فيها، حيث فرقوا بين ما إذا كان التعليق قبل البيع أو بعده، وبين ما إذا كان على مال أو غير مال، وعلى هذا سيكون عرض هذه المسألة وفق الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية التي بيّنت لنا المسألة بالنص، أو بالإشارة.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أولاً: تعليق الإسقاط قبل البيع

أ- مذهب الحنفية:

نصّ الحنفية على هذه المسألة فقالوا: فلو قال الشفيع قبل البيع لمن يريد الشراء إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا؟ وهي عندهم من باب تعليق الإسقاط قبل الوجوب بوجود سببه، وحكمه في إسقاط الشفعة:

عدم صحة تعليق إسقاط الشفعة قبل البيع مطلقاً؛ لأنّ التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان في باب الإسقاط المحض، وتسليم الشفعة هنا ليس بإسقاط محض، بدليل أنّه لو أكره على إسقاطها لا يبطل حقه؛ لذلك قالوا: لا يصح التعليق قبل الشراء كالتجيز قبله⁽¹⁾؛ لأنّ من لا يملك التجيز لا يملك التعليق⁽²⁾.

ب- مذهب المالكية:

اختلف فقهاء المالكية في هذه المسألة على قولين:

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، (ط2، دار الكتاب الإسلامي، بلا ت)، 207/6-208، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، (ط2، دار الفكر، بيروت، 1992م)، 254/5.

(2) "من لا يملك التجيز لا يملك التعليق" قاعدة فقهية، ينظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم، ص368.

القول الأول: عدم صحة إسقاط الشفعة قبل البيع مطلقاً، وهو المذهب⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنه سلّم ما لم يجب له بعد⁽²⁾.

زاد ابن يونس⁽³⁾: «لأنّ من وهب ما لا يملك لم تصح هبته»⁽⁴⁾.

القول الثاني: صحة إسقاط الشفعة قبل البيع إذا كانت معلقة على شرط، وهو

تخريج من اللّخمي⁽⁵⁾، ومال إليه ابن عبد السلام⁽⁶⁾.

ووجه ذلك:

◆ القياس على قول مالك وابن القاسم في هذه المسائل:

▪ إن اشتريت عبد فلان فهو حر أو إن تزوجت فلانة فهي طالق.

▪ ومن جعل لزوجته الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن

يتزوج عليها.

فقد قالوا إنّ ذلك لازم، وهو في الشفعة أبين؛ لأنّه أدخل المشتري في الشراء لإمكان

الترك، ولولا ذلك لم يَشْتَرِ، فأشبهه هبة قارنت البيع؛ ولأنّه لو قال له اشتر ذلك

(1) التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، 135/4، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، (ط1، دار الفكر، 2013م)، 100/20.

(2) التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، 135/4، والبهجة في شرح التحفة: للتسولي، (صح: محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م)، 193/2.

(3) محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، من أئمة الترجيح في المذهب المالكي، المشهور بكتابه الجامع لمسائل المدونة، توفي سنة (451هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 240/2-241، شجرة النور: لمحمد مخلوف، 164-165 /1.

(4) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 101/20.

(5) علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني، أبو الحسن، له تعليق على المدونة مشهور معتمد في المذهب سماه التبصرة، توفي سنة (478هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 109/8، الديباج المذهب: لابن فرحون، 104/2-105.

(6) التبصرة: للخمي، 3358-3359/7، والمختصر الفقهي: لابن عرفة، (تح: حافظ عبد الرحمن، ط1، الفاروق، دبي، 2014م)، 366/7.

الشَّقْصُ⁽¹⁾ والثن عليّ، فاشتراه لَلزِمَه أَنْ يَغْرَمَ الثمن الذي اشتراه به؛ لأنّه أدخله في الشراء⁽²⁾.

وَنُوقِشَ هَذَا الْإِسْتِدْلَالَ:

هناك فرقاً بين قوله إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن اشترى فلان شقص كذا فقد أسقطت عنه الشفعة.

▪ **ففي الأولى:** الطلاق حق لله تعالى، لا يملك المطلق ردّه إن وقع، ولو رضيت المرأة برده فردّه؛ إذ ليس هو لها، فلزم بعد النكاح كما ألزمه نفسه قبله؛ ولأنّ الطلاق مقدور عليه بخلاف عقد البيع الناشئ عنه الشفعة.

▪ **وفي الثانية:** إسقاط الشفعة إنّما هو حق له، لا لله تعالى، فيصح له الرجوع فيه برضا المشتري، فلا يلزمه إلاّ بعد وجوبه⁽³⁾.

فدلّ هذا على عدم لزوم إسقاط الشفعة قبل البيع مطلقاً عند المالكية، وإن كانت هنا من باب الوعد⁽⁴⁾، ودخل الموعد في السبب، والمشهور من المذهب لزوم القضاء بالوعد إذا كان على سبب ودخل الموعد به⁽⁵⁾، فلما كان هذا الحق لم يجب بعد بطل كل تصرف تعلق به سواء بالإسقاط صراحة أو بالتعليق أو بغيره.

(1) الشَّقْصُ: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض، تقول: أعطاه شقصاً من ماله، وقيل: هو قليل من كثير. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 48/7، مادة (شقص).

(2) ينظر: التبصرة: للخمّي، 3358/7-3359.

(3) ينظر: مسائل أبي الوليد ابن رشد، (تح: محمد الحبيب التجكاني، ط2، دار الجيل، بيروت، 1993م)، 791/2، والمختصر الفقهي: لابن عرفة، 366/7.

(4) الوعد لغة: كلمة صحيحة تدل على ترجية بقول، يقال: وعدته أعهده وعداً وعدّة، ويكسون ذلك بخير أو شر، واصطلاحاً: إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل. ينظر: معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 125/6، مادة (وعد) وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص228.

(5) تحرير الكلام: للحطاب، ص155، والبهجة في شرح التحفة: للتسولي، 307/1.

ثانياً: تعليق الإسقاط بعد البيع

أ- مذهب الحنفية:

للحنفية في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز تعليق الشفعة على الشرط مطلقاً في إسقاطها، وإذا علقها سقط حقه؛ تحقق الشرط أم لم يتحقق؛ لأن حق الشفعة لا يتعلق بإسقاطه بالشرط⁽¹⁾.

القول الثاني: يجوز تعليق الشفعة على الشرط؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق، والإسقاطات المحضة تحتمل التعليق بالشرط⁽²⁾.

القول الثالث: الجمع والتوفيق بين القولين بحمل الأول على الإعراض عن الشفعة والرضا بالمجاورة، ويحمل الثاني على خلافه أي على التسليم المشروط الذي يدل على ارتباط الحق لديه بالمصلحة فلم يبطل التعليق⁽³⁾.

ب- مذهب المالكية:

يرى فقهاء المالكية جواز تعليق إسقاط الشفعة على شرط بعد البيع؛ لكن

بشرطين:

الأول: أن يتأجل العوض حتى يتم البيع إذا كان التعليق على مال.

(1) قال المرغيناني في الهداية في شرح بداية المبتدي، - (تح: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت-) - «ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط، ويصح الإسقاط»، 321/4، وينظر: البحر الرائق: لابن نجيم، 160/8.

(2) قال الزيلعي في تبیین الحقائق: «ولنا فيه نظر؛ لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط، ألا ترى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير: لو قال الشفيع: سلّمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك، وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع: سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك، وقد باعها لغيره، ليس بتسليم وذلك؛ لأن الشفيع علق التسليم بشرط، وصح هذا التعليق؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق، ولهذا لا يرتد بالرد، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط، وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط»، 257/5، وينظر: فتح القدير: لابن الهمام، (دار الفكر، بيروت، بلا ط ت)، 415/9.

(3) قال ابن عابدين في رد المحتار على الدر المختار: «قال الطوري في تكملة البحر: وقد يفرق بحمل ما في الهداية على التي تدل على الإعراض، والرضا بالمجاورة مطلقاً، والثاني على خلافه فيفرق بين شرط وشرط»، 154/5.

جاء في التبصرة: «وإن ترك بعوض لشرط فقال له: إن اشريت ذلك الشقص فقد سلّمت لك شفعتي على دينار تعطيني إيّاه، وإن لم يبعه منه فلا شيء له عليك، جاز ذلك، ولو شرط النقد لم يجز»⁽¹⁾.

الثاني: حصول المعلق عليه إذا كان التعليق على غير مال.

جاء في تحرير الكلام: «إذا قال الرجل: إن كان فلان قد اشترى هذا الشقص بكذا، فقد سلّمت له الشفعة؛ فهذا يلزمه التسليم إن كان قد اشترى فلان، وأمّا إن قال: إن اشترى فلان الشقص فقد سلّمت له الشفعة؛ فهذا لا يلزمه التسليم إن اشترى؛ لأنّه قد أسقط حقه قبل أن يجب له»⁽²⁾.

الفرق بين الصورتين في اللزوم وعدمه:

✓ سبب اللزوم في الصورة الأولى: أنّه أسقط حقه بعد وجوبه، وهو ظاهر في

قوله: " قد اشترى " التي تدل على وقوع الشراء أي: حصول المعلق عليه.

✓ وسبب عدم اللزوم في الصورة الثانية: أنّه أسقط حقه قبل وجوبه، وهو ظاهر

في قوله: "إن اشترى" التي تدل على الوعد بالشراء، ولزوم الوفاء بالوعد على

المشهور بعد الدخول في السبب لا قبله⁽³⁾، وتسليم الشفعة هنا قبل حصول

البيع؛ لذلك قالوا بعدم اللزوم في الصورة الثانية.

ج-مذهب الشافعية:

لم أجد -فيما اطّلت- نصاً للشافعية يبيّن حكم تعليق إسقاط الشفعة على شرط؛ لكن

جاء في المهذب في فقه الإمام الشافعي: «وإن قال لأم ولده⁽⁴⁾ إن خدمت ورثتي شهراً

فلك هذا الشقص، فخدمتهم ملكت الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان:

(1) التبصرة: للخمّي، 3359/7.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص276، وينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 281/8.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص155، والبهجة في شرح التحفة: للتسولي، 307/1.

(4) أم الولد: هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص526.

أحدهما: أنه تثبت؛ لأنها ملكته ببدل، هو كالخدمة فصار كالمملوك بالإجارة.
والثاني: لا تثبت فيه الشفعة؛ لأنه وصية في الحقيقة؛ لأنه يعتبر من الثلث، فلا تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا⁽¹⁾.

مما سبق نستطيع أن نقول إنَّ مذهب الشافعية في تعليق إسقاط الشفعة على شرط هو الجواز بناءً على الوجه الأول-مما سبق-في أن حصول المعلق عليه كان سبباً لإثبات الشفعة فيه، فإسقاطها هنا تحصيل حاصل، والله أعلم.

القول الراجح:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أنَّ مذهب المالكية هو الأحوط في المسألة إذ كان بشروط مفصلة مفادها:

✓ وجود هذا الحق.

✓ تأجيل العوض إذا كان المعلق عليه مالاً.

✓ حصول المعلق عليه.

✓ عدم الإخلال بالشرط.

(1) المذهب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، (دار الكتب العلمية، بيروت، بلا ط، ت)، 214/2، وينظر: البيان في

مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 107/7.

الفرع الثالث: إسقاط الشفعة مقابل عوض مالي

إذا صالح المشتري الشفيع على إسقاط شفيعته مقابل عوض مالي فقد اختلف الفقهاء في حكم أخذ العوض، ومن ثمّ في حكم الشفعة بعد طلب العوض.

أولاً: حكم أخذ العوض

اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم صحة أخذ العوض مقابل إسقاط الشفعة، وذهب إلى هذا القول

الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أنّ حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ بل هو حق مجرد⁽⁴⁾ (التمكُّن

فقط) فلا يصح الاعتياض عنه⁽⁵⁾؛ لأنّ الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض

عنها⁽⁶⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أنّ الشفعة خيار خيار المجلس⁽⁷⁾، والشـرط⁽⁸⁾،

(1) الهداية: للمرغيناني، 321/4، والاختيار لتعليل المختار: للموصلي، (مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م) 47/2.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمهذب: للشيرازي، 218/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 244/5، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 269/4.

(4) الحق المجرد: هو الذي لا يترك أثراً بالتنازل عنه صلحاً أو إبراءً، بل يبقى محل الحق بعد التنازل كما كان قبل التنازل، كحق الشفعة: إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: للزحيلي، (ط4، دار الفكر، دمشق، بلا ت)، 377/4.

(5) الهداية: للمرغيناني، 321/4، والاختيار لتعليل المختار: للموصلي، 47/2.

(6) "الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها" قاعدة فقهية، ينظر: الأشباه والنظائر: لابن نجيم، ص212.

(7) خيار المجلس: هو حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفريق أو التخاير. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 196/20.

(8) خيار الشرط: هو ما يثبت لأحد المتعاقدين (بالشرط) من الاختيار بين الإمضاء والفسخ. ينظر: رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 567/4.

والعيب⁽¹⁾، لا يجوز أخذ العوض عنه؛ لأنه ثابت بالشرع، فلا يسقط بعوض⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أنها تثبت لإزالة الضرر، فإذا رضي بالعوض تبين أن لا ضرر، فلا استحقاق فيبطل العوض؛ لبطلان معوضه⁽³⁾.

القول الثاني: صحة أخذ العوض مقابل إسقاط الشفعة، وذهب إلى هذا القول المالكية بشرط أن يكون ذلك بعد البيع⁽⁴⁾، واختيار أبي إسحاق المرؤزي⁽⁵⁾ من الشافعية⁽⁶⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنه عوض عن إزالة ملك في تملك فجاز له أخذه، كأخذ العوض عن تملك زوجته أمرها، والخلع به⁽⁷⁾.

(1) خيار العيب: تمكن المُبتاع من ردِّ مبيعِهِ على بائعه لِتَقْصِيهِ عن حَالَةٍ يَبِيعُ عَلَيْهَا غَيْرَ قَلِيلَةٍ كَمَيْتِهِ قَبْلَ ضَمَانِهِ مُبْتَاعَهُ. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص268-269.

(2) المجموع شرح المذهب: للنووي، 330/14، وأسنى المطالب شرح روض الطالب: لذكريا الأنصاري، (تح: محمد تامر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م)، 378/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 244/5، المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 269/4.

(4) قال مالك: «إذا أسلم الشفعة بعد وجوب الصفقة بمال أخذه فذلك جائز، وإن أسلم شفعتة قبل وجوب البيع للمشتري بمال أخذه فذلك باطل لا يجوز؛ لأنه لم تجب له الشفعة بعد، وهو مردود». المدونة: لسحنون، 229/4، والتبصرة: للخمى، 3358/7.

(5) إبراهيم بن أحمد بن إسحاق، أبو إسحاق المرؤزي، أحد أئمة المذهب الشافعي، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج، وانتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه، توفي سنة (340هـ). ينظر: طبقات الشافعية: للإسنوي، (تح: كمال يوسف الحوت، ط1، دار الكتب العلمية، 2002م)، 197/2، وطبقات الشافعيين: لابن كثير، (تح: أحمد عمر هاشم، ومحمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1993م)، ص240.

(6) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: للرافعي، (تح: علي عوض، وعادل عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م)، 544/5، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، (تح: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1991م)،

(7) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب، (تح: الحبيب بن طاهر، ط1، دار ابن حزم، 1999م)، 637/2.

ثانياً: حكم الشفعة بعد طلب العوض عند القائلين بعدم صحة أخذ العوض

اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: يسقط حق الشفعة إذا طلب العوض، وذهب إلى هذا القول الحنفية⁽¹⁾،

والشافعية في وجه⁽²⁾، والحنابلة في الصحيح عندهم⁽³⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أنه أسقطه بالصلح، وهو وإن لم يصح هنا فإن إسقاط حق الشفعة صحيح؛ لأن الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد⁽⁴⁾، وصحته لا تقف على العوض؛ بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضاً عنه، فالتحق ذكر العوض بالعدم، فصار كأنه سلم بلا عوض⁽⁵⁾.

❖ عند الشافعية في وجه:

◆ أنه أعرض عن طلبها من غير عذر⁽⁶⁾.

❖ عند الحنابلة في الصحيح:

◆ أنه رضي بتركها، وطلب عوضها، فثبت الترك المرضي به، ولم يثبت العوض. كما لو قال: بعني، فلم يبعه؛ ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها، فمع طلب عوضها أولى⁽⁷⁾.

القول الثاني: عدم سقوط حق الشفعة إذا طلب العوض، وذهب إلى هذا القول الشافعية

(1) الهداية: للمرغيناني، 321/4، والاختيار لتعليق المختار: للموصلي، 47/2.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمهذب: للشيرازي، 218/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 244/5، وكشاف القناع: للبهوتي، 401/3.

(4) "الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد" قاعدة فقهية، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 8/20، وموسوعة القواعد الفقهية:

لمحمد صدقي البزؤونو، 394/1.

(5) بدائع الصنائع: للكاساني، 21/5.

(6) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمهذب: للشيرازي، 218/2.

(7) المغني: لابن قدامة، 244/5.

في الوجه الثاني (1) ، والحنابلة في قول (2).

ووجه ذلك:

❖ عند الشافعية:

◆ أنه تركها على عوض، ولم يسلم له العوض فبقي على شفيعته (3).

❖ عند الحنابلة:

◆ أنه لم يرض بإسقاطها، وإنما رضي بالمعوضة، ولم تثبت المعوضة فبقيت

الشفعة (4).

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في حق الشفعة هل هو من الحقوق التي تقبل الإسقاط بعوض؟ فمن رأى أنها حق مجرد عن الملك، وثابت بالشرع لإزالة ضرر الشريك قال بعدم جواز إسقاطها بعوض، وإن كان الإسقاط هنا بعد وجوبها، ومن رأى أنّ صحة الإسقاط تتوقف على وجود الحق وتبوّته قال بجواز إسقاطها سواء بعوض أو بغير عوض، والله أعلم.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة وأقوال الفقهاء فيها يتبيّن لي أنّ الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني القائل بصحة أخذ العوض مقابل إسقاط الشفعة؛ لأنّ صحة التصرف تتوقف على ثبوت الحق ووجوده، وإسقاط الشفعة هنا إسقاط للحق بعد ثبوته ووجوبه والله أعلم.

(1) المهذب: للشيرازي، 218/2، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، (تح: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م)، 354/4.

(2) المغني: لابن قدامة، 244/5، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 481/5.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 244/7، والمهذب: للشيرازي، 218/2.

(4) المغني: لابن قدامة، 244/5، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 481/5.

المسألة الثانية

إسقاط المشتري حق القيام بالعيب قبل العلم به

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : « من أسقط حقه على القيام بالعيب قبل أن يعلم به لا يلزمه. قال ابن سلمون⁽¹⁾ في أول البيوع: وإن التزم أن لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك، وله القيام إذا وجد عيباً، إلا أن يسمي له كما تقدم»⁽²⁾.

ثانياً: فروع المسألة:

الفرع الأول: الإسقاط قبل العلم بالعيب وبعد العقد.

الفرع الثاني: الصلح عن ترك القيام بالعيب.

ثالثاً: أقوال الفقهاء في هذه المسائل:

الفرع الأول: الإسقاط قبل العلم بالعيب وبعد العقد

أولاً: بيان المسألة:

نص على هذه المسألة-فيما اطلعت-فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لذلك سألنا هذه المسألة وفق مذاهبهم مع الإشارة إلى مذهب الشافعية في حكم حدوث العيب عند البائع بعد البيع، وقبل القبض على القول بصحة البيع بشرط البراءة من العيب؛ لأن رضا المشتري بهذا الشرط إسقاط ضمنى لحقه من القيام بالعيب، وإن لم يكن صريحاً.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

(1) عبد الله بن علي بن عبد الله بن علي بن عبد الله، بن عبد العزيز بن سلمون الكنايني الغرناطي، أبو محمد، له العديد من التصانيف منها: الشافي فيما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي، والعقد المنظم، توفي سنة (741هـ). ينظر: نيل الابتهاج: للتبكتي، ص291، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 307/1.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص322، وانظر: العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام: لابن سلمون، (ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2011م)، ص193.

أ- مذهب الحنفية والحنابلة:

لا خلاف بين فقهاء الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ في جواز إسقاط المشتري لحق القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أن السلامة من العيب مشروطة في العقد دلالةً، والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد، وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصوداً؛ لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسه مقصوداً استيفاءً وإسقاطاً⁽³⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أنه أسقطه بعد ثبوته له، والبراءة من المجهول صحيحة⁽⁴⁾.

ب- مذهب المالكية:

أما فقهاء المالكية فقد نقل عنهم الحطاب في هذه المسألة قولين:

القول الأول: عدم صحة إسقاط المشتري لحق القيام بالعيب قبل ظهور العيب وإطلاعه عليه⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

ما جاء عن ابن سلمون: « وإن التزم أن لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك، وله القيام إذا وجد عيباً إلا أن يسمى له كما تقدم، وقولنا عرف قدره ليرتفع دعوى الجهل من أحد المتبايعين »⁽⁶⁾.

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 297/5، والاختيار لتعليق المختار: للموصلي، 16/2.

(2) كشف القناع: للبهوتي، 197/3.

(3) بدائع الصنائع: للكاساني، 297/5.

(4) كشف القناع: للبهوتي، 197/3.

(5) تحرير الكلام: للحطاب، ص322.

(6) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام: لابن سلمون، ص193.

القول الثاني: صحة إسقاط المشتري لحق القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

القياس على صحة إسقاط المواضعة⁽²⁾ بعد العقد إذا تطوع به المشتري⁽³⁾.

جاء في تحرير الكلام: «وأما إذا أسقط حقه من القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب فقال الشيخ أبو الحسن⁽⁴⁾: في كتاب الاستبراء في شرح مسألة إسقاط المواضعة بعد العقد يقوم من هنا أن من تطوع بعد عقد البيع أن لا قيام له بعيب يظهر في المبيع أنه يلزمه سواء كان مما تجوز منه البراءة أم لا تجوز منه البراءة⁽⁵⁾.

قال الحطاب معلقاً على ما سبق في خلاصة يوضح لنا بها فقهه الدقيق في عرض هذه المسألة بناءً على قواعد أسس عليها نظريته:

«يحمل كلام ابن سلمون على ما إذا التزم عدم القيام بالعيب في عقدة البيع فلا يلزمه ذلك كما يظهر ذلك من كلامه⁽⁶⁾، وهذا بناءً على قاعدتين صرح بهما في كتابه وهما:

الأولى: أن العقد إذا كان التزم بمعناه الخاص، وهو ما كان بلفظ الالتزام فهذا حكمه بما التزم به من حيث اللزوم وعدمه⁽⁷⁾.

(1) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 436/4، ومواهب الجليل: للحطاب، 572/4، وتحرير الكلام: للحطاب، ص 382.

(2) المواضعة: أن يُجْعَلَ مع الأمة مدة استبرائها في حَوْزٍ مَقْبُولٍ خَبْرُهُ عن حَيْضَتَيْهَا. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص 219.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص 382.

(4) علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي، أبو الحسن، يعرف بالصغير، اشتهر عند أهل أفريقيا بالمغربي، التزم تهذيب البراذعي حفظاً وتقديماً، وقيدت عنه تقايد على التهذيب، توفي سنة (719هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 119/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 309/1.

(5) تحرير الكلام: للحطاب، ص 382، وانظر: شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، (صح: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م)، 333/5.

(6) تحرير الكلام: للحطاب، ص 384.

(7) ينظر: المصدر السابق، ص 71، 72.

الثانية: أنّ الالتزام إذا عُلق على شيء مجهول، وكان مُقارناً لعقد شرعي من بيع وإجارة فهو باطل، والعقد المقارن له فاسد يحكم له بحكم البيع الفاسد، والإجارة الفاسدة⁽¹⁾. ثم بيّن حكم هذا الإسقاط فقال: «وأما إذا أسقط ذلك-حق القيام بالعيب-بغير عوض فلا محذور في ذلك نعم إنّما ينظر فيه هل هو: من باب إسقاط الحق قبل وجوبه فيكون كالجائحة⁽²⁾ لا يسقط، أو إنّما هو من باب إسقاط الحق بعد وجوبه فيلزم، وهذا هو الظاهر، فإنّه إن كان هناك عيب يوجب الرد فهو موجود غاية الأمر أنّ المشتري تحمله بخلاف الجائحة فإن سببها غير موجود»⁽³⁾.

فدلّ هذا على أنّ اللزوم وعدمه يرجع أساسه إلى طبيعة العقد نفسه وضوابطه، ومن ثم إلى وجود الحق أو سببه كما هو الظاهر من كلام الحطاب ~ .

ج-مذهب الشافعية:

لم أجد-فيما اطلعت-نصاً للشافعية يبيّن حكم إسقاط المشتري لحق القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب؛ لكن جاء في البيان في مذهب الإمام الشافعي في مسألة البيع بشرط البراءة من العيب بعد ما ذكروا وجهين لهم في المسألة: « فإذا قلنا: إنّ البيع بهذا الشرط صحيح، فحدث به عيب عند البائع بعد البيع، وقبل القبض.. لم يبرأ منه... دليلاً: أنّه إسقاط حق قبل ثبوته، فلم يصحّ، كما لو أبرأه ممّا يستحبّ عليه»⁽⁴⁾.

ممّا سبق نستطيع أن نقول إنّ مذهب الشافعية في إسقاط المشتري لحق القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب هو الجواز؛ لأنّه أسقط حقه بعد ثبوته، كما هو

(1) ينظر: تحرير الكلام: للحطاب، ص 267-268.

(2) الجائحة: لغة: من الجوح، وهو الاستئصال، جاحتهم السنة جوحاً وجياحة وأجاحتهم واجتاحتهم: استأصلت أموالهم واصطلاحاً: ما أتلّف من معجوز عن نفعه عادة قهراً من ثمر أو نبات بعد بيعه. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 431/2، مادة (جوح)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص 289.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص 383-384.

(4) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 328/5.

الظاهر من النقل السابق؛ لكون رضا المشتري بالشرط قبل البيع غير مانع من ضمان البائع للعيب إذا حدث عنده بعد العقد وقبل القبض؛ لأنه أسقط حقه قبل ثبوته، فإذا كان ذلك بعد العقد يكون الحكم الجواز، والله أعلم.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي اتفاق فقهاء الحنفية والمالكية على القول الثاني والشافعية والحنابلة على جواز إسقاط المشتري لحقه من القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب، والعلّة الجامعة بينهم: أنه أسقط حقه بعد ثبوته له، وأمّا القول بعدم جواز ذلك للمالكية في الأول؛ راجع إلى أحكام الالتزام الخاصة عندهم، والله أعلم.

الفرع الثاني: الصلح عن ترك القيام بالعيب

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : « قيل لابن القاسم: فمن باع من رجل عبداً ثم صالحه بعد العقد من كل عيب فيه على دراهم دفعها إليه. قال: قال مالك ~ في المتبرئ في العقد من كل عيب بالعبد أو مشش⁽¹⁾ بالدابة⁽²⁾؛ إته لا يبرأ حتى يريه ذلك أو يبينه، وإلا لم تنفعه في ذلك البراءة، ويجب القيام للمبتاع بما ظهر من عيب⁽³⁾. وذكر عن ابن حبيب⁽⁴⁾ وابن المواز⁽⁵⁾ نحو هذا النص⁽⁶⁾.

(1) المشش: شيء يشخص في وظيف الدابة -مُسَنَّقُ الدَّرَاعِ والسَّاقِ مِنَ الخَيْلِ، ومن الإبلِ وغيرها- حتى يشند دون اشتداد العظم. ينظر: القاموس المحيط: للفيروزآبادي، ص605، 860.

(2) قال ابن يونس في الجامع لمسائل المدونة: « الذي في المدونة من كل عيب بالدابة أو مشش بها، وفي المختصر من كل عيب بالعبد أو مشش بالدابة وإنما يصح ذلك على قول مالك الذي قال فيه: لا تنفع البراءة في رقيق ولا غيره، أو يكون عيباً يعلمه البائع فهذا لا يبرأ منه حتى يبينه، وأما على قوله الذي أجاز فيه البراءة من عيوب الرقيق التي لا يعلمها البائع فيجوز أن يبرأ منها بعد العقد، وعلى هذا يدل جوابه في المدونة؛ لأنه إنما ذكر عيب الدابة وحدها فدل أن العبد بخلافها»، 309/14، وينظر: شرح التلقين: للمازري، (ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008م)، 1118/2.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص383، وانظر: التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 336/3.

(4) عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن عباس بن مرداس السلمي، أبو مروان، المعروف بابن حبيب، له العديد من التصانيف منها: الواضحة في الفقه والسنن لم يؤلف مثلها، توفي سنة (238هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 141-122/4، والديباج المذهب: لابن فرحون، 15-8/2.

(5) محمد بن ابراهيم بن رياح الاسكندراني، المعروف بابن المواز، مؤلف الكتاب الكبير المعروف بالموازية الذي رجحه القابسي على سائر الأمهات، توفي سنة (269هـ)، وقيل (281هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 170-167/4، والديباج المذهب: لابن فرحون، 167-166/2.

(6) ونصهما في ذلك: «ومن كتاب ابن المواز، قال مالك: ومن باع دابة، ثم وضع له بعد ذلك ديناراً على عيوبها، فوجد عيباً، فله الرد. قال أصبغ: كما لو باعها بالبراءة، لم ينفعه.

ابن حبيب: ومن قول مالك، فيمن باع دابة أو جارية بعشرة دنانير... فأما لو تم البيع، ثم وضع عنه ديناراً في عيوبها، لم يجز ذلك في الدابة؛ لأنه خطر، ويرد الدينار، فإن وجد عيباً، فله الرد، وهو في الجارية جائز؛ لأنه لأنه يلزمه فيها البراءة كمشتري مال العبد بعد الصفقة، أو يشتري من الصبرة ما له أن يستثنيه في العقد». ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: لابن أبي زيد القيرواني، (تح: عبد الفتاح محمد

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا صالح البائع المشتري عن حق الرد بالعيب على مال فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: صحة الصلح عن ترك القيام بالعيب مقابل عوض مالي، وذهب إلى هذا القول الحنفية⁽¹⁾، والمالكية بشرط أن يكون ذلك بعد ظهور العيب⁽²⁾، وابن سريج⁽³⁾ من الشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

♦ أن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل، وهو صفة سلامة المبيع عن عيب، وهي من قبيل الأموال، فكان عن العيب معاوضة مال بمال، فصح⁽⁶⁾.

❖ عند المالكية:

♦ **صحة إسقاطه:** أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري، فله أن يستوفيه، وله أن يعاوض على تركه⁽⁷⁾.

الطو، وآخرون، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م)، 247/6، وتحرير الكلام: للحطاب، ص383.

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 51/6، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 31/4.

(2) المدونة: لسحنون، 392/3، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 309/14.

(3) أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، أبو العباس، شيخ الشافعية في عصره، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر لأفاق، بلغت مصنفاً أربعاً مائة تصنيف، توفي سنة (306هـ). ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: للسبكي، (تح: محمود محمد الطناح، وعبد الفتاح محمد الطو، ط2، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 1413هـ)، 39-21/3، وطبقات الشافعية: للإسنوي، 316/1.

(4) المذهب: للشيرازي، 50/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 288/5.

(5) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، (ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت)، 412/4، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، (تح: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت)، 96/2.

(6) بدائع الصنائع: للكاساني، 51/6.

(7) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب، 549/2، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، (دار الحديث، القاهرة، 2004م)، 195/3.

♦ اشتراط أن يكون ذلك بعد ظهور العيب: أنه إذا أسقطه بعوض قبل ظهوره فهي معاوضة مجهولة؛ لأنه لا يدري ما الذي يظهر في السلعة المباعة من العيوب، ومن ثم فقد أخذ الدينار على شيء مجهول⁽¹⁾.

❖ عند ابن سريج من الشافعية:

♦ أنه خيار يقبل الإسقاط إلى المال بالتراضي، كخيار القصاص⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة:

♦ أن هذا العوض حط من الثمن، وهو جائز إذا ما اتفقا عليه⁽³⁾.

القول الثاني: عدم صحة الصلح عن ترك القيام بالعيب مقابل عوض مالي، وهو المذهب عند الشافعية⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

♦ أنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار المجلس وخيار الشرط⁽⁵⁾.

جاء في فتاوى الرملي: « لا يجوز بذل العوض في مقابلته-ترك خيار العيب-لا من الأجنبي ولا من البائع، لأنه خيار فسخ فأشبهه خيار التروي في كونه غير متقوم»⁽⁶⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف بين الجمهور والشافعية في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في حق الرد بالعيب هل يقبل الصلح بمال؟ فمن نظر إليه أنه حق ثابت في محله للمشتري قال بجواز الصلح عليه بمال إذا تراضيا على ذلك، ومن نظر إليه أنه خيار فسخ،

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 383.

(2) المهذب: للشيرازي، 50/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 288/5.

(3) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 412/4.

(4) العزيز شرح الوجيز: للرافعي، 253/4، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 168/12.

(5) المهذب: للشيرازي، 50/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 288/5.

(6) فتاوى الرملي، (المكتبة الإسلامية، بلا ط، ت)، 137-136.

وغير متقوم، وشرع لإزالة الضرر عن المشتري قال بعدم جواز الصلح عليه بمال، والله أعلم.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة وأقوال الفقهاء فيها يتبين لي أنّ الراجح في المسألة هو القول الأول القائل بصحة الصلح عن ترك القيام بالعيب مقابل عوض مالي وذلك للأسباب الآتية:

✓ عملاً بقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽¹⁾.

✓ تحقيقاً لمصلحة العاقدين، واستقراراً للمعاملات.

(1) سورة النساء، من الآية: (128).

المسألة الثالثة

إسقاط المشتري القيام بالجائحة بعد عقد البيع وقبل حصولها

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : « من أسقط القيام بالجائحة بعد عقد البيع، وقبل حصول الجائحة لم يلزمه ذلك » (1).

ثانياً: بيان المسألة:

تفرد المالكية-فيما اطلعت-بذكر هذه المسألة في أقسام الشروط المقترنة بالبيع؛ لذلك سألنا أقوال المذاهب الأخرى في هذه المسألة وفق أقوالهم في حكم وضع الجائحة على المشتري الذي يشتري الثمرة شراء صحيحاً، ويقبضها في رؤوس النخل ثم تصيبها جائحة على اعتبار مشترك بين المسألتين، وهو تخفيف الضرر على المشتري ما أمكن؛ لأنّ القول بوضع الجائحة على المشتري، وتحمل البائع جزءاً منها بعد حصولها رغم عدم اشتراط إسقاطها، يستلزم القول بعدم صحة إسقاطها قبل حصولها؛ إذ هو من باب أولى.

ثالثاً: أقوال الفقهاء في المسألة:

أولاً: حكم وضع الجائحة على المشتري عند الجمهور غير المالكية

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز وضع الجائحة على المشتري، وذهب إلى هذا القول

الحنفية(2)، والشافعي في الجديد(3).

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص322.

(2) مختصر اختلاف العلماء: للطحاوي، (تح: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1471هـ)، 100/3، وبدائع الصنائع: للكاساني، 239/5.

(3) الأم: للشافعي، (دار المعرفة، بيروت، 1990م)، 57/3، والحاوي الكبير: للماوردي، 205/5.

ووجه ذلك:

أولاً: من المنقول:

♦ عن أنس بن مالك رضي الله عنه (1) «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تُزْهَى، فَقِيلَ لَهُ: وَمَا تُزْهَى؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» (2).

وجه الاستدلال:

لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استضرَّ المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح، ولما كان لنتيجه عنه حفظاً لمال المشتري وجهاً، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع، فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها لأن لا يأخذ مال المشتري بغير حق، علم أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري (3).

♦ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (4) قال: «أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فِي ثَمَارٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم لِعُرْمَانِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» (5).

(1) أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأحد المكثرين من الرواية،

توفي سنة (93هـ) وقيل غير ذلك. ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 109/1-110، وأسد الغابة: لابن الأثير، 294/1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع، 77/3، برقم: (2198)، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، 1190/3، برقم: (1555). وانظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 206/5، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 389/5.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 206/5، واللباب في الجمع بين السنة والكتاب: للمنجمي، (تح: محمد فضل عبد العزيز المراد، ط2، دار القلم، دمشق، 1994م)، 513/2.

(4) سعد بن مالك بن سنان الخزرجي الأنصاري، أبو سعيد الخدري، المشهور بكنيته، استصغر بأحد، وغزا بعدها مع النبي صلى الله عليه وسلم اثنتي عشرة غزوة، توفي سنة (74هـ). ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 602/2، وأسد الغابة: لابن الأثير، 451/2.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، 1191/3، برقم: (1556). وانظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 207/5.

وجه الاستدلال:

أنه لما كان رسول الله ﷺ لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار وفيهم بائعها، ولم يرجع على الباعة بالثمن؛ إذ كانوا قد قبضوا ذلك منه، ثبت أن الجوائح الحادثة في يد المشتري لا تكون مبطله عنه شيئاً من الثمن الذي عليه للبائع⁽¹⁾.
قال الماوردي⁽²⁾: « فلو أن الجوائح مضمونة على المشتري لما أحوجه إلى الصدقة، وجعل لغرمائه ما وجدوه، وكان يجعلها مضمونة على بائعها وبضعها على المشتري»⁽³⁾.

ثانياً: من المعقول:

- ◆ أن البيع يتقرر بقبض المبيع فيتقرر الثمن فلا تجب الجائحة⁽⁴⁾.
- ◆ قبض الثمار في الأشجار يكون بالتخلية قياساً على قبض العقار؛ لأن التخلية في الثمار كافية في جواز التصرف، فتكون كافية في نقل الضمان من البائع إلى المشتري، فلا تجب وضع جائحة بعدها، كسائر المبيعات المقبوضة⁽⁵⁾.
- ◆ قياس تلف الثمار بالجائحة بعد القبض على تلف المبيع بفعل شخص معين بعد قبض المشتري له، فالبائع لا يضمنه، كذلك لا يضمن ما تلف من الثمار بسبب الجائحة بعد القبض أيضاً⁽⁶⁾.

القول الثاني: وجوب وضع الجائحة على المشتري، وأن البائع هو الضامن لما هلك

-
- (1) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: للمنجمي، 513/2.
 - (2) علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي، من فقهاء الشافعية له العديد من التصانيف منها: الحاوي والإقناع في الفقه، توفي سنة (450هـ). ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: للسبكي، 267/5-269، وطبقات الشافعيين: لابن كثير، ص418.
 - (3) الحاوي الكبير: للماوردي، 207/5.
 - (4) بدائع الصنائع: للكاساني، 239/5.
 - (5) الحاوي الكبير: للماوردي، 227/5، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 501/2.
 - (6) الحاوي الكبير: للماوردي، 207/5.

من الجائحة وذهب إلى هذا القول الشافعي في القديم⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾.

ووجه ذلك:

أولاً: من المنقول:

♦ ما رواه جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «لَوْ بَغْتِ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ

جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمِ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»⁽³⁾.

♦ ما رواه جابر رضي الله عنه أيضاً: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال:

دلّ الحديثان على وجوب وضع الجوائح بالنص الصريح⁽⁵⁾، فجاءت في الأول بصريح التحريم، حيث نفى عنه ﷺ حل أخذ شيء من المشتري إذا أجيحت الثمرة، وجاءت في الثاني بالأمر بالصريح، والأمر يقتضي الوجوب مالم يصرفه صارف⁽⁶⁾.

ثانياً: من المعقول:

♦ أنّ الثمرة لا يتم قبضها إلا بجها من نخلها، بدليل أنّها لو عطشت وأضر ذلك بها، كان للمشتري الخيار في الفسخ بحدوث هذا العيب، وما حدث من العيب بعد القبض لا يستحق به المشتري الخيار، وإذا دلّ ذلك على أنّها غير مقبوضة، وجب أن تكون بالغة من مال بائعها؛ لأنّ ما لم يقبض مضمون على البائع دون

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 205/5، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعرماني، 387/5.

(2) المغني: لابن قدامة، 80/4، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، 48/2.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، 1190/3، برقم: (1554). وانظر: المهذب: للشيرازي، 71/2، والمغني: لابن قدامة، 80/4.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح، 1191/3، برقم: (1554). وانظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 206/5، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، 48/2.

(5) ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 206/5، والمغني: لابن قدامة، 80/4.

(6) "الأمر يقتضي الوجوب مالم يصرفه صارف" قاعدة أصولية، ينظر: القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام: للبعلي، (تح: محمد حامد الفقهي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956م)، ص162.

المشتري⁽¹⁾.

◆ أن التخلية في الشجر ليس بقبض تام، فوجب كونه من ضمان البائع، كما لو لم يقبض.

◆ قياس الثمرة على الشجر على المنافع في الإجارة؛ لأنّ العرف في الثمار أنّ تؤخذ شيئاً فشيئاً، كما تستوفى منافع الدار مدة بعد مدة، فلمّا كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلاً للإجارة وإن حصل التمكين، وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجداد مبطلاً للبيع وإن حصل التمكين⁽²⁾.

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها نستطيع أن نقول إنّ جمهور الفقهاء اختلفوا في حكم إسقاط المشتري لحقه من القيام بالجائحة بعد العقد وقبل ظهورها على قولين:

القول الأول: صحة إسقاط المشتري لحقه من القيام بالجائحة بعد العقد وقبل ظهورها، وهو قول الحنفية، والشافعي في الجديد.
ووجه ذلك:

◆ أنّه أسقطه بعد وجوبه له، أي: بعد العقد والتخلية.

