



مَجْلَدُ تَرْجُومَةِ الْقِسْمِ الْأَسْبَلَاغِيِّ

الدَّرَجَةُ الثَّانِيَةُ

الْعَدَدُ السَّابِعُ

الْجُزْءُ الثَّلَاثُ

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

بِجَلِّدِ تَجْمَعِ الْفَقْهَ الْأَسْلَابِيَّ
الْعَدَدُ السَّابِعُ



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّينَ

الدُّورَةُ السَّابِعَةُ

مَوْزُونُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْإِسْلَامِيِّينَ

الْعَدَدُ السَّابِعُ

الْجُزْءُ الثَّالِثُ

١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م

بَيْعُ الْوَفَاءِ

البحوث

- بحث فضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء .
- بحث الشيخ خليل محيي الدين الميس .
- بحث حجة الإسلام الشيخ محمد علي التسخيري .
- بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور .
- بحث محمد الحبيب ابن الخوجة .
- الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي .
- بحث محيي الدين قادي .
- بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله .
- بحث الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد .
- بحث الشيخ الشريف محمد عبد القادر .
- بحث الشيخ المفتي محمد رفيع العثماني .
- بحث الأستاذ محمود شمام .
- بحث الدكتور حمداتي شبيهناء ماء العينين .
- المناقشة .
- القرار .

بَيْعُ الْوَفَاءِ وَعَقْدُ الرَّهْنِ

إِعْدَاد

فَضِيلَةُ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الزَّرْقَانِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

— العلاقة بين العقدين . . أوجه التطابق فيما بينهما

— هل يجوز انتفاع الراهن أو المرتهن بالعين المرهونة؟

إن موضوع بيع الوفاء أدرج في جدول أعمال هذه الدورة السابعة للمجمع الفقهي مقسماً إلى ثلاثة محاور .

وقد اخترت أن أكتب أنا في المحور الثاني منها، والذي يتناول نقطتين:

١ — العلاقة بين بيع الوفاء وعقد الرهن .

٢ — وهل يجوز انتفاع أحد الطرفين بالعين المرهونة؟

وإني أرى أن موضوع بيع الوفاء كله هو محور واحد مترابط يجب أن يكتبه كاتب واحد، ولا يتحمل هذه التجزئة التي تفكك ترابطه . وسيضطر كل كاتب لمحور أن يتعرض لما هو داخل في المحورين الآخرين .

وسأحاول في بحثي هذا — قدر الإمكان — أن لا أمس النواحي التي تدخل في المحاور الأخرى، مما سيتناوله سواي، اجتناباً للتكرار .

أولاً العلاقة بين العقدين

(أ) إن العلاقة بين عقد بيع الوفاء وبين عقد الرهن وثيقة جداً إلى درجة أن بيع الوفاء في أول ظهوره وتعامل الناس به في القرن الخامس الهجري في مدينة بلخ كان يسميه بعض الناس رهناً، وكان فقهاء العصر بعضهم يعتبره رهناً من كل وجه ويطبق فيه أحكام الرهن كاملة، وبعضهم يعتبره بيعاً فاسداً بسبب اشتراط شرط مفسد فيه هو أن البائع متى أعاد الثمن إلى المشتري فإن المشتري يلتزم بإعادة المبيع إليه .

والواقع أن هذا الشرط هو عماد الخيمة في بيع الوفاء . فلولا هذا الشرط لكان العقد بيعاً من كل وجه، وبهذا الشرط أصبح يشبه الرهن شياً قوياً إلى درجة أن الناس يسمونه رهناً . فهذا الشرط هو أساس التمييز بينه وبين البيع المطلق الصحيح، وأساس الشبه بينه وبين الرهن، وأساس استقرار رأي فقهاء الحنفية في نهاية المطاف بعد فترة من الاختلاف على أنه عقد جديد: ليس بيعاً صحيحاً من كل وجه، ولا بيعاً فاسداً من كل وجه، ولا رهناً من كل وجه؛ ولكنه عقد فيه شبه بالبيع المطلق الصحيح، وشبه بالبيع الفاسد، وشبه بالرهن، فقررُوا إعطائه حكماً مركباً من بعض أحكام كل واحد من هذه العقود الثلاثة:

- فأعطى من أحكام البيع المطلق الصحيح أن للمشتري حق الانتفاع به واستغلاله دون حاجة إلى إذن البائع بل حكماً بمقتضى العقد .
- وأعطى من أحكام البيع الفاسد أن لكل من الطرفين أن يفسخه متى شاء ويطلب استرداد ما قد أعطى، ولو قبل الأجل لو كانا اتفقا فيه على أجل للترداد .

– وأعطى من أحكام الرهن أنه لا يجوز للمشتري بيعه لأن شرط رده على البائع متى أعاد له الثمن الذي أخذه منه يقطع إمكان تنفيذه إذا كان للمشتري حق التصرف فيه بإخراجه عن ملكه^(١).

– وأعطى من الرهن أيضاً جملة أحكام أساسية سيأتي بيانها.

وهذا الرأي الذي انتهى إليه فقهاء الحنفية (بعد فترة اختلاف في تكييف هذا العقد) هو الذي سمي بالقول الجامع واستقرت عليه الفتوى في المذهب. [ر: كتابي: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: ج ٤، عقد البيع فقرة ١٥١؛ ورد المختار: ج ٤ في أواخر البيوع].

وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية التي صدرت بالإرادة السلطانية السنية، وأصبحت قانوناً مدنياً شرعياً عاماً في الدولة العثمانية، ثم في البلاد العربية التي انفصلت عنها نتيجة للحرب العالمية الأولى إلى أن وضع فيها قوانين مدنية حديثة (في سوريا ولبنان والأردن والعراق)، [ر: المجلة م ١١٨ وشروحها].

مما تقدم تبين أن العلاقة بين بيع الوفاء والرهن هي أقوى العلاقات الثلاث التي بين بيع الوفاء وبين البيع الصحيح والبيع الفاسد والرهن. ويليهما في القوة علاقته بالبيع الصحيح من حيث إنه قد استعير منه لبيع الوفاء ملكية المشتري لمنافع المبيع وفاء، وهذه أيضاً ناحية أساسية في تركيبة بيع الوفاء، إذ لولاها لما أقدم أحد على شراء شيء بطريق الوفاء. إذ يكون الثمن عندئذ كقرض حسن من المشتري للبائع لقضاء حاجته، والمبيع في هذه الحالة مجرد رهن في مقابل

(١) نص فقهاء الحنفية والمادة ٣٩٧ من المجلة على أنه ليس لأحد من الطرفين في بيع الوفاء بيع المبيع من شخص آخر، ولم أر من تعرض لرهنه. ويبدو لي أنه يمتنع رهنه أيضاً لدى ثالث، لأن الرهن ينشئ حق حبس عين المرهون، فيؤدي أيضاً إلى امتناع الاسترداد ولا سيما إذا أفلس المشتري بعد رهنه إياه.

ثم وجدت النص على أن المشتري وفاء لا يجوز له بيع المبيع ولا رهنه في رد المختار: ٢٤٧/٤، طبعة بولاق.

القرض، فما وجه تسميته بيعاً أو شراء بالوفاء؟ بل هو حينئذ قرض مقابل رهن من كل وجه.

فالذي نقل الموضوع في نظرهم من بابي القرض والرهن، إلى باب البيع بشرط التراد إنما هو قصد امتلاك المشتري لمنافع المبيع في الفترة ما بين العقد والاسترداد. وهذه الفترة لا حدود لها فقد تكون أياماً أو شهوراً أو سنين.

ولم يشترطوا لصحة العقد تحديدها، كما لم يشترطوا لصحة القرض مقابل رهن تحديد مدة للوفاء بالقرض. ولذا جعلوا لكل من الطرفين في بيع الوفاء حق فسخ العقد في أي وقت يشاء، ويسترد حينئذ كل منهما ما يخصه: فيسترد المشتري الثمن الذي دفعه، ويسترد البائع المبيع. وهذا هو الحكم الذي استعير له من أحكام البيع الفاسد.

(ب) التطابق بين بيع الوفاء والرهن من وجوه:

قلنا إن الشبه بين بيع الوفاء والرهن هو أقوى المشابهة الثلاثة فيه. فهناك تطابق في معظم الأحكام بينهما، ويتجلى هذا التطابق من الوجوه التالية:

- ١ - عدم ملكية المشتري لعين المبيع. فقد بينا قبلاً أنهم إنما أعطوه من أحكام البيع الصحيح ملكية المنافع لا ملكية العين. فالعين باقية على ملك البائع.
- ٢ - عدم جواز تصرف كل من الطرفين البائع والمشتري في عين المبيع بالوفاء تصرف الملاك في أملاكهم من بيع واستهلاك ورهن ونحوه مما يقطع إمكان التراد [ر: المجلة م ٣٩٧ وشرح الباز].
- ٣ - إذا هلك المبيع بالوفاء عند المشتري قضاء وقدراً دون تعد منه ولا تقصير كان ضامناً له ضمان الرهن: فإذا كان الثمن مساوياً لقيمته سقط الثمن كله بهلاك المال المرهون فيه. وإذا كانت قيمة المبيع أكثر سقط الثمن كله بالضمان، ويهلك باقي المبيع على حكم الأمانة فلا يضمنه المشتري. وإذا كان الثمن المدفوع أكثر من قيمة المبيع سقط من الثمن ما يعادل قيمة المبيع، وللمشتري أن يطالب البائع بالقدر الزائد من الثمن. [ر: المجلة م ٣٩٩ - ٤٠١].

٤ - للمشتري حق احتباس المبيع لاستيفاء الثمن (كحق المرتهن في حبس المرهون). وهذا الحق هو حق عيني (متعلق بعين المبيع) فللمشتري فيه امتياز (أولوية التقدم على سائر غرماء البائع في الاستيفاء) إذا أفلس البائع أو مات وتركته مستغرقة بالديون. [ر: المجلة م ٤٠٣].

٥ - العقار المبيع لا يؤخذ من مشتريه بالشفعة (كما لا يؤخذ المرهون بها)، لما تقدم أن المشتري بالوفاء لا يملك رقة المبيع بل منفعه فقط، فالمبيع باق على ملك البائع.

٦ - إذا احتاج العقار المبيع بالوفاء إلى التعمير والترميم لأجل صيانه فنفقة ذلك على البائع. [ر: جامع الفصولين بحاشية الخير الرملي أوائل الفصل الثامن عشر؛ ورد المحتار ودرر الحكام شرح غرر الأحكام آخر كتاب البيوع].

وهذه الأحكام المتطابقة مع الرهن أقرها أصحاب القول الجامع الذي استقرت عليه فتوى المتأخرين من فقهاء الحنفية مستمدة من شبهه بالرهن في جملة مشابيه الثلاثة.

ثانياً هل لأحد الطرفين أن يتنفع بالعين المرهونة؟

هكذا ورد التعبير بلفظ (العين المرهونة) في جدول الموضوعات التي ستطرح في هذه الدورة في المحور الثاني من المحاور الثلاثة التي قسم إليها موضوع بيع الوفاء .

ويبدو لي أن المقصود بالعين المرهونة هو المبيع في بيع الوفاء وأن التعبير بالعين المرهونة جاء ذهولاً أو تساهلاً ومجاراة لمن يسمون ببيع الوفاء رهناً. وعلى هذا الفهم سأبني كلامي الآتي فأقول:

١ - أما بالنسبة إلى البائع فإنه بمجرد إبرام البيع بالوفاء مع المشتري يكون قد تخلى عن منافع المبيع إلى المشتري وانتقلت إلى هذا الثاني ملكية جميع وجوه الانتفاع بالمبيع استعمالاً واستغلالاً دون الاستهلاك الكلي أو الجزئي، لأن المبيع بصدد الإعادة إلى البائع حين إعادة الثمن إلى المشتري، كما سبق بيانه .

وليس للبائع أن يستولي على المبيع وينتفع منه بأية منفعة إلا بإذن المشتري ورضاه .

٢ - وأما بالنسبة إلى المشتري فإن المنافع تصير في البيع بالوفاء ملكاً له، فله فيها حق الاستعمال والاستغلال ما دام البيع قائماً غير مفسوخ .

وقد نصوا على أنه: يجوز أن يتفق الطرفان في بيع الوفاء على أن يستأجر البائع من المشتري العقار المبيع وفاء بأجر معلوم. وعندئذ يبقى المبيع في يد البائع بحكم الإجارة، ويؤدي الأجر إلى المشتري، لأن منافع المبيع ملكه فله أن

يستعملها أو يستغلها بإيجاره للبائع نفسه أو لغيره وإذا اتفقا على إيجاره للبائع سمي عندئذ: بيع الاستغلال. [ر: المجلة م ١١٩ وشروحها].

وهنا يجدر التنبيه إلى خطأ وقع فيه بعض شراح المجلة في هذا المقام. فقد نصت المادة ٣٩٨ من المجلة على أنه:

«إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك».

وصياغة هذه المادة بهذه الصورة توهم أنه إذا لم يشرط شيء من منافع المبيع بالوفاء للمشتري فلا شيء له. وهذا ما فهمه شارحها الأستاذ سليم رستم الباز، فقال شارحاً هذه المادة: (وإن لم يشترط ذلك فليس للمشتري أن يتنفع بالمبيع لأنه في يده كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له الانتفاع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، واستهلك من شجره. ولا فرق بين بيع الوفاء والرهن في حكم من الأحكام. ولهذا لا يؤخذ المبيع وفاء بالشفعة...).

ثم نقل عن جامع الفصولين والخيرية أنه: (لو آجر المشتري المبيع بالوفاء) وقبض أجرته واستهلكها بدون إذن البائع لا يضمن، ولم يتنبه إلى هذا التناقض بين سابق كلامه ولاحقه. فإذا كان بيع الوفاء والرهن لا فرق بينهما في حكم من الأحكام — كما ذكره سابقاً — فلماذا إذا أكل المشتري شيئاً من ثمرة المبيع بالوفاء يضمن قيمته للبائع، وإذا آجره وأخذ أجرته واستهلكها بدون إذن البائع لا يضمن؟! ولماذا أيضاً يعقد للبيع بالوفاء باب مستقل ولا يكتفى بباب الرهن؟!

وتحقيق القضية أن بيع الوفاء اختلفت فيه آراء الفقهاء في أول الأمر عندما تعورف في بخارى وبلخ في القرن الخامس الهجري كما بيناه سابقاً. فمنهم من اعتبره رهنأ من كل وجه، ومنهم من اعتبره بيعاً فاسداً بسبب شرط الإعادة المفسد، ومنهم من اعتبره بيعاً صحيحاً وأن شرط الإعادة فيه ملزم لأن المواعيد بصورة التعاليق تكون ملزمة عند الحنفية. [ر: المجلة م ٨٤ وشروحها].

هذا الاختلاف كان في بداية الأمر أول ما تعورف هذا العقد بهذا الشرط .
لكن لما عم التعامل به وشاعت طريقته بسرعة في الأقطار لحاجة الناس إليه،
استقر رأي المتأخرين من الفقهاء على حكم نهائي فيه بحسب المقصود منه
مراعى فيه ثلاثة مقاصد أساسية، هي :

- ١ - تملك المشتري المنافع دون حاجة إلى إذن البائع بل بحكم العقد .
- ٢ - وحق التراد أو الفسخ .
- ٣ - وضمنان المشتري للمبيع كضمنان المرهون .

وسمي هذا بالقول الجامع ورجح بعلامة الفتوى [ر: رد المحتار ج ٤ آخر
كتاب البيوع: ص ٢٤٧، الطبعة البولاقية ذات القطع الكبير]، وبه أخذت المجلة
في المادة ١١٨ . وكل قول يرى في بعض الكتب بخلاف هذا هو مبني على أحد
الآراء المختلفة القديمة أول ما تعورف بيع الوفاء قبل القول الجامع الذي
استقرت عليه الفتوى .

فبناء على هذا لا يصح بعد ذلك إطلاق القول بأن بيع الوفاء عند الحنفية
هو كالرهن من جميع الوجوه، ولا أن يقال أن منافع المبيع وثمرته هي للبائع .
ولا يحل شيء منها للمشتري إلا بإذن البائع .
فأما المادة ٣٩٨ من المجلة التي تقول :

«إذا شرط في بيع الوفاء قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك» .

فإن فيها سوء صياغة يوهم أنه إذا لم يشرط شيء من المنافع للمشتري فلا
شيء له، (كما فهمه بعض الشراح) . ولكن هذا المعنى ليس هو المراد بل المراد
أنه إذا لم يشرط للمشتري بعض المنافع فقط فإنه يستحق كل منافع المبيع .
فاشترط بعضها له إنما هو لقصر حقه في المنافع على بعضها دون كلها، ولكن
سوء الصياغة أدى إلى ذلك التوهم . ومعلوم أن المجلة وضعت باللغة التركية ثم
ترجمت إلى العربية . وقد وقع فيها مواطن موهمة في صياغتها وهذا من جملتها .
وهذا ما حققه والدي الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله في شرحه للقواعد الفقهية

التي صدرت بها المجلة. [ينظر كتابي: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: ج ٤ وعقد البيع - الفقرة ١٥٢؛ وشرح والدي على القواعد تحت القاعدة الثانية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني آخر التنبيه الرابع من شرحها].

وهذا الفهم للمادة ٣٩٨ من المجلة هو المتعين فقهاً لكي يتحقق التوفيق ويتنفي التناقض بين هذه المادة الموهمة وبين المادة ١١٨ منها التي تصرح بأن منافع المبيع في البيع بالوفاء تكون للمشتري كما في البيع الصحيح، جرياً منها على القول الجامع المفتى به.

ملاحظة:

١ - أن هذا الخطأ الذي وقع فيه بعض شراح المجلة نتيجة لسوء الصياغة في المادة ٣٩٨ من المجلة وقعت فيه أيضاً الموسوعة الفقهية الصادرة في الكويت، في كلامها على بيع الوفاء (تحت مادة/ بيع) في الجزء التاسع منها. ففي البند ٧ من بنود بيع الوفاء تحت عنوان (الآثار المترتبة على بيع الوفاء) من العناوين الفرعية تحت كلمة (بيع) سردت تلك الآثار المتعددة لبيع الوفاء مرتبة بالحروف الأبجدية، وفي الحرف (هـ) قالت: (منافع المبيع بيع وفاء هي للبائع كالإجارة وثمرة الأشجار ونحوها...). وعللت ذلك بأن (ملكية العين لم تنتقل للمشتري...). وأضافت قولها: (إن المشتري لو أخذ من ثمر الأشجار شيئاً بغير إذن البائع ورضاه ضمنها) وعزت ذلك إلى الفتاوى الهندية ومعين الحكام.

وواضح بعد ما أسلفناه أن هذا مبني على القول بأن بيع الوفاء كالرهن في جميع الأحكام من الأقوال القديمة، وهو غير المفتى به الذي هو القول الجامع.

والغريب هنا في الموسوعة الفقهية إنها قبل ذلك (في البند ٤) تحت عنوان (بيع الوفاء) نقلت عن ابن عابدين في رد المحتار أن الفتوى على القول الجامع الذي تقرر فيه أن منافع المبيع وفاء هي حل للمشتري وأنه لا ينبغي أن يعدل عنه في الإفتاء. فكيف بعد هذا تناقض نفسها وتقول في البند ٧ أن المنافع للبائع، وبضمن المشتري ما يستوفيه منها بغير إذن البائع ورضاه!!! [ر: الموسوعة الفقهية: ٢٦٠/٩ - ٢٦٣].

٢ - المعتاد في بيع الوفاء أن الثمن يكون أقل من قيمة المبيع بفارق كبير كما في الرهن حيث يكون الدين المرهون فيه أقل كثيراً من قيمة المرهون.

وقبل صدور القانون المدني المصري الجديد سنة ١٩٤٩م كانت عقود بيع العقارات بالوفاء في مصر تتضمن شرطاً أنه إذا لم يرد البائع ثمن العقار المبيع بالوفاء في الموعد المحدد بالعقد ينقلب البيع باتاً. وكانت المحاكم تطبق هذا الشرط على البائعين إذا تأخروا في رد الثمن على المشتري، فسلبت بذلك عقارات كثيرة نهياً لأن الثمن في بيع الوفاء أقل كثيراً من قيمة العقار المبيع، وأورث ذلك مآسي كثيرة ظلم فيها من يبيع عقاره بالوفاء أيما ظلم. وكان معظم المشتريين بالوفاء من المرابين.

وقد كان هذا حافزاً لوضع القانون المدني المصري الجديد أن يضعوا فيه نصاً صريحاً بأن البيع إذا شرط فيه أن البائع إذا رد الثمن للمشتري فإن على المشتري أن يرد المبيع إلى البائع يكون البيع باطلاً، فألغى بيع الوفاء بهذا النص وأصبح باطلاً لا أثر له. وعللت المذكرة الإيضاحية هذا الإلغاء بتلك المظالم التي كان المرابون يسلبون بها عقارات البائعين بالوفاء.

وجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية نصوا على أنه: إذا شرط في بيع الوفاء (الذي حدد فيه أجل لإعادة الثمن واسترداد المبيع) أنه إذا لم يرد البائع الثمن في الموعد المحدد ينقلب البيع باتاً كان هذا الشرط باطلاً. فقد أبطلوا الشرط دون العقد حماية للبائع. [ر: شرح الباز تحت المادة ٣٩٦ من المجلة، نقلاً عن فتاوى علي أفندي].

الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء

بَيْعُ الْوَفَاءِ

إِعْدَاد

الشيخ خليل محيي الدين الميس

عضو مجمع الفقه الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عليه توكلت وبه أستعين .

إن بيع الوفاء من العقود المستحدثة بعد استقرار المذاهب وهو من النوازل أو الواقعات في عرف الفقهاء، ومن العقود المسماة في عرف رجال القانون الوضعي، لذلك تعددت الأقوال في تعريفه كما اختلفت أقوال الفقهاء في تصنيفه .

ومما لا خلاف عليه أنه عقد مركب من عقدين يتنازعه كل من الرهن والبيع على خلاف في صحته أو فساده . .

لذلك يدور الوفاء بينهما ويجمع بين بعض خصائصهما وأحكامهما .

والقاعدة الفقهية تقضي (بأن المعاملات تطلق حتى يعلم المنع) لذلك بذل الفقهاء أقصى جهدهم وكما هو شأنهم لبيان حكم هذا العقد وبخاصة فقهاء مذهب الإمام أبي حنيفة تجنباً للوقوع في الربا، لأن الصيغة بيع والحقيقة رهن .

فالقول بحل الانتفاع بالعين فحينئذ العقد يكون بيعاً، ومن حيث الالتزام أو إلزام المشتري برد العين إلى البائع إذا أعاد البائع الثمن يكون رهناً . . وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الرهن .

ومن هذا المنطلق فقد عولج الموضوع مطولاً في كتب الفتاوى عند فقهاء الحنفية بالذات أكثر مما عولج في المتون وشروحها والتي وضعت لضبط المذهب . . كما كان القول فيها مستفيضاً لدى المتأخرين ومقتضياً لدى المتقدمين .

كما عالج الموضوع بشيء من الإسهاب كل من فقهاء المالكية والشافعية .
أما فقهاء الحنابلة فكان كلامهم في هذا الشأن مختصراً، سنعرض لكل ذلك
بالتفصيل، والله المستعان ونسأله سبحانه السداد في القول والعمل .