القول الثاني: عدم صحة إسقاط المشتري لحقه من القيام بالجائحة بعد العقد وقبل ظهورها، وهو قول الشافعي في القديم، والحنابلة.
ووجه ذلك:

◆ أنّه أسقط حقه قبل وجوبه له؛ لأنّ المبيع لم يقبضه قبضاً تاماً.

ثانياً: حكم إسقاط القيام بالجائحة بعد عقد البيع وقبل حصولها عند المالكية

إذا أسقط المشتري حق القيام بالجائحة بعد عقد البيع وقبل حصولها قال المالكية:

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 205/5، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 387/5.

(2) المغني: لابن قدامة، 81/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 165/4.

عدم لزوم إسقاط الجائحة بعد العقد وقبل حصولها⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

◆ قال ابن رشد: «أنَّ الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك؛ لأنَّه أسقط حقاً قبل وجوبه»⁽²⁾.

هذا إذا كان الإسقاط من قبل المشتري، أمّا إذا كان الإسقاط من قبل البائع بالشرط، أي: اشترط البائع على المشتري عدم القيام بالجائحة في عقد البيع هنا اختلف فقهاء المالكية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: البيع جائز والشرط باطل، وتلزم الجائحة البائع إذا نزلت، وهو قول مالك، وابن القاسم⁽³⁾، وعليه اقتصر ابن رشد⁽⁴⁾، وخليل⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنَّ الجائحة لو أسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك؛ لأنَّه أسقط حقاً قبل وجوبه، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يسقط ولا أثّر ذلك عنده في صحته، إذ رأى أنَّ الشرط لم يقع له حصة من الثمن من أجل أنَّ الجائحة أمر نادر والسلامة منها أغلب، فوجب أن يثبت البيع ويسقط الشرط⁽⁶⁾.

القول الثاني: أن البيع بهذا الشرط فاسد، وهو نقل للحمي⁽⁷⁾ عن السليمانية⁽⁸⁾.

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد، 150/12، والمقدمات الممهّدات: لابن رشد، 67/2، وتحرير الكلام: للحطاب، ص365.

(2) البيان والتحصيل: لابن رشد، 150/12.

(3) النّوادر والزّيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 214/6، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 322/14.

(4) البيان والتحصيل: لابن رشد، 150/12، والمقدمات الممهّدات: لابن رشد، 67/2.

(5) التوضيح: لخليل، 557/5.

(6) البيان والتحصيل: لابن رشد، 150/12، والمقدمات الممهّدات: لابن رشد، 67/2.

(7) التبصرة: للحمي، 4763/10، وانظر: التوضيح: لخليل، 557/5.

(8) السليمانية: مؤلف في الفقه المالكي، نسبة إلى محمد بن سليمان بن سالم بن القطان، أبو الربيع القاضي، المعروف بابن الكحالة، المتوفى سنة (289هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 357-356/4.

القول الثالث: تخيير البائع بين أن يسقط الشرط وتكون الجائحة منه، أو يرد البيع ويكون له بعد الفوت الأكثر من القيمة أو الثمن، وهو اختيار اللخمي⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

◆ أن ما تنتقل إليه الثمرة من حلاوة وانضاج مشتري، وإنما تشتري الثمرة على أنها على تلك الصفة فاشتراطه الجائحة بمنزلة من اشترط أن يأخذ ثمن ما لم يكن بعد⁽²⁾.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم إسقاط المشتري لحق القيام بالجائحة بعد العقد وقبل حصولها، فذهب الحنفية والشافعي في الجديد إلى صحة ذلك الإسقاط؛ لأنه أسقطه بعد العقد والتخلية، وذهب المالكية والشافعي في القديم والحنابلة إلى عدم صحة ذلك؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه؛ لأنّ المبيع لم يقبض قبضاً تاماً، والله أعلم.

(1) التبصرة: للحمي، 4763/10.

(2) التبصرة: للحمي، 4763/10، وانظر: تحرير الكلام: للحطاب، ص370.

المسألة الرابعة

إسقاط العهدة قبل عقد البيع إذا كانت العادة جارية على البيع بها

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : «إذا أسقط العهدة⁽¹⁾ قبل عقد البيع إذا كانت العادة جارية بها فقبل يوفى بذلك، وقيل لا يوفى»⁽²⁾.

ثانياً: بيان المسألة:

قبل البدء في بيان هذه المسألة والأقوال الواردة فيها يجدر التنبيه بأن الإمام مالكاً هو من انفرد بالقول بالعهدة دون سائر الفقهاء، وسلفه في ذلك أهل المدينة وغيرهم⁽³⁾، وعلى هذا سيكون بيان هذه المسألة وفق مذهب المالكية من خلال بيان حكم اشتراط البائع في عقد البيع إسقاط العهدة باعتباره أصل المسألة.

ثالثاً: حكم اشتراط البائع في عقد البيع إسقاط العهدة:

اختلفت المالكية في اشتراط البائع على المشتري إسقاط العهدة قبل البيع إذا كانت العادة جارية على البيع بها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح البيع، ويوفى له بالشرط، ولا عهدة عليه، وهو اختيار اللخمي⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

♦ أن الغالب سلامة المبيع من العيوب، وغير ذلك نادر⁽⁵⁾.

(1) العهدة: أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع، وهي عند القائلين بها عهدتان: عهدة ثلاثة الأيام:

وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري. وعهدة السنة: وهي من العيوب الثلاثة: الجذام، والبرص، والجنون، فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع، وما حدث من غيرها من العيوب كان من

ضمان المشتري على الأصل. ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 3/193.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص322.

(3) ينظر: بداية المجتهد: لابن رشد، 3/193.

(4) التبصرة: للخمي، 9/4445، وشرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة، 2/159.

(5) التبصرة: للخمي، 9/4445.

◆ القياس على البراءة من سائر عيوب الرقيق⁽¹⁾.

القول الثاني: يسقط الشرط، ولا يوفي له به⁽²⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنه شرط مخالف لمقتضى العقد⁽³⁾.

القول الثالث: يفسد البيع لفساد الشرط وهو تخريج من اللخمي⁽⁴⁾.

ردّ المازري⁽⁵⁾ على هذا التخريج:

«هذا الذي قاله قد يتجه تسليمه له في شرط اتفق على منعه وفساده، كمن باع ثوباً وشرط على المشتري أنه يضمنه له بعد قبضه، فإنّ هذا الشرط لا يصحّ ثبوته باتفاق، وأمّا إن كان شرطاً مختلفاً فيه اختلافاً مشهوراً، فإنّ الشرط قد يصار إلى إمضائه كما قيل في بيع الغائب... وإتّما تحقيق النّظر في هذا جواز الاشتراط أو منعه. فيمضي حيث يجوز، ويردّ حيث يمنع إلاّ أن يكون في جوازه اختلاف، فمن قال بمراعاة الخلاف أمضاه. ثمّ قد ينظر أيضاً في الخلاف، هل هو شاذّ ضعيف في النّظر فتسقط مراعاته، أو هو مشهور تحسن مراعاته»⁽⁶⁾.

قال الحطّاب: «والحاصل أنّ كلاً من القولين قوي مرجح، وأمّا الثالث فضعيف؛ بل إنّما هو تخريج فقط، والأظهر من القولين الأولين ما اقتصر عليه الشيخ خليل في مختصره - وهو عدم الوفاء بالشرط، ومن ثمّ عدم لزوم إسقاطها قبل البيع - لأنّه من باب

(1) التوضيح: لخليل، 946/5.

(2) حكاة اللخمي في تبصرته، ولم ينسبه لأحد، 4445/9، وانظر: الذخيرة: للقرافي، 118/5.

(3) الذخيرة: للقرافي، 118/1.

(4) التبصرة: للخمي، 4445/9.

(5) محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله، المعروف بالإمام، له العديد من التصانيف منها: شرح التلقين، والمعلم في شرح صحيح مسلم، توفي سنة (536هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 250/2-252، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 186/1-188.

(6) شرح التلقين: للمازري، 772/2-773.

إسقاط الحق قبل وجوبه» (1).

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن القول الراجح في المسألة هو القول الثاني القائل بعدم الوفاء بالشرط، ومن ثم عدم لزوم إسقاطها قبل البيع؛ لأنه من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، والله أعلم.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 379.

المطلب الثاني

مسائل في الوصايا والمواريث

المسألة الأولى: إجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث أو لبعض الورثة

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : « إذا أجاز الورثة الوصية بأكثر من الثلث، أو لبعض الورثة.

قال في التوضيح: فلهم ثلاثة أحوال:

الأول: أن يكون ذلك في الصحة من غير سبب، فإجازتهم غير لازمة...

الحال الثاني: إذا أجاز الورثة الوصية في الصحة لسبب كالسفر والغزو...

الحال الثالث: إذا أجاز الورثة الوصية في المرض، فلا يخلو المرض...» (1).

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين الحنفية(2)، والمالكية(3)، والشافعية(4)، والحنابلة(5) في أنّ الوصية

بأكثر من الثلث، أو لبعض الورثة موقوفة على إجازة الورثة(6)؛ لكنهم اختلفوا في وقت

اعتبار الإجازة إذا كانت في حياة الموصي على قولين:

القول الأول: صحة الإجازة معتبرة بعد موت الموصي لا قبله، وسواء ذلك في

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص379، وانظر: التوضيح: لخليل، 493/8-494.

(2) الاختيار لتعليل المختار: للموصلي، 63/5، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 182/6.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دار الفكر، بلا ط، ت)، 427/4، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عليش، (دار الفكر، بيروت، 1989م)، 514/9.

(4) منهاج الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، (دار المعرفة، بيروت، 2009م)، 90/1، والفقهاء المنهجية على مذهب الإمام الشافعي: لمصطفى الخن وآخرون، (ط4، دار القلم، دمشق، 1992م)، 56/5.

(5) المغني: لابن قدامة، 146/6، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 234/5.

(6) قال ابن المنذر في الإجماع- (ط2، مكتبة الفرقان، عمان، 1999م)- «وأجمعوا أن لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك»، ص100، وقال ابن عبد البر في الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار- (تح: سالم محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م)- «وأجمع جمهور أهل العلم أنّ الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث إلا أن يجيزها الورثة»، 273/7.

صحة الموصي أو في مرضه، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾،
والحنابلة⁽³⁾.

ووجه ذلك:

◆ أن الإجازة إما أن تكون بمنزلة التملك منهم، أو بمنزلة إسقاط الحق،
ويثبت ذلك كله لهم بعد موت الموصي لا قبله، فتمليكهم قبل أن
يملكوا، أو إسقاطهم لحقهم قبل أن يتقرر لهم يكون لغواً، كما لو
أسقطوا الشفعة قبل البيع⁽⁴⁾.

◆ أن إجازة الورثة في حالة الحياة ليست دليل الرضا منهم بهذا؛ بل الظاهر أنهم
كارهون له، إلا أنهم احتشمو المورث، فلم يجاهروه بالإباء، فلو لزمهم حكم
الإجازة في حالة الحياة تضرروا بخلاف ما بعد الموت فإجازتهم بعد الموت دليل
الرضا منهم⁽⁵⁾.

القول الثاني: صحة الإجازة معتبرة بحسب حال الموصي وقت الوصية، وذهب إلى
هذا القول المالكية⁽⁶⁾.

حيث قالوا: إذا أجاز الورثة الوصية بأكثر من الثلث، أو لبعض الورثة فلهم ثلاثة
أحوال:

الحال الأول: أن تكون الإجازة في صحة الموصي، ومن غير سبب فإجازتهم غير
لازمة لهم؛ لأنهم كمن أعطى شيئاً قبل ملكه، أو قبل جريان سبب ملكه، هكذا أشار

(1) تبيين الحقائق: للزيلعي، 183/6، وفتح القدير: لابن الهمام، 417/10.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 158/8، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشريبي، (دار الفكر،
بيروت، بلا ط، ت)، 395/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 147/6، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، 230/2.

(4) المبسوط: للسرخسي، 269/27، والمهذب: للشيرازي، 341/2، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، 230/2.

(5) المبسوط: للسرخسي، 269/27.

(6) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: للرجراجي، (ط1، دار ابن حزم،
بيروت، لبنان، 2007م)، 10/37-40، وتحرير الكلام: للحطاب، ص276-279.

إليه مالك في الموطأ⁽¹⁾، وروي عنه أنّ ذلك لازم لهم⁽²⁾.

تباينت أقوال المالكية في حكاية الخلاف ونفيه في هذا الوجه:

حيث صرح كلٌّ من: الباجي⁽³⁾، والرجراجي⁽⁴⁾، بنفي الخلاف في هذا الوجه، ويظهر أيضاً من كلام ابن رشد، وابن يونس، وأبو الحسن فلم يحكوا خلافاً في ذلك⁽⁵⁾.

جاء في المنتقى: «فأما إن كان لغير سبب وصيته فلا خلاف في المذهب أنّه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع فيه؛ لأنّها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة»⁽⁶⁾.

جاء في مناهج التحصيل: «فإن كان لغير سبب، فلا خلاف في المذهب أنّه لا يلزم الورثة، وأنّ لهم الرجوع في ذلك؛ لأنّها حال لم يتعلق لهم فيها بالتركة حق»⁽⁷⁾. وقد صرح ابن عبد البر⁽⁸⁾، والرخمي، وابن عرفة، وخليل، بالخلاف في هذا الوجه⁽⁹⁾، فقالوا: وروي عن مالك أنّ ذلك لازم

(1) قال مالك في الموطأ- (تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر)- «فأما أن يستأذن ورثته في وصية

يوصي بها لوارث في صحته فيأذنون له فإنّ ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك إن شاعوا»، 766/2.

(2) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لابن شاس، (تح: حميد بن محمد لحر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2003م)، 1218/3، والتوضيح: لخليل، 493/8.

(3) سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المعروف بالقاضي أبو الوليد، له العديد من التصانيف منها: المنتقى، والإشارة في أصول الفقه وغيرها، توفي سنة (494هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 377/1-385، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 178/1.

(4) علي بن سعيد أبو الحسن الرجراجي، أخذ عنه الكثير من أهل المشرق، له شرح على المدونة اسمه: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح مشكلات المدونة. ينظر: نيل الابتهاج: للتبكتي، ص316.

(5) ينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 476/12، وتحريير الكلام: للحطاب، ص277-278.

(6) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، (ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ)، 181/6.

(7) مناهج التحصيل: للرجراجي، 37/10.

(8) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، أبو عمر، له العديد من التصانيف منها: التمهيد، والاستذكار لمذاهب علماء الأمصار، وغيرها توفي سنة (463هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 130-127/8، والديباج المذهب: لابن فرحون، 370-367/2.

(9) تحريير الكلام: للحطاب، ص277.

لهم، ومثله في الموازية⁽¹⁾ فيمن قال: «ما أرت من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح قال: يلزمه ذلك إذا كان في غير يمين»⁽²⁾.

قال اللخمي: «والأول أشهر، وهذا أقيس؛ لأنه التزم ذلك بشرط الملك، فأشبهه من أوجب الصدقة بما يملك إلى أجل، أو في بلد سماه، أو بعثق ذلك، أو بطلاق ما يتزوج فيه»⁽³⁾.

قال الحطاب:

«كلام اللخمي يدلّ على أنّه خرّج القول باللزوم من مسألة الموازية، والظاهر أنّه لا يتخرّج؛ لأنّ الوارث في مسألة الإجازة لم يهب شيئاً، وإنّما أجاز فعل شخص لا يقدر على رد فعله الآن، كما قال في الموطأ: إنّ الشخص إذا كان صحيحاً كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما يشاء، وفي مسألة الموازية الوارث نفسه وهب ما يرثه إذا دخل في ملكه»⁽⁴⁾.

فدلّ هذا على عدم اللزوم في هذا الوجه كما هو الظاهر من كلام الحطاب وذلك:

✓ أنّهم كمن أعطى شيئاً قبل ملكه، أو قبل جريان سبب ملكه.

✓ أنّهم أذنوا في وقت لا منع لهم فيه.

✓ أنّه وقع في حال لم يتعلق فيه حق لهم بالتركة بعد.

الحال الثاني: إذا أجاز الورثة الوصية في الصحة لسبب كالسفر والغزو لبعض ورثته

أو بأكثر من ثلثه⁽⁵⁾ اختلف في هذا الوجه على قولين:

(1) الموازية: مصدر معتمد ومشهور في المذهب المالكي، نسبة إلى محمد بن ابراهيم بن رباح الاسكندراني المعروف

بابن المواز، المتوفى سنة (269هـ)، وقيل (281هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 167/4-170.

(2) ينظر: الاستنكار: لابن عبد البر، 284/7، والتبصرة: للخمي، 3696/8-3697، والتوضيح: لخليل، 493/8،

والمختصر الفقهي: لابن عرفة، 439/10.

(3) التبصرة: للخمي، 3696/8-3697.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص 278، وانظر: الموطأ: لمالك، 766/2.

(5) التوضيح: لخليل، 494/8، وتحرير الكلام: للحطاب، ص 278-279.

الأول: أنّ ذلك لازم لهم، وهو قول ابن القاسم⁽¹⁾ في العتبية⁽²⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنّ السفر والغزو سبب الوصية غالباً كالمرض⁽³⁾.

الثاني: أنّ ذلك لا يلزمهم ولهم الرجوع عنه⁽⁴⁾، وهو قول ابن وهب⁽⁵⁾، والصواب عند أصبغ⁽⁶⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنّ هذه حال صحة، فلم يلزم الورثة الإجازة فيها كما لو كانت لغير سبب⁽⁷⁾.

الحال الثالث: إذا أجاز الورثة الوصية في المرض، فلا يخلو المرض إمّا أن يكون مخوفاً أو غير مخوف⁽⁸⁾.

أ- إذا كان المرض غير مخوف فحكمه حكم الإجازة في الصحة-عدم اللّوم-وهو قول القاضي عبد الوهاب⁽⁹⁾، وخليل⁽¹⁰⁾.

(1) العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، ، 476/12.

(2) العتبية: وتسمى المستخرجة، مصدر معتمد في المذهب المالكي، جمعها محمد بن أحمد العتبي المتوفى سنة (254هـ) أو (255هـ)، وشرحها ابن رشد في البيان والتحصيل. ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 254-253/4.

(3) المنقّى: للباقي، 181/6، والتوضيح: لخليل، 494/8.

(4) البيان والتحصيل: لابن رشد، 476/12، والتوضيح: لخليل، 494/8.

(5) عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، أبو محمد، روى عن أربعمائة عالم، ولازم مالكاً، له تأليف حسنة، منها: سماعه من مالك، وجامعه الكبير، توفي سنة (197هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 243-228/3، والديباج المذهب: لابن فرحون، 416-413/1.

(6) أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع، مولى عبد العزيز بن مروان، أبو عبد الله، ممن انتهى إليه فقه مالك، والتزم مذهبه، ولم يره ولم يسمع منه، توفي سنة (225هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 22-17/4، والديباج المذهب: لابن فرحون، 300-299/1.

(7) المنقّى: للباقي، 181/6، والتوضيح: لخليل، 494/8.

(8) التوضيح: لخليل، 494/8، وتحريّر الكلام: للحطاب، ص 279.

(9) عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، القاضي أبو محمد، أحد أئمة المذهب المالكي، له العديد من التصانيف منها: المعونة، والإشراف، توفي سنة (422هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 226-220/7، والديباج المذهب: لابن فرحون، 29-26/2.

(10) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب، (تح: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة)،

ب- وإذا كان المرض مخوفاً فلا يخلو إمّا أن يصح بعد ذلك المرض أو يموت فيه⁽¹⁾.
 ▪ فإن صح بعده لم تلزمهم الإجازة حتى يأذن له في المرض الثاني، وهو قول ابن القاسم⁽²⁾، وابن كنانة⁽³⁾ قائلًا: «أن يحلفوا ما سكتوا عن غير رضا»⁽⁴⁾، وابن رشد⁽⁵⁾.

▪ وإن لم يصح بعد ذلك المرض؛ بل مات فيه فالورثة على ثلاثة أقسام:
القسم الأول: من كان منهم بالغاً رشيداً بائناً عن الموصي، ولا سلطان له عليه، ولا نفقة فلا رجوع له، سواء كانت إجازته بالطوع منهم أو بعد أن استأذنتهم، حكاها اللخمي⁽⁶⁾.

إلا أنّ الرجراجي حكى قولين في المسألة:

الأول: أنّ الإذن لازم له، ولا رجوع له عنه، وهو قوله في المدونة، وهو المشهور.
ووجه ذلك:

◆ أنّها حال يتعلق فيها للوارث بالمال حق، فوجب أن يعتبر إذنه؛ قياساً على ما بعد الموت؛ لأنّ المريض محجور عليه في التصرف في الزائد على الثلث؛ لحقهم⁽⁷⁾.

← 1622/1، والتوضيح: لخليل، 494/8.

- (1) التوضيح: لخليل، 494/8، وتحرير الكلام: للحطاب، ص280.
- (2) قال ابن القاسم: «فيمن أذن له ورثته في مرضه بالوصية بأكثر من ثلثه ثم صح، وأقر وصيته ثم مرض فمات فلا يلزمهم ذلك الإذن؛ لأنّه صحّ بما يستغني عن إذنتهم، فلا يلزمهم حتى يأذنوا في المرض الثاني»، النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 369/11.
- (3) عثمان بن عيسى بن كنانة، أبو عمرو، من فقهاء المدينة، أخذ عن مالك ولم يكن عنده أضيظ ولا أدرس منه، قعد في مجلس مالك بعد وفاته، توفي سنة (186هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 21/3-22.
- (4) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 369/11، وعقد الجواهر: لابن شاس، 1218/3.
- (5) قال ابن رشد في البيان والتحصيل: «أنه إذا صح بعد أن استأذنتهم فهو بمنزلة إذا أذنوا له وهو صحيح كمن أقر في مرضه لمن لا يجوز له إقراره في المرض، ثم صح بعد ذلك؛ أنّ إقراره يلزمه»، 217/13.
- (6) التبصرة: للخمي، 3696/8، وتحرير الكلام: للحطاب، ص280.
- (7) مناهج التحصيل: للرجراجي، 38/10.

الثاني: لا يلزمه، وله الرجوع فيه، وهو قول عبد الملك⁽¹⁾ في المجموعة⁽²⁾ في مريض باع عبدًا بأقل من قيمته بأمر بيّن أنّه لا إجازة لورثته في ذلك قبل الموت.

وجه ذلك:

♦ أنّها حال لا يجوز للوارث فيها التصرف في هذا المال؛ فأشبه حال الصحة؛

إذ لا يعلم لعلّ غيره هو الوارث له⁽³⁾.

القسم الثاني: من كان منهم سفيهاً فإنّه لا يجوز إذنه ولا يلزمه بلا خلاف⁽⁴⁾.

القسم الثالث: من كان رشيداً، وهو في نفقة الموصي كزوجته وأولاده، أو له عليه دين، أو في سلطانه فلا يخلو إمّا أن يسألهم الإذن، أو يتبرعوا له به⁽⁵⁾.

▪ **فإن تبرعوا بالإذن ففي لزوم ذلك لهم قولان:**

الأول: لا يلزمهم ولهم الرجوع؛ لأنّهم يقولون: بادرنا بالإجازة لتطيب نفسه، وخشينا

منه إن لم نبادر منعنا رفته⁽⁶⁾.

الثاني: أنّ الإجازة متى كانت بغير سؤال لم يكن لمن أجاز رجوعاً سواء كان في

عياله، أو لم يكن⁽⁷⁾.

(1) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، أبو مروان، المعروف بابن الماجشون، فقيه فصيح، أحد تلاميذ مالك، مفتي أهل المدينة في زمانه، توفي على الأشهر سنة (212هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 136/3، والديباج المذهب: لابن فرحون، 6/2-7.

(2) المجموعة: كتاب على مذهب مالك وأصحابه، ويسمى بالعبدوسية نسبة إلى مؤلفه محمد بن عبدوس المتوفى سنة (260هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 222/4-228.

(3) مناهج التحصيل: للرجراجي، 38/10.

(4) التبصرة: للخمّي، 3696/8، ومناهج التحصيل: للرجراجي، 38/10.

(5) التبصرة: للخمّي، 3696/8، وتحريّر الكلام: للحطاب، ص280.

(6) المدونة: لسحنون، 379/4، والنكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة: لعبد الحق الصقلي، (اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن علي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2009م)، 252/2، ومناهج التحصيل: للرجراجي، 39/10.

(7) التبصرة: للخمّي، 3696/8، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 931/19، ومناهج التحصيل: للرجراجي، 39/10.

▪ وإن سألهم في ذلك، ففي لزوم ذلك لهم قولان أيضاً:

الأول: لهم الرجوع في ذلك، وإذئهم غير لازم لهم، وهو قول ابن القاسم، وأبو الحسن الصغير (1).

ووجه ذلك:

♦ أنه يخاف على نفسه إن لم يجوز له ذلك إذا صحَّ من مرضه أن يقطع عنه

رفده، ورفقه الذي يناله منه، وزاد اللخمي أن يحلف على ذلك (2).

الثاني: التفصيل بين من يُخدع في عقله، ومن تغلب عليه الهيبة منه، فله الرجوع،

ومن لا يُخدع، ولا تُدرکه الهيبة منه، ولا يخاف فليس له الرجوع (3)، وهو قول أشهب (4).

ووجه ذلك:

♦ قول أشهب في المَوَازِيَّة: «وربّ زوجة لا تهابه، ولا تخاف منه، فهذه لا ترجع،

وكذلك الابن الكبير، وهو في عيال أبيه، فلا رجوع له إذا كان ممّا لا يُخدع» (5).

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى وقت اعتبار الوصية إذا كانت أكثر

من الثلث، أو لو ارث إذا أجازها الورثة هل هو قبل الموت، أو بعد الموت، أو بحسب

حال الموصي وقت الوصية؟

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة، والأقوال الواردة فيها يتبين لي رجحان القول الثاني-المالكية-

(1) المدونة: لسحنون، 379/4، والتبصرة: للخمي، 3695/8، وتحرير الكلام: للحطاب، ص 281.

(2) المدونة: لسحنون، 379/4، والتبصرة: للخمي، 3695/8.

(3) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 371 / 11، ومناهج التحصيل: للرجراجي، 39/10.

(4) مسكين بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي المعافري الجعدي، أبو عمرو، الملقب بأشهب، من أصحاب

مالك، ممن انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي بمصر، توفي سنة (204هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض،

269-262/3، والديباج المذهب: لابن فرحون، 308-307/1.

(5) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 371 / 11، ومناهج التحصيل: للرجراجي، 39/10.

القائل بأنّ إجازة الورثة للوصية بأكثر من الثلث، أو لو ارث معتبر بحسب حال الموصي وقت الوصية؛ لأنّه الأقرب إلى تحقيق المقصد من الإجازة في كل حال من الأحوال فلم يكن بعد الموت مطلقاً، أو قبل الموت مطلقاً، والله أعلم.

المسألة الثانية

ترك الإرث أو هبته في حياة المورث

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب ~ : «من ترك إرثه من شخص في حياة ذلك الشخص، أو وهبه لشخص آخر فقد تقدم ما في الموازيّة؛ فيمن قال ما أُرث من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح أنّ ذلك يلزمه، وسئل عن رجل حضرته الوفاة فاستوهب امرأتين له ميراثهما منه...»⁽¹⁾.

ثانياً: بيان المسألة:

تناول هذه المسألة بالبحث والتفصيل فقهاء المذهب المالكي-فيما اطلعت-حيث فرقوا بين ما إذا كان الترك أو الهبة في مرض المورث أو في صحته؛ ولهذا سيكون بيان هذه المسألة وفق مذهبهم مع الإشارة إلى المذاهب الأخرى في بيان وقت الإرث عند الحنفية، والوقت المعتمد في إجازة الوارث للوصية إذا كانت لوارث أو بأكثر من الثلث عند الشافعية، والحنابلة.

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ-مذهب الحنفية:

لم أجد-فيما اطلعت-نصاً للحنفية بيّن حكم ترك الوارث أو هبته لميراثه في حياة مورثه؛ لكن جاء في الأشباه والنظائر ما نصه: «واختلفوا في وقت الإرث، فقال مشايخ العراق: في آخر جزء من أجزاء حياة المورث، وقال مشايخ بلخي: عند الموت. وفائدة الاختلاف: فيما لو قال الوارث لجارية مورثه: إذا مات مولاك فأنت حرة. فعلى الأول تعتق لا على الثاني»⁽²⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص282.

(2) الأشباه والنظائر: لابن نجيم، ص297، وينظر: بدائع الصنائع: للكاساني، 87/3، ورد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 758/6.

ووجه الأول: أنه أضاف العتق إلى الموت، والملك ثابت له قبله.

ووجه الثاني: ثبوت الملك بعده أي: بعد الموت⁽¹⁾.

فعلى هذا يمكن تقرير مذهب الحنفية في ترك الوارث لميراثه أو هبته حال حياة

المُورث على قولين:

الأول: جواز هبة الوارث لميراثه أو تركه حال حياة المُورث؛ لأنه أضاف الهبة إلى الموت؛ والملك ثابت له بأحد أسباب الميراث.

الثاني: لا يجوز؛ لثبوت الإرث بعد الموت لا قبله، وعليه لا يصح تصرف الوارث فيه لا بالهبة ولا بغيره، والله أعلم.

ب- مذهب المالكية:

نقل الحطاب هذه المسألة عن ابن رشد بيّن من خلال هذا النقل الأحكام المتعلقة بوقت الهبة-الصحة والمرض-والجهل بقدرها كما سيأتي:

أولاً: الأحكام المتعلقة بوقت الهبة أو الترك

أ-ترك الوارث لميراثه حال صحة المُورث.

نقل الحطاب عن الموازية ما نصه: «فيمن قال ما أرت من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح، وأنّ ذلك يلزمه»⁽²⁾.

حكمه: اللزوم إذا كان ذلك في غير يمين.

سبب اللزوم: أنه التزم ذلك بشرط الملك، فأشبهه من أوجب الصدقة بما يملك إلى أجل، أو بلد سماه، أو بعنق ذلك، أو بطلاق ما يتزوج فيه⁽³⁾.

وقال ابن رشد بعدم اللزوم في هذه الصورة؛ بل ونفى الخلاف فيها حيث قال: «إذا

وهب ميراثه في صحة الموروث لم يجز عليه، وإن كان له أن يرجع عنه على معنى

(1) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 758/6.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص282، وانظر: التبصرة: للخمّي، 3696/8.

(3) التبصرة: للخمّي، 3696/8.

هذه الرواية، ولا نصّ خلاف في ذلك»⁽¹⁾.

ب-ترك الوارث لميراثه في مرض المورث.

تباينت الأقوال في نفي الخلاف وإثباته في هذا الوجه؛ وذلك بسبب اختلاف الروايات في هذا كما سيأتي:

♦ الرواية الأولى: في سؤال المورث امرأتين له ميراثهما منه⁽²⁾.

حكمه: عدم اللزوم، أي: أنّ ميراثهما مردودٌ عليهما.

علة عدم اللزوم: قال ابن رشد: «لأنّهما إذا وهبته ميراثهما منه، الغرض فيه، إنّما هو أن يصرفه إلى من يحب من ورثتهم سواهما أو غيرهم إذ لا حاجة به إلى ميراثهما منه سوى ذلك، فإذا لم يقض فيه بشيء حتى مات كان مردوداً عليهما كما قال، بمنزلة ما لو استأذن ورثته أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه، فأذنوا له بذلك، فلم يعمل حتى مات، لم يلزمهم فيما أذنوا له فيه شيء»⁽³⁾.

فدلّ هذا على عدم اللزوم في هذه الرواية؛ لفساد القصد من الهبة.

♦ الرواية الثانية: في تباين نقل ابن رشد بنفيه للخلاف، وإثباته في هذا الوجه

ومن ثم رده على المخالفين.

القول الأول: قال ابن رشد: «فلا أعرف نص خلاف في أنّ هبة الوارث لميراثه في مرض المورث جائزة، وهو بيّن من قول ابن القاسم في هذه الرواية⁽⁴⁾، ونص من قوله

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد: 422/13.

(2) نص الرواية كاملاً: ((وسئل مالك- عن رجل حضرته الوفاة، فاستوهب امرأتين له ميراثهما منه، ففعلتا ووهبتا له ذلك، فلم يقض فيه بشيء حتى مات، فلمن تراه الورثة أم للمرأتين؟ قال: أراه للمرأتين مردود عليهما، وما يعجبني للرجل أن يفعل مثل هذا يسأل امرأته أن تهب له ميراثها))، العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 368/13.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد: 369/13.

(4) نص الرواية كما جاء في العتبية: ((وسألته: عن رجل حضره الموت وله أخوان شاهدان في ذكر حق، فقال لهما: إنه لا شاهد لي غيركما، وأنتما ترثاني وابنتي فلاتن، فلو أسلمتما لها ميراثكما مني أو وهبه أحدكما لصاحبه ليكون الواهب شاهداً ففعل وتصدق على أخيه بموروثه، ثم هلك الرجل، قال: لا تجوز شهادته؛ لأنه حق قد ثبت لهما في المرض، فلا أراه يجوز))، العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 68/10.

في رسم الأفضية، والحبس من سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات؛ لأنه قال فيه: إن ذلك يلزمه إلا أن يقول: كنت أظنه يسيراً لا أعلم أنه يبلغ هذا القدر، ويشبه ذلك من قوله فيحلف على ذلك ولا يلزمه، ومثله لمالك في الموطأ؛ لأنه قال فيه: إن الميت إذا قال لبعض وراثته: إن فلاناً-لأحد من وراثته- ضعيف، وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاه إياه، أن ذلك جائز إذا سماه له الميت؛ إذ لا فرق بين أن يهب أحد الورثة ميراثه لمن سواه من الورثة، أو لأجنبي من الناس، ولا بين أن يسميه له الميت، أو لا يسميه له⁽¹⁾.

سبب الأزوم في هذه الرواية: أنها هبة لمعين⁽²⁾.

القول الثاني: «من الناس من ذهب إلى أن هبة الوارث لميراثه في مرض الموروث لا يجوز؛ لأنه وهب ما لا يملك بعد»⁽³⁾.
ووجه ذلك:

بناءً على رويتين عن مالك في المدونة والموطأ مفادها:

- لزوم إجازة بعض الورثة إذا استأذنهم المورث في مرضه في أن يوصي لبعضهم بناءً على رفع التحجير عنه، وليس ملكه للميراث في المرض، وعليه إذا وهبه في مرضه لايجوز⁽⁴⁾.
- رجوع الميراث للوارث إذا وهبه لمورثه في مرضه إذا مات قبل أن يقضي فيه؛ بناءً على أنه لا يجوز له منه إلا ميراثه منه، فكما لا تجوز هبته له من أجل أنه لم يتقرر له عليه ملك،

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد: 69/10، وانظر: الموطأ: لمالك، 766/2.

(2) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، (تح: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2003م)، 124/4.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد: 69/10.

(4) ينظر: المدونة: لسحنون، 379/4، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 69/10، وتحرير الكلام: للحطاب، ص283-284.

فكذلك لا يجوز لغيره⁽¹⁾.

قال ابن رشد:

« ليس ذلك بصحيح، والفرق بينه وبين غيره أنه إذا وهبه له فقد علم أنّ القصد في ذلك إنّما هو ليرفع الحجر عنه في أن يصرفه إلى من أحبّ من الورثة؛ إذ لا يحتاج إلى هبته إن صحّ، ولا ينتفع بها إن مات، فإذا لم يقض فيها بشيء حتى مات رجعت إلى الواهب، وإذا وهبه لغيره فقد ملكه بالهبة ما وهبه إياه، ولا يقال إنّ ذلك لا يجوز من أجل أنه وهبه ما لم يملكه بعد؛ لأنّه لم يثبت له الآن، وإنّما وهبه له بشرط ملكه له بموت مؤروثه، كما لو قال: إنّ ملكت فلاناً فهو حر، أو إنّ ملكته فهو لفلان، فلا فرق في وجه القياس بين صحة المؤروث ومرضه في هبة الوارث لميراثه منه، والتفرقة في ذلك بين الصحة والمرض استحسان، ويتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع في الحالين، والفرق بينهما⁽²⁾.

قال الحطاب معلقاً على ابن رشد موضحاً الأحكام المتعلقة بوقت الهبة: « فتحصل

من كلام ابن رشد أنّه إذا وهب ميراثه بعد موت مؤرثه لزمه بلا خلاف، وإن وهبه في حال مرض موته الذي مات فيه لزمه أيضاً، ولا يعرف به نص خلاف⁽³⁾.

« وإن وهبه في صحة مورثه فالقياس أنّه يلزمه، ولكنّه لا يعرف نصاً في عدم اللزوم... وأما كونه ليس بمنصوص فليس بظاهر، وقد تقدمت مسألة الموازية، وهي نص في اللزوم في حالة الصحة، وقال في كتاب الهبة من المدونة: وإن وهبه مؤرثه من فلان وهو لا يدري كم هو ربع أو سدس، أو وهبه نصيبه من دار، أو جدار ولا يدري كم ذلك فهو جائز، والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز، فظاهرها سواء كان في الصحة

(1) قال مالك في الموطأ: ((فإن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل، ثم لا يقضي فيه الهالك شيئاً فإنه ردّ على من وهبه))، 766/2، وانظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 10/69-70، وتحرير الكلام: للحطاب، ص284.

(2) البيان والتحصيل: لابن رشد، 10/70، وانظر: تحرير الكلام: للحطاب، ص284.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص287.

أو في المرض، أو بعد الموت» (1).

ثانياً: الأحكام المتعلقة بالجهل بقدر الهبة

الرواية الأولى: رَجُلٌ صَالِحٌ مَالِكٌ لِأَمْرِهِ تَصَدَّقَ عَلَى آخِرِ مِثْلِهِ بِمِيرَاثِهِ مِنْ أَبِيهِ إِذَا مَاتَ وَالْأَبُ بَاقٍ (2).

حكمه: عدم لزوم ذلك ديانةً وقضاءً.

ووجه ذلك: أنه أمر لا يدري قدره، ولا يعلمه، ولا يدري كم يكون ديناراً أو ألف دينار، فلا يدري ما هو (3).

قال ابن رشد: « ذلك لا يلزمه، من أجل أنه لم يدرك قدره ما وهب، لا من أجل أنه وهب مالم يملك؛ إذ لم يهبه اليوم، فيكون قد وهب ما لم يملكه بعد، وإنما أوجب ذلك على نفسه يوم يموت أبوه، فيجب له ميراثه، كمن قال: إن ورثت فلاناً واشتريته فهو حر، يلزمه ذلك، بخلاف قوله: هو اليوم حر... فاتفقت الروايتان جميعاً على أن الواهب لميراثه في مرض الميت، ليس بواهب لما لم يملكه بعد، وإنه إنما هو واهب له إذا ملكه بقوله المتقدم قبل أن يملكه» (4).

الرواية الثانية: رجل تصدق على رجل بميراثه من أبيه بعد أن يموت أبوه، وأشهد له، وقبل ذلك منه، ثم رجع في صدقته (5).

- (1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 287، وانظر: التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، 344/4.
- (2) نص الرواية كاملاً: ((قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل صالح مالك لأمره، تصدق على آخر مثله بميراثه من أبيه إذا مات، والأب باق، أيجوز له؟ فقال: لا أرى أن يجوز هذا، قال ابن القاسم: ولا أقضي به عليه، وهو أعلم؛ لأنه أمر لا يدري قدره، ولا يعلمه، لا يدري كم يكون ألف دينار؟ فلا أدري ما هو؟ وهو أعلم)). العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 421/13.
- (3) العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 421/13.
- (4) البيان والتحصيل: لابن رشد 421/13-422.
- (5) نص الرواية كاملاً: ((قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل تصدق على رجل بميراثه من أبيه بعد أن يموت أبوه، وأشهد له، وقبل ذلك منه، ثم بدا للمتصدق وقال: إني كنت حين فعلت ذلك لا أدري ما أرت نصفاً أو ربعاً؟ ولا أدري ما عدد ذلك من الدنانير، ولا من الرقيق؟ ولا ما سعة ذلك من الأرضين وعدد الأشجار؟ فلما تبين لي مورثي من أبي، وما أرت مما ترك، رأيت ذلك كثيراً، وكنت ظننت أنه دون هذا، وأنا لا أجزى الآن)). العتبية

حكمه:

قال ابن القاسم: «إن لم يكن يعرف يُسَرُّ أبيه، ولا وفره؛ لغيبة كانت عنه، رأيت أن يحلف ما ظن ذلك، ويكون القول قوله، وإن كان عارفاً بأبيه ويُسره، وإن لم يعرف قدر ذلك، جاز عليه على ما أحب أو كره» (1).

قال الحطاب معلقاً على ابن رشد موضحاً الأحكام المتعلقة بالجهل بقدر الهبة: «وأما ما ذكره بالنسبة إلى كونه يجهل قدره فالمعروف من المذهب أن الجهل بقدر الموروث لا يبطل الهبة، وكلام المدونة المتقدم صريح في ذلك» (2)، ونقل عن أئمة المذهب ما يؤيد ذلك فقال:

▪ قال أبو محمد (3): «وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة» (4).

▪ قال محمد بن عبد الحكم (5): «تجوز هبة المجهول، وإن ظهر أنه كثير بعد ذلك» (6).