المَحْوَرُ الْأَوَّلُ

- تعريفه عند الحنفية .
- المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى .
- حكمه .
- الأصل المستند إليه في التحليل أو المنع .
- أثر فوت المبيع — ما يعتبر فوتاً وما لا يعتبر .
- حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري للوفاء ببيع الوفاء .

تعريف بيع الوفاء

تعددت أقوال الفقهاء في تعريف بيع الوفاء ولكنها متقاربة من حيث المعنى .

عرفه الزيلعي بقوله :

(هو أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بدين لك عليّ عليّ أني متى قضيت الدين فهو لي)^(١) .

فقد اختار عبارة (قضاء الدين) لاسترداد المبيع . .

بينما عرفه قاضي خان وتبعه ابن نجيم بقوله :

(بعث منك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إليّ)^(٢) .

وهنا استعملت عبارة (دفعت لك الثمن) وهناك فرق بين عبارة (قضاء الدين) حيث يشعر بالتزام قائم .

وبين عبارة (دفع الثمن) بالتزام في المستقبل .

ونقل في هامش جامع الفصولين عن صاحب جواهر الفتاوي قوله :

بيع الوفاء أن يقول: بعث منك على أن تبعه مني متى جئت بالثمن^(٣) .

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق: ١٨٣/٥؛ قاضي خان: ١٦٤/٢ .

(٢) البزازية، هامش الفتاوي الهندية: ٢٠٩/٣ .

(٣) ابن قاضي سماوه، جامع الفصولين: ٢٣٤/١ .

وهنا استعملت عبارة (تبيعه مني).

أما ابن عابدين فقد قال في حاشيته:

أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين^(١) وواضح أنه استعمل كلمة (رد).

وجاء في المجلة: بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع (١١٨).

وبالجملة هنالك عبارات أربعة: (قضاء الدين).. (دفع الثمن).. (البيع).. (الرد) عليه بالثمن..

وبالتأمل في هذه العبارات نجد أن صورة هذا العقد دائرة على لسان الفقهاء بين البيع والرهن.

وكذلك هو بيع الوفاء عند التأمل في أقوال فقهاء المذاهب لدى تخريجهم أحكام المسائل المندرجة تحت بيع الوفاء.

* المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى:

كما تعددت أقوال الفقهاء في تعريفه كذلك تعددت أقوالهم في أسمائه.

فيسميه المالكية: بيع الثنيا^(٢).

والشافعية: بيع العهدة^(٣).

والحنابلة: بيع الأمانة، ويسمى أيضاً (بيع الطاعة) و (بيع الجائز)^(٤).

أما عند فقهاء الحنفية.. فقد تعددت الأقوال في تسميته كما تعددت في

تعريفه وتبعاً للأمصار التي جرى عمل فقهاء المذهب فيها ببيع الوفاء.

(١) ابن عابدين، الحاشية: ٢٧٦/٥.

(٢) ابن رشد، البيان والتحصيل: ٣٣٦/٧.

(٣) ابن حجر الهيتمي، الفتاوي: ٢٢٩/٢.

(٤) الحطاب: ٣٧٣/٤؛ وبغية المسترشدين: ص ١٣٢.

فهو بيع الوفاء :

وجه تسميته بيع الوفاء : أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن .

وهو البيع الجائز :

وبعض الفقهاء يسميه : البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه^(١) .

وهو بيع المعاملة :

وبعضهم يسميه : بيع المعاملة : ووجهه، أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتري لدائن ليتنفع به بمقابلة الدين^(٢) .

وهو بيع الأمانة :

ويسمى بمصر بيع الأمانة، والوجه في اعتباره بيع أمانة : أنه أمانة عند المشتري، بناء على أنه رهن أي كالأمانة .

وهو بيع الإطاعة أو الطاعة :

وبالشام يسمى بيع الإطاعة - أو الطاعة : وجهه : أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد .

* مناسبة ذكره في كتب الفقه :

كذلك الشأن اختلفت آراء العلماء في إلحاق هذا العقد تحت أي من أبواب الفقه يكون من المناسب ذكره .

فإذا تأملنا القيد الوارد على المشتري كان شرطاً داخلاً في نية العقد . .

ولو تأملنا رضوخ وتسليم الفريق الآخر لهذا الشرط لاح لنا معنى التلجئة .

وإذا نظرنا إلى ضرورة إعادة العين إلى البائع وتسليم المشتري بذلك ظهر

لنا معنى الرهن واضحاً في العقد . . .

وهكذا نجد صنيع المصنفين في إيراد هذا المبحث في كتبهم .

(١) قاضيخان : ١٦٤/٢ ؛ والفتاوي الغياثية : ص ١٤٣ .

(٢) ابن عابدين، الحاشية : ٢٧٦/٥ .

١ - ذكره الحطاب في باب البيوع المنهي عنها قال ومن الشروط المناقضة بيع الثياب وهو من البيوع الفاسدة^(١) .

٢ - وذكره صاحب الملتقط: في باب الرهن .

٣ - وذكره البرزالي وقاضيخان في مباحث البيع الفاسد^(٢) .

٤ - وذكره ابن نجيم وغيره في خيار الشرط^(٣) .

٥ - وذكره الزيلعي في كتاب الإكراه، حيث قال: ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره^(٤) . . . وجه المناسبة فجعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به . وينقض بيع المشتري كبيع المكره أي وإن تداولته الأيدي إلا أن لا ينقطع به حق استرداد المبيع وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة . .

ما ينعقد به البيع وفاء:

لو قال المشتري: اشتريت منك المبيع الفلاني بكذا على أن أردّه لك أو أبيعك منك متى أرجعت إليّ ثمنه، أو أدتني إياه .

فقال البائع: بعته منك على تلك الصورة انعقد البيع بالوفاء .

وإذا حصل الاتفاق بين الطرفين على أن يكون العقد الذي سيجري بينهما عقد بيع ووفاء ثم عقدا البيع ولم يصرح فيه بأنه كذلك - فإذا تحقق أنه وقع بعد اتفاق سابق فهو بيع وفاء، وإلا فبيع لازم صحيح^(٥) .

لو باع إنسان داره المملوكة من آخر بغبن فاحش وقال له: متى رددت إليّ

الثلث أفسخ البيع فالبيع أيضاً بيع بالوفاء^(٦) .

(١) مواهب الجليل: ٣٧٣/٤ .

(٢) البرزالية بهامش الهندية: ٤٠٥/٤؛ وقاضيخان: ١٦٥/٢ .

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق: ٨/٦ .

(٤) الزيلعي: ١٨٣/٥ .

(٥) البرزالية في الرابع من البيوع: ٤٠٥/٤ .

(٦) علي حيدر، المجلة مادة ٣٩٦ والمادة ٨٥ .

* حكم بيع الوفاء والأصل المستند إليه في التحليل أو المنع:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء اختلافاً كثيراً حتى فيما بين فقهاء المذهب الواحد وبخاصة فقهاء مذهب الإمام أبي حنيفة المتقدمين منهم والمتأخرين حتى بلغت أقوالهم تسعة نعرض لها بالتفصيل بعد حكاية مذاهب الأئمة الثلاثة الشافعية والمالكية والحنابلة.

وبالجملة: ذهب المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى: أن بيع الوفاء فاسد.

والوجه فيه: أن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه.

وهو: ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام وفي هذا الشرط منفعة للبائع، ولم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشرطه فيه.

* حكم بيع الوفاء عند فقهاء الحنفية:

استظهر صاحب الفتاوى البزازية تسعة أقوال لفقهاء المذهب في حكم بيع الوفاء.

القول الأول:

قال النسفي في فتاويه: البيع الذي يتعارفه أهل زماننا احتيالياً للربا وسموه بيع وفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه المشتري، ولا ينتفع به إلا بإذن البائع، ويضمن المشتري ما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي، ولا يضمن ما زاد كالأمانة، وللبيع استرداده عند قضاء الدين متى شاء.

وجه هذا القول: لأن المتعاقدين – وإن سمياه البيع – لكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين.

إذ البائع يقول: رهننت ملكي، والمشتري يقول: ارتهنت ملك فلان،

والناس يسمونه الرهن، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حواله... والاستصناع عند ضرب الأجل سلماً وبذلك أفتى القاضي الإمام السفدي والحسن والإمام أبي شجاع بسمرقند. وكثير من الأئمة^(١).

قال في الخيرية: والذي عليه الأكثرون أنه رهن لا يفترق من الرهن في حكم من الأحكام.

وفيه: قلت للسيد الإمام أبي الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن.

— وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس فقال:

المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس، فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله^(٢).

حكم بيع الوفاء: في فصول عماد الدين:

فتوى أئمة زماننا أن حكم بيع الوفاء حكم الرهن.

وعليه: تسقط حصة النقصان من مال الوفاء، بأن يقسم مال الوفاء على قيمة الباقي والهالك فيسقط الهالك لا الباقي كما في الرهن.

— وكذا لو أتلّف المشتري حصة نقصان نباته أو شجره ضمن قيمته كمرتهن^(٣).

(١) البرازية بهامش الهنديّة: ٤/٤٠٥؛ والفتاوي الهنديّة: ٣/٢٠٩؛ والزليعي، تبين الحقائق: ٥/١٨٣؛ وجامع الفصولين: ١/٢٣٤؛ وقاضيهان: ٢/١٦٥؛ والغياثية: ص ١٤٣؛ وخلاصة الفتاوى: ٣/٤٩.

(٢) جامع الفصولين: ١/٢٣٤؛ وابن عابدين: ٥/٢٧٦؛ وقاضيهان: ٢/١٦٥؛ ومعين الحكام: ص ١٤٣، الباب الأربعون.

(٣) جامع الفصولين: ١/٢٣٨؛ وقاضيهان: ٢/١٦٥.

قال النسفي: هذا البيع باطل، وهو رهن، وحكمه حكم الرهن، هكذا ذكر وهو الصحيح.

وذكر الإمام محمد بن الفضل البخاري هكذا...

– وقيل: بيع فاسد، يوجب الملك إذا اتصل به القبض والأول أصح.

وفي جواهر الفتاوي: لا فرق عندنا بين الرهن وبينه في حكم من الأحكام^(١).

القول الثاني:

عن علامة سمرقند صاحب المنظومة نجم الدين النسفي (٧١٠هـ) قال: اتفق مشايخ الزمان – وهو ما كان عليه بعض السلف – على صحته بيعاً وإفادته لبعض أحكامه وهي: الانتفاع به دون البعض، وهو البيع لحاجة الناس، وجوز الاستصناع لذلك.

وقال صاحب النهاية: وعليه الفتوى.

وجه هذا القول:

إن العاقدين تلفظاً بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه، والعبرة للملفوظ دون المقصود، أو نقول: لا عبرة بمجرد النية بلا لفظ.

ونظيره: من تزوج امرأة على نية أن يطلقها إذا مضى سنة – أي بعدما جامعها – صح العقد ولا يكون متعة^(٢).

القول الثالث:

في فتاوى قاضيخان: الصحيح أن العقد الذي جرى إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا، ثم ينظر «إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع»، وإن لم يذكر

(١) جامع الفصولين: ٢٣٤/١، والآلي الدرية بهامش الجامع.

(٢) جامع الفصولين: ٢٣٥/١، والزيلعي، تبين الحقائق: ١٨٤/٥؛ والبزازية بهامش الهندية: ٤٠٦/٤؛ ومعين الحكام: ص ١٤٤.

ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك، وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة جاز البيع ويلزم الوفاء بالوعد^(١).

وجه هذا القول:

لأن المواعيد قد تكون لازمة قال ﷺ: «العدة دين» فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس إليه.

وقال جلال الدين في حواشي الهداية: وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بألف على أنني لو دفعت إليك ثمنه تدفع إلي، ثم قال: ويسمى هذا بيع الوفاء. ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره.

وهذا البيع موجود في مصر وهم يسمونه (بيع الأمانة)^(٢).

القول الرابع:

قاله في العدة واختاره الإمام ظهير الدين المرغيناني وغيره من مشايخ بخارى أنه بيع فاسد كبيع المكره، أي للبائع حق نقض المشتري، وجهه لأنه بيع بشرط فاسد. وبه قال: الصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الإسلام أحمد بن عبد العزيز. وإنما جعلوا بيع الوفاء فاسداً: باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين، ويفيد الملك عند اتصال القبض به، وينقض بيع المشتري كبيع المكره^(٣).

وجه هذا القول:

لأن الفساد باعتبار عدم الرضا، فكان حكمه حكم بيع المكره^(٤).

(١) قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية: ١٦٥/٢ و ٢٠٩/٣.

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق: ١٨٤/٥.

(٣) البزازيه بهامش الهندية: ٤٠٧/٤.

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق: ١٨٣/٥؛ والبزازية بهامش الهندية: ٤٠٧/٤؛ والغياثية:

ص ١٤٣.

وقال الإتقاني: والأصح عندي أن بيع الوفاء فاسد، يوجب الملك بعد القبض، كسائر البياعات الفاسدة، لأن بيع الوفاء بشرط لا يقتضيه العقد وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط^(١).

القول الخامس:

ما اختاره أئمة خوارجهم، أنه إذا أطلق البيع ولكن وكل المشتري وكيلاً يفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن، أو عهد على أنه إذا أوفاه فسخ البيع – والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش.

أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة عشرين ديناراً فرهن.

وإن كان بلا وضع ربح بمثل الثمن، أو بغبن يسير فبات بشرط أن يعلم البائع بالغبن الفاحش.

أما إذا ظن أنه ثمن عدل لكنه بالغبن الفاحش في الواقع.

– فإذا ظن المعادلة وباع بالغبن الفاحش فبات لأننا نجعله رهناً بظاهر حله أنه لا يقصد البات عالماً بالغبن وليس بمعهود وضع الربح على الثمن في البات.

واختار خاتم المجتهدين مولانا سيف الدين البعض أنه رهن^(٢).

القول السادس:

ما اختاره البعض منهم الشيخ الإمام فخر الدين الزاهدي وبعض مشايخ سمرقند إذا كان الوفاء غير مشروط في البيع نجعله صحيحاً في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشتري كما يحل بسائر أملاكه ولا ضمان عليه ونجعله رهناً في حق البائع، حتى لا يتمكن المشتري من بيعه ولا يورث عنه ولا يملك

(١) نفس المصدر: ١٨٤/٥؛ والغياثية: ص ١٤٣.

(٢) البرازية بهامش الهندية: ٤٠٧/٢.

المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذا أحضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن.

وكثير من الأحكام له حكمان: كالهبة حال المرض، والهبة بشرط العوض.

وجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، فبلغ اعتادوا الدين والإجارة الطويلة ولا يمكن ذلك في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء.

وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه.

وعقب على هذا الرأي بالقول: والفتوى في زماننا على جوازه من هذا الوجه^(١).

وفي جامع الفصولين: تواضعا الوفاء قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاه يكون بيع وفاء، ولا عبرة للمواضعة السابقة.

وجه هذا القول:

أن الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة^(٢).

وفي فتاوى قاضيخان: إذا تبايعا من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد.

وجه هذا القول:

أن المواعيد قد تكون لازمة، قال عليه السلام: «العدة دين»، فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس إليه^(٣).

وقال جلال الدين في حواشي الهداية: صورته: أن يقول البائع للمشتري

(١) البزارية بهامش الهندية: ٤٠٩/٢؛ وجامع الفصولين: ٢٣٦/١؛ ومعين الحكام: ص ١٤٣.

(٢) ابن عابدين: ٣٤١/٤، طبعة القاهرة ١٢٥٧هـ.

(٣) قاضي خان بهامش الهندية: ٢٠٩/٣.

بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك تدفع إلي، ثم قال:
ويسمى هذا بيع الوفاء .

وهذا البيع موجود في مصر وهم يسمونه (بيع الأمانة)^(١) .

وقال في البحر: وينبغي ألا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع وفي النهر
والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي .

وقال في معين الحكام: مسألة:

يجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد عقد البيع أنه إن جاء بالثمن إلى أجل
كذا فالبيع لازم له، ويُلزم ذلك المشتري متى جاء بالثمن في خلال الأجل وعند
انقضائه أو بعده على القرب منه .

ولا يكون للبائع تفويته في خلال الأجل، فإن فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك
نقض إن أراد البائع ورد إليه .

وإن لم يأت بالثمن إلاً على بعد من انقضاء الأجل فلا سبيل له إليه .

وإن لم يضربا في ذلك أجلاً فللبائع أخذه متى جاءه بالثمن في قرب الزمان
أو بعده ما لم يفوته المبتاع، فإن فاته فلا سبيل له إليه .

فإن قام عليه حين أراد التفويت فله منعه بالسلطان إذا كان ماله حاضراً .

فإن باعه بعد منع السلطان له رد البيع وإن باعه قبل أن يمنعه السلطان نفذ
بيعه .

القول السابع:

أجاب علاء الدين بدر أنه لا يصح .

وعلى هذا اختيار صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى .

أعني لا يملك المشتري البيع من الغير كما في بيع المكروه، لا كالبيع

الفاسد بعد القبض .

(١) الزيلعي، تبين الحقائق: ١٨٤/٥، باب البيع الفاسد.

القول الثامن:

لما وقع التردد في إلحاقه بالفساد أو الصحيح فإلحاقه بالصحيح أولى قليلاً للفساد وترجيحاً لقول الإمام.

القول التاسع:

وهو الذي استقر عليه فتوى صاحب الهداية وأولاده ومشايخ العهد.

إن الملك يثبت للمشتري في زيادته، ولا يضمنه بالإتلاف^(١).

وزكاة مال الوفاء على البائع لأنه ملكه بالقبض، وعلى المشتري أيضاً لأنه يعد مالاً موضوعاً له عند البائع أو ديناً له عليه.

— وليس هذا إيجاب زكاة مال على رجلين لأن النقود لا تتعين في العقود والفسوخ، وعليه صاحب الهداية والإمام البيهقي^(٢).

هذا وخرج صاحب البزازية على هذا الأصل فروعاً ومسائل عدة يرجع إليها لمزيد من التوضيح.

القول الراجح:

قال علي حيدر في شرح المجلة ما نصه:

والحاصل: أن بيع الوفاء وإن وجد فيه تسعة أقوال فأرجحها القول الذي اتبعته المجلة في قولها: (بيع الوفاء: في حكم البيع الجائر بالنظر إلى انتفاع المشتري).

وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدرًا على الفسخ.

وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير.

وعلى كل فوجه الشبه بالرهن أبين وأرجح^(٣).

(١) البزازية بهامش الهندية: ٤١٠/٢.

(٢) جامع الفصولين: ٢٣٩/١، والبزازية: ٤١٢/٤.

(٣) شرح المجلة: ٤٣١/٢.

مذهب المالكية

اختلف المالكية في حكم بيع الوفاء على قولين:

القول الأول: أنه بيع باطل، ذهب إلى ذلك ابن القاسم كما في المدونة وعليه أكثرهم.

القول الثاني: أنه رهن باطل، ذهب إلى ذلك سحنون وابن الماجشون وبعض المالكية.

لكن ابن رشد في البداية قال لا يجوز عند مالك.

وهذه عبارته: وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع، فإنه لا يجوز عند مالك^(١).

وجهه: لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف — إن جاء بالثمن كان سلفاً — وإن لم يجيء كان بيعاً.

جاء في البيان والتحصيل ما نصه:

سئل مالك عن باع أصل حائطه من رجل أنه متى جاءه بالثمن كان أحق بحائطه وكان إليه رد — فأقام في يد المشتري ست سنين يأكل ثمرته، ويزرع قصباً يأكل غلته — ثم أسر البائع بعد ست سنين فجاءه بالثمن فرده عليه وأخذ حائطه — وقد أكل المشتري ثمرته ست سنين وغلة قصب كان يزرعه.

وطلب المشتري الحائط ما أنفق في الحائط.

وقال مالك: أصل هذا البيع لم يكن جائزاً ولا حسناً، وأرى للمشتري ما أكل من الثمر واستغل من القصب بالضمان لأنه كان للحائط ضامناً، وأرى له أيضاً على رب الحائط ما أنفق في بنیان جدار أو حفر بئر رد عليه، وقد بنى فيه وحفر فيه بئراً.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد: ١٧٥/٢، الباب الرابع في بيع الوفاء والشئيات.

— وأصل هذا البيع لم يكن جائزاً ولا حسناً.

وقال محمد بن رشد: البيع على هذا الوجه يسمونه (بيع الثنيا) وقد اختلف فيه.

ف قيل: إنه بيع فاسد بما شرط على المبتاع من أنه أحق به متى ما جاءه بالثمن، لأنه يصير كأنه بيع وسلف، وهو قول مالك ههنا.

— وفي بيوع الآجال من المدونة: فإن وقع فسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد وكانت الغلة للمبتاع بالضمآن — فإن فاتت صحح بالقيمة. والحائط لا يفوت في البيع الفاسد بالبناء اليسير.

فلذلك قال: أنه يكون على رب الحائط إذا رد إليه ما أنفق.

وقيل فيه: إنه ليس بيعاً وإنما هو سلف جر منفعة.

قال سحنون ذلك في المدونة — وهو قول ابن الماجشون وغيره — لأنه كان المبتاع أسلف البائع الثمن على أن يغتل حائطه حتى يرد إليه سلفه.

— فعلى هذا القول: ترد الغلة للبائع ولا تكون للمبتاع (المشتري) لأنها ثمن السلف فهي عليه حرام^(١).

وجاء في المدونة: قلت أرأيت لو أن رجلاً اشترى جارية على أن البائع متى جاء بالثمن فهو أحق بالجارية أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا.

قلت: لِمَ؟

قال: لأن هذا يصير كأنه بيع وسلف^(٢).

وجاء في الحطاب:

ومن الشروط المناقضة (بيع الثنيا) وهو من البيوع الفاسدة وقال أبو الحسن هذا الذي يسمى (بيع الثنيا) واختلف إذا نزل هل يتلاقى بالصحة كالبيع والسلف أم لا؟ على قولين: يعني إذا أسقط الشرط.

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل: ٢٣٥/٧ — ٢٣٦.

(٢) المدونة: ٢٢/٤، في البيع والسلف.

قال الرجراجي: واختلف إذا أسقط مشترط الثنيا شرطه، هل يجوز البيع أم لا؟ على قولين:

أحدهما: إن البيع باطل وهو المشهور.

والثاني: إن البيع جائز إذا أسقط شرطه وهو قول مالك في كتاب محمد.

يريد إذا رضي المشتري، وقال الشيخ أبو محمد وقد فسحا الأول.

وقال أبو الحسن: معنى قوله في المدونة: بيع وسلف.

أنه تارة يكون بيعاً، وتارة يكون سلفاً، إلا أنه يكون له حكم البيع والسلف في الفوات، بل فيه القيمة ما بلغت إذا فاتت السلعة^(١).

* حكم الغلة في بيع الثنيا:

اختلف في الغلة في هذا البيع،

هل هي للمشتري أو للبائع: قال الرجراجي: اختلف في بيع الثنيا هل هو بيع أو رهن على قولين: وفائدة الخلاف في الغلة.