▪ وقال ابن عرفة موضحاً جواز هبة المجهول بما نقله عن اللخمي أولاً ونصه: «هبة المجهول والصدقة به ماضية، ويستحب ألا يفعل إلا بعد المعرفة بقدره

← لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 85/14.

(1) العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 85-86.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 288، وانظر: التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 344/4.

(3) عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني، أبو محمد، الملقب بـ: مالك الصغير، له العديد من التصانيف أشهرها: الرسالة، والنوادر والزيادات، وغيرها، توفي سنة (386هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 215/6-221، والديباج المذهب: لابن فرحون، 427/1-430.

(4) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 227/12.

(5) محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، أبو عبد الله، من العلماء الفقهاء أهل النظر والمناظرة، له العديد من التصانيف منها: أحكام القرآن، والوثائق والشروط، وغيرها، توفي سنة (268هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 157/4-163، والديباج المذهب: لابن فرحون، 163/2-165.

(6) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 592/19.

وصفته خوف الندم بعد معرفته به⁽¹⁾، ثم تبيّنه موضع الخلاف فيها حيث قال:

هبة ما جهل قدره من إرث ناجز في لزومها ثلاثة أقوال:

الأول: اللزوم مطلقاً، وعزاه للمدونة مع ابن رشد، وابن عبد الحكم⁽²⁾.

والثاني: عدم اللزوم مطلقاً، وعزاه لنقل اللخمي عن ابن القاسم⁽³⁾.

والثالث: اللزوم إن عرف قدر جميع المال الموروث، ولو جهل نصيبه من الميتم، وعدم

اللزوم إذا جهل قدر المال، ولو عرف قدر نصيبه، وعزاه لابن رشد عن بعض

المتأخرين⁽⁴⁾، ثم نقل عن ابن العربي في عارضته في باب القطائع في جواز هبة

المجهول روايتين⁽⁵⁾.

ونقل عن ابن بشير⁽⁶⁾ في كتاب العرايا: «حكى محمد⁽⁷⁾ الإجماع على جواز هبة

المجهول، وقال من لا تحقيق عنده من الملقبين بالفقهاء: في هبة المجهول قولان، وهو

غلط منه لما رأى من الخلاف⁽⁸⁾.

قال الحطاب: «وبعني ابن بشير أنه لا خلاف في الجواز، وإنما الخلاف في

اللزوم يُبيّن ذلك بقية كلامه في التنبيه في المحل الذي ذكره ابن عرفه قال إثر كلامه

المتقدم: وهذا أصل ثان لا يعود بالخلاف في صحة هبة المجهول، وإنما هو خلاف

في إلزامه كل ما ظهر؛ لأنه خرج من يده، ويمكن أن يكون فوق ما ظنّ، أو لا يلزمه

(1) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 520/8، وانظر: التبصرة: للخمي، 3489/8.

(2) ينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 423/13.

(3) ينظر: التبصرة: للخمي، 3489/8.

(4) ينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 423/13.

(5) عارضة الأحمدي بشرح صحيح الترمذي: لابن العربي، (دار الكتب العلمية، بيروت، بلا ط، ت)، 150/6.

(6) إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، أبو الطاهر، إمام عالم حافظاً للمذهب، ممن بلغ رتبة الاختيار

والترجيح، له العديد من التصانيف منها: التنبيه، والتذهيب على التهذيب، وغيرها، قال ابن فرحون: لم أف على

تاريخ وفاته. ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 265/1-266، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 186/1.

(7) يُقصد به ابن المواز، تقدمت ترجمته، ص94.

(8) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 522/8.

إلا القدر الذي يظن أنه وهبه» (1).

بعد عرض مذهب المالكية في المسألة يتبين لي أنّ الحطاب تفرد في عرض هذه المسألة ومعالجتها فلم يكتف بالنقل عن ابن رشد فقط؛ بل أجاب وجمع بين الروايات، ونقل عن المذهب ما يؤيد صحة ذلك، فلم يقل باللزوم أو عدمه مطلقاً، وإنما كان بضابط أشار إليه في نهاية المسألة قائلاً: «يظهر من كلام ابن رشد المتقدم أنّ الخلاف إنّما هو حيث يهب ما يرثه من قريبه على الجزم من الآن، وأمّا لو صرح بالتعليق وقال: إن ملكت الشيء الفلاني فهو صدقة على فلان فإنه يلزمه، وهو ظاهر إذا كان في غير يمين كما تقدم» (2).

ج- مذهب الشافعية والحنابلة:

لم أجد -فيما اطّلت- نصاً صريحاً للشافعية والحنابلة يبيّن حكم ترك الإرث أو هبته في حياة المورث؛ لكن إذا نظرنا إلى المسألة السابقة نجد أنّها نوع من الهبة أو الترك للميراث؛ لأنّ إجازة الوارث للوصية بأكثر من الثلث أو لوارث، هو ترك أو هبة منه لجزء من ميراثه، وإن لم يكن بصريح القول، وعلى هذا سيكون بيان مذاهبهم في هذه المسألة وفق قولهم في الوقت المعتبر في إجازة الوارث للوصية بأكثر من الثلث أو لوارث كما سيأتي.

أولاً: نص الشافعية:

جاء في البيان في مذهب الشافعي: «وإذا مات الموصي فأجاز وراثته وصيته فيما زاد على الثلث، أو أجازوا وصيته لوارثه... صحت الإجازة، وإن أجازوا ذلك قبل موت الموصي... لم تصح الإجازة، سواء أجازوا ذلك في صحة الموصي، أو في مرض

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 289.

(2) المصدر السابق، ص 290.

موته... دليلنا: أنه لا حق للوارث قبل موت الموصي، فلم تصح إجازته⁽¹⁾.

ثانياً: نص الحنابلة:

جاء في المغني: «ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك، ثم ردوا، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم الردّ، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه... أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه، فلم يلزمهم، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع، ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية، فلم يصح فيها إجازتهم، كما قبل الوصية»⁽²⁾.

وعلى هذا يكون مذهب الشافعية والحنابلة-فيما يظهر- في هبة الميراث أو تركه في حياة المورث عدم الجواز؛ وذلك لعدم الحق فيه قبل الموت والله أعلم.

رابعاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن فقهاء الحنفية -على القول الأول-، والمالكية -إلا بعض الروايات التي لها حكم خاص في المذهب-، وفقهاء الشافعية، والحنابلة-فيما يظهر- متفقون على أنّ ترك الوارث لميراثه أو هبته في حياة المورث لا يجوز إذا كانت الهبة حالة الآن، أما إذا كانت معلقة بالموت أو بعده فلا خلاف في ذلك والله أعلم.

(1) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 8/158.

(2) المغني: لابن قدامة، 6/146.

المطلب الثالث

مسائل في الأحوال الشخصية

المسألة الأولى: هبة الزوجة يومها لضررتها أو لزوجها أو إسقاطها حقها من القسم

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « إذا وهبت الزوجة يومها لضررتها، أو لزوجها، أو أسقطت حقها من القسم فلها الرجوع متى شاءت. قال في آخر النكاح الثاني من المدونة: وإذا رضيت امرأة بترك أيامها، وبالأثرة عليها على أن لا يطلقها جاز، ولها الرجوع متى شاءت، فإما عدل أو طلق »⁽¹⁾.

ثانياً: فروع المسألة:

الفرع الأول: حكم الهبة أو الإسقاط، والرجوع فيها، والآثار المترتبة عليها في القسم.
الفرع الثاني: حكم الهبة أو الإسقاط مقابل مال.

ثالثاً: أقوال الفقهاء في هذه المسائل:

الفرع الأول: حكم الهبة أو الإسقاط، والرجوع فيها، والآثار المترتبة عليها في القسم
أولاً: حكم الهبة أو الإسقاط:

اتفق فقهاء الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ على أنه يجوز للمرأة أن تهب يومها، أو أن تسقط حقها من القسم لزوجها، أو لبعض ضررائها؛ لأنه حق ثبت لها، فلها أن تستوفي، ولها أن تترك؛ بشرط أن يكون ذلك برضا الزوج.

ووجه ذلك:

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص291، وانظر: التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 255/2.

(2) بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2، والبحر الرائق: لابن نجيم، 336/3.

(3) التبصرة: للحمي، 2055/5، والذخيرة: للقرافي، 458/4.

(4) المهذب: للشيرازي، 486/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 525/9.

(5) المغني: لابن قدامة، 312/7، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 259/6.

◆ حديث عائشة رضي الله عنها، «أَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ⁽¹⁾ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ، وَكَانَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم يَقْسِمُ لِعَائِشَةَ بِيَوْمِهَا وَيَوْمِ سَوْدَةَ»⁽²⁾.

وجه الدلالة:

دلّ الحديث على جواز هبة المرأة حقها من القسم لضرتها؛ لأنّ القسم من حق المرأة، ولها إسقاطه، ومباح للزوج لا حرج عليه فيه؛ لأنّه حقّ لها وهبته، ويعتبر رضاه؛ لأنّ له حقاً في الزوجة، فليس لها أن تسقط حقه إلا برضاه⁽³⁾.

ثانياً: حكم الرجوع في الهبة أو الإسقاط، والوقت المعتبر فيه:

لا خلاف بين فقهاء الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾ في أن الواهبة إذا رجعت في هبتها فلها ذلك في المستقبل لا فيما مضى؛ لأنّه بمنزلة المقبوض.

ووجه ذلك:

◆ عند الحنفية:

◆ أن الإسقاط هو إباحة منها، والإباحة لا تكون لازمة، كالمباح له الطعام فإنّه يملك المبيح منعه والرجوع عن ذلك⁽⁸⁾.

(1) سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ودّ العامرية القرشية، كان زوجها السكران بن عمرو، وهاجر بها إلى الحبشة، ثم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما أسنت وخافت أن يطلقها النبي صلى الله عليه وسلم وهبت يومها لعائشة، توفيت في آخر خلافة عمر. ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 1867/4، وأسد الغابة: لابن الأثير الجزري، 157/7.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك، 33/7-34، برقم: (5212)، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب جواز هبتها نويتها لضرتها، 1085/2، برقم: (1463)، وانظر: بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2، والذخيرة: للقرافي، 458/4، والنجم الوهاج في شرح المنهاج: للدّميري، (ط1، دار المنهاج، جدة، 2004م)، 414/7، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 259/6.

(3) ينظر: إكمال المُعلّم بفوائد مسلم: للقاضي عياض، 666/4، وسبل السلام شرح بلوغ المرام: للصنعاني، (دار الحديث، بلا ط، ت)، 240/2.

(4) بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2، والبحر الرائق: لابن نجيم، 336/3.

(5) التبصرة: للحمي، 2055/5، والذخيرة: للقرافي، 458/4.

(6) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 525/9، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 442/16.

(7) المغني: لابن قدامة، 312/7، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 164/8.

(8) بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2.

◆ أنها أسقطت حقاً لم يجب لها بعد، فلا يسقط؛ لأن الإسقاط يتحقق في القائم، فيكون الرجوع فيه امتناعاً كالعارية⁽¹⁾ حيث يرجع المعير فيها متى شاء⁽²⁾.

❖ عند المالكية:

◆ أن ذلك ممّا يدركها فيه الغيرة، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت، فجاز لها الرجوع⁽³⁾.

قال الحطّاب:

« وهذا هو الجاري على تعليل المسألة بكونها من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، وبذلك وجهها أبو إسحاق التونسي⁽⁴⁾، ونقل-الحطّاب- عن أبي الحسن تعليل أبي إسحاق في جواز الرجوع فقال:

«جعل لها الرجوع؛ لأنّه شيء لم يجب لها، فوهبت ما لم يتقرر لها ملكه؛ لكنّه قال: قال عبد الحق⁽⁵⁾: وفي هذه العلة نظر؛ لأنّها لو تركت المطالبة بنفقة حملها أو بنفقتها هي لزمها ذلك، وإن كانت النفقة للمستقبل فانظره⁽⁶⁾».

ثمّ قال الحطّاب: «ما ذكره من سقوط النفقة هو أحد القولين وسيأتي أنّه الراجح منهما فلم يبق بين هذه المسألة ومسألة إسقاط النفقة فرق إلاّ من جهة قوة الضرر هنا،

(1) العارية لغة: من التعاور: وهو التداول والتناوب لجعله للغير نوبة في الانتفاع به، واصطلاحاً: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض. ينظر: لسان العرب، لابن منظور، 418/4-419، مادة (عور)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص345.

(2) تبين الحقائق: للزيلعي، 181/2، والبحر الرائق: لابن نجيم، 336/3.

(3) التبصرة: للحمي، 2055/5، وشرح مختصر خليل: للخرشي، (دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت)، 7/4.

(4) إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي، المعروف بأبي إسحاق التونسي، فقيه أصولي محدث عالم، له شروح حسنة وتعاليق متناسف فيها على كتاب ابن المواز والمدونة، توفي سنة (443هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 269/1، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 161/1.

(5) عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي القرشي الصقلي، أبو محمد، الفقيه الحافظ، له العديد من المؤلفات منها: النكت والفروق، وتهذيب الطالب، توفي سنة (466هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 56/2، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 173/1.

(6) تحرير الكلام: للحطّاب، ص 293.

وأنه لا يمكن الصبر عليه فيجئ ما قاله للخي⁽¹⁾، وانظر ما ذكره المشدالي⁽²⁾ في حاشيته على المدونة عن ابن عرفة ونصه قوله: ولها الرجوع متى شاءت، قال ابن عرفة: عندي أنه إذا كان الذي وهبته الزمن اليسير، كاليوم واليومين لا رجوع لها لقولها- في العارية- إذا رجع: أنه يقضى عليه بما يعار إلى مثله، وقولهم في السلف إذا طلبه في الحال بجامع المعروف.

قال المشدالي: هذا غير صحيح؛ لأنّ مدرك مسألتنا راجع لضرر بدني، ولا يقاومه ما يرجع إلى أمر مالي⁽³⁾.

في حين استشكل بعض المالكية هذا الحكم -جواز الرجوع في الهبة في المستقبل- جاء في التوضيح عن خليل: «وانظر هل يقيد رجوعها في هذه المسألة بما إذا لم تدخل ضررتها الأخرى في شيء كما قالوا في اعتصار الأب ما وهب لولده⁽⁴⁾. وأجاب الحطاب عن هذا الاستشكل قائلاً:

«الذي يظهر من كلامهم عدم التقييد سواءً علّنا المسألة بالضرر، أو بإسقاط الحق قبل وجوبه كما في الشفعة حيث لم يعترضوا إدخال المشتري في الشراء، وكلفته مع أنّها في الغالب أعظم من كلفة الزوجة⁽⁵⁾».

❖ عند الشافعية والحنابلة:

♦ إنّ المبيت في المستقبل هبة لم تقبض بخلاف ما مضى؛ لأنّه قد اتصل به القبض⁽⁶⁾.
أما الوقت المعتبر في الرجوع في الهبة أو الإسقاط فهو: بلوغ الزوج خبر الرجوع

-
- (1) ونصه: «لأنّ ذلك مما يدركها فيه الغيرة، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت». ينظر: التبصرة: للخي، 2055/5.
- (2) محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الصمد المشدالي، أبو عبد الله، المعروف بالمشدالي، له فتاوى نقلت في المعيار والمازونية، كمل تعليقة الوانوعي على البراذعي، واستدرك ما صرح فيه ابن عرفة في مختصره بعدم وجوده، توفي سنة (866هـ). ينظر: نيل الابتهاج: للتبكتي، 638/1-639، وشجرة النور: لمحمد نخلوف، 379/1.
- (3) تحرير الكلام: للحطاب، ص293، وانظر: المختصر الفقهي: لابن عرفة، 75/4، وتكملة المشدالي على تعليقة الوانوعي على تهذيب المدونة مع هامش تعليقة الوانوعي على تهذيب المدونة، (تح: أحمد عبد الكريم، حافظ عبد الرحمن، ط1، 2014م)، 533/1.
- (4) تحرير الكلام: للحطاب، ص293-294.
- (5) التوضيح: لخليل، 265/4.
- (6) المجموع شرح المذهب: للنووي، 442/16، وكشاف القناع: للبهوتي، 206/5.

لا قبل ذلك، فما فات من الهبة قبل بلوغ ذلك، فلا شيء للواهبة فيه.

- جاء في عقد الجواهر: «وما فات قبل بلوغ خبر الرجوع فلا يقضى»⁽¹⁾.
 - وجاء في المجموع: «فان لم يعلم الزوج برجعتها حتى قسم ليلتها لغيرها. قال الشافعي رحمه الله: لم يكن لها بدلها»⁽²⁾.
 - وجاء في المغني: «ولو رجعت في بعض الليل، كان على الزوج أن ينتقل إليها، فإن لم يعلم حتى أتم الليلة، لم يقض لها شيئاً؛ لأنّ التفريط منها»⁽³⁾.
- ثالثاً: الآثار المترتبة على الهبة أو الإسقاط في القسم:**

أ- مذهب الحنفية:

لم يفرق الحنفية بين إذا كانت الهبة أو الإسقاط لمعينة أو للجميع أو للزوج؛ بل جعلوا الأمر للزوج في هذه الهبة فيخص بها من يشاء منهن؛ لأنها إسقاط عنه فكان الحق له سواء وهبت له أو لصاحبته، فله أن يجعل حصة الواهبة لمن شاء⁽⁴⁾.

ب- مذهب المالكية:

فرق المالكية بين إذا كانت الهبة أو الإسقاط للضرة أو للزوج، وعلى هذا التفريق ترتبت آثارها في القسم كما سيأتي:

1- آثار الهبة على القسم إذا لم تخصص به أحداً:

إن أسقطت يومها ولم تخصص به أحداً، عاد القسم أثلاثاً⁽⁵⁾.

بمعنى أنه لا يخص أحداً بهذا اليوم لا الضرة الموالى يومها هذا، ولا غيرها، ولا حتى الزوج نفسه فلا يخص به واحدة منهن.

2- آثار الهبة على القسم إذا خصت بها ضررتها:

(1) عقد الجواهر: لابن شاس، 491/2.

(2) المجموع شرح المهذب: للنووي، 444/16.

(3) المغني: لابن قدامة، 312/7.

(4) البحر الرائق: لابن نجيم، 336/3.

(5) التبصرة: للخمي، 2055/5، وتحرير الكلام: للحطاب، ص 294.

إذا وهبت يومها لضرتها بقيت أيام القسم على حالها-أربعاً-ويكون للموهوبة يومان⁽¹⁾، وقد ثبت «أَنَّ سَوْدَةَ بَنَتْ زَمْعَةَ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ»⁽²⁾.

3- آثار الهبة على القسم إذا خصت بها الزوج:

أما إذا خصت الهبة للزوج ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: إن وهبت للزوج قدرت كالعدم، ولا يخصص هو بذلك اليوم غيرها⁽³⁾.

زاد ابن عبد السلام: «لأن معنى هبتها للزوج إسقاط حقها عنه؛ لأنها جعلت ما كان لها بيده»⁽⁴⁾.

الثاني: إذا وهبت يومها للزوج كان مخيراً بين إسقاط يومها، ويكون القسم أثلاثاً، وبين أن يخصص به واحدة، ويكون أربعاً⁽⁵⁾.

الثالث: قال ابن عبد السلام: «والأقرب أن يرجع في ذلك إلى سؤالها عن مرادها بالهبة، هل أرادت الإسقاط أو تمليك الزوج؟ وعلى هذا إذا أرادت تمليك الزوج فيكون مخيراً في ذلك اليوم يجعله لمن شاء من الثلاثة متى شاء، وينقله عن جعله إليها إذا شاء»⁽⁶⁾.

ج- مذهب الشافعية والحنابلة:

1- آثار الهبة على القسم إذا خصت بها واحدة أو جميعهن:

❖ اتفق فقهاء الشافعية، والحنابلة على أن الواهبة إذا وهبت ليلتها لواحدة من

(1) التبصرة: للخمى، 2055/5، والتوضيح: لخليل، 264/4.

(2) سبق تخريجه، ص 128.

(3) جامع الأمهات: لابن الحاجب، (تح: أبو عبد الرحمن الأخصري، ط2، البيامة، 2000م)، ص280، والتوضيح: لخليل، 264/4.

(4) تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، (دراسة وتحقيق: رمضان مسعود بن عسكر، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة طرابلس/ ليبيا، 2005م)، من النسخة الإلكترونية (pdf)، ص707.

(5) تنبيه الطالب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، ص707، والتوضيح: لخليل، 264/4.

(6) تنبيه الطالب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، ص707.

ضرائرها كفعل سودة جاز ذلك⁽¹⁾.

وفي تعيين قسمة الليلة الموهوبة عند الشافعية قولان:

الأول: تضم إلى ليلتها، لأنه اجتمع لها ليلتان، فلم يفرق بينهما.

الثاني: تقسم لها في الليلة التي كانت للواهة، لأنها قائمة مقامها فقسم لها في ليلتها⁽²⁾.

في حين حكى كلُّ منهما-الشافعية والحنابلة-قولين فيما إذا كانت ليلة الواهة توالي ليلة الموهوبة، والأهـما لها. وإن كانتا غير متواليتين، فهل للزوج أن يواليهما من غير رضا الباقيات؟

الأول: لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهة؛ لأن الموهوبة قامت مقام الواهة في ليلتها، فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهة؛ ولأن في ذلك تأخيراً لحق غيرها، وتغييراً ليلتها بغير رضاها، فلم يجز ذلك، وهو المذهب عند الشافعية والصحيح عند الحنابلة.

والثاني: يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق⁽³⁾.

وكذلك الحكم-الموالاة بين ليلة الواهة والموهوب لها-إذا وهبتها للزوج، فأثر بها

امرأة منهن بعينها⁽⁴⁾.

❖ كذلك اتفق -الشافعية والحنابلة- على أن الواهة ليلتها إذا لم تخص بها واحدة

ووهبتها لجميع ضرائرها صح ذلك، وسقط قسمها كما لو طلقت، فإن كنّ ثلاثاً

صار القسم أثلاثاً بين الثلاث⁽⁵⁾.

2- آثار الهبة على القسم إذا خص بها الزوج:

اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة على أن الواهة إذا وهبت ليلتها لزوجها، له جعله

لمن شاء؛ لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك، إن شاء جعله للجميع، وإن شاء خص

(1) المجموع شرح المذهب: للنووي، 442/16، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 163/8.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 525/9.

(3) المجموع شرح المذهب: للنووي، 444/16، والمغني: لابن قدامة، 312/7.

(4) المجموع شرح المذهب: للنووي، 444/16، والمغني: لابن قدامة، 312/7.

(5) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 525/9، والمغني: لابن قدامة، 312/7.

بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض (1).

رابعاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي اتفاق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على جواز هبة الزوجة يومها لضررتها أو لزوجها أو إسقاطها حقها من القسم، وهذا راجع إلى إقرار النبي ﷺ لفعل سودة عندما وهبت يومها لعائشة، فدلّ هذا أنّ ما جاء فيه نص من السنة، فإنّ اللزوم وعدمه فيه كما جاء في النص، والله أعلم.

(1) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 525/9، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 163/8.

الفرع الثاني: حكم الهبة أو الإسقاط مقابل مال

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « قال اللخمي: واختلف في بيعها اليوم وشبهه، فقال مالك في كتاب محمد⁽¹⁾: لا أحب أن تشتري من صاحبها يوماً ولا شهراً، وأرجو أن يكون في ليلة خفيفاً، قيل له: فإن أرضى إحدى امرأتيه بشيء أعطاها ليومها ليكون فيه عند الأخرى، فقال: إن الناس ليضعلون ذلك، وغيره أحب إليَّ »⁽²⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا بذلت الزوجة مالاً مقابل تنازل ضررتها عن يومها لها، أو للزوج على أن يجعل لها من القسم أكثر من غيرها، أو العكس بأن يبذل الزوج لها المال مقابل أن تتنازل هي عن قسمها لضررتها فقد اختلف الفقهاء في هذا على قولين:

القول الأول: لا يجوز بذل المال مقابل تنازل الزوجة عن قسمها، سواء بذلته هي لضررتها، أو لزوجها أو بذله هو لها على أن تجعل يومها لضررتها، وعليه فإن بذلت أو بُذِل لها لزمها رده، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

♦ أن هذا معاوضة القسم بالمال، فيكون في معنى البيع، فلا يجوز، وعلى هذا

(1) يُقصد به ابن المواز، تقدمت ترجمته، ص94.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص297، وانظر: التبصرة: للخمي، 2055/5.

(3) بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري: للحداوي، (ط1، المطبعة الخيرية، 1322هـ)، 26/2.

(4) المجموع شرح المذهب: للنووي، 444/16، ومغني المحتاج: للشربيني، 425/4.

(5) المغني: لابن قدامة، 312/7، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 259/6.

يسترد المال ولا شيء لها؛ لأنه رشوة؛ لأنه أخذ المال لمنع الحق عن المستحق⁽¹⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أن القسم في المبيت ليس بعين ولا منفعة مالية تقبل العوض؛ لأنّ مقام الزوج عندها ليس بمنفعة ملكتها عليه⁽²⁾.

◆ أن القسم في المبيت حق لازم بالنكاح، ويتجدد بتجدد الزمان، فلا يسقط بالإسقاط كحق الشفعة والرد بالعيب، لأنّ تلك الحقوق تسقط بالإسقاط، وهذا لا يسقط، وعليه فتد العوض ويقبضها الزوج حقها؛ لأنّها تركت حقها بعوض، ولم يسلم لها العوض⁽³⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن القسم في المبيت حقها في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال، فلا يجوز مقابله بمال، وعليه: لزمها رده، وعليه أن يقضي لها، لأنّها تركته بشرط العوض، ولم يسلم لها، وأضافوا: إذا كان العوض غير المال مثل إرضاء زوجها وغيره جاز⁽⁴⁾.

القول الثاني: يجوز بذل المال مقابل تنازل الزوجة عن قسمها سواء كان التنازل للضرّة أو للزوج، وهو قول المالكية⁽⁵⁾.

وتحرير ذلك: اختلفت أقوال المالكية في هذا الحكم بين الجواز مطلقاً، وبين الجواز مع الكراهة وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً: نص اللخمي ومن وافقه وأثباته الجواز في هذا الحكم مع الكراهة:

جاء في التبصرة: «واختلف في بيعها اليوم وشبهه، فقال مالك في كتاب محمد: لا أحب أن تشتري من صاحبها يوماً ولا شهراً، وأرجو أن يكون في ليلة خفيفاً، قيل له:

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 333/2، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 518/4.

(2) المجموع شرح المهذب: للنووي، 444/16، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشرييني، 431/2.

(3) النجم الوهاج في شرح المنهاج: للدّميري، 415/7.

(4) المغني: لابن قدامة، 312/7، والشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة، 164/8.

(5) التبصرة: للخمي، 2055/5، والتاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 258/5.

فإن أَرْضَى إحدى امرأته بشيء أعطاهَا ليومها، ليكون فيه عند الأخرى، فقال: إنَّ الناس ليفعلون ذلك، وغيره أحب إلي، كأن أدنّت له أن يَطأ الأخرى في يومها فلا بأس، ومحمل قوله في التفرقة بين القليل والكثير: لما كانت لا تقدر على الوفاء فيما طالّت مدته» (1).

قال الحطاب:

«الذي تحصل من هذا الكلام أنّ مالكاً كره للضرة أن تشتري من ضررتها يوماً أو شهراً، وخفف شراء الليلة.
فقال أولاً: لا أحب لها أن تشتري يومها، ثم قال في الرجل يرضى امرأته بشيء ليكون في يومها عند الأخرى فقال: غيره أحب إليّ، فظاهره أنّه خفف ذلك، ولا فرق بين شراء الزوجة يوم صاحبتهَا، أو شراء الزوج ذلك» (2).

قال ابن رشد:

« فجعل شراء المرأة من صاحبتهَا الليلة أشد في الكراهة، فيحتمل أن يكون المعنى المفرق بينهما عنده: أن المرأة لا تدري ما يحصل لها بما أعطت من الاستمتاع بزوجهَا، إذ قد يصيبها في تلك الليلة وقد لا يصيبها، والرجل يدري ما يحصل له من الاستمتاع بما أعطى؛ إذ هو مالك للإصابة، إن شاء أصاب وإن شاء لم يصب، وأمّا شراء المدة الطويلة فالكراهة فيها بينة من كل واحد منهما؛ لأنّه غرر؛ إذ لا يدري كل واحد منهما هل يعيش إلى تلك المدة هو أو الذي اشترى الاستمتاع به» (3).

قال الحطاب:

« فالذي تحصل من كلام ابن رشد أنّ شراء الليلة الواحدة مكروه سواء اشترها الزوج، أو صاحبتهَا؛ لكن شراء صاحبتهَا أشد كراهة، وأمّا شراء أكثر من ذلك فمكروه سواء كان المشتري هو الزوج أو الضرة» (4).

(1) التبصرة: للخمى، 2055/5-2056.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 297.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد، 350/4.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص 297.

ثانياً: نص خليل ومن وافقه وقوله بالجواز في هذا بلا كراهة:

جاء في مختصر خليل وفي الشامل: أن شراء اليوم أو الليلة من الضرة جائز من غير كراهة⁽¹⁾.

قال الحطاب:

«وظاهرهما سواء كان الزوج هو المشتري أو الضرة، وكأنتهما اعتماداً على ما قاله ابن عبد السلام ونصه: واختلف في بيعها اليوم واليومين من ضررتها، أو من زوجها. قلت: والأقرب الجواز؛ إذ لا مانع منه سواء جعل العوض المأخوذ في ذلك عن الاستمتاع، أو عن إسقاط الحق وهو الأقرب»⁽²⁾.

ووجه ذلك:

■ أن هذا المال عوض عن إسقاط حق المبيت في القسم فجاز بلا كراهة، كما هو الظاهر من كلام ابن عبد السلام⁽³⁾.

والى هذا القول ذهب ابن تيمية⁽⁴⁾ حيث قال:

«وقياس المذهب عندي جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره، لأنه إذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها، جاز لها أن تأخذ العوض عن حقه منها؛ لأن كلا منهما منفعة بدنية»⁽⁵⁾.

(1) ينظر: مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، (تح: أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ)، ص128، والشامل في فقه الإمام مالك: لبهرام الدميري، (صح: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه، القاهرة، 2008م)، 382/1.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص298، وانظر: تنبيه الطالب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، ص708.

(3) تنبيه الطالب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، ص708.

(4) أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني ثم الدمشقي، شيخ الإسلام، المجتهد الحافظ المفسر الحنبلي، له العديد من التصانيف منها: درر تعارض العقل والنقل، والجواب الصحيح، توفي سنة (728هـ). ينظر: ذيل طبقات الحنابلة: لابن رجب، 491/4-525.

(5) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، (تح: حسنين محمد مخلوف، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ)، 480/5.

ثالثاً: القول الراجح:

- بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي رجحان القول الثاني-المالكية-
القائل بجواز بذل المال مقابل تنازل الزوجة عن قسمها، وذلك للأسباب الآتية:
- ✓ أن ذلك يندرج تحت عموم قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽¹⁾، وبذل المال مقابل
تنازل الزوجة عن قسمها من قبيل الصلح.
- ✓ القياس على جواز أخذ العوض على الخلع بجامع أن كلا منهما تنازل عن حق
غير مالي ثابت مقابل عوض مالي، والله أعلم.

(1) سورة النساء، من الآية: (128).

المسألة الثانية

شرط الزوج لزوجته "إن تزوج عليها فأمرها بيدها"

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « فيمن شرط لزوجته إن تزوج عليها أو تسرد⁽¹⁾... فأمرها بيدها فتقول: اشهدوا أنني متى فعل زوجي ذلك فقد اخترت نفسي أو اخترت زوجي، فقال مالك في كتاب ابن سحنون⁽²⁾: ذلك لازم لها، وحكى الباجي وابن يونس عن المغيرة⁽³⁾ أنه لا يلزمها⁽⁴⁾ ».

ثانياً: بيان المسألة:

إذا فوض الزوج الطلاق إلى الزوجة بتمليكها أمرها بيدها بعد العقد، فمذاهب الفقهاء في لزوم ذلك وعدمه كما يلي:

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ- مذهب الحنفية:

لم أجد -فيما اطّلت- نصاً للحنفية يبيّن حكم تمليك الزوجة أمرها إن تزوج عليها أو أخرجها من بلدها؛ لكن جاء في بدائع الصنائع في كتاب الطلاق في (فصل في قوله أمرك بيدك) بيان صفة هذا التفويض من حيث اللزوم وعدمه، وحكمه إذا كان

- (1) التسرر: اتخاذ السُرِّيَّة، وهي الجارية المتخذة للملك والجماع. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 358/4، مادة (سرر).
- (2) محمد بن سحنون، أبو عبد الله، تفقه على أبيه، وسمع ابن أبي حسان وموسى بن معاوية، وغيرهم، له العديد من التصانيف منها: كتابه الكبير الجامع لفنون من العلم وكتابه المسند في الحديث، توفي سنة (256هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاظمي عياض، 204/4-219، والديباج المذهب: لابن فرحون، 169/2-173.
- (3) المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث بن عبد الله بن عياش بن أبي ربيعة بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، ممن دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك، توفي سنة (188هـ)، وقيل غير ذلك. ينظر: ترتيب المدارك: للقاظمي عياض، 2/3-8، والديباج المذهب: لابن فرحون، 244-343/2.
- (4) تحرير الكلام: للحطاب، ص299، وانظر: المدونة: لسحنون، 75/2، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 714/10، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 55/4.

مُعَلَّقاً بشرط⁽¹⁾.

1- صفة هذا التفويض من حيث اللزوم وعدمه.

أ- بالنسبة للزوج: لازم له، ولا يملك الرجوع عنه.

ووجه ذلك:

◆ أنه مَلَكها الطلاق، ومن مَلَك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك، فلا يملك إبطاله

بالرجوع والنهي والفسخ.

◆ أن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ، فكذا بعد إيجابه.

◆ أن هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق، فلا يحتمل الرجوع عنه والفسخ، كسائر

التعليقات المطلقة⁽²⁾.

بالنسبة للزوجة: فهو غير لازم لها؛ لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها بين اختيار

نفسها في التطلق، وبين اختيار زوجها، والتخير ينافي اللزوم⁽³⁾.

2- حكم هذا التفويض إذا كان معلقاً بشرط.

«وأما التفويض المعلق بشرط...بأن قال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك، فقدم فلان،

فالأمر بيدها إذا علمت في مجلسها الذي يقدم فيه فلان؛ لأن المعلق بشرط كالمنجز

عند الشرط، فيصير قائلاً عند القوم: أمرُك بيدك فإذا علمت بالقدم كان لها الخيار

في مجلس علمها⁽⁴⁾.

فيكون مذهبهم في هذه المسألة-فيما يظهر- هو عدم اللزوم بالنسبة للزوجة؛

لأنه خيرها بين أن تختار نفسها أو زوجها والتخير عندهم ينافي اللزوم، والله تعالى

أعلم.

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 113/3.

(2) المصدر السابق، 113/3.

(3) المصدر السابق، 113/3.

(4) المصدر السابق، 116/3.

ب- مذهب المالكية:

إذا شرط الزوج لزوجته إن تزوج عليها أو تسرر، أو أخرجها من بلدها فأمرها بيدها، ثم تزوج عليها، أو فعل شيئاً من ذلك اختلفت المالكية في حكم هذا التفويض على قولين:

القول الأول: أن ذلك لازم لها، أي: أمرها بيدها ولها أن تطلق نفسها إن شاءت، وهو قول مالك⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

♦ أن ما اختارته فعل للشيء بعد وجوبه لها بالتمليك⁽²⁾.

جاء في الكافي في فقه أهل المدينة: «ولو ملكها أمرها عند عقد نكاحها معه إن تزوج عليها، أو تسرر، أو غاب عنها، أو أخرجها من دارها، أو ضربها، فتزوج، أو فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها، ولها أن تطلق نفسها»⁽³⁾.

القول الثاني: لا يلزمها، أي: أن أمرها ليس بيدها، وهو حكاية ابن يونس واللباجي عن المغيرة⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

♦ بناءً على التسوية بينها-خيار الحرة ذات الشرط-وبين خيار الأمة إذا كانت تحت العبد وقالت اشهدوا متى عُنِقْتُ فقد اخترت زوجي أو اخترت نفسي في عدم اللزوم⁽⁵⁾.

(1) المدونة: لسحنون، 75/2، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 714/10، والتبصرة: للخمى، 2654/6

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 316/2.

(3) الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، (تح: محمد الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1980م)، 590/2.

(4) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 714/10، والمنتقى شرح الموطأ: لللباجي، 55/4.

(5) ينظر: الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 714/10، والمنتقى شرح الموطأ: لللباجي، 55/4.

قال ابن رشد مُجيباً عن هذا الاستدلال، مفرقاً بين هذه المسألة، وبين مسألة الأمة على المذهب:

أنّ ما خير الله تعالى عباده فيه على شرط، وجعله شرعاً مشروعاً، فليس لأحد أن يسقط ما أوجبه الله له من الخيار في ذلك قبل أن يجب له بحصول الشرط، ويوجب على نفسه أحد الأمرين: من الأخذ أو الترك؛ لأنّه إذا فعل ذلك صار مبطلاً للشرع الذي شرعه لعباده في حقه، وذلك ما لا يجوز ولا يلزم من فعله.

وما أوجبه الله للزوج لزوجته على نفسه من الخيار في نفسها بشرط، بخلاف ذلك، يجب إذا اختارت نفسها أو زوجها قبل حصول الشرط، بشرط حصوله أن يلزمها ذلك؛ لأنّها إن اختارت زوجها فهو حق لها تركته؛ إذ لا يلزمها قبول ما أعطاها زوجها، وإن اختارت نفسها جاز ذلك عليها وعلى زوجها، ولم يكن لواحد منهما في ذلك رجوع؛ لأنه طلاق وقع على صفة يلزم بحصولها⁽¹⁾.

في حين فرق ابن يونس بين المسألتين بخلاف ما فرق به ابن رشد فقال: «والفرق عندي بينهما: أنّ الأمة إنّما يجب لها الخيار إذا عتقت، والعتق لم يقع بعد فقد سلمت، أو أوجبت شيئاً قبل وجوبه لها، فلم يلزم كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها، والحرّة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل، وملكها منه ما كان يملكه، فلها أن تقضي به عليه قبل أن يفعل إن فعل كان ذلك له أن يلزمه نفسه قبل أن يفعله متى فعله»⁽²⁾.

قال الحطاب وعلى هذا الفرق اقتصر خليل في التوضيح، والبرزلي⁽³⁾ في نوازله فقال بعده: «فكأنّه قال هذا جرى سبب وجوبه وإن لم يجب، والأمة لم يجب، ولا جرى

(1) ينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 240/5.

(2) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 715/10.

(3) أحمد بن محمد البلوي القيرواني، أبو القاسم، الشهير بالبرزلي، نزيل تونس، ومفتيها وفقهها، صاحب الديوان

المشهور في الفقه والنوازل، توفي سنة (841هـ). ينظر: نيل الابتهاج: للتنبكي، ص 368-370، وشجرة النور: لمحمد

مخلوف، 353-352/1.

سبب وجوبه فهو أبعد» (1).

فدلّ هذا أنّ المذهب عند المالكية في هذه المسألة هو الأزوم سواء للزوج بما شرط،
أو للزوجة فيما اختارت.

ج-مذهب الشافعية:

اختلف الشافعية في هذه المسألة فقالوا: لو قال لها: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك
فتزوج ففيه قولان:

الأول: لا يكون أمرها بيدها؛ لأنّه تمليك لا يقبل التعليق (2)، وهو الصحيح من المذهب.

الثاني: يكون أمرها بيدها إذا قبلت في المجلس (3).

د-مذهب الحنابلة:

لم أجد-فيما اطّلت- نصاً للحنابلة يبيّن حكم تمليك الزوجة أمرها إن تزوج عليها أو
أخرجها من بلدها... لكن جاء في كتبهم ما يبيّن ذلك عندما تكلموا عن حكم بعض
الشروط في النكاح كما يلي:

جاء في المغني: «وإذا تزوجها، وشرط لها أن لا يخرجها من دارها، أو بلدها فلها
شرطها لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحَلَّتُمْ بِهِ
الْفُرُوجَ» (4)، وإن تزوجها، وشرط لها أن لا يتزوج عليها، فلها فراقه إذا تزوج عليها» (5).

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 303-304.

(2) "التمليك لا يقبل التعليق" قاعدة فقهية، ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، (دار الفكر، بيروت،
1984م)، 412/6.

(3) بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: للرويانى، (تح: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،
2009م)، 174/10، وحاشية الرملي الكبير مع أسنى المطالب: لذكريا الأنصاري، (دار الكتاب الإسلامي، بلاط،
ت)، 279/3.

(4) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، 190/3، برقم: (2721)
واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، 1035/2، برقم: (1418).

(5) المغني: لابن قدامة، 92/7.

فإذا كان هذا الحكم وهو أنّ لها شرطها بدون تملك لأمرها؛ فكيف إذا مُلكت أمرها، فهو من باب أولى بمعنى: لزوم ما اختارت إذا تحقق الشرط. ويؤيد ذلك ما جاء في إعلام الموقعين: «إذا تزوجت المرأة وخافت أن يسافر عنها الزوج ويدعها، أو يسافر بها ولا تريد الخروج من دارها، أو أن يتزوج عليها، أو يتسرى..، فلا يمكنها التخلص، فالحيلة لها في ذلك كله: أن تشتترط عليه أنّه متى وجد شيء من ذلك فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقت، وتُشهد عليه بذلك..، ولا بأس بهذه الحيلة، فإنّ المرأة تتخلص بها من نكاح من لم ترض بنكاحه، وتستغني بها عن رفع أمرها إلى الحاكم ليفسخ نكاحها بالغيبة والإعسار ونحوهما» (1).

رابعاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أنّ الفقهاء اختلفوا في تفويض الطلاق إلى الزوجة بتمليكها لأمرها إذا تزوج عليها، فذهب الحنفية والمالكية في القول الثاني والشافعية إلى عدم صحة هذا التفويض، والعلّة في ذلك عندهم:

- ✓ أنّه خيرها والتخيير ينافي الأزوم عند الحنفية.
- ✓ القياس على خيار الأمة تحت العبد في عدم الأزوم عند المالكية.
- ✓ أنّ الطلاق تملك، والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط عند الشافعية.
- وذهب المالكية في القول الأول والحنابلة إلى صحة هذا التفويض والعلّة في ذلك عندهم:
- ✓ أنّ ما اختارته فعل للشيء بعد وجوبه لها بالتمليك عند المالكية.
- ✓ أنّه من باب الوفاء لها بالشرط عند الحنابلة.

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن القيم، (تح: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م)، 298/3.

المسألة الثالثة

إبراء المفوضة من الصداق قبل البناء والفرض لها

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «إذا أبرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض⁽¹⁾ قبل البناء، وقبل أن يفرض لها فقال ابن شاس⁽²⁾، وابن الحاجب⁽³⁾ يتخرج ذلك على الإبراء مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب»⁽⁴⁾.

ثانياً: بيان المسألة:

إذا أبرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض فمذهب الفقهاء في ذلك كما يلي:
أ- مذهب الحنفية:

لم أجد-فيما اطّلت- نصاً للحنفية يبيّن حكم إبراء الزوجة لزوجها من الصداق في نكاح التفويض؛ لكن جاء في البناية شرح الهداية: «وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً، أو تزوجها على أن لا مهر لها، فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها... أن المهر وجوباً حق الشرع على ما مر، وإنما يصير حقاً لها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي»⁽⁵⁾.

(1) نكاح التفويض: ما عُقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد. ينظر: شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص171.

(2) عبد الله بن محمد بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، أبو محمد، المعروف بابن شاس، المشهور بكتابه الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، توفي سنة (610هـ)، وقيل غير ذلك. ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 343/1، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 238/1-239.

(3) عثمان بن عمر بن أبي بكر يونس، أبو عمر، المعروف بابن الحاجب، الفقيه الأصولي المتكلم، له العديد من التصانيف منها: مختصره الفرعي في الفقه اعتنى العلماء بشرحه شرقاً وغرباً، ومختصره الأصولي، توفي سنة (646هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 86/2-89، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 241/1.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص304، وانظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لابن شاس، 481/2، وجامع الأمهات: لابن الحاجب، ص280.

(5) البناية شرح الهداية: للعيني، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م)، 141/5.

وعلى هذا يكون مذهب الحنفية-فيما يظهر-في حكم إبراء الزوجة لزوجها من الصداق في نكاح التفويض هو الجواز؛ لأنّ المهر حق لها فتملك الإبراء عنه.

ب-مذهب المالكية:

قال المالكية إذا أبرأته قبل البناء ثم طالبت به بعده بالصداق فهل لها ذلك أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين في:

الأول: يصح إبراء المفوضة من الصداق قبل الفرض والبناء بها، بمعنى: لزوم ذلك لها إذا أبرأت.

ووجه ذلك:

♦ أنها أسقطت حقها بعد سبب وجوبه وهو العقد⁽¹⁾.

الثاني: لا يصح إبراء المفوضة من الصداق قبل الفرض والبناء بها، بمعنى: عدم لزوم ذلك لها إذا أبرأت.

ووجه ذلك:

♦ أنها أسقطت حقها قبل وجوبه، كما لو أسقط الشفيع الشفعة قبل الشراء⁽²⁾.

قال الحطاب: «واقصر خليل في مختصره وصاحب الشامل على القول بأن ذلك لا يلزمها»⁽³⁾.

ب-مذهب الشافعية:

إذا أبرأت المفوضة زوجها من المهر قبل البناء والفرض لها، قال الشافعية: لا يصح إبراء المفوضة عن مهرها، ولا إسقاط فرضها قبل الفرض والوطء فيهما⁽⁴⁾.

(1) ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لابن شاس، 481/2، وجامع الأمهات: لابن الحاجب، ص280، والتوضيح: لخليل، 200/4.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل، 44/4، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 316/2.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص304، وانظر: مختصر خليل، ص124، والشامل: لبهرام الدميري، 374/1.

(4) المجموع شرح المهذب: للنووي، 375/16، ومغني المحتاج: للشربيني، 383/4.

ووجه ذلك:

◆ عدم صحة إبراء المفوضة عن مهرها: أنه إبراء عمّا لم يجب؛ لأنّ المهر لم يجب

والبراءة من الدين قبل وجوبه لا تصح.

◆ عدم صحة إسقاط فرضها قبل الفرض والوطء: القياس على إسقاط زوجة المؤلّى

حقها من مطالبة زوجها، في عدم إلزامها إذا أسقطت حقها من مطالبة زوجها بأن

يفي بالإيلاء أو يطلق، كذلك هنا لا يلزمها إذا أبرأت قبل البناء والفرض⁽¹⁾.

وهناك رأي آخر في المسألة يقول: يصح إبراء المفوضة من المهر قبل الفرض والبناء؛

بناءً على القول إنّ المهر في نكاح التفويض يجب بالعقد، وبالتالي يصح الإبراء، إن

كان مهر المثل معلوماً لها، وإن كان مجهولاً، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان،

والأصح المنع⁽²⁾.

ج-مذهب الحنابلة:

إذا أبرأت المفوضة زوجها من المهر قبل البناء، والفرض لها قال الحنابلة: يصح

إبرؤها من مهر المثل قبل فرضه⁽³⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنّ المهر حق لها، فهي مخيرة بين إبقائه وإسقاطه⁽⁴⁾.

◆ أنّ المهر واجب في هذه المواضع-تفويض البضع والمهر-، وإنّما جهل قدره،

والبراءة من المجهول صحيحة⁽⁵⁾.

(1) المجموع شرح المذهب: للنووي، 375/16، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 350/6.

(2) العزيز شرح الوجيز: للرافعي، 283-282/8.

(3) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: لابن قاسم، 391/6، والشرح الممتع على زاد المستنقع: لابن عثيمين،

(ط1، دار ابن الجوزي، 1429هـ)، 305/12.

(4) الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع: للبهوتي، (مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390هـ)،

115/3.

(5) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: لابن قاسم، 391/6.

◆ لانعقاد سبب وجوبه، وهو النكاح كالعفو عن القصاص بعد الجرح⁽¹⁾.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم إبراء الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض، فذهب الحنفية والمالكية في القول الأول والشافعية في رأي لهم والحنابلة إلى لزوم ذلك، والعلة الجامعة بينهم في ذلك أنّ المهر حق لها فتملك الإبراء عنه بعد سبب وجوبه، وذهب المالكية في القول الثاني والشافعية إلى عدم لزوم هذا الإبراء، وسبب ذلك أنّها أسقطت حقاً قبل وجوبه فلا يسقط وإن تقدّم سببه، والله أعلم.

(1) شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى: للبهوتي، (عالم الكتب، بيروت، 1996م)،

المسألة الرابعة

إسقاط المرأة نفقة المستقبل عن زوجها

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل، فحكى في التوضيح في لزوم ذلك قولين: فإنه لما وجه الخلاف في المسألة السابقة، قال: كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل الشراء، وفي ذلك قولان، وكالمرأة إذا أسقطت نفقة المستقبل عن زوجها هل يلزمها ذلك لأن سبب وجوبها قد وجد، أو لا يلزمها لأنها لم تجب بعد قولان »⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: القول الأول: عدم صحة إسقاط النفقة المستقبلية، أي: للزوجة المطالبة بها بعد ذلك، وهو قول الحنفية⁽²⁾، والمالكية في قول⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ إن النفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها إسقاط الواجب قبل الوجوب، وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً، وهو حق الحبس؛ لأنه لا يتجدد بتجدد الزمان، فلم يصح⁽⁶⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص305، وانظر: التوضيح: لخليل، 4/200-201.

(2) بدائع الصنائع: للكاساني، 4/29، والبنابة شرح الهداية: للعيني، 5/693.

(3) التوضيح: لخليل، 4/200-201، وشفاء الغليل في حل مقفل خليل: لابن غازي المكناسي، (تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 2008)، 1/449.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 10/379، وأسنى المطالب: لذكريا الأنصاري، 3/437.

(5) الشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 9/265، وكشاف القناع: للبهوتي، 5/477.

(6) بدائع الصنائع: للكاساني، 4/29، وفتح القدير: لابن الهمام، 4/409.

إلا أنهم استثنوا حالتين قالوا فيهما بجواز الإبراء عن نفقة المستقبل وهما:

الأولى: أن تبرئ الزوجة زوجها من النفقة المستقبلية، عن مدة واحدة من المدد التي فرضت وقررت فيها النفقة، وهي المدة التي بدأت، ووجب فيها تنجيز النفقة، فإذا فرضت النفقة شهرية، وبدأ الشهر فإنه يصح الإبراء من نفقة هذا الشهر فقط⁽¹⁾.

الثانية: لو خال الزوج زوجته على أن تبرئه من نفقة العدة؛ لأنه إبراء بعوض، وهو ملك الزوجة لنفسها، فيعد الإبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها فيجوز، أمّا في غير الخلع والطلاق، فالإبراء إسقاط للشيء قبل وجوبه، وإسقاطه قبل وجوبه لا يجوز⁽²⁾.

❖ عند المالكية:

◆ أنها أسقطت النفقة قبل سببها، فيكون كإسقاط الشفعة قبل بيع الشريك⁽³⁾.
قال الحطاب: « واقتصر القرافي في الفرق الثالث والثلاثين على عدم اللزوم وحكاه عن الأصحاب، ونصه المسألة السابعة: إذا أسقطت المرأة نفقتها قال الأصحاب: إن لها المطالبة بها بعد ذلك مع أنه إسقاط بعد السبب الذي هو النكاح، وقبل الشرط الذي هو التمكين، أو يقال التمكين هو السبب خاصة، ولم يوجد، فقد أسقطت قبل السبب، والأول عندي أظهر⁽⁴⁾ ».

❖ عند الشافعية:

◆ أنها أبرأته قبل أن تجب لها النفقة⁽⁵⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أنها أسقطت حقها فيما لم يجب من الزمان، فلم يسقط كإسقاط الشفعة قبل البيع⁽⁶⁾.

(1) البحر الرائق: لابن نجيم، 204/4.

(2) فتح القدير: لابن الهمام، 409/4.

(3) التوضيح: لخليل، 204/4، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عيش، 466/3.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص 305-306، وانظر: الفروق: للقرافي، 346/1.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 379/10، وأسنى المطالب: لزكريا الأنصاري، 437/3.

(6) الشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 265/9، والمنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: للبهوتي، (تح:

عبد الله المطلق، ط1، دار كنوز إشبيلية، السعودية، 2006م)، 673/2.

القول الثاني: يصح إسقاط النفقة المستقبلية، أي: إذا أبرأت الزوجة عن نفقتها في المستقبل، لزمها ذلك، وسقطت نفقتها، وهو القول الراجح عند الحطاب من المالكية⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

▪ بناءً على أنّ صحة الإسقاط عن الشيء بعد وجود سببه، ولو لم يجب؛ لأنّ سبب وجوبه قد وجد، وهو النكاح، فصح الإسقاط عن النفقة في المستقبل⁽²⁾. قال الحطاب: «فالذي تحصل من هذا أنّ المرأة إذا أسقطت عن زوجها نفقة المستقبل لزمها ذلك على القول الراجح والله تعالى أعلم»⁽³⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى الخلاف في الإسقاط ممّا جرى سبب وجوب الحق، دون وجود الحق، فمن ذهب إلى عدم صحة إسقاط النفقة قال: أنّ النفقة للمستقبل لم تجب بعد، وإن وجد سببها، ومن ذهب إلى صحة ذلك قال: أنّ سبب وجوبها قد وجد وهو العقد، فيصح الإسقاط وإن لم تجب بعد، والله أعلم.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبيّن لي أنّ القول الراجح في المسألة هو القول الأول القائل بعدم صحة إسقاط نفقة المستقبل عن الزوج؛ لأنّ هذا الإسقاط فيه احتمالية الضرر على الزوجة في المستقبل، بالإضافة إلى كونها لم تملك النفقة، ولم تستحقها أصلاً رغم وجود سببها لكي تسقطها، والله تعالى أعلم.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 308.

(2) الفروق: للقرافي، 346/1، وتحرير الكلام: للحطاب، ص 308.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص 308.

المسألة الخامسة

إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة. قال المشذالي في كتاب الشفعة في تسليم الشفعة قبل الشراء قال لي ابن عرفة: الفتوى عندنا: فيمن خالغ زوجته على أن تسقط هي وأما الحضانة أنها لا تسقط في الجدة؛ لأنها أسقطت ما لم يجب لها»⁽¹⁾.

ثانياً: فروع المسألة:

الفرع الأول: إسقاط حق الحضانة مقابل الخلع.

الفرع الثاني: أثر إسقاط حضانة الأم على حضانة الجدة ومن يليها.

ثالثاً: أقوال الفقهاء في هذه المسائل:

الفرع الأول: إسقاط حق الحضانة مقابل الخلع

أولاً: تحرير المسألة:

إذا خالعت الأم بإسقاط حضانتها هل يمضي عليها ذلك، ويلزمها ما أسقطته من الحضانة، أو يلزم الطلاق ولا تسقط الحضانة ويكون الولد لها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يصح الخلع على ترك الحضانة، ويبطل الشرط بمعنى: يلزم الطلاق

ولا تسقط حضانتها، ويكون الولد لها، وهو قول الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 309، وانظر: تكملة المشذالي على تعليقة الوائوغي على تهذيب المدونة مع هامش تعليقة الوائوغي على تهذيب المدونة، 298/3.

(2) المبسوط: للسرخسي، 169/6، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 560/3.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، (المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1983م)، 359/8، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 231/7.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أن الأم تكون أحق بالولد لحق الولد، فكون الولد عندها أنفع له؛ ولهذا لو تزوجت، لم تكن أحق بالحضانة؛ لأنها مشغولة بخدمة زوجها، فلا منفعة له في كونه عندها، وإذا ثبت أن هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط⁽¹⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أن الحضانة حق للأم فلا تسقط بالخلع، كما لو طلقها على أن لا سكنى لها⁽²⁾.
القول الثاني: يصح الخلع والشرط بمعنى: يلزم الطلاق، وتسقط حضانتها، وهو قول المالكية⁽³⁾.

ووجه ذلك:

◆ أن الحضانة من حقوقها، فجاز لها أن تسقطها مقابل الخلع⁽⁴⁾.
أمّا فقهاء الحنابلة فلم أجد لهم نصاً يبيّن حكم إسقاط الحضانة مقابل الخلع؛ لكن جاء في المغني: « وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان؛ أحدهما، تنتقل إلى الأب؛ لأنّ أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها والثاني: تنتقل إلى أمها وهو أصح؛ لأنّ الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه»⁽⁵⁾.

فإذا كان هذا الحكم-وهو جواز إسقاطها لحضنتها-إذا تركتها بلا مقابل؛ فكيف إذا أسقطتها مقابل طلاقها، فهو من باب أولى، بمعنى: صحة اختلاعها مقابل إسقاط حضانتها.

(1) المبسوط: للسرخسي، 169/6، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 560/3.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، 359/8، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 231/7.

(3) شرح الثلقين: للمازري، 971/2، شرح الزرقاني على مختصر خليل، 471/4، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 13/4.

(4) شرح الثلقين: للمازري، 971/2، والتاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، 276/5.

(5) المغني: لابن قدامة، 274/8.

ثانياً: سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى اختلافهم في الحضانة هل هي حق للحاضن أو للمحضون، فمن نظر إليها أنها حق للمحضون قال بعدم صحة إسقاطها مقابل الخلع، ومن قال إنها حق للحاضن قال بجواز إسقاطها مقابل الخلع⁽¹⁾.

ثالثاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني القائل بسقوط الحضانة مقابل الخلع؛ لأنه من باب الوفاء بالشرط؛ إذ الخلع كان بشرط الإسقاط، والله تعالى أعلم.

(1) ينظر: شرح التلقين: للمازري، 971/2.

الفرع الثاني: أثر إسقاط حضانة الأم على حضانة الجدة ومن يليها

أولاً: تحرير المسألة:

إذا أسقطت الأم حق الحضانة فهل يسقط حق الجدة ومن يليها وتنتقل إلى الأب، أو تنتقل إلى الجدة، اختلف الفقهاء في هذا على قولين:

القول الأول: لا تسقط حضانة الجدة ومن يليها بإسقاط الأم، وهو قول الحنفية⁽¹⁾، والمعتمد عند المالكية في الفتوى والعمل⁽²⁾، والصحيح عند الشافعية⁽³⁾، والمذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أن الأم لما أسقطت حقها بقي حق الولد، فصارت الأم بمنزلة الميتة أو المتزوجة، فتكون الجدة أولى⁽⁵⁾.

❖ عند المالكية في الفتوى والعمل:

◆ أنها أسقطت ما لم يجب لها⁽⁶⁾.

وزاد الحطاب: «إذا قلنا لا يلزمها إسقاط الحضانة قبل وجوبها فلا فرق بين أن تسقط ذلك بعوض أو بغير عوض، وأمّا إذا أسقطت الحضانة بعد وجوبها فذلك لازم لها، وسواء أسقطت ذلك بعوض أو بغير عوض»⁽⁷⁾.

(1) البحر الرائق: لابن نجيم، 180/4، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 560/3.

(2) شرح مختصر خليل: للخرشي، 13/4، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 522/2.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، 359/8، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 231/7.

(4) المغني: لابن قدامة، 247/8، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 184/7.

(5) البحر الرائق: لابن نجيم، 180/4، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 560/3.

(6) مواهب الجليل: للحطاب، 623/4.

(7) تحرير الكلام: للحطاب، ص311.

❖ عند الشافعية في الصحيح:

◆ أن إسقاط الأم لحضانتها يستلزم انتقالها لمن يليها، كما لو امتنعت عنها انتقلت للجدّة، كذلك إذا أسقطتها⁽¹⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن الأب أبعد فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه، كما لا تنتقل إلى الأخت، وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها، كما لو سقط حقها؛ لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها، ثم إن حق القريب سقط لمعنى اختص به، فاخص السقوط به كما لو سقط لمانع⁽²⁾.

القول الثاني: يسقط حق الجدّة إذا أسقطت الأم حقها في الحضانة وتنتقل إلى

الأب، وهو المشهور عند المالكية⁽³⁾؛ بشرط: وهو أن لا يتعلق الولد بأمه، أو يكون عليه في ذلك ضرر؛ لكون مكان الأب غير حصين، وإلا فلا يجوز⁽⁴⁾، ووجه عند الحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند المالكية في المشهور:

◆ أن الأب المُسقط له قام مقام الأم المُسقطّة، فكما أنّه لا قيام لمن بعدها مع وجودها، فلا كلام مع من قام مقامها⁽⁶⁾.

❖ عند الحنابلة في وجه:

◆ أن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها سقط حق فروعها⁽⁷⁾.

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، 359/8، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 231/7.

(2) المغني: لابن قدامة، 247/8، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 184/7.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل، 117/4، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 349/2.

(4) التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، 276/5، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 522/2.

(5) المغني: لابن قدامة، 247/8، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 184/7.

(6) شرح مختصر خليل: للخرشي، 13/4.

(7) المغني: لابن قدامة، 247/8، والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح، 184/7.

ثانياً: سبب الخلاف:

قال الصاوي⁽¹⁾: «هذا الخلاف مبني على خلاف آخر؛ حاصله أن من ترك حقه في الحضانة إلى من هو في ثالث درجة مثلاً، هل للثاني قيام أو لا قيام له؟ لأن المسقط له قائم مقام المسقط»⁽²⁾.

ثالثاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة وأقوال الفقهاء فيها يتبين لي أن الراجح هو القول الثاني القائل بسقوط حضانة الجدة، ومن يليها بإسقاط الأم؛ لأن هذا القول مقيد بعدم الضرر للمحزون بانتقال حضانته إلى الأب بعد الخلع، والله تعالى أعلم.

(1) أحمد الصاوي الخلوتي، أبو العباس، المشهور بالصاوي، فقيه مالكي، تفقه على الدردير والأمير الكبير والدسوقي، وغيرهم، له حاشية على تفسير الجلالين، وحاشية على الشرح الكبير وغيرها، توفى سنة (1241هـ). ينظر: شجرة النور: لمحمد مخلوف، 522/1.

(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 522/2.

المطلب الرابع

مسائل في الجنايات

المسألة الأولى: عفو المجني عليه عن القصاص قبل الجناية عليه

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « إذا قال شخص لآخر إن قتلتنى فقد وهبت لك دمي، أو فقد أبرأتك. فحكى ابن الحاجب في ذلك قولين: قال: قال ابن القاسم: وأحسنهما أن يقتل بخلاف عذوه بعد علمه⁽¹⁾ .

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا أبرأ المجني عليه من دمه قبل الجناية التي يترتب عليها الموت، فقد اختلف الفقهاء في لزوم ذلك وعدمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح عفو المجني عليه عن دمه قبل الجناية عليه، بمعنى: يسقط القصاص، وليس لأولياء الدم المطالبة به، أي: يلزمهم عفو المجني عليه عن دمه قبل الجناية عليه، وهو قول أبي حنيفة⁽²⁾، والمالكية في قول⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند أبي حنيفة:

◆ القصاص حقه، ويصح عفو عنه⁽⁶⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص311، وانظر: جامع الأمهات: لابن الحاجب، ص498.

(2) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، (ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 102/3، وبدائع الصنائع: للكاساني، 236/7.

(3) العتبية: لمحمد العتبي مع البيان والتحصيل: لابن رشد، 57/16، والمختصر الفقهي: لابن عرفة، 73/10.

(4) المجموع شرح المذهب: للنووي/ 484/16، ومغني المحتاج: للشرييني، 291/5.

(5) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 206/7، وشرح منتهى الإرادات: للبهوتي، 263/3.

(6) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 102/3.

◆ للشبهة باعتبار الإذن، والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة⁽¹⁾.

◆ أن نفسه حقه، فصار كإذنه بإتلاف ماله، فلا ضمان، فكذاك هنا⁽²⁾.

❖ عند المالكية في قول:

◆ أن المقتول قد عفا له عن دمه، فسقطت عنه التبعة فيه على القول بجواز إسقاط

الحق قبل وجوبه⁽³⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ العفو يصح عن القصاص الذي لم يجب⁽⁴⁾.

◆ أنه أذن -المجني عليه- في الجناية عليه⁽⁵⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ الحق له فيه وقد أذن في إتلافه كما لو أذنه في إتلاف ماله⁽⁶⁾.

القول الثاني: لا يصح عفو المجني عليه عن دمه قبل الجناية عليه، بمعنى: يجب

القصاص على الفاعل، ولأولياء الدم المطالبة به، فلا يلزمهم عفو المجني عليه عن

دمه قبل الجناية عليه، وهو قول زفر⁽⁷⁾ من الحنفية⁽⁸⁾، وابن القاسم أو سحنون⁽⁹⁾ من

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 236/7.

(2) تبيين الحقائق: للزيلعي، 190/5.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد، 57/16-58.

(4) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 439/11، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 484/8.

(5) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، 448/8.

(6) كشف القناع: للبهوتي، 518/5.

(7) زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، أحد أصحاب الإمام أبي حنيفة الذي قال فيه: إنه أقيس أصحابه، وإمام

من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه وعلمه، توفي سنة (158هـ). ينظر: الجواهر المضينة في طبقات

الحنفية: للقرشي، (مير محمد كتب خان، كراتشي) 244-243/1، وطبقات الحنفية: لابن الحنائي، (تح: محي هلال السرحان، ط1،

مطبعة ديوان الوقف السني، بغداد، 2005م)، 190-187/1.

(8) بدائع الصنائع: للكاساني، 236/7، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 190/5.

(9) عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، أبو سعيد، الملقب بسحنون، تفقه على ابن القاسم وابن وهب وأشهب،

وعنه انتشر علم مالك بالمغرب حتى انتهت إليه الرئاسة فيه، صنّف المدونة وعليها يعتمد أهل القيروان، توفي

سنة (240هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 84-45/4، والديباج المذهب: لابن فرحون، 39-30/2.

المالكية(1).

ووجه ذلك:

❖ عند زفر من الحنفية:

♦ أن الأمر بالقتل لم يقدح في العصمة؛ لأنّ عصمة النفس ممّا لا تحتمل الإباحة بحال؛ لأنّ الإباحة لا تجري في النفوس، فكان ينبغي أن يجب القصاص(2).

❖ عند ابن القاسم أو سحنون من المالكية:

♦ أن المقتول عفا عن شيء لم يجب له، وإنّما يجب لأوليائه(3).

قال ابن رشد: «قد بيّن سحنون وجه ما اختاره من الاختلاف الذي ذكره، وهو أنّه عفا عن شيء لم يجب له بعد، فلم يلزم»(4).

قال الحطاب:

«تعليبه... في مسألة "إن قتلنتي فقد أبرأتك" بأنّه إسقاط للحق قبل وجوبه لا يتم ذلك؛ لأنّهم ألزموه بالعفو في مسألة قطع اليد(5) وفيها أيضاً إسقاط الحق قبل، وجوبه ولم أر فيها خلافاً، ويمكن أن يفرق بينهما بأنّ الحق في مسألة القتل للأولياء، فهو إسقاط لحق الغير، بخلاف مسألة قطع اليد فإنّ الحق له»(6).

(1) تباينت آراء المالكية في نسبة هذا القول فذهب ابن أبي زيد القيرواني في النوادر والزيادات، 88/14، وابن الحاجب في جامع الأمهات، ص498، إلى نسبة هذا القول لابن القاسم، وجاء في العتبية مع البيان والتحصيل، 57/16، والتوضيح لخليل، بنسبة هذا القول إلى سحنون، قال خليل: «هذا الذي نسبه المصنف لابن القاسم، وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم، وهو في العتبية لسحنون»، 124/8.

(2) بدائع الصنائع: للكاساني، 236/7، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 190/5.

(3) العتبية: لمحمد العتبي مع البيان والتحصيل: لابن رشد، 57/16، والنوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 88/14.

(4) البيان والتحصيل: لابن رشد، 57/16.

(5) نص المسألة: «فلو أنه قال: اقطع يدي فقطع يده؟ قال: لا شيء عليه؛ لأنّ هذا ليس بنفس، وإنّما هو جرح»،

العتبية: لمحمد العتبي مع البيان والتحصيل: لابن رشد، 16/16.

(6) تحرير الكلام: للحطاب، ص313-314.

ثم نقل-الحطاب- عن ابن عرفة نصاً لابن يونس نسب فيه قولاً لسحنون معارضاً لقوله هنا ونصه:

«قال الصقلي (1) في كتاب الجعل والإجارة: «وروى محمد بن سحنون عن أبيه في من قال لرجل: اقتلني ولك ألف درهم، فقتله قال: قد اختلف في هذه المسألة، وأحسن ما فيها أن يجلد السطان مئة، ويحبسه سنة، ويبطل حقه في الجعل» (2).

قال ابن عرفة: قلت ما نقله الصقلي عن سحنون خلاف ما تقدم عنه في العتبية ولم يحك ابن رشد عنه خلاف الشيخ» (3).

ويمكن أن يجاب عن هذا التعارض الذي ذكره ابن عرفة في قلبي سحنون في لزوم القصاص وعدمه للجاني إذا عفا عنه المجني عليه قبل موته؛ بصحة نسبة القول الأول-وهو عدم صحة العفو ووجوب القصاص-من المسألة إلى ابن القاسم كما ذكره ابن الحاجب، وابن أبي زيد القيرواني، ويكون قول سحنون في المسألة هو: يصح العفو ولا يقتص من الجاني؛ بل يجلد مئة، ويحبس سنة، والله أعلم.

القول الثالث: القول الثالث: يصح العفو، ولا يقتص من الجاني، وتكون الدية في

ماله، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقول أبي يوسف (4)، ومحمد (5) من الحنفية (6)، وأظهر

(1) يُقصد به ابن يونس، تقدمت ترجمته، ص 80.

(2) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 434/15.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص 312، وانظر: المختصر الفقهي: لابن عرفة، 74-73/10.

(4) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن بحير بن معاوية الأنصاري، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، له العديد من التصانيف منها: الخراج، الآثار، توفى سنة (182هـ). ينظر: الجواهر المضئفة في طبقات الحنفية: للقرشي، 222-220/2، وطبقات الحنفية: لابن الحنائي، 175-172/1.

(5) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أبو عبد الله، صاحب الإمام أبي حنيفة، وعنه أخذ الفقه، ثم عن أبي يوسف، له العديد من التصانيف منها: المبسوط، الجامع الكبير وغيرها، توفى سنة (189هـ). ينظر: الجواهر المضئفة في طبقات الحنفية: للقرشي، 44-42/2، وطبقات الحنفية: لابن الحنائي، 186-176/1.

(6) بدائع الصنائع: للكاساني، 236/7، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 190/5.

الأقوال عند ابن رشد من المالكية⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أن العصمة قائمة مقام الحرمة، وإنما سقط القصاص؛ لمكان الشبهة، والشبهة لا تمنع وجوب المال.

◆ أنه قتل عمد، والعاقلة لا تتحملة⁽²⁾.

❖ عند ابن رشد من المالكية:

◆ شبهة عفو المقتول له عن دمه⁽³⁾.

رابعاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في العفو أو الإبراء عن القصاص، هل هو حق للمجني عليه، وبالتالي له إسقاطه قبل الجناية عليه، وبعد الجناية عليه وقبل موته، أو لأولياء الدم بعد موته؟

خامساً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن الراجح في المسألة هو القول الثالث؛ لأنه جمع بين القولين الأولين؛ إذ فيه احترام لرغبة المجني عليه بتنفيذ عفو عن قاتله، وحفظ لحق ورثته بأن تكون الدية في مال الجاني، والله أعلم.

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد، 58/16.

(2) بدائع الصنائع: للكاساني، 236/7، وتبيين الحقائق: للزيلعي، 190/5.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد، 58/16.

المسألة الثانية

عفو المجرور عما يؤول إليه جرحه

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «إذا عفا المجرور عما يؤول إليه جرحه تقدم في المسألة الثامنة: في إسقاط المرأة نفقتها قبل وجوبها عن التوضيح أن الخلاف جار في ذلك، والذي في المدونة وغيرها أن ذلك لازم كما قال في كتاب الديات من المدونة: وإن قطع يده عمداً فعفا عنه ثم مات منها فأوليائه القصاص في النفس بقسامتها إن كان عفو عن اليد لا عن النفس، وللمقتول أن يعفو عن قاتله عمداً، وكذلك في الخطأ إن حمل ذلك الثلث»⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا عفا المجرور عما يؤول إليه جرحه في الجناية العمد والخطأ فمذهب الفقهاء في لزوم ذلك وعدمه على الوجه الآتي:
أ- مذهب الحنفية:

إذا عفا المجرور عن جرحه، ثم سرى الجرح إلى النفس، فمات المجرور فرق الحنفية بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كان العفو بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها قالوا: يصح العفو بالإجماع، ولا شيء على القاتل، سواء كانت الجناية عمداً، أو خطأ⁽²⁾.
ووجه ذلك:

▪ لفظ الجناية يتناول القتل، وكذلك لفظ الجراحة، وما يحدث منها، فكان ذلك عفو

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص315، وانظر: المدونة: لسحنون، 4/656، والتهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البرادعي، 4/604، والتوضيح: لخليل، 4/201.

(2) المبسوط: للسرخسي، 26/283، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 6/562.

عن القتل، فيصح(1).

إلا أنهم قالوا في العفو عن الجناية الخطأ يعتبر حال المجني عليه عند العفو ففرقوا

بين:

▪ إذا كان العفو في حال صحة المجرور بأن كان يذهب ويجيء، ولم يصر صاحب فراش، فإنه يعتبر من جميع ماله.

▪ وإذا كان في حال المرض بأن صار صاحب فراش فيعتبر عفو من ثلث ماله فقط؛ لأن العفو تبرع منه، وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله(2).

الأمر الثاني: إذا كان العفو بلفظ الجراحة، ولم يذكر ما يحدث منها اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يصح العفو، والقياس أن يجب القصاص، وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل، إذا كانت الجناية عمداً، أما في الجناية الخطأ فالدية على العاقلة، وهو قول أبي حنيفة(3).

ووجه القياس:

▪ أنه عفا عن غير حقه فلا يصح؛ لأن العفو إسقاط الحق، فإذا صادف ما ليس بحقه كان باطلاً، وبيانه: أنه عفا عن الجرح، وحقه في النفس؛ لأن السرية(4) يتبين أن أصل الفعل كان قتلاً، وموجب القتل القصاص في النفس(5)، والدليل عليه: أن المعتبر في الجنايات مآلها لا حالها(6).

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 249/7.

(2) المصدر السابق، 249/7.

(3) المبسوط: للسرخسي، 283/26، وبدائع الصنائع: للكاساني، 249/7.

(4) السرية: تجاوز الموضع، ومنه قولهم: سرى الجرح أي: تعدى عن الجرح فصار قتلاً. ينظر: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: للنسفي، (ط1، دار القلم، بيروت، 1406هـ)، ص71.

(5) المبسوط: للسرخسي، 283/26.

(6) "المعتبر في الجنايات مآلها لا حالها" قاعدة فقهية، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 283/26، وموسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البرزوثو، 731/10.

ووجه الاستحسان:

- وجود القتل العمد، وعدم ما يسقطه، إلا أنه سقط للشبهة، فتجب الدية، وتكون في ماله؛ لأنها وجبت بالقتل العمد، والعاقلة لا تعقل العمد⁽¹⁾.
- القول الثاني: يصح العفو ولا شيء على القاتل، سواء في العمد أو في الخطأ، وهو قول أبي يوسف ومحمد⁽²⁾.**

ووجه ذلك:

- أنّ السراية أثر الجراحة، والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره، كما إذا قال: عفوت عن الجراحة، وما يحدث منها⁽³⁾.

ب-مذهب المالكية:

إذا عفا المجرور عمّا يؤول إليه جرحه، ثم مات من هذا الجرح فقد اختلف علماء المذهب فيه على قولين:

القول الأول: صحة عفو المجرور عن جرحه معتبرة بحسب لفظ العفو على أي

شيء كان وتحرير ذلك:

- إذا عفا عن الجرح، ثم سرى إلى النفس، فمات المجرور، فعفوه غير لازم، وللأولياء القصاص من الجاني بقسامة في العمد، والدية في الخطأ؛ لأنه عفا عن الجرح، ولم يعف عن النفس، وهو قول مالك وابن القاسم، وأشهب⁽⁴⁾.
- وإذا عفا عن الجرح وما ترمى إليه، أو عن كل ما ترمى إليه، فعفوه لازم للعاقلة، وبالتالي لا قصاص على الجاني، ولا دية إذا حمل ذلك الثلث، وهو قول أشهب⁽⁵⁾.

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 249/7.

(2) المبسوط: للسرخسي، 283/26، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 562/6.

(3) بدائع الصنائع: للكاساني، 249/7.

(4) المدونة: لسحنون، 657-656/4، والنوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 422/13، 89/14.

(5) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 422/13، وعقد الجواهر: لابن شاس، 1107/3.

• إذا قال عفوت فقط، ولم يقل عن اليد أو النفس فقد قال أبو الحسن: «إن قال: عفوت عن اليد فلا إشكال، وإن قال عفوت عن اليد وما ترمى إليه من نفس أو غيره فلا إشكال، وإن قال عفوت فقط، فهو محمول على أنه عفا عما وجبت له في الحال، وهو قطع اليد»⁽¹⁾.

القول الثاني: لا يصح عفو المجرور عن جرحه، وذهب إلى هذا القول القرافي⁽²⁾.

ووجه ذلك:

■ قال القرافي: «القصاص له سبب، وهو إنفاذ المقاتل، وشرط وهو زهوق الروح، فإن عفا عن القصاص قبلهما لم يعتبر عفو، وبعدهما يتعذر لعدم الحياة المانعة من التصرف، فلم يبق إلاّ بينهما فينفذ إجماعاً فيما علمت»⁽³⁾.

قال الحطاب: «ولم أقف على القول الثاني بعدم اللزوم إلاّ ما حكاه في التوضيح كما تقدم⁽⁴⁾، نعم وقع الخلاف فيما إذا صالح عن الجرح وما ترمى إليه، وكان الجرح من جراح العمد التي فيها القصاص، فظاهر المدونة الجواز⁽⁵⁾، ونص عليه ابن حبيب في الواضحة⁽⁶⁾، ونص ابن القاسم في العتبية على المنع⁽⁷⁾، قال في البيان: والجواز أظهر؛ لأنّه إذا كان للمقتول أن يعفو عن دمه قبل موته جاز أن يصلح عنه بما شاء، وأمّا

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص315، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عيش، 85/9.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص316.

(3) الفروق: للقرافي، 345/1.

(4) التوضيح: لخليل، 201/4.

(5) جاء في التهذيب في اختصار المدونة: «ومن قطعت يده عمداً فصالح القاطع على مال أخذه، ثم نزى فيها فمات، فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا، ويرد المال ويبطل الصلح، فإن أبوا أن يقسموا كان لهم المال الذي أخذوا في قطع اليد» 327/3.

(6) الواضحة: كتاب على مذهب مالك وأصحابه، ومن الأمهات المعتمدة في المذهب، وينسب إلى عبد الملك بن حبيب، المتوفى سنة (238هـ)، قال فيها العتبي: «رحم الله عبد الملك ما أعلم أحداً ألف على مذهب أهل المدينة تأليفه، ولا لطالب أنفع من كتبه ولا أحسن من اختياره». ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 141-122/4.

(7) العتبية: لمحمد العتبي مع البيان والتحصيل: لابن رشد، 505/15.

جراح العمد التي لا قصاص فيها، فلا يجوز فيها الصلح على ذلك، قال في البيان: ولا أعرف فيه نص خلاف، ونقله في التوضيح في آخر كتاب الجراح قبل الكلام عن الديات بيسير، ويؤخذ من كلامه أنّ عفوّه لازم بلا خلاف لاحتجاجه به⁽¹⁾.

ثم علق-الحطاب-على استدلاله فقال: «كلام القرافي يقتضي أنّ العفو إنّما يلزم إذا وقع بعد إنفاذ المقاتل، ولم أر ذلك في كلام غيره؛ بل كلام المدونة والنوادر المتقدم يدل على أنّ ذلك ليس بشرط؛ لأنّ فرض المسألة فيها: فيمن قُطعت يده، وقطع اليد ليس من المقاتل، وكذلك قوله في النوادر، وإذا عفا المجرّح عن جرحه ظاهره سواء أنفذ المقاتل أو لم ينفذ، وكذلك عبارة غيرهما من كتب المذهب؛ بل عبارة القرافي في الذخيرة⁽²⁾ كعبارة النوادر⁽³⁾».

فدل هذا على أنّ صحة عفو المجرّح عن جرحه معتبرة بحسب لفظ العفو على أي شيء كان، كما هو الظاهر من كلام الحطاب.

ج-مذهب الشافعية:

إذا قطع رجل إصبع رجل عمداً، فقال المجني عليه: عفوت عن هذه الجناية، قودها وديتها، وقال أو لم يقل: وما يحدث منها، ثم سرت الجناية إلى النفس اختلف الشافعية في هذا على قولين:

القول الأول: يصح العفو ولا قصاص في الإصبع، والنفس، وهو المشهور في

المذهب⁽⁴⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص316-317، وانظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 506/15، والتوضيح: لخليل، 126/8.

(2) ونصها: «للمقتول العفو عن قاتله عمداً، وكذلك الخطأ إن حمله الثلث». الذخيرة: للقرافي، 408/12.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص317، وانظر: المدونة: لسحنون، 656/4، والنوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 422/13، 89/14.

(4) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 438/11، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 483/18.

ووجه ذلك:

- أنه عفا عنه بعد وجوبه، أي: بعد القطع.
 - أن القصاص إذا سقط في الإصبع سقط في النفس؛ لأنه لا يتبعض.
 - أن العفو يصح عن القصاص الذي لم يجب، بدليل: أنه لو قال لرجل: اقتلني ولا شيء عليك، فقتله لم يجب عليه قصاص.
 - أن السراية تولدت عن معفو عنه، فصارت شبهةً دافعةً، ثم إنه عفا عن الطرف، ولا يمكن استيفاء النفس إلا باستيفاء الطرف⁽¹⁾.
- القول الثاني: لا يصح العفو، وبالتالي يجب القصاص، وهو تخريج من ابن سريج⁽²⁾.**

ووجه ذلك:

- أن المعفو عنه قصاصُ الطرف دون النفس، وسقوط القصاص في الطرف، لا يوجب سقوطه في النفس⁽³⁾.
- أما إذا كانت الجناية خطأ فقد فرق الشافعية بين أمرين:**
- الأمر الأول: إن قال: عفوت عن العاقلة أو أسقطت الدية عنهم، فهذا تبرع على غير القاتل، فينفذ، إذا وفي الثلث به وببرؤون؛ لأنّ الدية على العاقلة؛ فهو عفو عن غير القاتل؛ سواء قلنا: تجب الدية على العاقلة ابتداءً، أو تجب على القاتل، ثم تنتقل؛ لأنها كما وجبت انتقلت⁽⁴⁾.
 - الأمر الثاني: إن قال عفوت عن الجاني، اختلف الشافعية في ذلك بناء على أنّ الدية في قتل الخطأ هل تجب على العاقلة ابتداءً، أم على القاتل، ثم تتحملها العاقلة؟ على قولين:

القول الأول: لا يصح العفو؛ لأنه لا شيء عليه عند العفو، فإنّ الدية كما وجبت

(1) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 438-439/11، والعزير شرح الوجيز: للرافعي، 298/10.