فمن رأى أنه بيع قال: لا يرد الغلة^(٢).

وقد قال مالك في العتبية: إن الغلة فيه للمشتري بالضممان فجعله بيعاً وإنه ضامن والغلة له.

— ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلة، وأنه في ضمان البائع في كل بيع ونقض يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له، وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها فيما يغاب عليه، والراجع أنها للمشتري كما نقله ابن رشد في المسألة العاشرة من سماع الشهب من جامع البيوع ومن سماع أصبغ.

(١) الحطاب، مواهب الجليل: ٣٧٣/٤.

(٢) نفس المصدر: ٢٧٢/٤.

وعقب الخطاب على تلك النقول بقوله :

وهذا كله والله أعلم فيما إذا قبض المشتري المبيع واستغله .

— أما ما يقع في عصرنا (القرن العاشر) وهو مما عمت به البلوى من أن الشخص يشتري البيت مثلاً بألف دينار، ثم يؤجره بمائة دينار لبائعه قبل أن يقبضه المشتري وقبل أن يخليه البائع من أمتعه بل يستمر البائع على سكناه إياه، إن كان على سكناه أو على وضع يده عليه وإجازته ويأخذ المشتري منه كل سنة أجره مسماة يتفقان عليها — فهذا لا يجوز بلا خلاف^(١) .

وجه هذا القول :

لعدم انتقال الضمان إليه، والخراج بالضمان، وهنا لم ينتقل الضمان لبقاء المبيع تحت يد بائعه، فلا يحكم له بالغلة .

بل ولو قبض المشتري المبيع ثم أجره للبائع على الوجه المتقدم لم يجز .

وجه هذا القول :

لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الآجال وآل الحال إلى صريح الربا، وهذا واضح لمن تدبره وأنصف والله أعلم .

وبالجملة : فإن ثمرة الخلاف بين قولين — أي في كونه رهناً — أو بيعاً تظهر في الغلة .

فمن قال : أنه بيع قال : لا يرد الغلة، وتكون للمشتري بالضمان .

ومن قال : أنه رهن قال : يرد الغلة، وأنه في ضمان البائع، وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها .

وهذا الخلاف عندهم فيما إذا لم يظهر بالبينة أو بالإقرار أنهما قصدا الرهن .

(١) الخطاب على خليل : ٢٧٤/٤؛ وكذا في البزازية على الهندية : ٤٠٥/٤، وقال : كما لو استأجر الراهن الرهن .

أما إذا ظهر ذلك فإنه يكون رهناً باطلاً بالاتفاق لأنه حينئذ يكون سلفاً
بمنفعة^(١).

* * *

مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى بيع الأمانة (الوفاء) الذي مضمونه اتفاق المتبايعين على
أن البائع إذا جاءه المشتري بالثمن، أعاد عليه ملك المبيع.
وللمشتري أن ينتفع بالمبيع بالإجارة أو السكنى أو غيرها - عقد باطل بكل
حال.

وجه هذا القول:

لأن مقصود المتبايعين إنما هو الربا بإعطاء الدراهم إلى أجل، ومنفعة الدار
مثلاً - هي الربح.

والواجب فيه: رد المبيع إلى البائع، وأن يرد المشتري ما قبضه من
الثمن^(٢).

* * *

مذهب الشافعية

اختلفت أقوال فقهاء مذهب الإمام الشافعي في حكم بيع الوفاء.

من المتقدمين:

منهم من ذهب إلى القول بفساده إذا كان شرط الوفاء في صلب العقد
مقترناً بالإيجاب والقبول، أو في مجلس العقد، أو في زمانه خيار الشرط^(٣).

(١) المدونة في مذهب الإمام مالك، وبداية المجتهد، لابن رشد ومنح الجليل: ٥٦٩/٢؛

والخطاب: ٢٧٢/٤ - ٢٧٤؛ وفتاوى عليش: ٢٤٢/١.

(٢) كشف القناع: ١٤٩/٣ - ١٥٠؛ والإقناع في فقه الحنابلة.

(٣) ابن حجر الهيتمي، الفتاوى: ٢٣٠/٢.

— أما بعض المتأخرين من فقهاء المذهب قالوا أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه .

وهو: انتفاع المشتري بالمبيع وهو البيع من الآخر .

وجه هذا القول :

أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه فراراً من الربا، فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشتراطه فيه — وإن كان مخالفاً للقواعد!!! لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع^(١) .

وقال صاحب بغية المسترشدين من متأخري الشافعية :

بيع العهدة صحيح جائز تثبت به الحجة شرعاً و عرفاً على قول القائلين به، وأضاف قائلاً: لم أرَ من صرَّح بكراهته وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم وحكمت بمقتضاه الحكام، وأقره من يقول به من علماء الإسلام، مع أنه ليس من مذهب الإمام الشافعي، وإنما اختاره ولفقه من مذاهب للضرورة الماسة إليه، ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفريع عليه لا يخفى على من له إمام بالفقه .

لكن المتقدمين من فقهاء المذهب قالوا ببناء للبيع وللأسباب التي ذكرها القائلون بفساده^(٢) .

* * *

أثر فوت المبيع

ما يعتبر فوتاً وما لا يعتبر

إذا كانت قيمة المال المباع بالوفاء مساوية للدين وهلك المبيع في يد المشتري أو أتلفه — سقط من الدين بقدر قيمة المبيع الهالك أو المتلف، فإن

(١) مغني المحتاج: ٣١/٢؛ ونهاية المحتاج: ٤٣٣/٣ .

(٢) بغية المسترشدين: ص ١٣٣ .

لم يتلف المبيع بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته — قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه — فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه .

أما إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع وسواء كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير من المشتري، أو كان بتعديهِ وإتلافه^(١) .

وإذا كانت قيمة المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري — سقط من الدين قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي .

أما إذا كان بلا تعدُّ فلا يلزم المشتري أداء تلك الزيادة .

أي إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء يوم القبض زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين سواء حصل التلف بتعدٍ أو لا، غير أنه إذا تلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن ما زاد عن مقدار الدين .

أما إذا تلف بدون تعدُّ ولا تقصير فالزيادة في حكم الأمانة — فليس على المشتري أداؤها، لأن الأمانة غير مضمونة — فإذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان^(٢) .

* * *

(١) البرازية في الرابع من البيوع: ٤/٤٠٥؛ وجامع الفصولين: ط ٢٣٩؛ والملتقى — ومجمع الأنهر في الرهن .

(٢) شرح المجلة لحيدر — وباز المواد: ص ٣٩٩ — ٤٠٢ .

حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري للفاء ببيع الفاء

لما كان بيع الفاء يتراوح ما بين الرهن والبيع صحيحاً كان أو فاسداً على خلاف بين العلماء . . . كما صحح بعضهم أن بيع الفاء إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً . ولو ذكر البيع بلا شرط ثم ذكر الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الفاء بالوعد إذ المواعيد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس .

— كما ذكروا أن الشرط الفاسد إذا ألحق بالعقد يلتحق عند أبي حنيفة رحمه الله لا عند صاحبيه .

— بعد كل هذا صار التزام المشتري الفاء ضمان رد المبيع إذا طلب إليه البائع هو التزام ديانة (أدبي) لا يرقى إلى مرتبة الالتزام المادي الملزم قضاء . . أي الوجوب قضاء .

لأن بيع الفاء لم يتمحض بيعاً باتاً من كل وجه حتى لو كان بيعاً لم يعد أي علاقة بين البائع والمشتري . . ولكن لمشابهة الرهن من وجه آخر . . فلا يصح طلب الرهن مقابل الفاء بالرهن . . لأن الرهن حبس مال وإمساكه في مقابل حق ممكن استيفاؤه منه كالأعيان المضمونة بمثلها أو بالقيمة . . كما يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً . . وهذا ليس مضموناً . . كما لا يصح أخذ الرهن لأجل مال الأمانة، هذا والله أعلم .

المحور الثاني بيع الوفاء وعقد الرهن

* وجه التطابق فيما بين العقدين :

سبق وذكر في فتاوى النسفي أنه قال: إن بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة وخرج على هذا الأصل الفروع التالية:

- ١ - لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة.
- ٢ - المشتري وفاء ضامن لما أكل من ثمر المبيع أو أ تلف من شجره.
- ٣ - يسقط من الدين بهلاك المشتري تحت يده.
- ٤ - لا يضمن الزيادة.
- ٥ - للبائع استرداد المبيع وفاء إذا قضى دينه.
- ٦ - لو بيع كرم بجنب هذا الكرم - الذي بيع بيع وفاء - فالشفعة للبائع لا للمشتري.

الوجه في المسألة: لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللرهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن.

- ٧ - فتاوى النسفي: سئل عمّن باعه بيع وفاء فتقابضاً فاستأجره - البائع - من المشتري هل يلزمه الأجر؟ قال: لا، لأنه رهن، والراهن لو استأجر الرهن من مرتهنه لم يلزمه الأجر.

- ٨ - سئل: عمّن باعه بيعاً وفاء، فباعه المشتري من آخر بيعاً باتاً ولو سلم وغاب هل للبائع الأول أن يخاصم المشتري الثاني ليأخذه منه قال: نعم، وإن كان حق الحبس للمرتهن لكن يد المشتري الثاني غير محقة، والبائع الأول مالك وله طلب ملكه ممن أخذ بغير حق.

ثم للمرتهن أن يأخذه منه ويحبسه متى حضر (١) . .

٩ - وسئل أبو الحسن الماتريدي: عمن باع نصف كرمه من آخر وفاء، وخرج البائع في الصيف إلى كرمه بأهله. وأخرج المشتري أهله، وأدركت الغلات، فأخذ البائع نصفها والمشتري نصفها:

هل للبائع إذا تقايلا البيع وأعطاه - البائع للمشتري ما فاء - ثمن ما شراه - أن يطالبه بما حمل من الغلات.

قال: لو أخذه بغير رضى البائع فللبائع أن يطالبه به أما لو أخذه برضاه فيكون ذلك هبة منه.

ثم قال: لا بد من التفصيل فيه: فإن رب الكرم هو الذي نقله - المشتري - إلى كرمه فيحتمل الأخذ برضاه وبغير رضاه.

فأما لو شرى الكرم كله وقبضه المشتري وأخذ غلاته والأخذ بغير رضا البائع وهو في الحقيقة رهن وليس للمرتهن أن يأكل غلة الرهن - فإذا أكلها ضمنها فأفتينا بالضمان على الاتفاق.

لذلك أقول: غرضهما من التبائع - وفاء - هو أخذ غلة الكرم المبيع والانتفاع به فيكون الأخذ برضى البائع سواء باع كل الكرم أو بضعه - فينبغي أن لا يضمن المشتري وفاء^(٢).

١٠ - تسقط حصة النقصان من مال الوفاء بأن يُقيم مال الوفاء على قيمة الباقي والهالك. فيسقط الهالك لا الباقي - كما في الرهن^(٣).

١١ - لو أتلف المشتري حصة نقصان بنائه أو شجره يضمن قيمته كمرتتهن.

(١) جامع الفصولين: ٢٣٥/١؛ ومعين الحكام: ص ١٤٣.

(٢) معين الحكام: ص ١٤٣.

(٣) جامع الفصولين: ط ٢٣٨.

ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر لأن البيع بالوفاء في حكم الرهن في كل شأن من شؤونه.

وعليه: فليس لأحد من البائع والمشتري أن يبيع مبيع الوفاء من آخر بدون إذن الآخر حتى لو باعه البائع من آخر بيع وفاء أو بيعاً باتاً وسلمه إياه فلا يكون صحيحاً - ولذلك للبائع أو ورثته استرداده من المشتري أو من وارثه، ويجبر المشتري أو وارثه على رده ولو لم يؤد البائع ثمنه إليه.

- ولكل واحد من الطرفين بيعه بإذن الآخر. فإذا باع إنسان ماله المباع بيع وفاء من آخر بيعاً باتاً وأجازه المشتري وفاءً كان الوفاء جائزاً.

- وإذا باعه من آخر أيضاً نفذ منهما البيع الذي يجيزه المشتري وفاء.

وفي جامع الفصولين في بيع الوفاء لو باع ولم يقبض الثمن لا يمكنه من بيعه ثانياً من غيره إلا بإجازة المشتري أو فسخ البيع^(١).

أما لو باع الكل وفاء وقبض ثمنه ثم أدى نصف الثمن إلى المشتري - يتمكن من بيع نصف المبيع بلا إجازة لما مر من أنه يفسخ البيع في النصف بقبض نصف الثمن^(٢).

(١) علي حيدر - المجلة ط ٣٦٥؛ والبرازية في الرابع من البيوع؛ ودر المختار ورد المختار.

(٢) جامع الفصولين: ٢٤٠/١.

مَكِّحَتْ هَلْ يَجُوزُ انْتِفَاعُ الْمُرْتَهِنِ بِالْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ؟

اتفق الفقهاء على أن عين الرهن، ومنافعه ملك للراهن، وأن للمرتهن ليس إلا حق استيفاء دينه من ثمن المرهون إذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند الأجل، مقدماً به على سائر الغرماء.

كما اتفقوا على أن المرتهن لا يحل له الانتفاع بشيء من المرهون، إذا لم يأذن له الراهن، ولم يكن المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة.

واختلفوا في انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن مطلقاً سواء أكان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة أم كان غير ذلك، أو لم يأذن له الراهن. وكان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة فالخلاف بين الفقهاء في موضعين:

الموضع الأول: انتفاع المرتهن بالمرهون، إذا أذن له الراهن في الانتفاع.

الموضع الثاني: انتفاع المرتهن بالمرهون، إذا لم يأذن له الراهن في الانتفاع، وكان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة.

الموضع الأول

انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن

اختلف الفقهاء في انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن، على ثلاثة

أقوال:

القول الأول: الجواز مطلقاً سواء أكان الدين قرضاً، أم غيره، وسواء أكان الانتفاع مشروطاً في العقد، أم لا، ذهب إلى ذلك الحنفية^(١).

القول الثاني: عدم الجواز مطلقاً سواء أكان الانتفاع مشروطاً في العقد، أم لا، وسواء أكان الدين قرضاً، أم غيره، ذهب إلى ذلك الشافعي كما في الأم، وهو قول للحنفية.

القول الثالث: عدم الجواز إذا كان الرهن بدين القرض، والجواز إذا كان بدين غير القرض، كثمن مبيع، وأجرة دار، ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة، وهو المروي في التحفة عن الشافعي، غير أن المالكية والشافعية قيدوا الجواز بأمرين:

الأول: أن يكون شرط الانتفاع في طلب العقد.

الثاني: أن تكون المنفعة معلومة ببيان مدتها.

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً: بأن الراهن مالك لجميع منافع المرهون، فله أن يملكها لغيره، فإذا أباحها للمرتهن صح ذلك، وحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون، وكأن الراهن وهب المنفعة للمرتهن والهبة مشروعة.

ورد هذا الاستدلال: بأن الهبة المشروعة هي ما أقدم عليها المالك بمحض اختياره، طيبة بها نفسه، والظاهر من حال الراهن أنه إنما أقدم على إباحتها للانتفاع للمرتهن بالمرهون، تحت تأثير الحاجة، ولم يكن إذنه عن طيب من نفسه، وعلى ذلك فلا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه.

واستدل أصحاب القول الثاني على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً:

(١) ابن عابدين: ٢٣٢/٥.

بما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(١).

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن قوله: «له غنمه وعليه غرمه» نص صريح في أن منافع الرهن ملك للراهن، ولا يباح منها للمرتهن شيء إلا ما يقوم على إباحته دليل صحيح.

وليس هناك دليل صحيح يدل على إباحة الانتفاع، وإذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بملكه - وقد وضعت الحاجة هذا الوضع القاسي - لا ينبغي لمنصف أن يدعي أنه صدر منه عن كمال اختيار، وطيب نفس، بل صدر منه تحت سلاح الحاجة القاسية، على أنه في بعض الحالات يكون الانتفاع ربا صريحاً فيما إذا كان الدين قرضاً لقوله ﷺ: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا» وهو منهي عنه شرعاً. فانتهى المرتهن بالمرهون منهي عنه شرعاً.

واستدل أصحاب القول الثالث: مالكية، حنابلة، شافعية.

أولاً: على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان الرهن عن دين قرض:

بما رواه علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا».

ولا شك أن انتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان الرهن عن دين قرض، زيادة خالية عن عوض فيكون ربا وهو منهي عنه.

ورد هذا الاستدلال: بأن هذا الحديث قد ضعفه علماء الجرح والتعديل من جهة السند فلا يصلح للاحتجاج به.

ودفع هذا الرد: بأن هذا الحديث. وإن لم يثبت مرفوعاً إلى النبي ﷺ فقد

(١) له غنمه، وعليه غرمه، معناه: للراهن زوائد المرهون، ومنافعه وعليه نقصانه وهلاكه. انظر: المنتقى وشرحه نبيل الأوطار: ١٠٣/٥؛ والأم: ١٤٧/٣.

ثبت معناه في روايات كثيرة، وجرى عمل الصحابة، والسلف الصالح على ذلك، وهذا كاف للعمل به.

وثانياً: على جواز الانتفاع إذا كان الرهن عن دين غير قرض بمفهوم حديث «كل قرض جر نفعاً فهو ربا» فإن مفهومه أن غير القرض إذا جر نفعاً لا يكون ربا، فلا يكون نفعه منهياً عنه.

وقد رد هذا الاستدلال: بأن الحديث لا مفهوم له، لأنه خرج مخرج الغالب، حيث كان الواقع والكثير الغالب - وقت ورود الحديث - أنهم كانوا يأخذون الرهن في مقابلة القرض ويتنفعون به، فتهمي الشارع عنه بخصوصه لا ينفي الحكم عما عداه، ونظير ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠].

ولو سلمنا: أن له مفهوماً، فلا حجة فيه أيضاً، لأنه مفهوم لقب ومفهوم اللقب لا يحتاج به على القول الراجح عند جمهور الفقهاء.

واستدل المالكية والشافعية: على تقييدهم جواز الانتفاع فيما إذا كان الدين غير قرض، بكونه مشروطاً في صلب العقد:

بأنه: إذا كان مشروطاً في صلب العقد، كان بيعاً، وإجارة وهو جائز. ويكون المدة معينة: بأن تعيين المدة يخرج من الجهالة المفسدة للإجارة.

ورد على المالكية، والشافعية: أولاً بأن تقييدهم هذا لا يجنبهم المحظور الذي فروا منه، وهو فساد الإجارة، لأنها في هذه الحالة فاسدة لجهالة الأجرة، وكذلك البيع فاسد لجهالة الثمن، لأن الدين أصبح أجرة وثمناً على الشيوخ.

وثانياً: بأن هذه الإجارة لا اختيار فيها فالظاهر من أمر المشتري أنه إنما قبل هذا الاشتراط تحت تأثير الحاجة، فهو تصرف لا اختيار فيه. وكل تصرف صدر لا عن اختيار فهو غير صحيح.

القول المختار

هذا والمختار من الأقوال الثلاثة هو القول بعدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً سواء أكان الانتفاع مشروطاً في العقد، أم كان غير مشروط وسواء أكان الرهن بدين قرض أم كان بغير دين قرض، لقوة أدلته وسلامتها مما ورد عليها، ولأنه يتفق وسماحة الدين ويسره ونبل مقصده حيث حث على التعاون وأكده، أما تَحْيِينُ الفرض لأكل أموال الناس بالباطل فليس في شرائع الله تعالى ما يبيحه .

الموضع الثاني

انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع

وكان المرهون مركوباً أو محلوباً أو صالحاً للخدمة

اختلف الفقهاء في انتفاع المرتهن بالمرهون، إذا كان مركوباً، أو محلوباً أو صالحاً للخدمة، ولم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالمرهون، على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يحل انتفاع المرتهن بالمرهون المركوب، أو المحلوب، أو الصالح للخدمة، إذا لم يأذن الراهن له بالانتفاع، ركوباً، أو حلباً، أو خدمة مطلقاً سواء أكان الانتفاع بقدر نفقة المرهون، أو أزيد منها، وسواء أكان الإنفاق على المرهون لامتناع الراهن عن الإنفاق على المرهون أم كان لغيبته، ذهب إلى ذلك الحنفية، والمالكية والشافعية، وأحمد في رواية مرجوحة عنه .

القول الثاني: يحل الانتفاع بالركوب، أو الحلب خاصة بقدر النفقة متحرياً العدل في ذلك، مطلقاً، سواء أكان الإنفاق، لامتناع الراهن عن الإنفاق أو لغيبته، أم كان مع عدم امتناعه وقدرته مع حضوره، ذهب إلى ذلك الحنابلة وإسحاق^(١) .

(١) مغني الحنابلة: ٤/٤٣٢؛ وتفسير القرطبي: ٣/٤١١ .

القول الثالث: يحل الانتفاع بالمرهون ركوباً أو حلباً، أو استخداماً شرط امتناع الراهن من الإنفاق عليه، ويكون الانتفاع بقدر النفقة فقط، ذهب إلى ذلك، أبو ثور والليث، والأوزاعي^(١).

القول الرابع: يحل الانتفاع بالمرهون ركوباً، وحلباً فقط، إذا امتنع الراهن من الإنفاق عليه، وتكون المنفعة بالغة ما بلغت في مقابلة النفقة، فلا يقيد حل الانتفاع بقدر ما ينفقه على المرهون^(٢).

الأدلة

أدلة القول الأول استدل أصحاب القول الأول على عدم حل انتفاع المرتهن بالمرهون المركوب، أو المحلوب، أو الصالح للخدمة، إذا لم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع مطلقاً، بالسنة والقياس:

أما السنّة: فما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه».

ووجه الدلالة: من هذا الحديث: أن النبي ﷺ جعل الغنم للراهن، والغرم عليه، ولا شك أن المنافع من غنمه، فلا يصح للمرتهن أن يتنفع بشيء منها بدون إذن مالكها بلا تفرقة بين مركوب، ومحلوب، وبين غيره.

ونوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه.

الوجه الأول: أن هذا الحديث مختلف في وصله، وإرساله، ووقفه، ورفع، وهو مع هذا الاختلاف لا يقوى على معارضة ما رواه البخاري، وأبو داود، والترمذي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً،

(١) مغني الحنابلة: ٤/٤٣٣؛ المتتقى وشرحه نيل الأوطار: ٥/١٠٢.

(٢) المحلى، لابن حزم: ٨/٨٩.

وعلى الذي يركب، ويشرب النفقة».

ودفع هذا الوجه: بأن الوصل، والرفع زيادة من الثقة، وهي مقبولة والاختلاف فيها لا يمنع من صحة الاحتجاج بالحديث.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث في سنده، عبد الله بن الأصم الأنطاكي، وله أحاديث منكراً، ذكرها ابن عدي في كتابه، ومنها هذا الحديث.

ودفع الوجه الثاني: بأن هذا الحديث قد ورد من طرق أخرى ليس فيها هذا الراوي، وهذه الطرق حسنها علماء الحديث كما قال صاحب نصب الراية.

الوجه الثالث: أن قوله: «له غنمه، وعليه غرمه» ليس من كلام الرسول ﷺ وإنما هو من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري كما قال أبو داود في مراسيله.