(2) العزيز شرح الوجيز: للرافعي، 298/10، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 483-484.

(3) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 438-439/11، والعزير شرح الوجيز: للرافعي، 298/10.

(4) العزيز شرح الوجيز: للرافعي، 300/10، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 245/9.

عليه، انتقلت عنه، وهو الأظهر⁽¹⁾.

الثاني: يصح العفو وينفذ بتقديره-الجاني-أصيلاً، وتقدير العاقلة كفيلاً، ومن ثمّ إذا برئ الأصيل، برئ الكفيل⁽²⁾.

د-مذهب الحنابلة:

إذا عفا المجرّوح عمداً أو خطأً عن قود نفسه أو ديته فقال: عفوت عن هذا الجرح أو الضربة أو الجناية، ولو لم يقل وما يحدث منها، قال الحنابلة: يصح العفو، ولا شيء في سرية الجناية إلى النفس⁽³⁾.

ووجه ذلك:

- أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه.
- أنّ الجناية عليه؛ فصح عفوه عنها كسائر حقوقه وكعفو وارثه عن ذلك.
- أنّ السرية تبع للجناية، فحيث لم يجب بها شيء، لم يجب بسرّيتها بالأولى.
- أنّ لفظ الجناية تدخل فيه الجراحة وسرّيتها؛ لأنّها جناية واحدة⁽⁴⁾.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبيّن لي اتفاق فقهاء الحنفية والمالكية في ظاهر المذهب والشافعية في المشهور والحنابلة على عدم القصاص من الجاني إذا عفا المجرّوح عن الجناية، وما يحدث منها، والعلة الجامعة بينهم في ذلك أنّه عفا عن الجرح، والنفس، والله أعلم.

(1) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، 128/7، والعزیز شرح الوجيز: للرافعي، 300/10.

(2) العزیز شرح الوجيز: للرافعي، 300/10.

(3) المغني: لابن قدامة، 359/8، ومنتهى الإرادات: لابن النجار، (تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1999م)، 41/5.

(4) شرح منتهى الإرادات: للبهوتي، 280/3، ومطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: للرحبياني، (ط2، المكتب الإسلامي، 1994م)، 60/6.

المطلب الخامس

مسائل في اليمين والكفالة

المسألة الأولى: اشتراط إسقاط اليمين قبل وجوبها

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «من أسقط يميناً قبل وجوبها، كما إذا اشترط المسلف على المتسلف أنه مصدق دون يمين إذا ادعى أنه قضاء، قال أبو الحسن⁽¹⁾؛ اختلفوا في التزام المتسلف التصديق في القضاء دون يمين تلزم المسلف في دعوى القضاء، فأجاز ابن العطار⁽²⁾ على الطوع، وقال ابن سعد⁽³⁾ إن كان شرط فهو سلف جر نفعاً، وإن كان بعد العقد فهديّة مديان⁽⁴⁾ فلا يجوز عنده مطلقاً⁽⁵⁾».

ثانياً: بيان المسألة:

نص على هذه المسألة-فيما اطلعت-فقهاء المالكية؛ لذلك سأبيّن هذه المسألة وفق مذهبهم، مع الإشارة أولاً إلى المذاهب الأخرى في حكم نكول المدعى عليه عن اليمين، على اعتبار أنّ هذا الشرط-إسقاط اليمين قبل وجوبها-من باب النكول عن اليمين، وإن لم يكن صريحاً.

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في هذه المسألة:

أ-مذاهب جمهور الفقهاء غير المالكية في حكم نكول المدعى عليه عن اليمين:

- (1) يُقصد به أبو الحسن الصغير، تقدمت ترجمته، ص91.
- (2) محمد بن أحمد بن عبد الله، أبو عبد الله، المعروف بابن العطار، الفقيه المتقن في العلوم، العارف بالشروط، وله كتاب فيه عليه المعول، توفي سنة(399هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاظي عياض، 158-148/7، والديباج المذهب: لابن فرحون، 231/2.
- (3) أحمد بن سعد بن دنبل الأموي، أبو القاسم، المعروف بابن سعد، أخذ العلم عن أبي عيسى بن الخراز، وابن مفرج، وغيرهم، له مختصر في وثائق ابن الهندي، توفي سنة (435هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاظي عياض، 92/8.
- (4) هدية المديان: أن يكون على رجل دين فيهدي هديّة لمن له الدين، فيتّهم أن يكون قصده فيما سمّاه هديّة، عوضاً عما يرجوه من تأخير الغريم. ينظر: شرح التلقين: للمازري 402/2.
- (5) تحرير الكلام: للحطاب، ص116-117، 322.

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين فهل يقضى عليه بالنكول ويحمل على الإقرار بما ادعى عليه المدعي، أم ترد اليمين على المدعي؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يقضى على المدعى عليه بالنكول، ويُلزمه القاضي بما ادعى عليه المدعي، وهو قول الحنفية⁽¹⁾، والمذهب عند الحنابلة⁽²⁾.

ووجه ذلك:

❖ **عند الحنفية:**

♦ ما روي: « نَكَلَ رَجُلٌ عِنْدَ شُرَيْحٍ⁽³⁾ عَنِ الْيَمِينِ، فَقَضَى شُرَيْحٌ عَلَيْهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَنَا أَخْلَفُ، فَقَالَ شُرَيْحٌ: قَدْ مَضَى قَضَائِي »⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: عدم إنكار الصحابة على شريح، فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول⁽⁵⁾.

♦ أن النكول دلّ على كونه باذلاً أو مقراً؛ إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن نفسه⁽⁶⁾.

(1) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمريناني، 156/3، والجوهرية النيرة: للحدادي، 211/2، وزاد المرغيناني: «وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء»، الهداية في شرح بداية المبتدي، 156/3.

(2) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 186/8-187، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 254/11، وقالوا: «يستحب أن يكون ثلاثاً؛ لأنه لو كان كاذباً لحلف المدعي عليه على نفي دعواه»، المبدع في شرح المقنع، 188/8.

(3) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، ولي قضاء الكوفة من زمن عمر إلى زمن عبد الملك بن مروان، توفي سنة (87هـ). ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 701/2-702، وأسد الغابة: لابن الأثير الجزري، 624/2.

(4) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه- (تح: كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ)-، كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يحلف فينكل عن اليمين، 429/4، برقم: (21797)، والزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية- (تح: محمد عوامة، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 1997م)-، كتاب الدعوى، باب اليمين، 101/4، وانظر: بدائع الصنائع: للكاساني، 230/6.

(5) بدائع الصنائع: للكاساني، 230/6.

(6) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمريناني، 156/3، والبنية شرح الهداية: للعيني، 328/9.

◆ أنه أظهر صدق المدعي في دعواه عند نكوله، فيقضى له كما لو أقام البينة (1).

❖ عند الحنابلة:

◆ قول النبي ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ،

وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» (2).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حصر اليمين على المدعى عليه، فلم تشرع لغيره (3).

◆ أنها بيّنة مال، فحكم فيها بالنكول، كما لو مات من لا وارث له، فوجد في دفتره

دينياً له على إنسان، فطالبه به، فأنكره، وطلب منه اليمين، فأنكره، فإنه لا خلاف

أن اليمين لا ترد (4).

القول الثاني: لا يقضى على المدعى عليه بالنكول، وإنما ترد اليمين على المدعي،

فإن حلف قضي له بما ادعاه، وإن لم يحلف لم يقض له بشيء، وهو مذهب

الشافعية (5)، وقول عند الحنابلة (6).

ووجه ذلك:

❖ عند الشافعية:

◆ عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ» (7).

◆ أن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة، يحتمل أن يكون تورعاً

(1) بدائع الصنائع: للكاساني، 230/6.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، 1336/3، برقم: (1711)، وانظر:

المغني: لابن قدامة، 211/10، والشرح الكبير: لابن قدامة، 428/11.

(3) الشرح الكبير: لابن قدامة، 428/11.

(4) المغني: لابن قدامة، 211/10.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 287/17، وبحر المذهب: للرويانى، 181/14.

(6) المغني: لابن قدامة، 211/10، والإتصاف: للمرداوي، 254/11.

(7) أخرجه الدارقطني في سننه- (تح: شعيب الارنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004م)- كتاب عمر رضي

الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، 381/5، برقم: (4490)، والحاكم في المستدرک- (تح: مصطفى عبد القادر عطا،

ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م)- كتاب الأحكام، 113/4، برقم: (7057)، وقال: هذا حديث صحيح

الإسناد ولم يخرجاه، وتعبه الذهبي بقوله: "لا أعرف محمداً وأخشى أن لا يكون الحديث باطلاً". تلخيص المستدرک:

للذهبي مع المستدرک: للحاكم، 113/4، وانظر: العزيز شرح الوجيز: للرافعي، 208/13، وأسنى المطالب في شرح

روض الطالب: لذكريا الأنصاري، 404/4.

عن اليمين الصادقة، فلا يقضى به مع التردد والاحتمال⁽¹⁾.
♦ أن النكول ليس إقراراً منه بالحق، ولا بينة للمدعي؛ لأنّ الحقوق تثبت بالإقرار أو البينة، والنكول ليس واحداً منها⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة:

♦ أنه إذا نكل ظهر صدق المدعي، وقوي جانبه، فتشعر اليمين في حقه، كالمدعي عليه قبل نكوله، وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد.
♦ أن النكول قد يكون لجهله بالحال، وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه، أو للخوف من عاقبة اليمين، أو ترفعاً عنها، مع علمه بصدقه في إنكاره⁽³⁾.
وعلى هذا يكون مذهب جمهور الفقهاء-فيما يظهر-في حكم اشتراط إسقاط اليمين قبل وجوبها هو بطلان الشرط؛ لأنه من باب النكول عن اليمين عند الحنفية والحنابلة، والامتناع عن اليمين يستوجب ردها على صاحب الحق فيقضى له بما ادعاه عند الشافعية، والله أعلم.

ب- مذهب المالكية:

ذكر المالكية هذه المسألة-اشتراط إسقاط اليمين قبل وجوبها-في أكثر من باب وكتاب، وخلافهم فيها كان بناء على الخلاف في أعمال الشرط بإسقاط اليمين، وإبطاله والتفرقة بين المأمون وغير المأمون، وبين الذي يبيع لنفسه، ولغيره وتحرير ذلك كما يلي:

أولاً: اشتراط إسقاط اليمين في القرض⁽⁴⁾ أو التسليف:

قال أبو الحسن: «اختلفوا في التزام المتسلف التصديق في القضاء دون يمين تلزم

(1) النجم الوهاج في شرح المنهاج: للدميري، 405/10.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 287/17.

(3) المغني: لابن قدامة، 112/10.

(4) القرض لغة: القطع، واصطلاحاً: إعطاء متمول من مثلي أو حيوان أو عرض في نظير عوض متماثل صفة وقدرًا.

ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 216/7، مادة (قرض)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، 291/3.

المسلف في دعوى القضاء على قولين» (1):

القول الأول: يجوز اشتراط إسقاط اليمين في القرض إذا كان على الطوع من المتسلف بعد عقد السلف، وأما إذا كان قبل العقد فلا يجوز؛ لأنه يدخله سلف جر منفعة، وهو قول ابن العطار.

القول الثاني: لا يجوز اشتراط إسقاط اليمين في القرض مطلقاً لا قبل العقد بالشرط، ولا بعده بالطوع من المتسلف؛ لأنه إن كان شرطاً فهو سلف جر نفعاً، وإن كان بعد العقد فهديّة مديان، وهو قول ابن سعد (2).

ثانياً: اشتراط إسقاط اليمين في كتاب المديان:

فيمن صالح رجلاً في دراهم كانت عليه على أن يعطيه خمسة دراهم كل شهر، وليس للذي عليه الحق أن يستحلف الطالب إن ادعى أنه دفع إليه شيئاً بغير بينة.

حكمه:

قال مالك: هذا الشرط غير جائز إن أقيم عليه حلف، ولا ينفعه ما كتب في شرطه (3). زاد ابن يونس: «وينبغي أن يبطل التأخير؛ لأنه إنّما أخذه لإسقاط اليمين، فإذا سقط شرطه، سقط التأخير» (4).

قال ابن رشد:

«كان الشيوخ يحملونها على الخلاف لما في كتاب العيوب من إعماله الشرط فيه بإسقاط اليمين، ولما في كتاب البضائع والوكالات من التفرقة بين المأمون وغير

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص116-117.

(2) ينظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون، (ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م)، 411/1، وتحرير الكلام: للحطاب، ص116-117.

(3) النوادر والزيادات: لابن أبي زيد القيرواني، 168/8، وديوان الأحكام الكبرى: لأبي الأصبغ، (تح: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، 2007م)، ص152.

(4) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 14 / 299.

المأمون، وبين الذي يبيع لنفسه ولغيره، فيحصلون من ذلك في المسألة ثلاثة أقوال: أعمال الشرط، وإبطاله، والتفرقة بين المأمون والذي يبيع لغيره، وبين الذي ليس بمأمون ويبيع لنفسه، والذي أقول به إنها ليست بخلاف لذلك؛ لأن المعنى فيها مختلف: تلك أسقط اليمين فيها إن كانت قد وجبت قبل أن يعلم بوجوبها، وهذه أسقط اليمين فيها قبل وجوبها، فلا يدخل الاختلاف فيها إلا بالمعنى من أجل أنّ إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه في المذهب⁽¹⁾.

قال الحطاب معلقاً على ابن رشد:

«فحاصل كلام ابن رشد أن الذي يختاره: أنّ مسألة اشتراط التصديق في اقتضاء الدين دون يمين المنصوص فيها: أنّ ذلك لا يفيد، واليمين لازمة كما تقدم من كتاب المديان... وأنه ليس في ذلك خلاف منصوص، وإنما يخرج الخلاف في ذلك من مسألة إسقاط الحق قبل وجوبه، ولم يذكر ما حكاه أبو الحسن عن ابن العطار⁽²⁾.

قلت:- الحطاب- وذكر الأقوال الثلاثة المتيطة⁽³⁾ في الكلام على شرط المغيب في شروط النكاح، وفي السلم في الكلام على شرط التصديق ثم ذكر عن الباجي: أنّ الاختلاف فيه إنّما هو إذا كان في أصل العقد، وأما إذا كان على الطوع فلا اختلاف فيه بالمعنى، فإذا كان في أصل العقد فالقول بعدم أعمال الشرط نص الرواية عن مالك كما تقدم، وابن رشد يحكي الاتفاق عليه فهو أرجح والله تعالى أعلم⁽⁴⁾.

رابعاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أنّ الفقهاء اختلفوا في حكم

(1) ينظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 364/10-365، بتصرف.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 119.

(3) علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، أبو الحسن، المعروف بالمتيطة، الفقيه المالكي العارف بالشروط وتحرير النوازل، ألف كتاباً كبيراً في الوثائق سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، توفي سنة (570هـ). ينظر: نيل الابتهاج: للتبكتي، ص 314، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 234/1-235.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص 120.

اشتراط إسقاط اليمين قبل وجوبها، فذهب الجمهور إلى عدم صحة ذلك؛ لأنّ هذا الشرط من باب النكول عن اليمين عند الحنفية والحنابلة، والامتناع عن اليمين يستوجب ردها على صاحب الحق فيقضى له بما ادعاه عند الشافعية، وذهب المالكية إلى التفريق بينما إذا كان الإسقاط بشرط أو بغير شرط، وبينما إذا كان الشرط في أصل العقد أو غير ذلك، وبين إذا كان الإسقاط في القرض أو في البيع... وعلى هذا التفريق اختلفوا؛ لكنهم اتفقوا على بطلان الشرط، ومن ثمّ الإسقاط إذا كان الشرط في أصل العقد كما نص مالك على ذلك، وابن رشد، والأرجح عند الحطّاب، والله أعلم.

المسألة الثانية

إبراء الكفيل قبل حلول الأجل

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: ((إذا أحرص صاحب الدين الضامن بعد حلول الحق فهو تأخير للغريم كما تقدم في المسألة السابعة في كلام ابن عرفة عن المدونة في كتاب الجمالته، ونصه: إن أحر الطالب الحميل بعد محل الحق؛ فهو تأخير للغريم قلت: فهو إسقاط لحق قبل وجوبه بعد سببه على المشهور في شرط طلب الحميل بتعذر الأصيل⁽¹⁾).

ثانياً: صورة المسألة:

صاحب الدين يؤخر الضامن بعد حلول أجل الدين بإعطائه أجلاً ثانياً، ثم يسقط الدين عن الضامن قبل حلول الأجل الثاني، فهو أسقط حقه قبل وجوبه -حلول الأجل الثاني- وبعد سببه -الدين- وهو بهذا الفعل -إعطاء أجل ثان للدين- فيه تأخير للغريم، وذلك بعدم مطالبة الضامن إلا بعد تعذر الوفاء منه، وذلك في الأجل الأول للدين، وهو الظاهر من قوله: على المشهور في شرط طلب الحميل بتعذر الأصيل، والله أعلم.

ثالثاً: بيان المسألة:

نص على هذه المسألة -فيما اطلعت- فقهاء المالكية؛ لذلك سأبين هذه المسألة وفق مذهبهم، وتحرير ذلك كما يلي:

نقل الحطاب هذه المسألة عن ابن عرفة، ولم أجد غيرها -فيما اطلعت- أدرجها تحت إسقاط الحق قبل وجوبه؛ إذ أغلب كتب المذهب لما نقلوا هذا النص عن المدونة كان لبيان حكم التأخير، أو لسقوط الجمالته بالإبراء وغيرها⁽²⁾، وعليه يكون عرض

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 304-305، 322، وانظر: المختصر الفقهي: لابن عرفة، 493/3.

(2) من هذه الكتب: الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 71/18، والتوضيح: لخليل، 308/6، والتاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 43/7.

المسألة كما نقلها الحطاب كما يلي:

قال ابن القاسم: « وإذا أخرج الطالب الحميل بعد محلّ الحق فذلك تأخير للغريم»⁽¹⁾.

اختلف المالكية في هذه المسألة، وخلافهم فيها بناء على الخلاف في إسقاط الحق قبل وجوبه، وبعد سببه، فهل يلزم الإسقاط هنا؛ لتقدم السبب وهو الدين، أو لا يلزم؛ لعدم وجوب الحق وهو حلول الأجل؟ قولان.

قال ابن عرفة: « فهو إسقاط لحق قبل وجوبه بعد سببه على المشهور في شرط طلب الحميل بتعذر الأصيل»⁽²⁾.

فالظاهر من هذا أنّ المشهور من المذهب في حكم إبراء الكفيل قبل حلول الأجل هو عدم اللزوم؛ لأنّه أسقط حقه قبل وجوبه، وإن كان بعد سببه، والله أعلم.

(1) التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 26/4.

(2) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 493/3.

الفصل الثاني

قاعدة الشروط الفاسدة من خلال الشروط المنافية لمقتضى العقد وتطبيقاتها الفقهية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الشروط وأحكامها وآثارها.

المبحث الثاني: المعنى العام للشروط المنافية لمقتضى العقد، وضوابطها

والألفاظ التي وردت لها عند الفقهاء، وحجيتها.

المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية للشروط المنافية لمقتضى العقد.

المبحث الأول الشروط وأحكامها وأثارها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الشروط وأقسامها .

المطلب الثاني: حكم الشروط المقترنة بالعقد .

المطلب الثالث: آثار اقتران الشروط بالعقود .

المطلب الأول

معنى الشروط وأقسامها

أولاً: تعريف الشرط لغة:

الشَّرْطُ في اللغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وشرائط، والشَّرْطُ: العلامة، والجمع أشراط⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾⁽²⁾ أي: علاماتها، وزاد الأصمعي⁽³⁾: «ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض أي هي: علامات يجعلونها بينهم»⁽⁴⁾، وجعل ابن فارس هذا المعنى أصلاً لمادة (شرط) فقال: «الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم»⁽⁵⁾.

ثانياً: تعريف الشرط اصطلاحاً:

هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته⁽⁶⁾.

محترزات التعريف:

«الذي يلزم من عدمه العدم»: احتراز من المانع؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم،

«ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم»: احتراز من السبب، ومن المانع أيضاً، أمّا من

(1) لسان العرب: لابن منظور، 329/7، والقاموس المحيط: للفيروزآبادي، ص376، مادة (شرط).

(2) سورة محمد، من الآية: (18).

(3) عبد الملك بن قريب بن أصمع بن مظهر، أبو سعيد الباهلي الأصمعي، رواية العرب، وأحد أئمة العلم باللغة، والشعر، والبلدان، من مصنفاته: الأضداد، والألفاظ، توفي سنة (215هـ). ينظر: البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة: للفيروزآبادي، ص35-36، وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: للسيوطي، 112/2-113.

(4) لسان العرب: لابن منظور، 7/330.

(5) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، 3/260.

(6) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: للقرافي، (دار الفكر، بيروت، 2004م)، ص71، وشرح الكوكب المنير: لابن النجار، (تح: محمد الزحيلي، نزيه حماد، ط2، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993م)، 1/452.

السبب؛ فلأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته، وأما من المانع؛ فلأنه يلزم من وجوده العدم.

« لذاته »: احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب فيلزم الوجود، أو مقارنة الشرط قيام المانع فيلزم العدم؛ لكن لا لذاته وهو كونه شرطاً؛ بل لأمر خارج عنه، وهو مقارنة السبب، أو قيام المانع⁽¹⁾.

ثالثاً: أقسام الشروط باعتبار مصدر شرطيتها:

تنقسم الشروط باعتبار مصدر شرطيتها إلى قسمين هما:

القسم الأول: الشروط الشرعية:

هو ما وضعه الشارع وألزم مراعاته، وأوجب احترامه، وإذا خالفه المتعاقدان فسد العقد وحرّم الانتفاع به، كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف، وصلاحية المحل لورود العقد عليه⁽²⁾.

القسم الثاني: الشروط الجعلية:

هو ما كان مصدر اشتراطه العاقدان أو أحدهما، ويكون القصد منه تحقيق مقاصد خاصّة في العقد، فيجعله مقتزناً به، أو معلقاً عليه، كمن باع منزلاً على أن يسكنه البائع فترة معلومة⁽³⁾.

وهذا القسم هو المقصود بالدراسة كما سيأتي في التطبيقات الفقهية للقاعدة⁽⁴⁾.

(1) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: للقرافي، ص71، وشرح الكوكب المنير: لابن النجار، 452/1.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 6/26، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لأحمد حسين، (دار المطبوعات الجامعية، القاهرة)، ص147، وضوابط العقود: لعبد الحميد العلي، (ط1، مكتبة وهبة، 1989م)، ص284-285.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 6/26، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لأحمد حسين، ص147، وضوابط العقود: لعبد الحميد العلي، ص284-285.

(4) ينظر: ص197-239 من البحث.

المطلب الثاني

حكم الشروط المقترنة بالعقد

يختلف حكم الشروط المقترنة بالعقد باختلاف المقصد من اشتراطها على ثلاثة أقسام:

أولاً: الشرط المؤكد لمقتضى العقد:

إذا كان الشرط مُؤكِّداً لمقتضى العقد وأثراً من آثاره كاشتراط، تسليم المبيع، أو الثمن، أو القيام بالعيب فلا خلاف عند الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ في جوازه؛ لأنَّ إطلاق العقد يقتضي وجود ذلك، فكان اشتراطه زيادة بيان، وتأكيداً لمقتضى العقد⁽⁵⁾.

ثانياً: الشرط الذي لا يقتضيه العقد المؤكد لمصلحته:

إذا كان الشرط لا يقتضيه العقد؛ ولكنه يؤكد ما يجب به، ويكون من مصلحته، كاشتراط صفة معينة في المبيع، كأن تكون الدابة لبوناً⁽⁶⁾، أو في الثمن، كالأجل والرهن⁽⁷⁾، فلا خلاف عند الحنفية⁽⁸⁾،

(1) المبسوط: للسرخسي، 25/13، والاختيار لتعليق المختار: للموصلي، 25/2.

(2) المُعْلِمُ بفوائد مسلم: للمازري، (تح: محمد الشاذلي، ط2، الدار التونسية للنشر، تونس، 1988م)، 229/2، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عليش، 58/5.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 312/5، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 22/2.

(4) المغني: لابن قدامة، 170/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 50/4.

(5) المبسوط: للسرخسي، 25/13، والمُعْلِمُ بفوائد مسلم: للمازري، 229/2، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 22/2، والمغني: لابن قدامة، 170/4.

(6) الدابة اللبون: ذات اللبّن، غزيرة كانت أو بكية. ينظر: القاموس المحيط: للفيروزآبادي، ص1229.

(7) الرهن لغة: الثبوت والدوام، واصطلاحاً: مال قبضه توثق به في دين. ينظر: المصباح المنير: للفيومي، 242/1، مادة (رهن)، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاص، ص304.

(8) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 49/2، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني: لابن مازة، (تح: عبد الكريم الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م)، 389/6.

والمالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ في جوازه؛ لأنّه مقرر لحكم العقد، ومؤكّد له، وغير مناف لمقتضاه؛ بل من مصلحته⁽⁴⁾.

ثالثاً: الشرط المخالف لمقتضى العقد:

إذا كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، ومنافياً لمقصوده، وفيه مصلحة لأحد العاقدين، أو غيرهما، ولم يرد نهي في الشرع عنه، كاشتراط، عدم الانتفاع بالمبيع مدة معينة فهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء في أثره على العقد إذا اقترن به، هل يُبطل العقد أم يبطل الشرط وحده ويصح العقد⁽⁴⁾؟ وسيأتي تحرير ذلك من خلال التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة إن شاء الله⁽⁶⁾.

(1) المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 67/2، والتنبّهات المُستنبّطة على الكُتب المُدوَّنة والمُختلّطة: للقاضي عياض،

(تح: محمد الوثيق، عبد النعيم حميتي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011م)، 1148/3-1149.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعراني، 129/5، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 363/9.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م)، 22/2، والروض المربع

شرح زاد المستنقع: للبهوتي، 59/2.

(4) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 49/2، والمُعَلِّم بفوائد مسلم: للمازري، 229/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي،

للعراني، 129/5، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 22/2.

(4) ينظر: تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 52/2، وما بعدها، والتنبّهات المُستنبّطة على الكُتب المُدوَّنة والمُختلّطة: للقاضي

عياض، 1149/3، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 367/9، وما بعدها، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح،

55/4، وما بعدها.

(6) ينظر: ص 197-239 من البحث.

المطلب الثالث

آثار اقتران الشروط بالعقود

تؤثر الشروط على إنشاء العقود وتكوينها بحسب طبيعة الشرط، وعلاقته بمقتضى العقد وطبيعته، ويظهر هذا الأثر في الوصف الشرعي للشرط، ومن ثم للعقد بالصحة أو عدمها.

فإذا كانت الشروط صحيحة التحقت بأصل العقد، ووجب الوفاء بها على من التزمها بلا خلاف بين الفقهاء⁽¹⁾.

أمّا إذا كانت غير صحيحة فقد قسمها الفقهاء بحسب تأثيرها على العقود إلى قسمين: **القسم الأول: الشروط الفاسدة التي يترتب عليها فساد العقود، ومن أمثلتها:**
أولاً: عند الحنفية:

- **الشرط المؤدي للغرر والمنازعة:** وذلك بأن يكون المشروط في المبيع عند العقد شيئاً لا يمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال، كمن اشترى سمساً أو زيتوناً على أنّ فيهما من الدهن والزيت [دهن الزيتون يسمى زيتاً] كذا.
- **الشرط المحظور:** وذلك بأن يكون المشروط في المبيع صفة محظورة شرعاً، كمن اشترى جارية على أنّها مغنية.
- **الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للبائع، أو للمشتري، أو للمبيع إذا كان من بني آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد، ولا ممّا جرى به التعامل بين الناس، كمن باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثمّ يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة⁽²⁾.**

(1) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 49/2، والمُعَلِّم بفوائد مسلم: للمازري، 229/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمرائي، 129/5، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 22/2.

(2) ينظر: تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 52/2، وبدائع الصنائع: للكاساني، 168/5، والاختيار لتعليق المختار: للموصلي، 25/2.

ثانياً: عند المالكية:

- الشرط المخالف لمقتضى العقد ومقصوده المتمسك به مُشْتَرِطُهُ، كاشتراط عدم الإنفاق أو التوارث في النكاح، وعدم التصرف والاستفادة من المبيع في البيع.
- الشرط المؤدي إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، كاشتراط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد، أو في الثمن، أو المثمن⁽¹⁾.

ثالثاً: عند الشافعية:

- الشرط المخالف لمقتضى العقد الذي يتعلق به غرض يورث تنازعاً، فيمنع المشتري من واجب، كأن يقول: بعتك هذه الدار على ألا تسكنها ولا تؤجرها، أو يلزمه بغير واجب، كأن يقول: بعتك هذه الأرض على أنني قيم لعمارتها وزراعتها، أو يمنع المقصد من العقد، كما في النكاح؛ كأن يتزوج على أن الطلاق بيدها تطلق نفسها متى شاءت⁽²⁾.

رابعاً: عند الحنابلة:

- الشرط الذي يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد، كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه.
- الشرط الذي يعلق البيع كقوله: بعتك إن جننتي بكذا، أو إن رضي فلان.
- الشرط المنافي لمقصود العقد، كاشتراط الفسخ في العقد، أو الطلاق، أو التأقيت في النكاح⁽³⁾.

(1) ينظر: المقدمات الممهدة: لابن رشد، 67/2، ومناهج التحصيل: للرجاجي، 311/6-312، وتحريير الكلام: للحطاب، ص327، 345، 350.

(2) ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 312/5، 505/9، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 23/2، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 406/3.

(3) ينظر: المغني: لابن قدامة، 170/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 55/4-58، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 159/8.

القسم الثاني: الشروط الفاسدة أو الباطلة التي تبطل، ويصح العقد، ومن أمثلتها:

أولاً: عند الحنفية:

- الشرط الذي لا يقتضيه العقد، وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع، كاشتراط: ألا يبيع المبيع ولا يهبه، أو لا يلبس الثوب، أو أن يقرض أجنياً دراهم⁽¹⁾.

ثانياً: عند المالكية:

- الشرط المؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد، كمن باع بستاناً وشرط أن لا جائحة عليه.
- الشرط الذي لا غرض فيه ولا مالية، كمن اشترط أن يكون العبد أمياً فوجده كاتباً⁽²⁾.

ثالثاً: عند الشافعية:

- الشرط الذي لا يتعلق به غرض ويورث تنازعاً، كمن باع عبداً، واشترط أن يأكل طعاماً معيناً، أو أن يلبس لباساً معيناً⁽³⁾.

رابعاً: عند الحنابلة:

- الشرط المنافي لمقتضى العقد غير المُلغى لمقصوده، كاشتراط البائع على المشتري أن لا خسارة عليه، أو أن لا يبيع المبيع ولا يهبه⁽⁴⁾.

(1) ينظر: تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 53/2، والاختيار لتعليق المختار: للموصلي، 25/2.

(2) ينظر: المقدمات الممهدة: لابن رشد، 67/2، والشرح الكبير: للدردير، (تح: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت)، 176-175/3.

(3) ينظر: المجموع شرح المذهب: للنووي، 364/9، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: لذكريا الأنصاري، 31/2.

(4) ينظر: المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 56-55/4، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 4/350.

المبحث الثاني

**المعنى العام للشروط المنافية لمقتضى
العقد. وضوابطها والألفاظ التي وردت
بها عند الفقهاء. وحجيتها**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد وضوابطها عند الفقهاء .

المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء .

المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجيتها .

المطلب الأول

معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد وضوابطها عند الفقهاء

أولاً: معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد:

المقصود بمخالفة الشروط لمقتضى العقد: أن يشترط أحد العاقدين على الآخر شرطاً مخالفاً لأحكام العقد ومقتضياته وآثاره التي تترتب عليه بموجب المقصد الأصلي منه، فاشتراط عدم الإنفاق أو الميراث في النكاح، وعدم التصرف في المبيع، والانتفاع به في البيع، يتنافى مع المقصد والغاية التي وضع العقد من أجلها⁽¹⁾، وهذا ما وضحه الشاطبي⁽²⁾ بقوله: « الثاني -أي القسم الثاني من الشروط- أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته؛ بل هو على الضدّ من الأول... ومثل له -كما لو اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها... أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض... وما أشبه ذلك، فهذا القسم أيضاً لا إشكال في إبطاله؛ لأنّه مناف لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه»⁽³⁾.

ثانياً: ضوابط الشروط المنافية لمقتضى العقد:

أ- عند الحنفية:

اشتراط ما فيه منفعة للبائع، أو للمشتري، أو للمبيع، وليس بملائم للعقد، ولا جرى التعامل به بين الناس⁽⁴⁾.

(1) تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البيهجة في شرح التحفة: للصادق الغرياني، (ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2005م)، ص226، وموسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البزؤنو، 425/8.

(2) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي، العلامة المحقق في الفقه والأصول والحديث والتفسير واللغة، له العديد من التصانيف منها: الموافقات، شرح الخلاصة في النحو، والاعتصام، توفي سنة 790هـ. ينظر: نيل الابتهاج: للتبكي، ص48-50، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 323-333.

(3) الموافقات في أصول الفقه: للشاطبي، (تح: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت)، 284/1.

(4) الاختيار لتعليل المختار: للموصلي، 25/2.

ب- عند المالكية:

اشتراط ما لا يجوز اشتراطه في العقود، بأن يمنع من مقتضى العقد، أو يوقع فيه غرراً، وغير ذلك من الوجوه الممنوعة⁽¹⁾.

ج- عند الشافعية:

اشتراط أمر فيه غرض مقصود لأحد العاقدين، ويورث تنازعاً بينهما، ويمنع المقصد من العقد⁽²⁾.

د- عند الحنابلة:

اشتراط ما ينافي مقصود العقد منافاة تامة⁽³⁾.

(1) المُعَلِّم بفوائد مسلم: للمازري، 229/2.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 406/3.

(3) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 159/8.

المطلب الثاني

الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء

أولاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الحنفي:

- شرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح⁽¹⁾.
- كل شرط يخالف مقتضى العقد باطل⁽²⁾.
- كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق يفسده⁽³⁾.
- كل شرط مخالف موجب العقد يفسده⁽⁴⁾.

ثانياً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب المالكي:

- كل شرط يناقض مقتضاه، ويغير موجهه كقوله: بشرط ألا يقبض أو لا يباع في الحق، فهو مفسد⁽⁵⁾.
- كل ما ينافي مقتضى العقد من الشروط فهو مفسد، إلا البيع بشرط العتق للسنة⁽⁶⁾.
- أصل المذهب في الشرط المناقض أنه يفسد العقد⁽⁷⁾.
- التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً من ضمان وعدمه ساقط على المشهور⁽⁸⁾.

(1) المبسوط: للسرخسي، 59/14، وفي لفظ آخر في المصدر نفسه: "كل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد"، 68/16.

(2) تبيين الحقائق: للزيلعي، 156/5.

(3) البناءة شرح الهداية: للعيني، 181/8.

(4) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: للحموي، (ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م)، 234/2.

(5) عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 770/2.

(6) الكليات الفقهية: للمقري "جزء من كتابه: عمل من طب لمن حب"، (تح: أبو الفضل العمراني الطنجي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م)، ص113.

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 328/3، والبهجة في شرح التحفة: للتسولي، 96/2.

(8) إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي: للشنيطي، ص160.

ثالثاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الشافعي:

- الشروط المنافية للعقود تبطلها⁽¹⁾.
- كل شرط مناف لمقتضى العقد، إنمّا يبطله إذا وقع في صلبه، أو بعده وقبل لزومه⁽²⁾.

رابعاً: من الألفاظ التي وردت بها القاعدة في كتب المذهب الحنبلي:

- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه⁽³⁾.
- كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل⁽⁴⁾.

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 163/9، وبحر المذهب: للرويانى، 161/9.

(2) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب "التجريد لنفع العبيد"، (مطبعة الحلبي، 1650م)، 209/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 41/5، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 166/5.

(4) الشرح الممتع على زاد المستقنع: لابن عثيمين، 243/8.

المطلب الثالث

أدلة القاعدة وحجيتها

استدل الفقهاء على عدم اعتبار الشروط المنافية لمقتضى العقد؛ سواء في النكاح أو في البيوع بالحديث الآتي:

عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «جاءتني بريدة⁽¹⁾ فقالت: كاتبت⁽²⁾ أهلي على تسع أواق⁽³⁾، في كل عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحبَّ أهلك أن أعدّها لهم، ويكونَ ولأوك لي فعلت، فذهبت بريدة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا ذلكَ عليها، فجاءت من عندهم ورسولُ الله صلى الله عليه وآله جالس، فقالت: إنني قد عرضت ذلكَ عليهم فأبوا إلا أن يكونَ الولاءُ لهم، فسمعَ النبي صلى الله عليه وآله، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وآله، فقال: «خُذِهَا واشترطي لهم الولاءَ، فإنما الولاءُ لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسولُ الله صلى الله عليه وآله في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجالٍ يشترطون شروطاً ليست في كتابِ الله، ما كان من شرطٍ ليس في كتابِ الله فهو باطلٌ، وإن كان مائةَ شرطٍ، قضاءُ الله أحقُّ، وشرطُ الله أوثقُ، وإنما الولاءُ لمن أعتق»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة:

1- أن أهل بريدة -أي سادتها- قد اشترطوا شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد؛ إذ طلبوا

- (1) بريدة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق، كانت مولاة لبعض بني هلال فكانتوها، ثم باعوها من عائشة، وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعتق. ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 4/1795، وأسد الغابة: لابن الأثير الجزري، 37/7.
- (2) الكتابة: أن يكاتب الرجل عبده أو أمته على مال يؤديه إليه منجماً، فإذا أداه صار حراً. ينظر: النهاية في غريب الحديث: لابن الأثير، (تح: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م)، 4/148.
- (3) الأواقي: جمع أوقية، والأوقية أربعون درهماً، وفي غير الحديث نصف سدس الرطل، وهو جزء من اثني عشر جزءاً، وتختلف باختلاف اصطلاح البلاد. ينظر: النهاية في غريب الحديث: لابن الأثير، 80/1.
- (4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، 3/73، برقم: (2168)، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، 2/1142، برقم: (1504).

أن يكون الولاء لهم بعد إعتاق بريرة، وموجب العقد ومقتضاه أن يكون الولاء للمعتق أي: للسيدة عائشة؛ لأنّ الولاء فرع ثبوت الملك للمعتق، وقد بين رحمته الله بطلان ما اشترطه سادة بريرة، واعتبره مخالفاً لشرع الله وحكمه⁽¹⁾، وهذا الحكم يصدق على كل شرط ينافي مقتضى العقد؛ لأنّ فيه منعاً لما أوجبه الشرع، أو إيجاباً لما منعه الشرع.

2- الإجماع على بطلان الشروط المخالفة لحكم الله تعالى، قال ابن بطل⁽²⁾: «أجمع العلماء أنّ من شرط ما لا يجوز في السنة أنّه لا ينفعه شرطه ذلك، وأنّه مردود؛ في بيع كان الشرط، أو عتق، أو غير ذلك من الأحكام؛ لأنّ النبي رحمته الله لم يخص شيئاً دون غيره؛ بل عمّ الأشياء كلها في حديث بريرة»⁽³⁾.

(1) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر، (دار المعرفة، بيروت، 1379هـ)، 5/188، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري: للعيني، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت)، 13/120.

(2) علي بن خلف بن عبد الملك بن بطل، أبو الحسن، المعروف باللجام، عالم بالحديث، من أهل قرطبة، له العديد من التصانيف منها: شرحه على البخاري والاعتصام في الحديث، توفي سنة (449هـ). ينظر: الديباج المذهب: لابن فرحون، 2/105-106، وشجرة النور: لمحمد مخلوف، 1/171.

(3) شرح صحيح البخاري: لابن بطل، (تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2003م)، 7/79.

المبحث الثالث

التطبيقات الفقهية لقاعدة الشروط المنافية لمقتضى العقد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: مسائل في النكاح.

المطلب الثاني: مسائل في البيع.

المطلب الثالث: مسائل في القرض والرهن.

المطلب الرابع: مسائل في الوديعة والعارية.

المطلب الخامس: مسائل في الوقف والهبة والعطية.

المطلب الأول

مسائل في النكاح

المسألة الأولى: اشتراط ما ينافي مقتضى عقد النكاح

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: ((القسم الثاني: -أي من الشروط- ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد، كشرطه على المرأة ألا يقسم لها، أو أن يؤثر عليها، أو ألا ينفق عليها، أو لا يكسوها، أو لا يعطيها ولدها، أو لا يأتيها إلا ليلاً... فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح، ويفسد به النكاح إن شرطه فيه))⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين الفقهاء في بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد ابتداءً؛ لكنهم اختلفوا في أثرها على العقد إذا اقترنت به، هل يسقط الشرط، ويصح النكاح، وتترتب آثاره، أم يفسخ النكاح، ولا يترتب عليه شيء، أم يترتب؟⁽²⁾.

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ- مذهب الحنفية والحنابلة:

إذا اقترنت النكاح بشرط مخالف لمقتضاه فقال الحنفية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾: يصح النكاح، ويبطل الشرط وحده؛ سواء كان الشرط من جهته، أو من جهتها.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 327-328.

(2) ينظر: تبين الحقائق: للزليعي، 133/4، والتوضيح: لخليل، 181/4، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: لذكريا الأنصاري، 205/3، وزاد المستقنع في اختصار المقنع: للحجاوي، (تح: عبد الرحمن بن علي العسكر، دار الوطن للنشر، الرياض)، ص 165-166.

(3) تبين الحقائق: للزليعي، 133/4، والبنية شرح الهداية: للعيني، 166/5.

(4) المغني: لابن قدامة، 94/7، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 539/7.

◆ **بطلان الشرط:** لمنافاته مقتضى العقد.

◆ **صحة النكاح:** النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة⁽¹⁾، لأنّ الشروط الفاسدة من باب الربا، ويختص بالمبادلة المالية، وعقد النكاح ليس بمعاوضة مالية، فلا يتأثر بالشروط الفاسدة⁽²⁾.

❖ **عند الحنابلة:**

◆ **بطلان الشرط:** لمنافاته مقتضى العقد، وتضمنه إسقاط حق يجب به قبل انعقاده فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع.

◆ **صحة النكاح:** أنّ هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به فيه، فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً.

◆ أنّ النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد⁽³⁾.

ب- مذهب المالكية:

اختلفت المالكية في أثر الشروط المخالفة لمقتضى النكاح إذا اقترنت به على أربعة أقوال:

القول الأول: يفسخ النكاح بهذه الشروط على كل حال سواء قبل الدخول أو بعده⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

◆ أنّها منافية لمقصود العقد، ومخالفة لسنته⁽⁵⁾.

القول الثاني: يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده، ويسقط العمل بالشرط، ويجب

(1) " النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة" قاعدة فقهية ينظر: المبسوط: للسرخسي، 163/5، وموسوعة القواعد الفقهية:

لمحمد صدقي البرزوثو، 1245/11.

(2) تبيين الحقائق: للزيلعي، 133/4، والبنابة شرح الهداية: للعيني، 166/5.

(3) المغني: لابن قدامة، 94/7، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 539/7.

(4) ذكره ابن سلمون في العقد المنظم، ولم ينسبه لأحد بعينه، ص18.

(5) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام: لابن سلمون، ص18

العمل بمقتضى العقد من وجوب الإنفاق، ووجوب القسم وهو المشهور في المذهب⁽¹⁾، وزاد ابن عبد السلام: « وهذا المنصوص في المذهب فيما فسد من النكاح لشروطه، حتى أشار بعض الشيوخ أو صرح باتفاق المذهب على ذلك⁽²⁾ ».

ووجه ذلك:

◆ قياس أثر الشروط المنافية للنكاح على أثر الصداق الفاسد على العقد في فسخ النكاح به قبل الدخول، وإثباته بعده بمهر المثل ببطان الصداق الفاسد، وعدم فسخ العقد، فصار كزوال العيب الموجب لرد البيع قبل القيام به⁽³⁾.

القول الثالث: إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح، وإن تمسك به فسد⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

◆ القياس على اشتراط ما يقتضيه العقد في عدم تأثيره على العقد إذا شرط فيه⁽⁵⁾.
القول الرابع: التفريق بين أثر المناقضة في الصداق، وبين ما إذا كانت في العقد على وجهين:

الوجه الأول: إذا استلزم الشرط فساداً في الصداق فسخ النكاح قبل الدخول، وثبت بعده.

الوجه الثاني: إذا استلزم الشرط فساداً في العقد فسخ النكاح قبل الدخول وبعده⁽⁶⁾.

ج- مذهب الشافعية:

قال الشافعية: إذا اقترن النكاح بشرط مخالف لمقتضاه، يصح النكاح، ويبطل الشرط

(1) التوضيح: لخليل، 181/4، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفاوي، 13/2.

(2) تنبيه الطالب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، ص 589.

(3) جامع الأمهات: لابن الحاجب، ص 278، وعقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 472/2-473.

(4) ذكره بهرام الدميري في الشامل، ولم ينسبه لأحد بعينه، 365/1.

(5) ينظر: الشامل في فقه الإمام مالك: لبهرام الدميري، 365/1.

(6) ذكره ابن عبد السلام في تنبيه الطالب، كتاب النكاح، بقوله: «وأشار بعضهم إلى التقسيم في تلك المناقضة...»، ولم

ينسبه لأحد بعينه، ص 589.

والصداق، ولها مهر المثل، سواء كان الشرط من جهته، أو من جهتها (1).

ووجه ذلك:

♦ **بطلان الشرط:** أنها من الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً؛ لأنّ النفقة والقسم من الحقوق الثابتة للمرأة بالعقد.

♦ **صحة النكاح:** أنّ مقصود النكاح موجود مع هذه الشروط.

♦ **بطلان الصداق:** لأن الشروط المنافية قابلت جزءاً منه، إذ كأنه زادها فيه لأجلها، وإذا أوجب بطلانها بطل ما قابلها منه، وهو مجهول، وصار الباقي بها مجهولاً، فبطل (2).

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أن الراجح ما ذهب إليه المالكية في القول الثاني القائل: بفسخ النكاح بالشروط المنافية له قبل الدخول لا بعده للأسباب الآتية:

✓ أنّ هذه الشروط من باب تحليل الحرام أو تحريم الحلال؛ إذ النفقة والقسم من الآثار المترتبة على عقد الزواج، واشتراط نفيها اشتراط لأمر باطل، ففسخ بها قبل الدخول.

✓ أنّ هذا القول فيه مراعاة لحال الزوجين بعدم فسخ الزواج بعد الدخول، وإسقاط الشروط المنافية، وإثبات الحقوق بما يجب بمقتضى العقد.

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 505/9، وبحر المذهب: للرويانى، 485/3.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 505/9، وبحر المذهب: للرويانى، 485/3.

المسألة الثانية

الخُلْع مقابل حق السكنى

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «المسألة الثانية في الشروط في الخلع: كما إذا خالعا على أن تخرج من المسكن التي هي فيه فإن الخلع يلزمه، وتبين منه ولا تخرج من المسكن؛ لأن خروج المعتدة من مسكنها حرام، والخلع على الحرام لا يلزم»⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا خالعا الزوج زوجته على إسقاط حق السكنى في بيت الزوجية خلال العدة، فهل يقع الخلع، وتترتب آثاره باستحقاق الزوج بدل الخلع، وإلزام المختلعة بما اختلعت به أم لا؟

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ- مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية:

إذا خالعا الزوج زوجته على أن تخرج من المسكن التي هي فيه، فقال الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾: يقع الخلع، وتكون طلقة بائنة، ولا تخرج المختلعة من المسكن، ولا شيء عليها للزوج، إلا إذا كان الخلع على مؤنة السكن بأن كانت ساكنة في بيت نفسها، أو تعطى الأجرة من مالها عند الحنفية⁽⁵⁾، أو كراؤه إذا كان المسكن

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص337.

(2) المبسوط: للسرخسي، 5/ 365، المحيط البرهاني في الفقه النعماني: لابن مازة، 3/ 342.

(3) المدونة: لسحنون، 2/ 248، وشرح الرقاني على مختصر خليل، 4/ 119.

(4) الأم: للشافعي، 5/ 215، ومغني المحتاج: للشربيني، 4/ 435.

(5) المبسوط: للسرخسي، 5/ 365، والبحر الرائق: لابن نجيم، 4/ 97.

لغيره، أو له، وسمي لها الكراء عند المالكية⁽¹⁾، فيجب عليها التزامها.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ عدم سقوط حق السكنى: أن السكنى في بيت الزوجية حال العدة حق لله تعالى،

فلا يملك العبد إسقاطه⁽²⁾؛ لقوله سبحانه: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا

يَخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾⁽³⁾.

◆ أن خروج المختلعة من بيتها معصية، واشتراط المعصية في الخلع باطل⁽⁴⁾.

◆ سقوط مؤنة السكنى: لأن مؤنة السكنى حقها على الخلوص، فتملك الإبراء عن

حقها⁽⁵⁾.

❖ عند المالكية:

◆ عدم سقوط حق السكنى: خروج المعتدة من مسكنها حرام، والخلع على الحرام

لا يلزم⁽⁶⁾.

◆ قول مالك: « كل خلع وقع بصفة حلال وحرام كان الخلع جائزاً، ورد منه

الحرام»⁽⁷⁾.

◆ سقوط كراء السكن: لأن أخذ العوض عن السكنى يجوز، وهو بمنزلة من خالع

على شيء فاستحق من يده⁽⁸⁾.

(1) المدونة: لسحنون، 248/2، والتوضيح: لخليل، 296/4.

(2) بدائع الصنائع: للكاساني، 152/3، ولسان الحكام في معرفة الأحكام: لابن الشحنة الثقفي، (ط2)، البابي الحلبي، القاهرة، 1973م)، ص330.

(3) سورة الطلاق، من الآية: (1).

(4) المبسوط: للسرخسي، 365 / 5.

(5) بدائع الصنائع: للكاساني، 16/4.

(6) تحرير الكلام: للحطاب، ص337.

(7) المدونة: لسحنون، 248/2.

(8) التبصرة: للخمى، 2532/6.

❖ عند الشافعية:

- ◆ عدم سقوط حق السكنى: لحرمة إخراجها من المسكن خلال العدة⁽¹⁾.
- ◆ عدم سقوط أجره السكنى: أنه أبرئ من نفقة السكنى قبل استحقاقها، وهي لو أبرأته بغير خلع لم يصح فكذلك بالخلع⁽²⁾.

ب- مذهب الحنابلة:

لم أجد -فيما اطّلت- نصاً للحنابلة يبيّن حكم الخلع مقابل حق السكنى خلال العدة في بيت الزوجية؛ لكن جاء في كتاب الإرشاد في سبيل الرشاد، في باب السكنى والنفقة، من كتاب الإيلاء: «ولا سكنى ولا نفقة لكل حائل طلقت ثلاثاً، ويلزمها العدة، عبادة مفروضة عليها، كالصلوات وغيرها من العبادات المفروضة، وكذلك المختلعة»⁽³⁾.

على هذا يكون مذهب الحنابلة في الخلع مقابل حق السكنى هو عدم الجواز؛ لأنّ المختلعة لا سكنى لها كما هو الظاهر من هذا النص، والمذهب عندهم أنّ الخلع بلا عوض لا يصح؛ لكن يقع الطلاق رجعيّاً إذا كان الخلع بلفظ الطلاق أو نيته؛ لأنّ العوض لم يصح، فوجوده كعدمه، واشترط لفظ الطلاق أو نيته؛ لأنّه إذا كان بغير لفظ الطلاق أو بغير نيته، مثل أن يكون بلفظ الخلع أو الفسخ فإنه لا يقع؛ لأنّه ليس بصحيح كما تقدم⁽⁴⁾.

رابعاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي أنّ الفقهاء متفقون على وقوع الطلاق بالخلع، وإن كان بدله عند الحنفية والمالكية والشافعية ممّا لا يجوز الاختلاع

(1) الأم: للشافعي، 215/5.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 57/10.

(3) الإرشاد إلى سبيل الرشاد: لمحمد الهاشمي، (ط1، مؤسسة الرسالة، 1997م)، ص321.

(4) قال الحجاوي في زاد المستقنع: « وإن خالعه بغير عوض أو بمحرّم لم يصح ويقع الطلاق رجعيّاً، إن كان بلفظ

الطلاق أو نيته»، ص175، وينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع: لابن عثيمين، 478-476/12.

به، وإسقاطه مطلقاً؛ لحق الله سبحانه وتعالى، وما ذهب إليه الحنابلة من عدم جوازه على هذا العوض، راجع إلى عدم وجود عوض، والعوض في الخلع ركن عندهم فلا يتحقق بدونه، والله أعلم.

المطلب الثاني

مسائل في البيع

المسألة الأولى: الإخلال بأحد شروط صحة البيع (البيع الفاسد)

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «القسم الثاني-من الشروط في البيع-ما يؤول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع، كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد، أو في الثمن، أو في المثلون... فهذا النوع يوجب فسخ البيع على كل حال، فانت السلعة أو لم تفت، ولا خيار لأحد المتبايعين في إمضائه، فإن كانت السلعة المبيعة قائمة ردت بعينها، وان فانت ردت قيمتها بالغة ما بلغت»⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في أن اشتراط أحد العاقدين ما يؤول إلى الإخلال بأحد شروط صحة البيع، كاشتراط ما يؤدي إلى جهل أو غرر في العقد مفسد للبيع ابتداءً، فلا يجوز اشتراطها؛ لأن عدم الغرر والجهل من الشروط التي وضعها الشارع، ويتوقف عليها صحة البيع؛ لكنهم اختلفوا في حكم هذا البيع إذا وقع هل ينعقد ويثبت به الملك؟ على قولين:

القول الأول: ينعقد البيع، ويكون بقيمة المبيع أو بالمثل لا بالثمن المسمى، ويفيد الملك بالقبض بإذن البائع، وهو قول الحنفية⁽⁶⁾.

ووجه ذلك:

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 345.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: للكاساني، 156/5 وما بعدها، والفتاوى الهندية: لنظام وآخرون، 3/3 وما بعدها.

(3) ينظر: المقدمات الممهدة: لابن رشد، 62/2، والفاوكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 80/2.

(4) ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 13/5، وبحر المذهب: للرويانى، 348/4.

(5) ينظر: المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 24/4 وما بعدها، وكشاف القناع: للبهوتي، 163/3 وما بعدها.

(6) بدائع الصنائع: للكاساني، 299/5، والبحر الرائق: لابن نجيم، 99/6.

- **صحة انعقاده:** أنّ ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، فوجب القول بانعقاده؛ لأنّ النهي يقرر المشروعية؛ لاقتضائه التصور، فنفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك، إنّما المحذور ما يجاوزه كما في البيع وقت النداء⁽¹⁾.
- أنّه بيع مشروع يفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدليل: أنّ البيع في اللغة: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالاً كان أو غير مال؛ لقوله تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَت تِّجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾⁽²⁾، سمي مبادلة الضلالة بالهدى اشتراءً وتجارة، والتجارة مبادلة المال بالمال، وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد فكان بيعاً.
- الاستدلال بالإجماع، جاء في بدائع الصنائع: «أجمعنا على أنّ البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالتحق ذكرها بالعدم؛ إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً، والعدم الأصلي سواء»⁽³⁾.
- **اشتراط أن يكون بقيمة المبيع أو مثله:** أنّ الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل، لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح؛ لأنّ القيمة هي الموجب الأصلي في البياعات؛ لأنّها مثل المبيع في المالية، إلاّ أنّه يُعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى؛ لأنّ التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى، فصار كأنّه باع وسكت عن ذكر الثمن، ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع؛ لأنّ البيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البديل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة، فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله إن كان من قبيل الأمثال⁽⁴⁾.
- **اشتراط التملك بالقبض:** أنّ البيع الفاسد واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك

(1) البحر الرائق: لابن نجيم، 99/6.

(2) سورة البقرة، الآية: (16).

(3) بدائع الصنائع: للكاساني، 299/5.

(4) المصدر السابق، 304/5.

قبل القبض تقرر الفساد؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض فإنه يجب على البائع تسليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد، وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض⁽¹⁾.

▪ **اشتراط أن يكون بإذن البائع:** أن القبض في البيع الفاسد بمنزلة القبول في البيع الصحيح، فكما أن إيجاب البيع يكون رضى بقبول المشتري في المجلس لا بعده، فكذلك البيع الفاسد يكون رضى من البائع بقبضه في المجلس لا بعده⁽²⁾.

القول الثاني: لا ينعقد البيع، ولا يفيد الملك، وإن قبض المشتري المبيع؛ بل يفسخ ويردّ، وهو قول المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

▪ **عدم انعقاده:** أن البيع بهذه الشروط فاسد، والبيع الفاسد محظور، والمحظور لا يكون طريقاً إلى الملك⁽⁶⁾.

عدم الملك بالقبض:

❖ **عند المالكية:**

◆ أنه بيع فاسد يخل بشرط من شروط صحة البيع فلا يصححه القبض.

◆ أن العقد الفاسد لا ينقل الملك على الصحيح؛ لوجوب فسخه شرعاً قبل الفوات⁽⁷⁾.

❖ **عند الشافعية:**

(1) تبين الحقائق: للزيلعي، 64-63/4.

(2) المبسوط: للسرخسي، 63/25.

(3) ينظر: المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 64/2، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 80/2.

(4) ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 316/5، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، (تح: عبد العظيم الديب، ط1، دار المنهاج، 2007م)، 383/5.

(5) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 24/2، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، 111/2.

(6) ينظر: المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 64/2، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 383/5، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، 111/2.

(7) المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 64/2، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 80/2.

◆ قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ (1).

وجه الدلالة: لو كان المقبوض بالعقود الفاسدة المحرمة يكون مملوكاً ما استحق الوعيد عليه بأكله، فلما توجه الوعيد إليه دلّ على أنّه لم يصّر حرّاً بالتصرف في ملكه؛ ولأنّه مقبوض عن بيع فاسد، فوجب أن لا ينفذ تصرفه فيه (2).

◆ أن البيع الفاسد لا يفيد الملك، سواء اتصل به القبض، أو لم يتصل (3).

❖ عند الحنابلة:

◆ أن كل موضع فسد فيه العقد لم يحصل به ملك وإن قبض؛ لأنّه مقبوض بعقد فاسد، فأشبهه ما لو كان الثمن ميتة (4).

ثم اختلف أصحاب هذا القول فيما لو تصرف المشتري في المبيع ببيع أو هبة أو تغيير في شكله، أو في ثمنه بزيادة أو نقص، هل ذلك فوّت يوجب القيمة، أو يرد المبيع على كل حال (5)؟ على قولين:

القول الأول: التصرف في المبيع، وتغيير شكله، أو سعره فوّت يجب به قيمته يوم قبضه، أو المثل إذا كان ممّا يوزن أو يُكّال، وهو قول المالكية (6).

ووجه ذلك:

■ أن النهي في هذه الأمور-بيوع الربا والغرر-إنّما هو لمكان عدم العدل فيها، فإذا فانت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة؛ لأنّه قد تُقبض السلعة وهي تساوي ألفاً، وتُرَدُّ وهي تساوي خمسمائة، أو بالعكس (7).

(1) سورة البقرة، من الآية: (275).

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 316/5.

(3) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 383/5.

(4) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 24/2.

(5) بداية المجتهد: لابن رشد، 208/3.

(6) المدونة: لسحنون، 419/3، وبداية المجتهد: لابن رشد، 208/3.

(7) بداية المجتهد: لابن رشد، 208/3.

القول الثاني: ليس التصرف أو التغير في المبيع فوتاً يوجب القيمة في البيع الفاسد؛ بل الواجب الرد كيفما وجد، فات، أو لم يفت، وهو قول الشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾.
ووجه ذلك:

❖ عند الشافعية:

◆ أن كل ما لا يحصل الملك به إذا عقد بميتة أو دم، لم يحصل الملك به إذا عقد بخنزير أو خمر كالذي لم يقبض؛ لأن كل أصل لزم رده بنمائه المنفصل عنه لم يكن ملكاً لمن لزمه رده، كالغصب المقبوض على وجه السوم⁽³⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن كل موضع فسد فيه العقد لم يحصل به ملك وإن قبض، لأنه مقبوض بعقد فاسد، فأشبهه ما لو كان الثمن ميتة، ولا ينفذ تصرف المشتري فيه، وعليه رده بنمائه المنفصل والمتصل⁽⁴⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء في المسألة إلى مسألة أصولية، وهي: هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه، أو لا؟ أو يقتضي ذلك في حال دون حال⁽⁵⁾.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن القول الراجح في المسألة هو قول المالكية القاضي: بفسخ البيع الفاسد، ورد المبيع إذا كان قائماً، والمثل أو القيمة إذا فات؛ لأنه المذهب الوسط في المسألة، فلم يقل بصحته مطلقاً إذا قبض؛ لما فيه من تجاهل لمقصود الشارع من نهيه عنه، ولا يبطلانه مطلقاً؛ لما فيه من عدم العدل،

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 316/5، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 383/5.

(2) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 24/2، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، 111/2.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 316/5.

(4) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 24/2.

(5) ينظر: شرح التلقين: للمازري، 434/2، وما بعدها.

والحرج إذا فات المبيع وتغير ثمنه، أو تلف لتعذر رده، والله أعلم.

المسألة الثانية

اشتراط ما ينافي مقتضى عقد البيع

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمه الله: ((القسم الثالث: من أقسام الشروط المتعلقة بالبيع: ما يكون منافياً لمقتضى عقد البيع؛ لأن فيه تحجيراً على المشتري في السلعة التي اشتراها. قال في المقدمات: وهي بيوع الشروط المسماة عند العلماء ببيوع الثنبا، قال: مثل أن يبيع السلعة على أن المشتري لا يبيعه ولا يهبها، أو على أن يتخذ الجارية أم ولد، أو على ألا يخرج بها من البلد... قال: فهذا النوع اختلف فيه إذا وقع شيء منه على قولين))⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين فقهاء الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في فساد الشروط المنافية لمقتضى عقد البيع ابتداءً؛ لكنهم اختلفوا في حكم البيع إذا تضمن شرطاً منها، ومذاهبهم في ذلك على ما يلي:

أ- مذهب الحنفية:

إذا تضمن البيع شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد، كما لو باعه بشرط ألا يبيعه، ولا يهبه قال الحنفية: يفسد البيع إذا كان في الشرط منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه إذا كان من أهل أن يُستحقَّ حقاً على الغير كالرقيق، بلا خلاف بينهم⁽⁶⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص350، وانظر: المقدمات: لابن رشد، 64/2-65.

(2) ينظر: المبسوط: للسرخسي، 25/13-26، والاختيار لتعليل المختار: للموصلي، 25/2.

(3) ينظر: عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 770/2، والقوانين الفقهية: لابن جزي، ص171.

(4) ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 311/5-312، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 135/5.

(5) ينظر: المغني: لابن قدامة، 170/4-171، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 350/4.

(6) المبسوط: للسرخسي، 25/13، وبدائع الصنائع: للكاساني، 169/5.

ووجه ذلك:

◆ أن اشتراط المنفعة الزائدة في عقد البيع ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا أو شبهة الربا فاسد، وبالتالي فهي مفسدة للبيع كحقيقة الربا.

◆ أن الشرط باطل في نفسه، والمُنْتَفَع به غير راضٍ بدونه، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط، وتقع بسببه المنازعة، فيعربى العقد عن مقصوده⁽¹⁾.

أما إذا كان الشرط لا منفعة فيه لأحد، فقد اختلف الحنفية في حكم البيع على قولين:

القول الأول: يصح البيع ويبطل الشرط، وهو الصحيح من

المذهب⁽²⁾.

ووجه ذلك:

◆ عدم المطالبة بهذا الشرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد، وبالتالي لا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة⁽³⁾.

القول الثاني: يبطل البيع بهذا الشرط، سواء كان فيه منفعة لأحد أو لا،

وهو رواية عن أبي يوسف⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

◆ أن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه

التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر، كالشرط الذي فيه منفعة

لأحد المتعاقدين⁽⁵⁾.

(1) المبسوط: للسرخسي، 26-25/13، وبدائع الصنائع: للكاساني، 169/5.

(2) المبسوط: للسرخسي، 26/13، واللباب في شرح الكتاب: للميداني، (تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت)، 27/2.

(3) المبسوط: للسرخسي، 26/13، واللباب في شرح الكتاب: للميداني، 27/2.

(4) المبسوط: للسرخسي، 26/13.

(5) المصدر السابق، 26/13.

وأُجيب على استدلاله:

لا اعتبار لعين الشرط؛ بل بالمطالبة به، والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر⁽¹⁾.

ب- مذهب المالكية:

اختلف المالكية في حكم البيع إذا تضمن شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد، وفيه تحجير على المشتري في السلعة التي اشتراها على قولين:

القول الأول: يفسخ البيع ما دام البائع متمسكاً بشرطه، فإن تركه نُظِرَ في حال السلعة:

- إذا كانت قائمة: صحّ البيع.
- وإن فاتت: كان فيه الأكثر من الثمن، أو القيمة يوم قبضها المشتري، وهو المشهور في المذهب⁽²⁾.

- وقيل: يرجع البائع على المشتري إذا فاتت السلعة بمقدار ما نقصه من الثمن بسبب الشرط، وذلك بأن تُقَوِّم السلعة بالشرط وبغير الشرط، فما كان بين القيمتين من الأجزاء يرجع البائع على المشتري بذلك الجزء من الثمن⁽³⁾.

القول الثاني: أنّ حكم هذه البيوع كلها حكم ما فسد من البيوع، فيفسخ على كل حال، قائمة أو فائتة، شاء المتبايعان أو أبيا، ولا خيار في ذلك لواحد منهما؛ فإن كانت السلعة قائمة رُدَّت بعينها، وإن كانت فائتة رُدَّت قيمتها على البائع بالغة ما بلغت، ورُدَّ الثمن على المشتري⁽⁴⁾.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة بين المالكية إلى أنّ من أمضى هذا البيع لأجل إسقاط هذا الشرط قدر الفساد كالخارج عن الثمن والمثمن والعقد، والمقصود في

(1) المبسوط: للسرخسي، 26/13.

(2) المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 65-64/2، والتاج والإكيل لمختصر خليل: للمواق، 243-242/6.

(3) المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 65-64/2، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 264/7.

(4) المقدمات الممهّدات: لابن رشد، 65-64/2، وشرح التلقين: للمازري، 486-485/2.

العقود تخلصها مما يُفسد أحد هذه الثلاثة، والشَّرط خارج عنها، فإذا أسقطه مُشْتَرطُه أذهب علّة الفساد ورفعها، والعلّة إذا ارتفعت، ارتفع حكمها، ومن نقض البيع ولو أسقط هذا الشرط، رأى أنّ الفساد ينصرف إلى الثمن، وإذا رجع الفساد إلى الثمن أو إلى العقد من جهة ما وقع فيه من تحجير ومَنعٍ من مقتضى العقد، وجب الفسخ، ولو أسقط الشرط(1).

ج-مذهب الشافعية:

إذا تضمن البيع شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد، كشرطٍ منع المشتري من واجب، أو ألزم البائع بما ليس بواجب، كأن يقول: بعتك هذه الدار على أن لا تسكنها ولا تؤجرها، أو بعتك هذه الأرض على أنني قِيم على زراعتها، قال الشافعية: فهذان الضريان وما شاكلهما من الشروط باطلة، والعقد باشرطها فيه باطل(2).

ووجه ذلك:

♦ ما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرَطٍ»(3)، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه(4).

♦ ما روى أن عبد الله ابن مسعود(5) اشترى جارية من امرأته

(1) شرح التلقين: للمازري، 485/2-486.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 312/5-313، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 23/2.

(3) أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط-(تح: طارق بن محمد، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ)-باب العين، من اسمه عبد الله، 335/4، برقم:(4361)، وأبو حنيفة في مسنده-(تح: نظر محمد الفاريابي، ط1، مكتبة الكوثر، الرياض، 1415هـ)-باب العين، رواية عمرو بن شعيب، ص160، قال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد-(تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1994م)-: «رواه الطبراني في الأوسط، وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال»، 85/4، وقال عنه ابن حجر في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير-(تح: أبو عاصم بن قطب، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 1995م)-: «عن ابن أبي الفوارس أنه قال: غريب»، 28/3، وانظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 5/313، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 23/2.

(4) "النهي يقتضي فساد المنهي عنه" قاعدة أصولية، ينظر: الفروق: للقرافي، 304/2.

(5) عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلي، صحابي من السابقين إلى الإسلام، من أعلم الناس بالقرآن ونزوله، قال عنه رسول الله ﷺ «من أحب أن يسمع القرآن غضا فليسمعه من ابن أم عبد»، توفي سنة: (32هـ). ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 987/3-994، وأسد الغابة: لابن الأثير الجزري، 3/381.

زينب الثقفية⁽¹⁾، وشرطت عليه: أنك إن بعثتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال عمر بن الخطاب: «لَا تَقْرِبُهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ»⁽²⁾.

◆ أن هذه الشروط لا تخلو أن تكون على البائع، أو على المشتري. فإن كانت على البائع؛ فقد منعه من استقرار ملكه على الثمن، وأدت إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري، فقد منعه من تمام ملكه للمبيع، وأضعفت تصرفه فيه، فبطل العقد بكل واحد منها⁽³⁾.

◆ أنه شرط لم يبين على التغليب، ولا هو من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فأفسد العقد، كما لو شرط: أن لا يُسَلَّم إليه المبيع، فإن قبض المبيع لم يملكه؛ لأنه قبض في عقد فاسد، فلا يوجب الملك كالوطء في النكاح الفاسد، فإن كان باقياً وجب رده⁽⁴⁾، وإن هلك المبيع اختلفوا على ثلاثة أقوال:

الأول: ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، وهو المنصوص في المذهب.

الثاني: يضمن قيمته يوم التلف؛ لأنه مأذون في إمساكه، فضمن قيمته يوم التلف كالعارية وليس بشيء؛ لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها، فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كقبض الغاصب.

(1) زينب بنت عبد الله بن معاوية بن عتاب بن الأسعد بن غاضرة بن حطيظ بن قسي، امرأة عبد الله ابن مسعود، روت عن النبي ﷺ، وعن زوجها بن مسعود. ينظر: الاستيعاب: لابن عبد البر، 4/1856، والإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر، (تح: علي البجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1412هـ)، 680/7.

(2) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة إذا بيعت والشرط فيها، 2/616، برقم: (1275)، والبيهقي في السنن الكبرى - (تح: محمد عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م) - جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك، باب الشرط الذي يفسد البيع، 5/548، برقم: (10829)، وانظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 2/23.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 5/313.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 2/23، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 367/9.

الثالث: لا يضمن؛ لأنّ البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة⁽¹⁾.

د- مذهب الحنابلة:

اختلفت الحنابلة في حكم البيع إذا تضمن شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد مثل: أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعنق، أو يشترط عليه أن يبيعه، أو متى نفق المبيع رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن على قولين:

الأول: البيع صحيح، والشرط باطل، وهو الظاهر من المذهب⁽²⁾.

وجه ذلك:

♦ عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «جاءتني بريدة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدّها لهم، ويكون ولاؤك لي ففعلت، فذهبت بريدة إلى أهلها، فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»⁽³⁾.

وجه الدلالة:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط وحده، وأبقى على العقد صحيحاً، فدل على أن الشرط إذا كان مخالفاً للشرع صح البيع، وبطل الشرط وحده⁽⁴⁾.

(1) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 23/2، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 367/9.

(2) المغني: لابن قدامة، 171/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 56/4.

(3) سبق تخريجه ص 194، وانظر: المغني: لابن قدامة، 171/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 56/4.

(4) المغني: لابن قدامة، 171/4، والروض المربع شرح زاد المستنقع: للبهوتي، 64/2.

القول الثاني: البيع فاسد⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

- ◆ ما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»⁽²⁾.
- ◆ أنه شرط فاسد، فأفسد البيع، كما لو شرط فيه عقداً آخر.
- ◆ أنه إذا فسد الشرط وجب ردّ ما في مقابلته من الثمن؛ وذلك مجهول، فيصير الثمن مجهولاً، ففسد البيع.
- ◆ أنّ البائع رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرط، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي⁽³⁾.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ الفقهاء متفقون على بطلان الشروط المنافية لمقتضى عقد البيع، وأمّا تأثيرها على صحة البيع وعدمه، فلا خلاف بين الجمهور، والحنابلة على القول الثاني في بطلان البيع بهذه الشروط، والعلة الجامعة بينهم في ذلك: أنّ هذه الشروط تخالف المقصد الأصلي للعقد الذي أساسه الانتفاع بالمبيع، والتصرف فيه كيف يشاء.

(1) المغني: لابن قدامة، 171/4، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 56/4

(2) سبق تخريجه ص 214، وانظر: المغني: لابن قدامة، 171/4.

(3) المغني: لابن قدامة، 171/4، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 23/2.

المطلب الثالث

مسائل في القرض والرهن

المسألة الأولى: اشتراط المنفعة في القرض

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « فكل شرط أدى إلى منفعة غير المتسلف فإنه يفسد به القرض، كشرط أن يعطيه سالماً بدل عفن أو سوس، أو شرط أن يقبضه في بلد آخر إذا كان فيه نفع للمقرض بحمل أو غيره، فيفسد القرض بذلك، ويلزمه رده إن كان قائماً، فإن فات ردّ مثل المثلي⁽¹⁾ وقيمة المقوم⁽²⁾ على المشهور⁽³⁾ ».

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين الفقهاء في تحريم اشتراط الزيادة أو المنفعة في بدل القرض لغير المقرض⁽⁴⁾ سواء كانت هذه الزيادة في الصفة أو في القدر؛ عند بداية العقد، أو عند الوفاء⁽⁵⁾؛ لكنهم اختلفوا في كون هذا الشرط مُفسداً لعقد القرض أم لا على قولين:

القول الأول: عقد القرض لا يبطل بالشرط الفاسدة؛ بل يكون صحيحاً والشرط

باطلاً، وهو مذهب الحنفية⁽⁶⁾، وقول عند الشافعية⁽⁷⁾، والصواب عند الحنابلة⁽⁸⁾.

(1) المثلي: ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده. ينظر: شرح مختصر خليل: للخرشي، 6/135.

(2) المقوم أو القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد؛ لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر (تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991م)، 1/121.

(3) تحرير الكلام: للحطاب، ص386-387.

(4) الإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر، (تح: أبو حماد الأنصاري، ط1، مكتبة مكة الثقافية، 2005م)، 6/142، والاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لابن عبد البر، 6/516.

(5) ينظر: بدائع الصنائع: للكاساني، 7/395، وعقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 2/759، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 4/34، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 4/199.

(6) تبيين الحقائق: للزيلعي، 4/133-134، والبحر الرائق: لابن نجيم، 6/203.

(7) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 5/466، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 4/34.

(8) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 2/72، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 5/131.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ القرض لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنّ الشروط الفاسدة من باب الربا، ويختص بالمبادلة المالية، والقرض ليس بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيه الشروط الفاسدة⁽¹⁾.

❖ عند الشافعية في قول:

◆ القرض عقد إرفاق ومسامحة، فلا يبطل بالشروط الفاسد⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أنّ القصد من عقد القرض إرفاق المقرض، فإذا بطل الشرط الفاسد المقترن به، بقي الإرفاق بحاله⁽³⁾.

القول الثاني: عقد القرض يفسد بالشروط الفاسدة، وهو مذهب المالكية⁽⁴⁾، والصحيح عند الشافعية⁽⁵⁾، وقول عند الحنابلة⁽⁶⁾، وزاد المالكية: ووجب الرد إن كان المقرض قائماً، وإن فات وجب ضمانه بالقيمة أو بالمثل على المنصوص⁽⁷⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند المالكية:

◆ النهي عنه، وخروجه عن باب المعروف⁽⁸⁾.

(1) المبسوط: للسرخسي، 52/14، وتبيين الحقائق: للزليعي، 134-133/4، والبحر الرائق: لابن نجيم، 203/6.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعراني، 466/5، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 34/4.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 72/2.

(4) عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 759/2، والذخيرة: للقرافي، 209/5.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 356/5، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، 42/2.

(6) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 72/2، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 131/5.

(7) عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 759/2، وتحريز الكلام: للحطاب، ص387.

(8) القوانين الفقهية: لابن جزي، ص190، وأسهل المدارك: للكشناوي، 318/2.

❖ عند الشافعية في الصحيح والحنابلة في قول:

◆ ما روى عن النبي ﷺ قال: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»⁽¹⁾، فثبت الربا

فيه بهذا الوجه يمنع من صحته⁽²⁾.

◆ أن موضوع القرض الإرفاق، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً خرج عن موضوعه

فمنع صحته⁽³⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في أثر الشروط الفاسدة على العقد، فمن ذهب إلى عدم فساد القرض بهذا الشرط نظر إلى أنّ القرض عقد إرفاق ومسامحة، ولا يختص بالمبادلة المالية، فلا يبطل بالشروط الفاسدة، ومن قال بفساده نظر إلى أنّ هذا الشرط يخالف المقصد الأصلي للقرض، وهو المعروف والإرفاق، فبطل القرض به.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ الراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل ببطلان الشرط وصحة القرض؛ لما فيه من الإرفاق بحال المقترض، ودفعاً لحاجته، ورفعاً للضرر عنه، وفي ذلك موافقة لمقاصد الشريعة في رفع الحرج والضرر، والتيسير على الناس.

(1) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده - كما في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث بن أبي أسامة للهيثمي،

(تح: حسين الباكري، ط1، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنور، 1992م) -، كتاب البيوع، باب في القرض يجر المنفعة، 500/1، برقم: (735)، وابن حجر في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، كتاب البيوع، باب القرض، 80-79/3، برقم: (1235)، قال الموصلي في المغني عن الحفظ والكتاب- (ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ) - : «لم يصح فيه شيء عن النبي ﷺ»، 403/2، قال ابن حجر في تلخيص الحبير: «وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي»، 80/3، وانظر: نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 452/5.

(2) ينظر: المهذب: للشيرازي، 85/2، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 72/2.

(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لتركيا الأنصاري، 42/2، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 199/4.

المسألة الثانية

اشتراط ما ينافي مقتضى الرهن

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « فكل شرط مناف لمقتضى العقد كشرط الراهن أن الرهن يبقى بيده، أو أنه لا يعاد إليه، أو أنه لا يباع في الدين المرهون فيه، أو أنه إن مضت مدة خرج من الرهن؛ فإن الرهن يبطل بذلك كله، فإن مات الراهن أو فأس دخل الغرماء كلهم في الرهن»⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

لا خلاف بين فقهاء الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في بطلان الشروط المنافية لمقتضى الرهن ابتداءً؛ لكنهم اختلفوا في حكم الرهن بهذه الشروط على قولين:

القول الأول: لا يبطل الرهن باشتراط ما ينافي مقتضاه، وهو قول الحنفية⁽⁶⁾، ووجهه عند الشافعية إذا كان الشرط زيادة في حق المرتهن، مثل: أن يرهنه شيئاً بشرط أن يباع قبل محل الحق، أو على أن يباع بأي ثمن كان وإن كان أقل من ثمن مثله⁽⁷⁾، ووجهه عند الحنابلة إذا كان الشرط زيادة في حق المرتهن⁽⁸⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 389.

(2) البحر الرائق: لابن نجيم، 204/6، ورد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 250/5.

(3) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب، ص 1158-1159، وعقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 770/2.

(4) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 45-46/6، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 216/13.

(5) المغني: لابن قدامة، 286/4، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 421/4.

(6) تبيين الحقائق: للزيلعي، 131/4، والبحر الرائق: لابن نجيم، 204/6.

(7) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 46/6، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 216/13.

(8) المغني: لابن قدامة، 286/4، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 91/2.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنّ الشروط الفاسدة من باب الربا ويختص بالمبادلة المالية، والرهن ليس بمعاوضة مالية، فلا تؤثر فيه الشروط الفاسدة⁽¹⁾.

❖ عند الشافعية في وجه:

◆ أنّ المقصود من الرهن الوثيقة، وهذه الشروط لا تقدر في الوثيقة؛ لأنّها زيادة في حق المرتهن، بخلاف الشروط التي تقتضي نقصاناً في حق المرتهن⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة في وجه:

◆ حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « لا يُغلق الرهن⁽³⁾ »⁽⁴⁾، وهو مشروط فيه شرط فاسد، ولم يحكم بفساده⁽⁵⁾.

القول الثاني: يبطل الرهن باشتراط ما ينافي مقتضاه، وهو قول المالكية⁽⁶⁾، والشافعية⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾.

(1) تبين الحقائق: للزيلعي، 134-133/4، والبحر الرائق: لابن نجيم، 204/6.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 46/6، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 216/13.

(3) لا يغلق الرهن: لا يمنع من فكه، أي: يكون بما فيه، وإن زاد، إذا لم يوفه صاحبه حقه إلى أجله، وهو شيء كانت الجاهلية تفعله. ينظر: التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة: للقاضي عياض، 1778/3.

(4) أخرجه ابن ماجة في سننه- (تح: شعيب الأرنؤوط، وغيره، ط1، دار الرسالة العالمية، 2009م)- في الرهن، باب لا يغلق الرهن، 508/3، برقم: (2441)، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، 437/3-438، برقم: (2920)، وقال فيه: وهذا إسناد حسن متصل، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، 58/2، برقم: (2315)، وقال فيه: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(5) المغني: لابن قدامة، 286/4، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 91/2.

(6) عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 770/2، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 243/5.

(7) بحر المذهب: للرويانى، 323/5، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمري، 45-46/6.

(8) المغني: لابن قدامة، 286/4، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 91/2.