ودفع الوجه الثالث: بأن معمرأ ذكره عن ابن شهاب مرفوعاً. ومعمر أثبت الناس في ابن شهاب^(١).

وأما القياس: فإن المرهون ملك للراهن وليس للمرتهن فيه إلا حق الحبس، ولم يأذن الراهن للمرتهن بالانتفاع به، ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغيره من الأموال فكما أنه لا يجوز للمرتهن ولا لغيره الانتفاع بأموال الرهن غير المرهونة بغير إذنه فكذلك لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بغير إذن الراهن، بجامع أن المرهون وغير المرهون من أموال الراهن ملك له.

ورد هذا القياس: بأنه فاسد الاعتقاد لأنه واقع في مقابلة نص، وهو قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً». فالقياس فاسد الاعتبار ولا يصلح للحجية.

(١) نصب الراية: ٤/٢٢٠، ٢٢١.

أدلة القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني على حل الانتفاع بالركوب والحلب خاصة بقدر النفقة مع تحري العدل في الانتفاع بقدر النفقة. مطلقاً — بالسنة والقياس:

أما السنة: فما رواه البخاري وأبو داود والترمذي: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة».

ووجه الدلالة من هذا الحديث، أن رسول الله ﷺ جعل منفعة المرهون في مقابل نفقته، ولم يقيد ذلك بإذن الراهن ولا بامتناعه عن الإنفاق، كما لم يقيد الانتفاع بكونه بمقدار النفقة، ولكن ورد ما يقيد إطلاقه في هذه الناحية، وهو ما رواه حماد بن سلمة في جامعه بلفظ: (إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا^(١)).

ورد هذا الدليل بأربعة أوجه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث مجمل حيث لم يبين فيه من المنتفع، أهو الراهن. أم المرتهن، وهو مع هذا الإجمال لا يصح به الاستدلال.

ودفع الوجه الأول: بأن هذا الحديث لا إجمال فيه، فإنه جعل الانتفاع عوضاً عن النفقة، وهذا إنما يصح في حق المرتهن، ولا يصح في حق الراهن لأن الراهن إنما ينفق على المرهون وينتفع به بحق الملك لا بطريق المعاوضة وعلى تسليم أنه مجمل في حد ذاته، فقد جاء في بعض رواياته ما يبين هذا الإجمال وهو: «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب النفقة»، فهذه الرواية صريحة في أن المنفق هو المرتهن، فيكون هو المنتفع.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث كان قبل تحريم الربا، ثم نسخ بقوله ﷺ: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»^(٢).

(١) مغني الحنابلة: ٤/٤٣٣.

(٢) المبسوط، للسرخسي: ١٠٨/٢١.

ودفع الوجه الثاني: بأن النسخ لا يثبت بمجرد ادعائه، بل هو متوقف على القطع بتقديم المنسوخ، وتأخر الناسخ، وعدم إمكان الجمع بينهما. والتاريخ مجهول، فلا تصح دعوى النسخ.

الوجه الثالث: أن هذا الحديث معارض لحديث ابن عمر عند البخاري وغيره، ولفظه: (لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه) وهو حاضر وإذا تعارض الحاضر والمبيح قدم الحاضر.

ودفع الوجه الثالث: بأن معارضة حديث ابن عمر لا تضر لأنها بين عام وخاص، فيحمل حديث ابن عمر العام على ما عدا ما دل عليه الخاص وهو حديث «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً... إلخ».

والجمع بين الدليلين أولى من إهدار أحدهما.

الوجه الرابع: أن هذا الحديث مخالف للقياس من وجهين:

الأول: أنه جوز الانتفاع لغير المالك بغير إذنه وهو ممنوع، لقوله ﷺ: لا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه.

الثاني: أنه جعل الضمان بالنفقة، والأصل في الضمان أن يكون بالمثل أو بالقيمة.

ودفع الوجه الرابع: بأن مخالفة الحديث للقياس غير قاذحة في الاستدلال لأن الأئمة أثبتوا كثيراً من الأحكام بالنصوص، وقالوا إنها ثابتة على خلاف القياس كالإجارة، والسلم، وغيرهما.

وأما القياس: وهو الدليل الثاني من أدلة القول الثاني فقد قالوا في تقريره: إن نفقة الحيوان واجبة على الراهن، وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقه من الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه، واستيفاء ذلك من منافع المرهون، وهو جائز قياساً على المرأة يجوز لها أخذ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه - بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق على نفسها فالجامع بين المرتهن

وبين المرأة هو مطلق الامتناع من كل من الراهن والزوج فيجوز للمرتهن أن ينفق على الحيوان المرهون . ويأخذ مقابلها من منفعتها .

كما يجوز للمرأة أن تنفق على نفسها من مال زوجها عند امتناعه من الإنفاق عليها متى أمكنها ذلك .

أدلة القول الثالث

استدل أصحاب القول الثالث على حل انتفاع المرتهن بالمرهون ركوباً وحلباً بالسنة ، كما استدلوا على انتفاع المرتهن بالمرهون استخداماً بالقياس .

أما السنة : فأولاً ما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « لا يغلُق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » .

وثانياً ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » .

ووجه الدلالة من الحديثين أن الحديث الأول دل على أن جميع منافع المرهون للراهن والحديث الثاني دل على أن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون ركوباً وحلباً في نظير إنفاقه عليه فجمعاً بين الحديثين يحمل الأول على ما إذا قام الراهن بالإنفاق على المرهون والثاني على ما إذا امتنع من الإنفاق عليه .

وأما القياس : فالاستخدام كالحلب والركوب لأنه في معناهما ، فكما جاز انتفاع المرتهن بالركوب والحلب ، فكذلك يجوز انتفاعه بالاستخدام .

أدلة القول الرابع

استدل أصحاب القول الرابع على حل انتفاع المرتهن بالمرهون ركوباً وحلباً فقط إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون في نظير الانتفاع بمنفعة المرهون ولو زادت على قدر النفقة . بالكتاب ، والسنة .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [البقرة :

. [١٨٨]

وأما السنّة: فقوله ﷺ: «إن دماءكم، وأموالكم عليكم حرام».

وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ بطيب من نفسه».

فهذه النصوص — من كتاب الله وسنّة رسوله — تدل صراحة على أن انتفاع الشخص بمال غيره من غير إذنه حرام، ولا شك أن ملك الشيء المرهون باق لراهنه. فانتفاع المرتهن به لا يحل بدون إذن الراهن، وقد جاء الحديث «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» وهو يفيد جواز انتفاع المرتهن بالمرهون ركوباً وحلباً من غير إذن الراهن، ولم يقيد ذلك بقدر النفقة فيقتصر على مورد النص، ويبقى التحريم فيما عداه.

ورد هذا الدليل بأنه قد جاء في بعض الروايات التقييد بقدر النفقة، وهو ما رواه حماد بن سلمة في جامعه، بلفظ «إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا»^(١). وهذا صريح في أن الانتفاع بما زاد على قدر النفقة يكون حراماً، فالواجب تقييد حديث الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً... إلخ، بهذا الحديث.

المختار

والقول المختار من الأقوال الأربعة في انتفاع المرتهن بالمرهون المركوب أو المحلوب، أو الصالح للخدمة، إذا لم يأذن الراهن للمرتهن في الانتفاع به.

هو القول الثالث وهو ما ذهب إليه أبو ثور، والليث، والأوزاعي من حل الانتفاع بقدر النفقة إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على المرهون، لقوة أدلته ولموافقته لروح التشريع، ولما فيه من المحافظة على حقوق الراهنين، والمرتهنين وعلى الأموال التي أمر الشارع بالمحافظة عليها ونهى عن إضاعتها وأكلها بالباطل.

(١) نيل الأوطار، للشوكاني: ١٠٢/٥.

فإن الناظر في أدلة المذاهب المختلفة، يرى أنه قد سلم منها حديث «له غنمه، وعليه غرمه»، وحديث «الظهر يركب بنفقته» وحديث «فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا» وسبيل العمل بالأحاديث المتعارضة هو الجمع بينها، وأما الأخذ ببعضها وترك البعض الآخر لمجرد ما أثير حوله من أقاويل، أو تعصب لرأي معين، فبعيد عن الصواب. والإنصاف يقضي:

أولاً: بحمل حديث «له غنمه، وعليه غرمه»، العام، على حديث «الظهر يركب بنفقته» إذا كان مرهوناً الخاص، فيبقى العام مانعاً من انتفاع المرتهن بدون إذن الراهن فيما عدا المركوب والمحلوب.

ثانياً: بتقييد حديث «الظهر يركب...» المطلق، المفيد جواز انتفاع المرتهن بالمرهون، في نظير النفقة، سواء امتنع الراهن من الإنفاق أم لا، وسواء كانت المنفعة مساوية للنفقة، أم لا — في موضعين — :

الأول: إذا امتنع الراهن من الإنفاق.

والثاني: إذا كانت المنفعة مساوية للنفقة.

أما الأول: فلأن الأصل أن نفقة المرهون على مالكة، كما أفاده حديث «وله غنمه، وعليه غرمه»، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون.

ولما كان المرتهن صاحب حق في المرهون، وبترك النفقة عليه يفوت هذا الحق جعل الشارع النفقة عليه في مقابل انتفاعه ركوباً، أو حلباً، لئلا يتضرر من الإنفاق على ملك غيره بالمجان، وقياس الحنابلة تصرف المرتهن على تصرف المرأة في مال زوجها بالإنفاق على نفسها، يؤيد ذلك، لأن المقيس عليه خاص بحالة امتناع الزوج من الإنفاق، فيجب أن يكون المقيس كذلك مقيداً بتلك الحالة، وإلا كان قياساً مع الفارق.

وأما الثاني: فلأن حديث «فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا» صريح في ذلك حيث كان الزائد عن النفقة ربا، وهو محرم شرعاً. وبذلك

يظهر بوضوح رجحان ما ذهب إليه أبو ثور، والليث، والأوزاعي، من جواز انتفاع المرتهن بالمرهون ركوباً وحلباً واستخداماً بقدر ما ينفقه عليه لا غير، إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على المرهون وفي حكمه إذا غاب، أو تعذر إنفاقه لعدم قدرته على الإنفاق. والله عنده علم الصواب.

والخلاصة أن التحريم متفق عليه في غير مسألة المركوب والمحلوب، أما فيها فقد قيل بالحل. ولكن الجمهور على خلافه ولا شك أن الأرض المرهونة ليست كالحيوان حتى تقاس عليه، فلا يجوز أن يكون القرض على رهنها سبباً في الانتفاع بها اتفاقاً فإن محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم إنما هو الحيوان كما علمت.

المحور الثالث

الصور التي يمكن للاقتصاد أن يتفجع بها من بيع الوفاء

الصور التي يمكن للاقتصاد أن يتفجع بها من بيع الوفاء:

- ١ - أن بيع الوفاء ليس برهن محض، وأن ثمن الوفاء ليس بدين محض في ذمة البائع.
- ٢ - لو كان الثمن في بيع الوفاء ديناً لكان المبيع رهناً ولما كان المبيع بيع الوفاء رهناً فلا يملك المشتري منفعه.
- ٣ - لو كان ثمن الوفاء ديناً لما جاز البيع وفاء قبل قبض الثمن لأنه يصير رهناً بلا دين وهو لا يجوز.
- ٤ - لو كفل بدين فشرى الطالب به عقار المديون وفاء تبطل الكفالة ثم لا تعود بفسخها بيع الوفاء.
- ٥ - لو باعه ولم يقبض الثمن لا يتمكن من بيعه من آخر قبل فسخه، والرهن كذلك.
- ٦ - أن زكاة مال الوفاء تجب على البائع ولو كان ديناً محضاً لما وجب عليه، وفي هذا الوجه لا فرق بينه وبين الرهن في حكمه من الأحكام لأنه ملكه بقبضه، وعلى المشتري لأنه يعد مالاً موضوعاً له عند البائع أو ديناً له عليه^(١).