ووجه ذلك:

❖ عند المالكية:

◆ أن كل شرط يناقض مقتضى العقد، ويغير مجبه فهو مفسد له⁽¹⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أنها تنافي مقتضى عقد الرهن، وتمنع مقصوده، وهو الاستيثاق بالحق⁽²⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن العاقد بذل ملكه بهذا الشرط، فإذا لم يسلم له، لم يصح العقد؛ لعدم الرضى به بدون⁽³⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في أثر الشروط الفاسدة على العقد، فمن ذهب إلى عدم فساد الرهن بهذه الشروط نظر إلى أن الرهن لا يختص بالمبادلة المالية، فلا يبطل بالشروط الفاسدة، ومن قال بفساده نظر إلى أن هذه الشروط تخالف المقصد الأصلي للرهن، وهو الاستيثاق بالحق، فبطل الرهن بها.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن الراجح في هذه المسألة هو القول الثاني القائل ببطلان الرهن إذا شرط فيه ما يخالف مقتضاه؛ لأنّ هذه الشروط تمنع المقصد من الرهن وهو الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، والله أعلم.

(1) عقد الجواهر الثمينة: لابن شاس، 770/2.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 45/6.

(3) المغني: لابن قدامة، 286/4، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 421/4.

المطلب الرابع

مسائل في العارية والوديعة

المسألة الأولى: اشتراط عدم الضمان في العارية

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «فإن شرط المستعير على المعير نفي الضمان فيما يغاب عليه⁽¹⁾ ففي ذلك طريقان: الأولى لابن الجلاب⁽²⁾ وابن رشد وغيرهما: أن شرطه باطل والضمان له لازم، وقال ابن الجلاب في كتاب العارية: ومن استعار ما يغاب عليه على أنه لا ضمان عليه فالشرط باطل وهو ضامن⁽³⁾... الطريقة الثانية: للخمي والمازري، وقد تقدم في كلام اللخمي في مسألة الرهن أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه لا ضمان على المستعير إذا شرط نفي الضمان...»⁽⁴⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

أجمع الفقهاء على أن العارية إن تلفت بالتعدي من المستعير فإنّه يضمنها⁽⁵⁾؛ لكنهم اختلفوا في حكم شرط المستعير على المعير نفي الضمان، ومذاهبهم في ذلك كما يلي:

- (1) ما يغاب على المستعير: ما يمكنه إخفاؤه كالطلي والثياب. ينظر: مناهج التحصيل: للرجراجي، 258/9
- (2) عبيد الله بن الحسن بن الجلاب، أبو القاسم، من أهل العراق، تفقه بالأبيهرى وغيره، وكان من أحفظ أصحابه، له كتاب في مسائل الخلاف، وكتاب التفرع في المذهب، توفي سنة (378هـ). ينظر: ترتيب المدارك: للقاضي عياض، 76/7، والديباج المذهب: لابن فرحون، 463/1.
- (3) هذا الذي نسبه الحطاب لابن الجلاب، ووثقه المحقق من التفرع، والذي اطلعت عليه في التفرع أن ابن الجلاب لم يذكر حكم اشتراط المستعير نفي الضمان؛ بل الذي جاء عنه في ضمان العارية: «ومن استعار متاعاً يغاب عليه وأدعى تلفه ضمنه ولم يقبل منه في ذلك قوله إلا ببينة، فإن قامت له البينة على تلفه ففيها روايتان: إحداها: أنه يسقط عنه الضمان. والأخرى: أنه لا يسقط عنه». ينظر: التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس: لابن الجلاب، (تح: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007م)، 285/2-286.
- (4) تحرير الكلام: للحطاب، ص393، وانظر: التبصرة: للخمي، 5687/12، والمقدمات: لابن رشد، 473-472/2، وشرح التلقين: للمازري، 411/3.
- (5) الاجماع: لابن المنذر، ص148.

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ- مذهب الحنفية والشافعية:

يرى الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾ أنّ اشتراط المستعير على المعير نفي الضمان فيما استعاره باطل لا يعتد به.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ العارية أمانة، ويضمنها المستعير بالتعدي، وبالتالي فشرط الضمان وعدمه سواء⁽³⁾.

جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: «الشرط وغير الشرط سواء⁽⁴⁾؛ لأنّ اشتراط الضمان على الأمين باطل»⁽⁵⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أنّ العارية مضمونة بالقبض بكل وجه، وإن نفي شرط ضمانها⁽⁶⁾.
جاء في الحاوي الكبير: «أنّ كل عقد كان مضموناً كالعواري لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه⁽⁷⁾؛ لأنّ العقود معتبرة بما استقر من أحكام أصولها، ولا يغير الشرط الأصل عن حكمه»⁽⁸⁾.

(1) البحر الرائق: لابن نجيم، 281/7، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: لابن عابدين، (دار المعرفة، بلا ط، ت)، 80/2.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 205/14.

(3) ينظر: البحر الرائق: لابن نجيم، 281/7، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 679/5.

(4) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: لابن عابدين، 80/2.

(5) " اشتراط الضمان على الأمين باطل " قاعدة فقهية، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 287/11، وموسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البورنو، 404/1.

(6) المجموع شرح المذهب: للنووي، 205/14، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، 421/5.

(7) " كل عقد كان مضموناً لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه " قاعدة فقهية، ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: للندوي، (دار عالم المعرفة، 1999)، 309/2.

(8) الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7.

ب- مذهب المالكية⁽¹⁾:

إذا شرط المستعير على المعير نفي الضمان فيما يغاب عليه فقد اختلف النقل في المذهب في إثبات الخلاف ونفيه بين ابن القاسم وأشهب، وتحرير ذلك كما يلي: نقل عنهما اللخمي والمازري إعمال الشرط في العارية وإن اختلفا في الرهن؛ لأنّ العارية معروف، وإسقاط الضمان معروف ثان بخلاف الرهن⁽²⁾.

■ جاء في التبصرة: « فأشبهه العارية إذا شرط ألاّ ضمان على المستعير، فاتفق ابن القاسم وأشهب ألاّ ضمان عليه؛ لأنّ العارية معروف، وإسقاط الضمان معروف ثان⁽³⁾».

■ وجاء في شرح التلقين: « واتفقا على أنّ اشتراط إسقاط الضمان في العواري يجب أن يوفى به، والذي فرّق بينهما بين العواري والرهنان في هذا، إنّما رأى أنّ الرهنان لها حصة في المعاوضات، وأمّا العواري فلا عوض فيها، وإنّما هي هبة ومعروف، فإسقاط الضمان فيها معروف على معروف، فلا يُمنع⁽⁴⁾».

ومن ثمّ نقل ابن رشد والرجراجي وغيرهما عنهما إهمال الشرط في العارية، وإعماله في الصانع عند أشهب.

■ جاء في المقدمات: « فإنّ اشتراط المستعير ألاّ ضمان عليه فيما يغاب عليه، فشرطه باطل، وعليه الضمان قاله ابن القاسم في بعض روايات المدونة⁽⁵⁾، وهو أيضا في

(1) فرق المالكية في مسألة الضمان في العارية بين ما يغاب على المستعير أي: ما يمكنه إخفاؤه كالحلي والثياب، وبين ما لا يغاب عليه أي: مالا يمكنه إخفاؤه كالعقار والحيوان، والمشهور من المذهب أنّ المستعير يضمن فيما يغاب عليه، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه إلاّ إذا فرط. ينظر: مناهج التحصيل: للرجراجي، 258/9، وبداية المجتهد: لابن رشد، 97/4.

(2) التبصرة: للخمي، 5687/12، وشرح التلقين: للمازري، 411/3.

(3) التبصرة: للخمي، 5687/12.

(4) شرح التلقين: للمازري، 411/3.

(5) لم أفق على قول ابن القاسم في المدونة.

العتبية لأشهب وابن القاسم من رواية أصبغ عنهما في بعض الروايات من كتاب العارية⁽¹⁾، وعلى ما حكى ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب في الصانع يشترط ألا ضمان عليه أن شرطه جائز، ولا ضمان عليه، ينفعه الشرط في العارية؛ لأنه إذا أُلزم في الصانع فأحرى أن يلزم في المستعير؛ لأنّ المعير إذا أعاره على ألا ضمان عليه فقد فعل المعروف معه من جهتين، فالأظهر إعمال الشرط وما لإسقاطه وجه، إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه، فلا يلزم على أحد القولين⁽²⁾.

■ جاء في مناهج التحصيل ما نصه: «فإن اشترط المُستعير سقوط الضمان فيما فيه الضمان، فهل يوفى له بعهدة شرطه، أم لا؟ فالمذهب على قولين: أحدهما: أنّ الشرط باطل، والضمان لازم، وهو قول ابن القاسم في بعض المدونة⁽³⁾، وهو قول أشهب، وابن القاسم في العتبية⁽⁴⁾.

والثاني: أنه يوفى له بعهدة شرطه، ويسقط عنه الضمان، وهو قول أشهب في الصانع يشترط الضمان عليه أنّ شرطه جائز، ولا ضمان عليه، فإذا أسقط الضمان عن الصانع بذلك الشرط، فأحرى أن يُلزم في المستعير إذا أعاره على أن لا ضمان عليه؛ لأنه قد فعل المعروف معه من جهتين⁽⁵⁾.

قال الحطاب:

« ويفهم من كلام ابن رشد أنّ الأشهر عن أشهب أنّ الشرط ينفعه، ولعلّ ابن القاسم له قولان أيضاً، فالذي تحصل من هذا أنّ المشهور عن ابن القاسم بطلان الشرط في الرهن والعارية، وعن أشهب أنّ الشرط جائز فيهما، وقد صرح الرجراجي في باب الرهن: بأنّ المشهور من المذهب أنّ الضمان في العارية لا يسقط عن المستعير بشرطه⁽⁶⁾.

(1) ينظر: العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 334/15.

(2) المقدمات: لابن رشد، 472/2-473.

(3) لم أقف على قول ابن القاسم في المدونة.

(4) ينظر: العتبية: لمحمد العتبي مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، 334/15.

(5) مناهج التحصيل: للرجراجي، 261/9.

(6) نص الرجراجي: « مشهور المذهب فيها أنّ الضمان لا يسقط عن المستعير بشرطه؛ لأنّ ذلك من باب إسقاط ←

وأما قول ابن رشد إنّه لا وجه لإسقاط الشرط في العارية... إلخ فغير ظاهر؛ لأنّ ابن القاسم لم يعلل ذلك إلاّ بكون الشرط مخالفاً لأصل السنة في العقد، فلا حاجة إلى تخريجه على إسقاط الحق قبل وجوبه؛ بل الظاهر أنّه لم يُخَرِّج علي ذلك؛ لأنّ الحق المسقط الذي هو ضمان المرتهن ترتب عليه بقبضه للرهن» (1).

ج- مذهب الحنابلة:

إذا شرط المستعير على المعير نفي الضمان في العارية فقد اختلف الحنابلة على قولين:

القول الأول: الشرط باطل والضمان لازم، وهو المذهب عند الحنابلة (2).

ووجه ذلك:

♦ أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط (3) كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد (4).
القول الثاني: الشرط صحيح، والضمان غير لازم، وهو قول أبي حفص العكبري (5) من الحنابلة (6).

ووجه ذلك:

♦ أنّه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها.

← الشيء قبل وجوبه، وهو أصل مختلف فيه». مناهج التحصيل، 270/8.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 395-396.

(2) المغني: لابن قدامة، 164/5، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 112/6.

(3) قاعدة فقهية، ينظر: المغني: لابن قدامة، 165/5، وموسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البزؤونو، 450/8، وص 225 من البحث.

(4) المغني: لابن قدامة، 164/5، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 366/5.

(5) عمر بن إبراهيم بن عبد الله، أبو حفص، المعروف بابن المسلم، فقيه حنبلي، له اختيار في المذهب، وله العديد من التصانيف منها: المقنع، وشرح الخرقى، والخلاف بين أحمد ومالك، وغيرها، توفي سنة (387هـ). ينظر: طبقات الحنابلة: لابن أبي يعلى، (تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت)، 160/2-163، والوافي بالوفيات: للصفدي، (تح: حمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، 2000م)، 253/22.

(6) ابن قدامة: المغني، 164/5، عبد الرحمن بن قدامة: الشرح الكبير على متن المقنع، 366/5.

♦ أن الضمان حقه، فسقط بإسقاطه، كالوديعة⁽¹⁾ التي تعدى فيها⁽²⁾.

وأجيب على استدلاله:

هناك فارق بين إسقاط الضمان بالشرط، وبين الإذن في الإتلاف، فإن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه، ويسقط حكمه، إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه، وليس ذلك للمالك، ولا يملك الإذن فيه⁽³⁾.

ثالثاً: خلاصة المسألة:

بعد عرض المسألة ومذاهب الفقهاء فيها يتبين لي اتفاق فقهاء الحنفية، والمالكية على المشهور، والشافعية، والحنابلة في المذهب على عدم صحة اشتراط نفي الضمان في العارية؛ لما فيه من منافاة لطبيعة العقد التي تقتضي أن المستعير يضمن العارية عند التعدي أو التصير، وإن شرط عدم الضمان، والله أعلم.

(1) الوديعة لغة: من الودع، وهو الترك، أي: متروكة عند الوديع، واصطلاحاً: مالٌ وُكِّلَ على حِفْظِهِ. ينظر: المصباح

المنير في غريب الشرح الكبير: للفيومي، 653/2، مادة (ودع)، وأسهل المدارك: للكشناوي، 32/3.

(2) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 214/2، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 366/5.

(3) المغني: لابن قدامة، 165/5.

المسألة الثانية

اشتراط الضمان في الوديعة

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: « إذا شرط ربّ الوديعة على المُودَع أن يضمنها إذا ضاعت فشرطه باطل كما تقدم في كلام ابن يونس؛ لأنّه مخالف لأصل سنتِ الوديعة، وصرح بذلك الشيخ خليل في مختصره»⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا شرط رب الوديعة على المُودَع أن يضمنها إذا ضاعت فلا خلاف بين الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ في بطلان الشرط، وعدم لزوم الضمان.

جاء في الإشراف على مذاهب العلماء: « وإذا شرط المُودَع على المُودَع أنّه ضامن للوديعة، فلا ضمان عليه»⁽⁶⁾.

وجاء في كتاب اختلاف الأئمة العلماء: «واتفقوا على أنّه إذا أودعه على شرط الضمان فإنّه لا يضمن، والشرط باطل»⁽⁷⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص398، وانظر: الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 365/18، ومختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، ص226.

(2) الجوهرة النيرة: للحدادي، 307/1، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر، 268/2.

(3) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، 626/2، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 365/18.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 181/2.

(5) المغني: لابن قدامة، 437/6، وكشاف القناع: للبهوتي، 168/4.

(6) الإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر، 347/6.

(7) اختلاف الأئمة العلماء: لابن هبيرة، (تح: السيد يوسف أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م)، 10/2.

◆ الوديعه أمانة في يد المودع⁽¹⁾، واشتراط الضمان على الأمين باطل⁽²⁾.

❖ عند المالكية:

◆ الوديعه من الأمانات، وشرط ضمانها يخرجها عن حقيقتها، ويخالف ما يوجبها

الحكم⁽³⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أن كل عقد كان أمانة كالوديعه والمضاربة لم يصر مضموناً باشتراط

الضمان⁽⁴⁾.

◆ أنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو شرط ضمان ما

يتلف في يد مالكة؛ لأنه أقامه مقام نفسه، وكالمضمون لا يصير أمانة

بالشرط⁽⁵⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه⁽⁶⁾؛ لأن مقتضى العقد كونه

أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه

كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة⁽⁷⁾.

(1) ينظر: البحر الرائق: لابن نجيم، 274/7، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 663/5.

(2) قاعدة فقهية، ينظر: ص 225 من البحث.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل، 209/6، وشرح مختصر خليل للخرشي، 111/6.

(4) قاعدة فقهية، ينظر: الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7، وص 225 من البحث.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 45/7، والمجموع شرح المذهب: للنووي، 180/14.

(6) قاعدة فقهية، ينظر: المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، ص 225 من البحث.

(7) المغني: لابن قدامة، 437/6، والشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، 366/5.

المطلب الخامس

مسائل في الوقف والهبة

المسألة الأولى: اشتراط العمارة على الموقوف عليه

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: «إذا شرط الواقف عمارة⁽¹⁾ ما خرب من الوقف على المستحقين للوقف؛ فإن الشرط يبطل، ويعمر من غلته، وكما إذا شرط الواقف أن لا يبدأ بإصلاح الوقف ونفقتة»⁽²⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

إذا اشترط الواقف عمارة ما خرب من الوقف على المستحقين له، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يصح اشتراط الواقف عمارة الوقف على المستحقين له، وهو مذهب الحنفية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

◆ أن العمارة على من له السكنى، ولو بدون شرط؛ لأن هذا يقتضيه مطلق

(1) العمارة في اللغة ما يعمر به المكان، يقال: عمر الله بك منزلك؛ وأعمره جعله أهلاً عامراً بك، ومكان عامر ذو عمارة، واصطلاحاً: القيام بما يصلح العقار، أو البناء من إحياء الأرض، وترميم البناء، وتجسيصه، وغير ذلك ممّا يصلحه عرفاً. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 604/4، مادة (عمر)، والموسوعة الفقهية الكويتية، 298/30.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص400.

(3) تبيين الحقائق: للزيلعي، 327/3، والبحر الرائق: لابن نجيم، 234/5.

(4) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، 473/2، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشربيني، 364/2.

(5) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 172/5، وكشاف القناع: للبهوتي، 266/4.

العقد؛ لأنه هو المنتفع بها⁽¹⁾، والغرم بالغرم⁽²⁾.

جاء في رد المحتار على الدر المختار: «ولو كان الموقوف داراً فعمارته على من له السكنى، ولو متعدداً من ماله، لا من الغلة؛ إذ الغرم بالغرم»⁽³⁾.

❖ عند الشافعية:

◆ أن العمارة واجبة بمقتضى العقد، وتجب بالشرط حيث شرطت، أي: سواء شرطها من ماله، أو من مال الوقف، أو على المستحقين له.

◆ أن شرط العمارة على الموقوف عليه غير مناف للوقف؛ لأنه قيد استحقاقه لسكانه بأن يعمر ما انهدم منه⁽⁴⁾.

جاء في فتاوى الرملي: «وشرط الواقف العمارة على الساكن معمول به؛ لأنه كنص الشارع»⁽⁵⁾.

❖ عند الحنابلة:

◆ أن العمارة واجبة بمقتضى العقد، وتجب بالشرط حيث شرطت⁽⁶⁾.

جاء في مطالب أولي النهى: «فإن شرطها أي: العمارة واقف عمل به أي: بالشرط على حسب ما شرط؛ لوجوب اتباع شرطه»⁽⁷⁾.

(1) تبيين الحقائق: للزيلعي، 327/3، ورد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 373/4.

(2) " الغرم بالغرم " قاعدة فقهية، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 144/8، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: لمحمد الزحيلي، 543/1.

(3) رد المختار على الدر المختار: لابن عابدين، 373/4.

(4) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لذكري الأنصاري، 473/2، وفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب "المعروف بحاشية الجمل": لسليمان الجمل، (دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت)، 592/3-593.

(5) فتاوى الرملي، 80/3.

(6) كشف القناع: للبهوتي، 266/4، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحبياني، 342/4.

(7) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحبياني، 342/4.

القول الثاني: يصح الوقف، ويبطل الشرط، وهو مذهب المالكية⁽¹⁾.

ووجه ذلك:

♦ بطلان الشرط: لأنه كراء مجهول، فبطل؛ لأنّ البطلان منصبّ عليه.

♦ صحة الوقف: لأنه فات في سبيل الله، فلا يشبه البيوع⁽²⁾.

جاء في تهذيب المدونة ما نصه: « ومن حبس داراً على رجل وعلى ولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما رث⁽³⁾ منها من ماله، لم يجز، وهو كراء مجهول، ولكن يمضي ذلك ولا مرمّة⁽⁴⁾ عليه، وترمّ من غلتها، وقد فاتت في سبيل الله ولا يشبه البيوع »⁽⁵⁾.

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعلّ سبب الخلاف في المسألة راجع إلى اختلافهم في شرط العمارة هل هو تملك للمنفعة، أم عوض عن استحقاق المنفعة، فمن نظر إليه أنّه تملك للمنفعة قال: بجواز الشرط والوقف، ومن نظر إليه أنّه عوض عن استحقاق المنفعة قال: بعدم جوازه.

رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أنّ الراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل: بصحة اشتراط عمارة الوقف على الموقوف عليه؛ لأنه يملك المنفعة بهذا الشرط، وإن لم يحتج إلى عمارة استحق الانتفاع بلا مقابل، وإن احتاجت إلى عمارة وترميم كان انتفاعه منها مشروطاً بهذا الشرط، والله أعلم.

(1) المدونة: لسحنون، 422/4، والجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، 544/19.

(2) التاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 660/7، وشرح مختصر خليل للخرشي، 93/7.

(3) الرث: الخلق الحسب البالي من كلّ شيء. تقول: ثوب رث، وحبل رث. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 151/2، مادة (رث).

(4) المرمّة: من الرّم، وهو إصلاح الشيء الذي فسد بعضه من نحو حبل يبلى فتزمّه، أو دار ترم شأنها مرمّة، ورمّ الأمر إصلاحه بعد انتشاره. ينظر: لسان العرب: لابن منظور، 251/12، مادة (رم).

(5) التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، 328/4.

المسألة الثانية

اشتراط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الهبة

أولاً: نص المسألة:

قال الحطاب رحمته الله: ((واختلف فيمن وهب لرجل هبة، أو تصدق على رجل بصدقة، على أنه لا يبيع ولا يهب على خمسة أقوال ذكرها ابن رشد...))⁽¹⁾.

ثانياً: تحرير المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الهبة على خمسة أقوال:

القول الأول: يبطل الشرط وتصح الهبة، وهو قول الحنفية⁽²⁾، ورواية عن مالك⁽³⁾، والأظهر عند الحطاب من المالكية⁽⁴⁾، وقول عند الشافعية⁽⁵⁾، والصحيح عند الحنابلة⁽⁶⁾.

ووجه ذلك:

❖ عند الحنفية:

- ◆ بطلان الشرط: أنّ هذه الشروط لا يقتضيها العقد.
- ◆ صحة الهبة: أنّ كل عقد من شرطه القبض، فالشرط لا يفسده⁽⁷⁾ كالهبة والرهن⁽⁸⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص401، وانظر: البيان والتحصيل: لابن رشد، 440/13.

(2) تحفة الفقهاء: للسمرقندي، 161/3، وبدائع الصنائع: للكاساني، 117/6.

(3) البيان والتحصيل: لابن رشد، 440/13، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عليش، 175/8.

(4) تحرير الكلام: للحطاب، ص401.

(5) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 122/8، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 375/5.

(6) المغني: لابن قدامة، 47/6، والمبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 196/5، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 134-133/7.

(7) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرعيناني، 228/3، الجوهرة النيرة: للحدادي، 331/1.

(8) " كل عقد من شرطه القبض، فالشرط لا يفسده " قاعدة فقهية، ينظر: الجوهرة النيرة: للحدادي، 331/1.

❖ عند المالكية:

- ◆ بطلان الشرط: أنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لما فيه من التحجير على الموهوب له⁽¹⁾.
- ◆ صحة الهبة: القياس على مسألة تحبب الدار واشتراط ترميمها على المحبس عليه في بطلان الشرط، وصحة العقد⁽²⁾.

❖ عند الشافعية في قول:

- ◆ بطلان الشرط: أنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأنه لم يطلق التصرف في الموهوب، ومقتضى الهبة التصرف.
- ◆ صحة الهبة: أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد، بخلاف البيع؛ لأن الشرط فيه يورث جهالة في الثمن، فيفسد به⁽³⁾.

❖ عند الحنابلة في الصحيح:

- ◆ بطلان الشرط: أنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأن مقتضى الملك التصرف المطلق، والحجر فيه مناف لمقتضاه.
- ◆ صحة الهبة: القياس على صحة البيع بالشروط المنافية لمقتضاه، ببطلان الشرط، وصحة البيع⁽⁴⁾.

القول الثاني: يبطل الشرط والعقد، وهو المشهور عند المالكية إلا أن يزيل الواهب

الشرط⁽⁵⁾، والمشهور عند الشافعية⁽⁶⁾، وقول عند الحنابلة⁽⁷⁾.

(1) تحرير الكلام: للحطاب، ص 404.

(2) البيان والتحصيل: لابن رشد، 440/13.

(3) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 372/5، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب: لذكريا الأنصاري، 480/2.

(4) كشف القناع: للبهوتي، 307/4، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحباني، 369/4.

(5) البيان والتحصيل: لابن رشد، 440/13، والمعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، (إشراف: محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الملكة المغربية، 1981م)، ص 172.

(6) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 122/8، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 375/5.

(7) المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، 196/5، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 134-133/7.

ووجه ذلك:

❖ عند المالكية في المشهور:

◆ ما جاء في البيان والتحصيل: «إنَّ الهبة والصدقة لا تجوز، إلا أن يشاء الواهب أو المتصدق أن يبطل الشرط ويمضي الصدقة أو الهبة، فإن مات الواهب أو الموهوب له أو المتصدّق، أو المتصدّق عليه، بطلت الصدقة أو الهبة، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية، ومثله قول ابن القاسم...» (1).

❖ عند الشافعية في المشهور:

◆ أنّه شرط فاسد، فأفسد الهبة، كما لو شرط ألا يسلم المبيع في البيع (2).

❖ عند الحنابلة في قول:

◆ أنّه شرط فاسد، فأفسد الهبة؛ لأنّه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه (3).

القول الثالث: أنّ الواهب مخير بين أن يسترد هبته، أو يترك شرطه، وورثته بعده، ما لم ينقض أمده بموت الموهوب له، فيكون ميراثاً عنه، وهو قول ابن القاسم، وأصبع من المالكية (4).

ووجه ذلك:

◆ القياس على ما جاء عن ابن القاسم في المدونة في مسألة الفرس (5) يحبس على الرجل، ويشترط على المحبس عليه حبسه وعلفه فيها، في تخيير صاحبه الذي حبسه في أن يضع الشرط، أو قيمة ما أنفق المحبس عليه، ويأخذ فرسه، على أن الفرس مئلك لا حبس عليه، فالهبة والصدقة على هذا القول على الإجازة ما لم

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد، 440/13.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمرائي، 122/8، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 375/5.

(3) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 134-133/7، وكشاف القناع: للبهوتي، 307/4.

(4) المدونة: لسحنون، 422/4، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 441-440/13.

(5) قال ابن القاسم: "أرى في الفرس أنّه يخير صاحبه الذي حبسه، فإن أحب - إن لم يفت الأجل - أن يضع الشرط ويبنته لصاحبه فعل أو يدفع إليه ما أنفق ويأخذ فرسه، فإن فات الأجل لم أر أن يرد، وكان للذي بتل له بعد السنة بغير قيمة"، ينظر: المدونة: لسحنون، 422/4.

يردها الواهب أو ورثته بعده قبل فواتها كانقضاء أمد الشرط، وهو موت الموهوب له؛ لآته حجر عليه الهبة والبيع طول حياته⁽¹⁾.

القول الرابع: أن الشرط عامل، والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه، بمنزلة الحبس، لا يبيع ولا يهب حتى يموت، وإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو الراجح عند المالكية⁽²⁾، واختاره اللخمي من المالكية⁽³⁾ وأظهر الأقوال وأولاهها بالصواب عند ابن رشد من المالكية⁽⁴⁾.

ووجه ذلك:

♦ أن الرجل له أن يفعل في ماله ما شاء، إن شاء بنته⁽⁵⁾ للموهوب له والمتصدق عليه من الآن، وإن شاء أعطاه المنافع خاصة طول حياته، وجعل المرجع بعد موته ليقضى من دينه ويرثه عنه ورثته بما له في ذلك من الغرض أن يستديم الانتفاع بما وهبه، وبدا إثر هبته عليه⁽⁶⁾.

القول الخامس: تكون حبساً على الموهوب له، أو المتصدق عليه بما شرط عليه من ألا يبيع ولا يهب، فإذا مات المتصدق عليه على هذا القول، رجع إلى المتصدق أو إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس بالمحبس، على اختلاف قول مالك في المدونة فيمن حبس على معين، وهو قول سحنون من المالكية⁽⁷⁾.

قال ابن رشد: «وقول سحنون في هذه المسألة معارض لقله في نوازله في الذي

(1) ينظر: المدونة: لسحنون، 422/4، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 441-440/13.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل، 172/7، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 110/7.

(3) التبصرة: لللخمي، 3516/8.

(4) البيان والتحصيل: لابن رشد، 441/13.

(5) البتل للموهوب له: أوجبها له وملكها ملكا لا يتطرق إليه نقض. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: لابن الأثير، 94/1.

(6) ينظر: التبصرة: لللخمي، 3516/8، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 441/13.

(7) البيان والتحصيل: لابن رشد، 442-441/13.

يتصدق على رجل بعبد على ألا يبيعه ولا يهبه» (1).

قال الحطاب:

« يعني أن القول بأن ذلك الشيء يكون حبساً، وهو ظاهر، وكذلك مسألة نوازل سحنون أعني من وهب لرجل عبداً، أو تصدق به عليه على ألا يبيعه ولا يهبه سنة، ثم هو له بعد السنة يصنع به ما شاء يجري فيها الأقوال الأربعة، ولا يجري فيها قول سحنون أنه حبس... وأجاز ابن كنانة هذا الشرط في الحبس والصدقة، وقال إنه لا يفسد الصدقة؛ بل يشدها، والمعنى عندي فيما ذهب إليه: أنه رآه شريكاً معه في رقبة العبد بما استثنى لنفسه من خدمته؛ ولذلك أجاز في الصدقة والحبس فأشار إلي أنها كالمسألة الأولى يجري فيها الأقوال الأربعة.

قلت: وأظهر الأقوال الأربعة الجاري على مذهب المدونة صحة الهبة والصدقة وبطلان الشرط؛ لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد؛ لما فيه من التحجير» (2).

ثالثاً: سبب الخلاف:

لعل سبب الخلاف في المسألة راجع إلى اختلاف الفقهاء في تأثير الشروط الفاسدة على العقود من حيث الصحة، والفساد، والتخيير بين الترك أو الفساد.

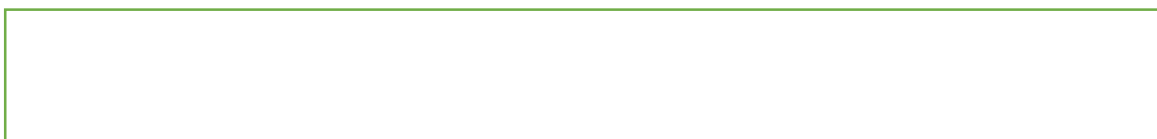
رابعاً: القول الراجح:

بعد عرض المسألة والأقوال الواردة فيها يتبين لي أن القول الراجح في المسألة هو القول الأول القائل بصحة الهبة وفساد الشرط؛ لأن مقتضى الملك التصرف المطلق، والحجر فيه مناف لمقتضاه، وصحة الهبة المشروط فيها ما ينافي مقتضاها مع فساد الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، والله أعلم.

(1) البيان والتحصيل: لابن رشد، 442/13.

(2) تحرير الكلام: للحطاب، ص 403-404.

الخطّمة



الخاتمة

لله الحمد والشكر والثناء الحسن، الذي يسر لي بمنه وكرمه الانتهاء من هذا البحث، وأعاني بتوفيقه وقدرته على تجاوز صعوباته، والتغلب على عقباته، وأسأله جلّ وعلا أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به كاتبه وقارئه، ومن أعان على إتمامه.

وفي ختامه أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها من خلاله:

- 1- الحطاب أول من تعرض لأحكام الالتزام ببحث مستقل جمع فيه مسائله المتفرقة وفق قواعد وأسس استخلصها من أمهات المصادر في المذهب المالكي بين من خلاله قواعد اللزوم وعدمه.
- 2- يعد كتاب تحرير الكلام الأول في أحكام الالتزام عند المالكية، والأساس في تأصيل النظريات الفقهية.
- 3- أن اللزوم وعدمه في إسقاط الحق قبل وجوبه يرجع إلى أمرين أساسيين هما:
 - طبيعة الحق ذاته من حيث قبوله للإسقاط سواء بعوض أو بغير عوض، فحقوق تقبل الإسقاط؛ لتوفر أركانها وشروطها عند من قال بسقوطها إذا أسقطت، وحقوق لا تقبل الإسقاط؛ سواء بعوض أو بغير عوض؛ لوجود مانع يمنع من إسقاطها؛ لكونها: لم تجب بعد ويترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية؛ لكونها شرعت بعد وجوبها.
 - طبيعة العقد لهذا الحق، فإذا كان العقد الذي أساسه الالتزام له شروط خاصة به، فإن اللزوم وعدمه فيه بحسب هذه الشروط، وإذا كان العقد التزاماً بمعناه الخاص عند المالكية وهو ما كان بلفظ الالتزام فهذا حكمه بما التزم به من حيث اللزوم وعدمه.
- 4- أن عدم اللزوم في الشروط المنافية لمقتضى العقد راجع إلى عدة أمور أهمها:
 - الغرر، والجهالة، والربا، وشبهة الربا، والضرر، والتنازع، والتحجير... إلخ

5- أنّ لعدم اللزوم بالشروط المنافية لمقتضى العقد آثاراً تترتب عليها، وتختلف باختلاف العقود (نكاح، بيع، قرض، رهن...) ونظرة الفقهاء للقصد منها (معاوضة، إرفاق، استيثاق، معروف...).

وأختم -كما بدأت- بحمد الله على نعمه التي لا تحصى، وصلى الله وسلم على نبينا وحبينا وإمامنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.



الفهارس الفنية

فهرس الآيات القرآنية .

فهرس الأحاديث والآثار .

فهرس الأعلام المترجم لهم .

فهرس القواعد الأصولية والفقهية .

فهرس المصطلحات الفقهية، والكلمات الغريبة .

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات

ن م	الآية	رقمها	السورة	الصفحة
1	﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلِيلَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رِيحَتْ بِجَنَرْتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ ﴾	16	البقرة	206
2	﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴾	275	البقرة	208
3	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾	59	النساء	56
4	﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا ﴾	127	النساء	71
5	﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾	128	النساء	139-97
6	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾	1	المائدة	58-57
7	﴿ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾	18	محمد	182
8	﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِّن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَن يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴾	1	الطلاق	202

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	حكمه	أخرجه/ذكره	الراوي الأعلى/صاحب الأثر	الحديث أو الأثر / طرفه
55	صحيح	مسلم	عائشة	«أَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى أَدْوَمُهَا، وَإِنْ قَلَّ...»
144	صحيح	البخاري	_____	«أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ...»
59-58	صحيح	البخاري ومسلم	عبد الله بن عمر	«إِذَا تَبَاعَ الرَّجُلَانِ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ...»
99	صحيح	مسلم	أبي سعيد الخدري	«أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ فِي ثَمَارٍ ابْتِاعَهَا...»
101	صحيح	مسلم	جابر بن عبد الله	«أَنَّ النَّبِيَّ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ...»
173	صحيح الإسناد ولم يخرجاه	الدارقطني والحاكم	_____	«أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ...»
99	صحيح	البخاري ومسلم	أنس بن مالك	«أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ...»
-128 132	صحيح	البخاري ومسلم	عائشة	«أَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ زَمْعَةَ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ...»
-194 216	صحيح	البخاري ومسلم	عائشة	«جَاءَنِي بَرِيرَةُ فَقَالَتْ: كَاتِبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ...»
71	صحيح	البخاري	عائشة	«الرَّجُلُ تَكُونُ عِنْدَهُ الْمَرْأَةُ، لَيْسَ بِمُسْتَكْبِرٍ مِنْهَا...»
220	لم يصح فيه شيء عن النبي ﷺ	الحارث بن أسامة وابن حجر	_____	«كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنَفَعَةً فَهُوَ رِبًا...»

77	صحيح	مسلم	جابر بن عبد الله	«قَضَى رَسُولُ اللَّهِ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَةٍ لَمْ تُقْسَمَ...»
215	—	مالك والبيهقي	عمر بن الخطاب	«لَا تَقْرَبُهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ»
222	إسناد حسن متصل	ابن ماجة والدراقطني	أبو هريرة	«لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ...»
101	صحيح	مسلم	جابر بن عبد الله	«لَوْ بَعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمْرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ...»
173	صحيح	مسلم	—	«لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ...»
172	—	ابن أبي شيبة والزيلعي	شريح	«نَكَلَ رَجُلٌ عِنْدَ شُرَيْحٍ عَنِ الْيَمِينِ، فَقَضَى شُرَيْحٌ عَلَيْهِ...»
-214 217	غريب	الطبراني وأبو حنيفة	—	«نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرْطٍ...»

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم	رم
20-17	أحمد بابا التُّبُكْتِي	.1
129	أبو إسحاق التتوسي	.2
86	أبو إسحاق المروزي	.3
227-226-224-166-115	أشهب	.4
237-227-121-112	أصبغ	.5
182	الأصمعي	.6
99	أنس بن مالك	.7
176-142-140-110	الباجي	.8
71	البخاري	.9
143	البرزلي	.10
26	بركات بن محمد	.11
195-194	بريرة	.12
125	ابن بشير	.13
195	ابن بطال	.14
139	ابن تيمية	.15
110-77	جابر ابن عبد الله	.16
63	الجرجاني	.17
224	ابن الجلاب	.18
162-159-146	ابن الحاجب	.19
167-94	ابن حبيب	.20
-171-167-129-115-110-91	أبو الحسن الصغير	.21
176-174		
228	أبو حفص العكبري	.22
-130-112-110-106-103-20	خليل	.23
230-147-143-138		
227-226-114-110	الرجراجي	.24

-119-118-113-103-50-41 -137-125-124-123-122-121 -176-175-163-162-161-143 238-228-227-226-224-177	ابن رشد	.25
21	الرهنوني	.26
22	الزرقاني	.27
161-160	زفر	.28
277-162-123	ابن أبي زيد	.29
214	زينب الثقفية	.30
239-238-162-161-160	سحنون	.31
169-95	ابن سريج	.32
175-171	ابن سعد	.33
99	أبو سعيد الخدري	.34
27	السلطان سليم	.35
91-90-89	ابن سلمون	.36
21	ابن سودة	.37
134-132-132-128	سودة بنت زمعة	.38
146	ابن شاس	.39
190	الشاطبي	.40
172	شريح بن الحارث	.41
21	الشيخ بناني	.42
158	الساوي	.43
-194-134-132-128-71-55 216	عائشة	.44
110	ابن عبد البر	.45
129	عبد الحق الصقلي	.46
199-138-132-80-65-20	ابن عبد السلام	.47
215-214	عبد الله بن مسعود	.48

112	عبد الوهاب البغدادي	.49
124-58	ابن العربي	.50
-162-153-130-124-110-20 179-178	ابن عرفة	.51
176-175-171	ابن العطار	.52
58	ابن عمر	.53
21	ابن غازي	.54
26	الغوري	.55
182-62-44	ابن فارس	.56
-113-112-103-94-80-41 -159 -124-123-119 -115 -179-167-166 162-161-160 237-228-227-226-224	ابن القاسم	.57
168-167-151-64	القرافي	.58
76	ابن القيم	.59
239-114	ابن كنانة	.60
-110-106-105-104-103-80 -130-124-123-115-113-111 238-226-224-136-135	اللخمي	.61
115	ابن الماجشون	.62
226-224-106	المازري	.63
100	الماوردي	.64
176	المتيطي	.65
27	محمد أبو نمي	.66
166-162	محمد بن الحسن	.67
162-140	محمد بن سحنون	.68

125-124	محمد بن عبد الحكم	.69
34	محمد بن ماياي	.70
34	محمد عيش	.71
20-18	محمد مخلوف	.72
33	ابن المرهل	.73
153-130	المشدالي	.74
142-140	المغيرة بن الحارث	.75
69	المقري	.76
71	ابن المنير	.77
136-135-124-94	ابن المواز	.78
112	ابن وهب	.79
212-166-162	أبو يوسف	.80
-162-143-142-140-110-80 230-175	ابن يونس	.81

فهرس القواعد الأصولية والفقهية

رقم	نص القاعدة	النوع	الصفحة
1.	الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد	فقهية	87
2.	اشتراط الضمان على الأمين باطل	فقهية	231-225
3.	الأصل في العقود اللزوم	فقهية	59
4.	الأمر يقتضي الوجوب مالم يصرفه صارف	أصولية	101
5.	التملك لا يقبل التعليق	فقهية	144
6.	الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها	فقهية	85
7.	الساقط لا يعود	فقهية	62
8.	الغنم بالغرم	فقهية	233
9.	كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط	فقهية	228
10.	كل عقد كان أمانة كالوديعة والمضاربة لم يصر مضموناً باشتراط الضمان	فقهية	231
11.	كل عقد كان مضموناً لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه	فقهية	225
12.	كل عقد من شرطه القبض، فالشرط لا يفسده	فقهية	235
13.	كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه	فقهية	231
14.	المعتبر في الجنائيات مآلها لا حالها	فقهية	165
15.	من لا يملك التجيز لا يملك التعليق	فقهية	79
16.	النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة	فقهية	198
17.	النهي يقتضي فساد المنهي عنه	أصولية	214

فهرس المصطلحات الفقهية والكلمات الغريبة

رقم	المصطلح/ الكلمة	القاموس	المادة	المصدر	الصفحة
1.	الإجارة	معجم مقاييس اللغة	آجر	أسهل المدارك	45
2.	أم الولد	_____	_____	شرح حدود ابن عرفة	83
3.	الأواقي	_____	_____	النهاية في غريب الحديث	194
4.	البتل	_____	_____	النهاية في غريب الحديث	238
5.	البيع	لسان العرب	بيع	شرح حدود ابن عرفة	45
6.	التسرر	لسان العرب	سرر	_____	140
7.	الجائحة	لسان العرب	جوح	شرح حدود ابن عرفة	92
8.	الجعل	المصباح المنير	جعل	شرح حدود ابن عرفة	52
9.	الحضانة	معجم مقاييس اللغة	حزن	شرح حدود ابن عرفة	53
10.	الحق المجرد	_____	_____	الفقه الإسلامي وأدلته	85
11.	الخلع	معجم مقاييس اللغة	خلع	القوانين الفقهية	65
12.	خيار الشرط	_____	_____	رد المحتار	85
13.	خيار العيب	_____	_____	شرح حدود ابن عرفة	86

85	الموسوعة الفقهية	_____	_____	خيار المجلس	.14
184	_____	_____	القاموس المحيط	الدابة اللبون	.15
77	إكمال المعلم	_____	_____	الربعة	.16
234	_____	رثث	لسان العرب	الرث	.17
184	شرح حدود ابن عرفة	رهن	المصباح المنير	الرهن	.18
165	طلبة الطلبة	_____	_____	السراية	.19
64	شرح حدود ابن عرفة	شفع	لسان العرب	الشفعة	.20
81	_____	شقص	لسان العرب	الشقص	.21
65	شرح حدود ابن عرفة	_____	_____	الصلح	.22
129	شرح حدود ابن عرفة	عور	لسان العرب	العارية	.23
232	الموسوعة الفقهية	عمر	لسان العرب	العمارة	.24
105	بداية المجتهد	_____	_____	العهد	.25
174	حاشية الصاوي	قرض	لسان العرب	القرض	.26
194	النهاية في غريب الحديث	_____	_____	الكتابة	.27
57	أسهل المدارك	كفل	معجم مقاييس اللغة	الكفالة	.28
222	التنبيهات	_____	_____	لا يغلق الرهن	.29
224	مناهج التحصيل	_____	_____	ما يغاب على المستعير	.30

218	شرح مختصر خليل	—	—	المتلي	.31
234	—	رمم	لسان العرب	المرمة	.32
94	—	—	القاموس المحيط	المشش	.33
218	درر الحكام	—	—	المقوم	.34
91	شرح حدود ابن عرفة	—	—	المواضعة	.35
51	أسهل المدارك	ندر	لسان العرب	الندر	.36
45	حاشية الصاوي	نكح	المصباح المنير	النكاح	.37
146	شرح حدود ابن عرفة	—	—	نكاح التفويض	.38
47	حاشية الصاوي	وهب	لسان العرب	الهبة	.39
54	شرح حدود ابن عرفة	—	—	هبة الثواب	.40
171	شرح التلقين	—	—	هدية المديان	.41
229	أسهل المدارك	ودع	المصباح المنير	الوديعة	.42
81	شرح حدود ابن عرفة	وعد	معجم مقاييس اللغة	الوعد	.43
57	شرح حدود ابن عرفة	وقف	المصباح المنير	الوقف	.44

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- 1. الإجماع: لابن المنذر، (محمد بن إبراهيم، المتوفى: 319هـ)، ط2، مكتبة الفرقان، عمان، 1999م.
- 2. أحكام القرآن: لابن العربي، (محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أبوبكر، المتوفى: 543هـ) تع: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
- 3. أحكام القرآن: للجصاص، (أحمد بن علي، أبوبكر الرازي، المتوفى: 370هـ)، تع: محمد صادق قماوي، بلاط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ.
- 4. إحياء علوم الدين: للغزالي، (محمد بن محمد، أبو حامد، المتوفى: 505هـ)، دار المعرفة، بيروت، بلاط، ت.
- 5. اختلاف الأئمة العلماء: لابن هبيرة، (يحيى بن هبيرة بن محمد، المتوفى: 560هـ) تع: السيد يوسف أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
- 6. الاختيار لتعليل المختار: للموصللي، (عبد الله بن محمود بن مودود، المتوفى: 683هـ)، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م.
- 7. الإرشاد إلى سبيل الرشاد: لمحمد الهاشمي، (محمد بن أحمد بن أبي موسى الشرف، المتوفى: 428هـ) ط1، مؤسسة الرسالة، 1997م.
- 8. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لابن عبد البر، (يوسف بن عبد الله بن محمد، المتوفى: 463هـ)، تع: سالم محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
- 9. الاستيعاب في معرفة الأصحاب: لابن عبد البر، (يوسف بن عبد الله بن محمد، المتوفى: 463هـ)، تع: علي البجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1992م.
- 10. أسد الغابة في معرفة الصحابة: لابن الأثير الجزري، (علي بن محمد بن عبد الكريم، أبو الحسن، المتوفى: 630هـ) تع: عادل عبد الموجود، علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.

11. أسنى المطالب شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، (نركريا بن محمد بن نركريا، المتوفى: 926هـ) تح: محمد تامر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
12. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك: للكشناوي، (أبو بكر بن حسن بن عبد الله، المتوفى: 1397هـ)، ط2، دار الفكر، بيروت.
13. الأشباه والنظائر: لابن نجيم، (نزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المتوفى: 970هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1980م.
14. الإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر، (محمد بن إبراهيم، المتوفى: 319هـ)، تح: أبو حماد الأنصاري، ط1، مكتبة مكة الثقافية، 2005م.
15. الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب، (عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، أبو محمد، المتوفى: 422هـ)، تح: الحبيب بن طاهر، ط1، دار ابن حزم، 1999م.
16. الإصابة في تمييز الصحابة: لابن حجر، (أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، المتوفى: 852هـ)، تح: علي البجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1412هـ.
17. إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي: للشنقيطي، (أحمد بن أحمد المختار الحكيني)، إدارة إحياء التراث، قطر، 1983م.
18. إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن القيم، (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، المتوفى: 751هـ)، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م.
19. أعلام ليبيا: للطاهر الزاوي، (الطاهر أحمد الزاوي، المتوفى: 1406هـ)، ط3، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004م.
20. الأعلام، للزركلي، (خير الدين بن محمود بن محمد بن علي، المتوفى: 1396هـ)، ط15، دار العلم للملايين، بيروت، 2002م.
21. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشربيني، (محمد بن أحمد الخطيب، المتوفى: 977هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت.
22. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، (موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، المتوفى: 968هـ)، تح: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت.

23. إكمال المعلم بفوائد مسلم: للقاضي عياض، (عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى، المتوفى: 544هـ)، تح: يحيى إسماعيل، ط1، دار الوفاء، مصر، 1998م.
24. الأم: للشافعي، (محمد بن إدريس بن العباس، أبو عبد الله، المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1990م.
25. إنشاء الالتزام في حقوق العباد: لحسن الغزالي، (حسن بن أحمد بن محمد)، ط1، دار عالم الكتب، الرياض، 2000م.
26. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، (علي بن سليمان بن أحمد، المتوفى: 885هـ)، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
27. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، (نزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المتوفى: 970هـ)، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بلا ت.
28. بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: للرويانى، (عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد، المتوفى: 502هـ)، تح: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م.
29. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، المتوفى: 595هـ)، دار الحديث، القاهرة، 2004م.
30. بدائع الصنائع: للكاساني، (أبو بكر بن مسعود بن أحمد، المتوفى: 587هـ)، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت 1986م.
31. بدائع الفوائد: لابن القيم، (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، المتوفى: 751هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا ط، ت.
32. بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث بن أبي أسامة: للهيثمي، (علي بن أبي بكر بن سليمان، المتوفى: 807هـ)، تح: حسين الباكري، ط1، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنور، 1992م.
33. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة: للسيوطي، (عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، المتوفى: 911هـ)، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، لبنان، بلا ط، ت.

34. **البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة: للفيروزآبادي**، (محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبوطاهر، المتوفى: 817هـ)، تح: محمد المصري، ط1، جمعية إحياء التراث الإسلامي، الكويت، 1407هـ.
35. **البنية شرح الهداية: للعيني**، (محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد، المتوفى: 855هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.
36. **البهجة في شرح التحفة: للتسولي**، (علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، المتوفى: 1258هـ)، صح: محمد عبد القادر شاهين ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
37. **البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني**، (أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، المتوفى: 558هـ)، تح: قاسم محمد النوري، ط1، دار المنهاج، جدة، 2000م.
38. **البيان والتحصيل: لابن رشد**، (محمد بن أحمد، أبو الوليد، المتوفى: 520هـ)، تح: محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
39. **التاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق**، (محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، المتوفى: 897هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
40. **تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون**، (إبراهيم بن علي بن محمد، المتوفى: 799هـ)، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م.
41. **التبصرة: للخمى**، (علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المتوفى: 478هـ)، تح: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2011م.
42. **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي: للزيلعي**، (عثمان بن علي بن محجن البارع، المتوفى: 743هـ)، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ.
43. **تحرير الكلام في مسائل الالتزام: للحطاب**، (محمد بن محمد بن عبد الرحمن، أبو عبد الله، المتوفى: 954هـ)، تح: عبد السلام الشريف، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1984م.
44. **تحرير المقالة شرح نظم نظائر الرسالة: للحطاب**، (محمد بن محمد بن عبد الرحمن، أبو عبد الله، المتوفى: 954هـ)، تح: أحمد سحنون، وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، 1998م.

45. تحفة الحبيب على شرح الخطيب: للبجيرمي، (سليمان بن محمد بن عمر، المتوفى: 1221هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م.
46. تحفة الفقهاء: للسمرقندي، (محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر، المتوفى، 540هـ)، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
47. تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر، (أحمد بن محمد بن علي، المتوفى: 974هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1983م.
48. تذكرة الحفاظ: للذهبي، (أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، المتوفى: 748هـ)، تح: زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
49. ترتيب المدارك: للقاضي عياض، (عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى، المتوفى: 544هـ)، تح: سعيد أحمد أعراب، ط1، مطبعة فضالة، المغرب، 1983م.
50. تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة: للصادق الغرياني، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2005م.
51. التعريفات: للجرجاني، (علي بن محمد بن علي، المتوفى: 816هـ)، تح: إبراهيم الأبياري، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405م.
52. التغيرات الحادثة على محل عقد البيع وأثرها على الالتزام: لإياد عبد الحميد نمر، ط1، دار النفائس، عمان، 2010م.
53. التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: لابن الجلاب، (عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم، المتوفى: 378هـ)، تح: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007م.
54. تكملة المشذالي (محمد بن أبي القاسم بن محمد، المتوفى: 866هـ) على تعليقة الوائوغي (محمد بن أحمد بن عمر، المتوفى: 819هـ) على تهذيب المدونة مع هامش تعليقة الوائوغي على تهذيب المدونة، تح: أحمد عبد الكريم، حافظ عبد الرحمن، ط1، 2014م.
55. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لابن حجر، (أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، المتوفى: 852هـ)، تح: أبو عاصم بن قطب، ط1، مؤسسة قرطبة، مصر، 1995م.

56. تلخيص المستدرك: للذهبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، المتوفى: 748هـ) مع المستدرك على الصحيحين: للحاكم، (الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، المتوفى: 405هـ)، تح: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
57. تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب: لابن عبد السلام، من كتاب التفتيس إلى كتاب الشركة، (محمد بن عبد السلام الهوامي، المتوفى: 749هـ)، دراسة وتحقيق: عبد الله علي شعبان، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة طرابلس/ ليبيا، 2004م، من النسخة الإلكترونية (pdf).
58. تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب: لابن عبد السلام، كتاب النكاح، (محمد بن عبد السلام الهوامي، المتوفى: 749هـ)، دراسة وتحقيق: رمضان مسعود بن عسكر، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة طرابلس/ ليبيا، 2005م، من النسخة الإلكترونية (pdf).
59. التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختطة: للقاضي عياض، (عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى، المتوفى: 544هـ)، تح: محمد الوثيق، عبد النعيم حميتي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2011م.
60. تهذيب التهذيب، لابن حجر، (أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، المتوفى: 852هـ)، ط1، دار الفكر، بيروت، 1984م.
61. التهذيب في اختصار المدونة: لأبي سعيد البراذعي، (خلف بن أبي القاسم محمد، المتوفى: 372هـ)، تح: محمد الأمين ولد محمد سالم، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002م.
62. التهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، (الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، المتوفى: 516هـ)، تح: عادل عبد الموجود، علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
63. توشيح الديباج وحبية الابتهاج: للقرافي، (محمد بن يحيى بن عمر، المتوفى: 1008هـ)، تح: علي عمر، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004م.
64. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: لخليل، (خليل بن إسحاق بن موسى، المتوفى: 776هـ)، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه، القاهرة، 2008م.

65. جامع الأمهات: لابن الحاجب، (عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، المتوفى: 646هـ)، تح: أبو عبد الرحمن الأخرسي، ط2، اليمامة، 2000م.
66. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه "صحيح البخاري" (محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، أبو عبد الله، المتوفى: 256هـ)، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.
67. الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس، (أبو بكر محمد بن عبد الله، المتوفى: 451هـ)، ط1، دار الفكر، 2013م.
68. الجواهر الإكليلية في أعيان ليبيا من المالكية: لناصر الدين محمد الشريف، (الطاهر أحمد الراوي، المتوفى: 1406هـ)، ط1، دار البيارق، عمان، 1999م.
69. الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية: للقرشي، (عبد القادر بن محمد بن نصر الله، المتوفى: 775هـ)، مير محمد كتب خانة، كراتشي.
70. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: للحداوي، (أبو بكر بن علي بن محمد، المتوفى: 800هـ)، ط1، المطبعة الخيرية، 1322هـ.
71. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب "التجريد لنفع العبيد"، (سليمان بن محمد بن عمر، المتوفى: 1221هـ)، مطبعة الحلبي، 1650م.
72. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (محمد بن أحمد بن عرفة، المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، بلا ط، ت.
73. حاشية الرملي الكبير مع أسنى المطالب: زكريا الأنصاري، (تركيا بن محمد بن تركيا، المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بلا ط، ت.
74. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: لابن قاسم، (عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، المتوفى: 1392هـ)، ط1، بدون ناشر، 1397هـ.
75. ذيل طبقات الحنابلة: لابن رجب، (عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، المتوفى: 795هـ)، تح: عبد الرحمن بن عثيمين، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2005م.
76. حاشية الصاوي على الشرح الصغير، (أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف، بلا ط، ت.

77. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، (أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، المتوفى: 450هـ)، تح: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م.
78. حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، (عبد الحميد الشرواني الداغستاني، المتوفى: 1301هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت.
79. الحياة العلمية في الحجاز خلال العصر المملوكي: لخالد الجابري، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة أم القرى، مكة/ المملكة العربية السعودية، 1995م، من النسخة الإلكترونية (pdf).
80. خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: للمحبي، (محمد أمين بن فضل الله بن محب الله بن محمد، المتوفى: 1111هـ)، دار صادر، بيروت، بلا ط، ت.
81. دُرّة الحِجَالِ فِي غُرّةِ أَسْمَاءِ الرِّجَالِ: لابن القاضي، (أبو العباس أحمد بن محمد المكناسي، المتوفى: 910هـ)، تح: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
82. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر (علي حيدر خواجه أمين أفندي، المتوفى: 1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، دار الجيل، بيروت، 1991م)،
83. العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: لابن عابدين، (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المتوفى: 1252هـ)، دار المعرفة، بلا ط، ت.
84. الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط: لعلي الصلابي، ط1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، 2001م.
85. الديباج المذهب: لابن فرحون، (إبراهيم بن علي بن محمد، المتوفى: 799هـ)، تح: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، بلا ط، ت.
86. ديوان الأحكام الكبرى: لأبي الأصبغ، (عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجباني القرطبي، المتوفى: 486هـ)، تح: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، 2007م.
87. الذخيرة: للقرافي، (أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، المتوفى: 684هـ)، تح: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994م.

88. رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المتوفى: 1252هـ)، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992م.
89. الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع: للبهوتي، (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، المتوفى: 1051هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390هـ.
90. روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، (أبو نكريا، محيي الدين يحيى بن شرف، المتوفى: 676هـ)، تح: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1991م.
91. زاد المستنقع في اختصار المقنع: للحجاوي، (موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم، المتوفى: 968هـ)، تح: عبد الرحمن بن علي العسكر، دار الوطن للنشر، الرياض، بلاط، ت.
92. سبل السلام شرح بلوغ المرام: للصنعاني، (محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث، بلاط، ت.
93. سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس: لمحمد الكتاني، (محمد بن جعفر، المتوفى: 1345هـ)، تح: عبد الله الكتاني وغيره، ط1، دار الثقافة، الدار البيضاء، 2004م.
94. سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي: لعبد الملك العصامي، (عبد الملك بن حسين بن عبد الملك، المتوفى: 1111هـ)، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي معوض، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
95. سنن ابن ماجه، (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المتوفى: 273هـ)، تح: شعيب الأرنؤوط، وغيره، ط1، دار الرسالة العالمية، 2009م.
96. السنن الكبرى: للبيهقي، (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، المتوفى: 458هـ)، تح: محمد عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
97. سنن الدارقطني، (أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي، المتوفى: 385هـ)، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004م.
98. الشامل في فقه الإمام مالك: لبهرام الدميري، (بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، المتوفى: 805هـ)، صح: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه، القاهرة، 2008م.

99. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد مخلوف، (محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم، المتوفى: 1360هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.
100. شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لابن العماد، (عبد الحى بن أحمد بن محمد، المتوفى: 1089هـ)، تح: محمود الأرناؤوط، ط1، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 1986م.
101. شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة، (قاسم بن عيسى بن ناجي المتوفى 837هـ)، تح: أحمد فريد المزدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007م.
102. شرح التلقين: للمازري، (أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، المتوفى: 536هـ)، ط1، دار الغرب الإسلامي، 2008م.
103. شرح الزرقاني على مختصر خليل، (عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، المتوفى: 1099هـ)، صح: عبد السلام محمد أمين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
104. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، (عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، المتوفى: 1099هـ)، تح: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2003م.
105. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، (محمد بن عبد الله الزهر كشي المصري الحنبلي المتوفى: 772هـ)، تح: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م.
106. الشرح الكبير على متن المقنع: لابن قدامة، (عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن أبو الفرج، المتوفى: 682هـ)، تح: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا ط، ت.
107. الشرح الكبير: للدردير، (أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، المتوفى: 1201هـ)، تح: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت.
108. شرح الكوكب المنير: لابن النجار، (محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى، المتوفى: 972هـ)، تح: محمد الزحيلي، نزيه حماد، ط2، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993م.
109. الشرح الممتع على زاد المستقنع: لابن عثيمين، (محمد بن صالح بن محمد، المتوفى: 1421هـ)، ط1، دار ابن الجوزي، 1429هـ.
110. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: للمنجور، (أحمد بن علي، المتوفى: 995هـ)، تح: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، القاهرة، بلا ط، ت.

111. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: للقرافي، (أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، المتوفى: 684هـ)، دار الفكر، بيروت، 2004م.
112. شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، (محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، المتوفى: 894هـ)، ط1، المكتبة العلمية، 1350هـ.
113. شرح صحيح البخاري: لابن بطلال، (أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المتوفى: 449هـ)، تح: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد، السعودية، 2003م.
114. شرح مختصر خليل: للخرشي، (محمد بن عبد الله، أبو عبد الله، المتوفى: 1101هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت.
115. شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتي، (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، بيروت، 1996م.
116. شفاء الغليل في حل مقفل خليل: لابن غازي المكناسي، (أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، المتوفى: 919هـ)، تح: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 2008م.
117. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: للجوهري، (أبو نصر إسماعيل بن حماد، المتوفى: 393هـ)، ط4، تح: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.
118. ضوابط العقود: لعبد الحميد العلي، ط1، مكتبة وهبة، 1989م.
119. طبقات الحنابلة: لابن أبي يعلى، (أبو الحسين، محمد بن محمد، المتوفى: 526هـ)، تح: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت.
120. طبقات الحنفية: لابن الحنائي، (علي بن أمر الله الحميدي، المتوفى: 979هـ)، تح: محي هلال السرحان، ط1، مطبعة ديوان الوقف السني، بغداد، 2005م.
121. طبقات الشافعية الكبرى: للسبكي، (تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، المتوفى: 771هـ)، تح: محمود محمد الطناح، عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، هجر للطباعة والنشر.
122. طبقات الشافعية: للإسنوي، (عبد الرحيم بن الحسن بن علي، المتوفى: 772هـ)، تح: كمال يوسف الحوت، ط1، دار الكتب العلمية، 2002م.

123. طبقات الشافعيين: لابن كثير، (أبوالفداء إسماعيل بن عمر، المتوفى: 774هـ)، تح: أحمد عمر هاشم، محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1993م.
124. طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: للنسفي، (عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، المتوفى: 537هـ)، ط1، دار القلم، بيروت، 1406هـ.
125. عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي: لابن العربي، (محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، أبوبكر، المتوفى: 543هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا ط، ت.
126. العتبية: لمحمد العتبي (محمد بن أحمد، المتوفى: 254هـ أو 255هـ) مع شرحها البيان والتحصيل: لابن رشد، (محمد بن أحمد، أبوالوليد، المتوفى: 520هـ)، تح: محمد حجي وآخرون، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
127. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: للرافعي، (عبد الكريم بن محمد، المتوفى: 623هـ)، تح: علي عوض، عادل عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
128. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لابن شاس، (أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم، المتوفى: 616هـ)، تح: حميد بن محمد لحمر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2003م.
129. العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام: لابن سلمون، (أبو محمد عبد الله بن عبد الله، المتوفى: 741هـ)، ط1، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2011م.
130. عمدة القاري شرح صحيح البخاري: للعيني، (محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، أبو محمد، المتوفى: 855هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت.
131. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: للحموي، (أحمد بن محمد مكّي، المتوفى: 1098هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م.
132. فتاوى الرملي، (شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري، المتوفى: 957هـ)، المكتبة الإسلامية، بلا ط، ت.

133. الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، (أحمد بن عبد الحلیم، المتوفى: 728هـ)، تح: حسنين محمد مخلوف، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ.
134. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: للشيخ نظام وآخرون، دار الفكر، بيروت، 1991م.
135. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر، (أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، المتوفى: 852هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
136. فتح العليّ المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لمحمد عيش، (محمد بن أحمد بن محمد، المتوفى: 1299هـ)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
137. فتح القدير: لابن الهمام، (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط ت.
138. فض الختام عن لازم الوعد والالتزام: لميايبي، (محمد العاقب بن سيد عبد الله، المتوفى 1909م)، مخطوط بمكتبة نواكشوط، موريتانيا، برقم (952)، تتوفر النسخة الإلكترونية على الرابط: <http://dl.uni-freiburg.de/omar/mfmau0952>
139. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب "المعروف بحاشية الجمل": لسليمان الجمل، (سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأثرهري، المتوفى: 1204هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط، ت.
140. الفروق: للقرافي، (أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، المتوفى: 684هـ)، تح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998م.
141. الفقه الإسلامي وأدلته: للزحيلي، ط4، دار الفكر، دمشق، بلا ت.
142. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: لمصطفى الخن وآخرون، ط4، دار القلم، دمشق، 1992م.
143. الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: لمحمد الفاسي، (محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي، المتوفى: 1376هـ)، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1995م.
144. فهرس الفهارس: لعبد الحي الكتاني، (محمد عبد الحي بن عبد الكبير، المتوفى: 1382هـ)، تح: إحسان عباس، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1982م.

145. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، (أحمد بن غافر بن سالم، المتوفى: 1126هـ)، دار الفكر، بيروت، 1995م.
146. القاموس المحيط: للفيروزآبادي، (محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر، أبو طاهر، المتوفى: 817هـ)، ط8، تح: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005م.
147. قرة العين بشرح ورفات إمام الحرمين مع شرح الهداه السوسي والإشارات للباقي: للحطاب، (محمد بن محمد بن عبد الرحمن، أبو عبد الله، المتوفى: 954هـ)، ط3، المطبعة التونسية، 1351هـ.
148. قواعد الفقه: للمقري، (أبو عبد الله محمد بن أحمد، المتوفى: 759هـ)، تح: محمد الدردابي، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2012م.
149. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: لمحمد الزحيلي، ط1، دار الفكر، دمشق، 2006م.
150. القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام: للبعلي، (علي بن عباس، المتوفى: 803هـ)، تح: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956م.
151. الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، (عبد الله بن أحمد بن محمد، المتوفى: 620هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
152. الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، (يوسف بن عبد الله بن محمد، المتوفى: 463هـ)، تح: محمد الموريتاني، ط2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1980م.
153. كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، المتوفى: 1051هـ)، تح: هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
154. كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج: للتنبكتي، (أحمد بابا بن أحمد، المتوفى: 1036هـ)، تح: علي عمر، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 2004م.
155. الكليات الفقهية: للمقري، جزء من كتاب: عمل من طب لمن حب: للمقري، (أبو عبد الله محمد بن أحمد، المتوفى: 759هـ)، تح: أبو الفضل العمراني الطنجي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.

156. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة: لنجم الدين الغزي، (نجم الدين محمد بن محمد، المتوفى: 1061هـ)، تح: خليل المنصور، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
157. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: للمنجي، (أبو محمد علي بن أبي يحيى نركرا بن مسعود الأنصاري، المتوفى: 686هـ)، تح: محمد فضل عبد العزيز المراد، ط2، دار القلم، دمشق، 1994م.
158. اللباب في شرح الكتاب: للميداني، (عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي، المتوفى: 1298هـ)، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت.
159. لسان الحكام في معرفة الأحكام: لابن الشحنة الثقفي، (أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، المتوفى: 882هـ)، ط2، البابي الحلبي، القاهرة، 1973م.
160. لسان العرب: لابن منظور، (محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، المتوفى: 711هـ)، ط1، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
161. المبدع في شرح المقنع: لابن مفلح، (إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المتوفى: 884هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
162. المبسوط: للسرخسي، (محمد بن أحمد، المتوفى: 483هـ)، ط1، تح: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، 2000م.
163. المتواري على تراجم أبواب البخاري: لابن المنير، (أحمد بن محمد بن منصور بن القاسم، المتوفى: 683هـ)، تح: صلاح الدين مقبول أحمد، مكتبة المعلا، الكويت، بلا ط ت.
164. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للهيثمي (أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر، المتوفى: 807هـ)، تح: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1994م.
165. المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: للنووي، (أبو نركرا، محيي الدين يحيى بن شرف المتوفى: 676هـ)، دار الفكر، بيروت، بلا ط ت.
166. المحيط البرهاني في الفقه النعماني: لابن مازة، (محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر، المتوفى: 616هـ)، تح: عبد الكريم الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م.

167. مختصر اختلاف العلماء: للطحاوي، (أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأنزدي الحنجري، المتوفى: 321هـ)، تح: عبد الله نذير أحمد، ط2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1471هـ.
168. المختصر الفقهي: لابن عرفة، (محمد بن محمد، المتوفى: 803هـ)، تح: حافظ عبد الرحمن، ط1، الفاروق، دبي، 2014م.
169. مختصر تحرير الكلام في مسائل الالتزام: لابن المرحل، (علاء الدين محمد بن علي، المتوفى: 1003هـ)، تحقيق: خالد حسين أحمد، ط1، دار الكلمة، القاهرة، 2011م.
170. مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة، (خليل بن إسحاق بن موسى، المتوفى: 776هـ)، تح: أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
171. المدخل الفقهي العام: لمصطفى الزرقا، ط1، دار القلم، دمشق، 1998م.
172. المدخل إلى نظرية الالتزام: لمصطفى الزرقا، ط1، دار القلم، دمشق، 1999م.
173. المدونة: لسحنون، (عبد السلام بن سعيد بن حبيب التبوخي، أبو سعيد، المتوفى: 240هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
174. مسائل أبي الوليد ابن رشد، (محمد بن أحمد، أبو الوليد، المتوفى: 520هـ)، تح: محمد الحبيب التجكاني، ط2، دار الجيل، بيروت، 1993م.
175. المستدرک على الصحيحين: للحاكم، (الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، المتوفى: 405هـ)، تح: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م.
176. مسند أبو حنيفة: رواية أبي نعيم، (أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، المتوفى: 430هـ)، تح: نظر محمد الفاريابي، ط1، مكتبة الكوثر، الرياض، 1415هـ.
177. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم "صحيح مسلم"، (مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المتوفى: 261هـ)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت.
178. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للفيومي، (أحمد بن محمد بن علي، المتوفى: 770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، بلا ط، ت.

179. المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، (أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان، المتوفى: 235هـ)، تح: كمال يوسف الحوت، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.
180. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للرحبياني، (مصطفى بن سعد بن عبده، المتوفى: 1243هـ)، ط2، المكتب الإسلامي، 1994م.
181. المعجم الأوسط: للطبراني، (سليمان بن أحمد بن أيوب، المتوفى: 360هـ) تح: طارق بن محمد، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ.
182. معجم المؤلفين: لعمر كحالة، (عمر بن رضا بن محمد مراغب بن عبد الغني، المتوفى: 1408هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت.
183. معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، (أحمد بن فارس بن زكرياء، المتوفى: 395هـ)، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م.
184. الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي: لوليد خالد الربيع، (ط1، دار النفائس، الأردن، 1427هـ).
185. المُعْلم بفوائد مسلم: للمازري، (أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المائري المالكي (المتوفى: 536هـ)، تح: محمد الشاذلي، ط2، الدار التونسية للنشر، تونس، 1988م.
186. المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب، (عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، أبو محمد، المتوفى: 422هـ)، تح: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بلا ط، ت.
187. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، (أحمد بن يحيى، المتوفى: 914هـ)، إشراف: محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الملكة المغربية، 1981م.
188. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، (محمد بن أحمد الخطيب، المتوفى: 977هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م.
189. المغني عن الحفظ والكتاب: للموصلي، (عمر بن بدير بن سعيد الومراني، المتوفى: 622هـ)، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1407هـ.
190. المغني: لابن قدامة، (عبد الله بن أحمد بن محمد، المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهرة، 1968م.

191. المقدمات الممهديات: لابن رشد، (محمد بن أحمد، أبو الوليد، المتوفى: 520هـ)، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م.
192. مكة المكرمة من بداية الحكم العثماني إلى نهاية القرن العاشر الهجري: لابتسام كشمري، (رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة أم القرى، مكة/ المملكة العربية السعودية، 2002م) من النسخة الإلكترونية (pdf).
193. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لأحمد حسين، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، بلا ط، ت.
194. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: للرجراجي، (أبو الحسن علي بن سعيد، المتوفى: بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007م.
195. المنتقى شرح الموطأ: للباقي، (أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، المتوفى: 474هـ)، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.
196. منتهى الإرادات: لابن النجار، (تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، 972هـ)، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1999م.
197. منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عليش، (محمد بن أحمد بن محمد، المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر، بيروت، 1989م.
198. المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: للبهوتي، (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، المتوفى: 1051هـ)، تح: عبد الله المطلق، ط1، دار كنوز إشبيليا، السعودية، 2006م.
199. منهاج الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، (أبو نركرا، محيي الدين يحيى بن شرف، المتوفى: 676هـ)، دار المعرفة، بيروت، 2009م.
200. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، (أبو نركرا، محيي الدين يحيى بن شرف، المتوفى: 676هـ)، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1392هـ.
201. المذهب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، (أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا ط، ت.

202. الموافقات في أصول الفقه: للشاطبي، (إبراهيم بن موسى بن محمد، المتوفى: 790هـ)، تح: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، بلا ط، ت.
203. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، (محمد بن محمد بن عبد الرحمن، أبو عبد الله، المتوفى: 954هـ)، تح: محمد يحيى، ط1، دار الرضوان، نواكشوط، 2010م.
204. الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
205. المفردات في غريب القرآن: للراغب الأصفهاني، (أبو القاسم الحسين بن محمد، المتوفى: 502هـ)، تح: صفوان عدنان الداودي، ط1، دار القلم، بيروت، 1412هـ.
206. موسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي البزؤونو، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م.
207. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: لعلي أحمد الندوي، دار عالم المعرفة، 1999م.
208. الموطأ "رواية يحيى الليثي": لمالك، (مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، المتوفى: 179هـ)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، بلا ط، ت.
209. النجم الوهاج في شرح المنهاج: للدّميري، (محمد بن موسى بن عيسى بن علي، المتوفى: 808هـ)، ط1، دار المنهاج، جدة، 2004م.
210. نصب الراية لأحاديث الهداية: للزيلعي، (أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد، المتوفى: 762هـ)، تح: محمد عوامة، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 1997م.
211. نظرية الأجل في الالتزام: لعبد الناصر العطار، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا ط، ت.
212. نفاتح النسرين والريحان فيمن كان بطرابلس من الأعيان: لأحمد الأنصاري، (دار الفرجاني، بلا ط، ت).
213. النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة: (عبد الحق الصقلي، المتوفى: 466هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2009م.
214. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، (محمد بن أبي العباس أحمد، المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، 1984م.

215. نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، المتوفى: 478هـ)، تح: عبد العظيم الديب، ط1، دار المنهاج، 2007م.
216. النهاية في غريب الحديث: لابن الأثير، (مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكرم الشيباني، المتوفى: 606هـ)، تح: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1979م.
217. النّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمهات: لابن أبي زيد القيرواني، (أبو محمد عبد الله بن أبي نريد عبد الرحمن، المتوفى: 386هـ)، تح: عبد الفتاح محمد الحلو، وآخرون، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.
218. النور السافر عن أخبار القرن العاشر: لمحي الدين العيذرّوس، (محي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله، المتوفى: 1038هـ)، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.
219. نيل الابتهاج بتطريز الديباج: للتنبكتي، (أحمد بابا بن أحمد، المتوفى: 1036هـ)، إشراف: عبد الحميد عبد الله، ط1، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، 1989م.
220. الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، (علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، المتوفى: 593هـ)، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت.
221. هديّة العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين: للباباني، (إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم، المتوفى: 1399هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ط، ت.
222. الوافي بالوفيات: للصفدي، (صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله، المتوفى: 764هـ)، تح: حمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، 2000م.
- 223.

<http://www.almoajam.org/poet-details.php?id=5878>.



فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	رقم
أ	الآية القرآنية	.1
ب	الإهداء	.2
ج	الشكر والتقدير	.3
المقدمة		
2	المقدمة	.4
الفصل التمهيدي		
التعريف بالإمام الحطاب وكتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام		
المبحث الأول: السيرة الذاتية للإمام الحطاب		
14	المطلب الأول: اسمه ونسبه ومولده ومسيرته العلمية	.5
17	المطلب الثاني: مكانته العلمية	.6
23	المطلب الثالث: وفاته	.7
المبحث الثاني: عصر الإمام الحطاب وبيئته العامة		
25	توطئة	.8
26	المطلب الأول: الوضع السياسي	.9
29	المطلب الثاني: الوضع المجتمعي	.10
30	المطلب الثالث: الوضع العلمي	.11
المبحث الثالث: التعريف بكتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام		
33	المطلب الأول: أهمية الكتاب وسبب تأليفه	.12
37	المطلب الثاني: مصادر الكتاب	.13
40	المطلب الثالث: منهجه في كتابه	.14
المبحث الرابع: المعالم العامة لنظرية الالتزام عند الحطاب		
43	توطئة	.15
44	المطلب الأول: مفهوم الالتزام	.16
47	المطلب الثاني: أركان الالتزام وشروطها	.17
49	المطلب الثالث: أقسام الالتزام	.18
55	المطلب الرابع: أسباب اللزوم وعدمه	.19

الفصل الأول		
قاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه وتطبيقاتها الفقهية		
المبحث الأول: التعريف بالقاعدة والألفاظ التي وردت بها وحجيتها		
62	المطلب الأول: تعريف الإسقاط والألفاظ ذات الصلة والمعنى العام للقاعدة	.20
67	المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء	.21
71	المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجيتها	.22
المبحث الثاني: التطبيقات الفقهية لقاعدة إسقاط الحق قبل وجوبه		
74	المطلب الأول: مسائل في البيوع	.23
74	المسألة الأولى: إسقاط الشفعة قبل بيع الشريك	.24
75	الفرع الأول: إسقاط الشفعة قبل بيع الشريك	.25
79	الفرع الثاني: تعليق إسقاط الشفعة على شرط	.26
85	الفرع الثالث: إسقاط الشفعة مقابل عوض مالي	.27
89	المسألة الثانية: إسقاط المشتري حق القيام بالعيب	.28
89	الفرع الأول: الإسقاط قبل العلم بالعيب وبعد العقد	.29
94	الفرع الثاني: الصلح عن ترك القيام بالعيب	.30
98	المسألة الثالثة: إسقاط المشتري القيام بالجائحة بعد عقد البيع وقبل حصولها	.31
105	المسألة الرابعة: إسقاط العهدة قبل عقد البيع إذا كانت العادة جارية على البيع بها	.32
108	المطلب الثاني: مسائل في الوصايا والموارث	.33
108	المسألة الأولى: إجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث أو لبعض الورثة	.34
118	المسألة الثانية: ترك الإرث أو هبته في حياة المورث	.35
127	المطلب الثالث: مسائل في الأحوال الشخصية	.36
127	المسألة الأولى: هبة الزوجة يومها لضررتها أو لزوجها أو إسقاطها حقها من القسم	.37
127	الفرع الأول: حكم الهبة أو الإسقاط والرجوع فيها والآثار المترتبة عليها في القسم	.38

135	الفرع الثاني: حكم الهبة أو الإسقاط مقابل مال	39.
140	المسألة الثانية: شرط الزوج لزوجته إن تزوج عليها فأمرها بيدها	40.
146	المسألة الثالثة: إبراء المفوضة من الصداق قبل البناء والفرض لها	41.
150	المسألة الرابعة: إسقاط المرأة نفقة المستقبل عن زوجها	42.
153	المسألة الخامسة: إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة	43.
153	الفرع الأول: إسقاط حق الحضانة مقابل الخلع	44.
156	الفرع الثاني: أثر إسقاط حضانة الأم على حضانة الجدة ومن يليها	45.
159	المطلب الرابع: مسائل في الجنايات	46.
159	المسألة الأولى: عفو المجني عليه عن القصاص قبل الجناية عليه	47.
164	المسألة الثانية: عفو المجرور عما يؤول إليه جرحه	48.
171	المطلب الخامس: مسائل في اليمين والكفالة	49.
171	المسألة الأولى: اشتراط إسقاط اليمين قبل وجوبها	50.
178	المسألة الثانية: إبراء الكفيل قبل حلول الأجل	51.
الفصل الثاني		
قاعدة الشروط الفاسدة من خلال الشروط المنافية لمقتضى العقد وتطبيقاتها الفقهية		
المبحث الأول: الشروط وأحكامها وآثارها		
182	المطلب الأول: معنى الشروط وأقسامها	52.
184	المطلب الثاني: حكم الشروط المقترنة بالعقد	53.
186	المطلب الثالث: آثار اقتران الشروط بالعقود	54.
المبحث الثاني: المعنى العام للشروط المنافية لمقتضى العقد وضوابطها والألفاظ التي وردت بها عند الفقهاء، وحجيتها		
190	المطلب الأول: معنى الشروط المنافية لمقتضى العقد وضوابطها عند الفقهاء	55.
192	المطلب الثاني: الألفاظ التي وردت بها القاعدة عند الفقهاء	56.

194	المطلب الثالث: أدلة القاعدة وحجبتها.	.57
المبحث الثالث: التطبيقات الفقهية لقاعدة الشروط المنافية لمقتضى العقد		
197	المطلب الأول: مسائل في النكاح	.58
197	المسألة الأولى: اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد	.59
201	المسألة الثانية: الخلع مقابل حق السكنى	.60
205	المطلب الثاني: مسائل في البيع	.61
205	المسألة الأولى: الإخلال بأحد شروط صحة البيع	.62
211	المسألة الثانية: اشتراط ما ينافي بمقتضى عقد البيع	.63
218	المطلب الثالث: مسائل في القرض والرهن	.64
218	المسألة الأولى: اشتراط المنفعة في القرض	.65
221	المسألة الثانية: اشتراط ما ينافي بمقتضى الرهن	.66
224	المطلب الرابع: مسائل في العارية والوديعة	.67
224	المسألة الأولى: اشتراط عدم الضمان في العارية	.68
230	المسألة الثانية: اشتراط الضمان في الوديعة	.69
232	المطلب الخامس: مسائل في الوقف والهبة	.70
232	المسألة الأولى: اشتراط العمارة على الموقوف عليه	.71
235	المسألة الثانية: اشتراط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الهبة	.72
الخاتمة		
241	الخاتمة	.73
الفهارس الفنية		
244	فهرس الآيات القرآنية	.74
245	فهرس الأحاديث والآثار	.75
247	فهرس الأعلام المترجم لهم	.76
251	فهرس القواعد الأصولية والفقهية	.77
252	فهرس المصطلحات الفقهية، والكلمات الغريبة	.78
255	فهرس المصادر والمراجع	.79
275	فهرس الموضوعات	.80