(١) جامع الفصولين: ٢٤٧/١.

- ٧ - البائع والمشتري في البيع بالوفاء مقتدران على الفسخ .
- ٨ - كون المبيع في بيع الوفاء غير مشاع شرط .
- ٩ - ليس للبائع أو المشتري بيع المبيع وفاء من آخر .
- ١٠ - يجوز أن يشترط في بيع الوفاء أن تكون منافع المبيع للمشتري .
- ١١ - إذا تلف المبيع وفاء في يد المشتري سقط من الدين بمقداره ولو كان ذلك بدون تعد منه .
- ١٢ - إذا توفي أحد العاقدين للبيع بالوفاء قامت ورثته مقامه .
- ١٣ - يميز المشتري وفاء عن غيره في أخذ المبيع^(١) .
- ١٤ - أن المشتري يملك زوائد المبيع وفاء ولا يضمونها بإتلافها^(٢) .

(١) علي حيدر، شرح المجلة: ٣٦٤/١ .

(٢) جامع الفصولين: ٢٣٧/١ .

خاتمة البحث

هذا ما أعان الله عليه ووفقنا إليه من جهد المقل في بحث (بيع الوفاء) راجياً المولى تعالى أن يكون قد حالفنا الصواب فيما وقع الاختيار عليه من أقوال فقهاء الإسلام. . ولما كانت المسألة خلافية فيما بينهم في العديد من المسائل والصور ليتوجه ما شاء من العلماء إلى من شاء من أقوال الفقهاء ما دام ترجح لديه قول إمامه أو من يقلد من الأئمة وفي النتيجة نحن أمام مقولتين .

إحداهما فيها السعة: المعاملات طلق حتى يعلم المنع. . وتقابل القاعدة: التقوى فوق الفتوى، والله من وراء القصد.

الشيخ خليل محيي الدين الميس

بَيْعُ الْوَفَاءِ عِنْدَ الْإِمَامِيَّةِ

إِعْدَاد

صِحَّةُ الْإِسْلَامِ لِسَيِّدِ مُحَمَّدٍ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ السَّجَّادِ

عَضُوِّ مَجْمَعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه .
ومن أسمائه: بيع الثنيا عند المالكية، وبيع العهدة عند الشافعية، وبيع الأمانة عند الحنابلة، وبيع المعاملة عند بعض الحنفية . . وكذلك سمي بيع الطاعة وبيع الجائز، أما عند الإمامية فيسمى (البيع بشرط الخيار)، وربما ذكرت له أسماء أخرى^(١) .

ما استقر عليه الرأي عند بعض المذاهب :

كان السائد قديماً فساد هذا البيع عند علماء المذاهب الأربعة باعتبارات ذكرت الموسوعة الفقهية منها ما يلي :

الأول: أن من شروط صحة الشرط أن لا يخالف مقتضى العقد وعقد البيع يقتضي ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام .

الثاني: أن في هذا الشرط منفعة للبائع ولم يرد دليل معين يدل على جوازه . .

الثالث: أن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم .

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية وكذلك بعض الشافعية إلى جواز ذلك لأن البيع بهذا الشرط قام عليه العرف فراراً من الربا وهو صحيح وإن كان مخالفاً

(١) الموسوعة الفقهية: ٢٤٠/٩ .

للقواعد لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع^(١) .

واعتبره أبو شجاع وعلي السعدي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية: من عقد الرهن ورتبوا عليه كل أحكام الرهن بحجة أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً.

أما ما استقر عليه الرأي — كما نقل — لدى الحنفية فهو أنه عقد جديد — كما يعبر الأستاذ الزرقاء في بحثه المقدم للمجمع ليس بيعاً صحيحاً من كل وجه ولا بيعاً فاسداً من كل وجه ولا رهناً من كل وجه بل فيه شبه بها جميعاً ولذا قرروا إعطاءه حكماً من كل منها:

فأعطي من أحكام البيع المطلق الصحيح أن للمشتري حق الانتفاع به واستغلاله دون حاجة إلى إذن البائع بل بمقتضى العقد.

— وأعطي من أحكام البيع الفاسد أنه عقد جائز للطرفين .

— وأعطي من أحكام الرهن أنه لا يجوز للمشتري بيعه لأنه شرط رده على البائع متى أعاد له الثمن وأحكام أساسية أخرى .

وقد استقر رأي الحنفية على هذا حتى قال صاحب البحر الرائق: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع، وفي النهر: والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي^(٢) .

وقفه قصيرة عند الأدلة:

وقبل المضي في البحث لا بد من وقفه قصيرة عند الأدلة التي سبقت للفساد أو الجواز.

(١) الموسوعة نقلاً عن تبين الحقائق، للزيلعي: ١٨٢/٥؛ والبحر الرائق: ٨/٤؛ والفتاوى

الهندية: ٢٠٨/٣، ٢٠٩؛ وابن عابدين: ٢٢٤/٢ — ٢٢٧؛ ومغني المحتاج: ٣١/٢؛

ونهاية المحتاج: ٢٣٣/٣؛ وبغية المسترشدين: ص ١٣٣؛ والإقناع: ٨٥/٣.

(٢) الموسوعة نقلاً عن ابن عابدين: ٢٢٤/٢ — ٢٢٧، بولاق.

أما بالنسبة لأدلة الفساد فقد ذكر منها أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد
فما هو الموقف هنا؟

من الواضح أن سر المشكلة في هذا العقد هو وجود شرط (الرد عند الرد)
في هذا العقد ولذا كان من الطبيعي أن نرجع إلى قاعدة (المؤمنون عند شروطهم)
وأحكامها المتفرعة لتحديد الموقف من هذا الشرط:

وهذه القاعدة لا يختلف حولها العلماء بعد أن جاءت النصوص المؤكدة
لها وهي في كمال الوقوف والاعتبار.

على أن الشروط ضمن العقود هي من توابعها وحينئذٍ يشملها دليل وجوب
الوفاء - كما هو الظاهر - أما ما قيل من أن العقود هي نفس المعاهدة الواقعة
بين الطرفين دون النظر للالتزامات الأخرى فلا يبدو أمراً مستساغاً عرفاً وإنما
ينظر العرف إلى مجموع الالتزامات ويرى شمول دليل الوفاء لها خصوصاً بعد
تفسير العقود بالعهود.

وهنا نقول أنهم اشترطوا أن لا يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد وذلك
باعتبار أن شمول دليل الوفاء لمثل هذه الحالة غير ممكن لوجود مقطعين متنافيين
تماماً في هذا المضمون الذي يراد الوفاء به ولا يمكن أن يقصد العقلاء مضمونين
متناقضين في آن واحد.

وهذا إنما يقتصر على التنافي بين الشرط ومقتضى ذات العقد.

أما لو كان الشرط منافياً لإطلاق العقد مثلاً فالعقد حينئذٍ يبدأ مقيداً
ولا معنى لتصور التنافي فيه مطلقاً فيشملة دليل الوفاء بشكل طبيعي ودون أية
عقبة ولتوضيح الأمر نقول:

أن المنافاة لمقتضى العقد يمكن أن تتصور على أنحاء:

(أ) أن يكون هناك تناف بين الشرط ومضمون العقد بالمعنى المصدرى
وهو مثلاً التمليك في البيع.

فلو قال بعتك هذه العين بشرط أن لا يتحقق هذا التمليك فهذا يعني وجود تناقض في المضمون وطبيعي أن هذا أمر باطل .

(ب) أن يكون الشرط منافياً لكل آثار العقد كأن يقول بعتك هذا شريطة أن لا تتصرف به مطلقاً وهذا يكاد يرجع إلى الوجه السابق .

(ج) أن يكون الشرط منافياً لأهم الآثار المنظورة في العقد بحيث يكون النظر أولاً إلى هذا الأثر كأن يشترط في عقد الزواج أن لا يتم المس الجنسي طوال حياة الزوجين .

وهنا قد يقال إن الفهم العرفي يرى المنافاة والتناقض وإن لم يكن ذلك بالنظر الدقيق فحكمه حكم الوجوه السابقة ولكن يمكن القول بصحة هذا الشرط إذا افترضنا أن النظر الحقيقي في العقد منصب على باقي الآثار كجواز النظر في مثلنا والتعاشر تحت سقف واحد اللهم إلا أن يقال بأنه شرط مخالف للكتاب والسنة وهو أمر فيه نظر .

(د) أن يكون التنافي لبعض الآثار العرفية للعقد وهنا نكرر ما قلناه إن التنافي هنا ليس بين ذات العقد والشرط بل هو بين الشرط وإطلاق العقد، ولكن وجود الشرط منذ البداية يرفع الإطلاق (بالمعنى الأعم) فيولد العقد مشروطاً لا مطلقاً ولا يبقى تناف في البين وتشمله أدلة الوفاء - إن لم يكن هناك مانع آخر .

(هـ) أن يكون التنافي بين الشرط وبعض الآثار الشرعية للعقد بمعنى الاسم المصدرية كاشتراط الزوجة كون السكنى باختيارها فلا مانع منه إلا أن يكون هناك مانع آخر كأن يكون ذلك من الحقوق غير القابلة للإسقاط كأن يشترط الزوج على الزوجة التنازل عن ليلتها لو قلنا بذلك وأمثال ذلك .

وهنا نعود إلى شرطنا المبثلى به وهو شرط الرد عند الرد لنبحث عن كونه مصداقاً لأي من الوجوه الماضية .

لا ريب في أنه لا ينافي مقتضى ذات العقد لأن التمليك حاصل يقصد البيع حقيقة ولا نستطيع أن ننوب عن المتعاقدين في تفسير ألفاظهما بعد أن كانا

قاصدين حقيقة للبيع ومستعدين لترتيب ما يترتب عليه من آثار ولكن في حدود معينة متفق عليها فلا معنى إذن لجعله رهناً لأنه يقوم مقامه أو اعتباره عملية ربوية لأنه يؤدي مؤداها وإلاً لكان علينا أن نسد الباب على كل فار من الربا الحرام إلى كل عقد صحيح يؤدي بالتالي إلى نفس النتائج وهذا منحى خطير فهل منعه من المضاربة مثلاً إذا كانت تؤدي إلى نفس النتائج؟

نعم لو اشترط في هذا العقد شروطاً تؤدي في الواقع إلى نفس الالتزام بأي أثر من آثار البيع وتحول العملية إلى قرض معقد كما تفعله بعض البنوك التي تحاول الفرار من الربا فهذا أمر يرفضه العرف ويجعله من مصاديق الربا وللعرف حقه في تشخيص المصاديق للأدلة الشرعية كما مر لنا بحث في اجتماع سابق لمجمع الفقه في هذا الصدد كما أنه لا ينافي كل آثار العقد، وكذلك فهو لا ينافي الأثر المنظور بالتركيز العرفي وهو التمليك وترتيب آثار الملك إجمالاً.

نعم لا يبقى لدينا إلا المنافاة لإطلاق العقد في ترتيب كل آثار التمليك وقد رأينا عدم الضرر في ذلك.

ومن هنا فنحن نرى أن هذا الشرط في نفسه صحيح لا غبار عليه.

— على أن هناك بحثاً مفصلاً في أداء الشرط الفاسد إلى فساد العقد لا مجال لنا هنا لطرحه وإنما نقول إجمالاً أن هذا الشرط لما كان محط النظر للمتعاقدين فلو فسد فإن المرجح هو فساد العقد.

أما بالنسبة للأدلة التي ذكرت للمجيزين ففيها نظر أيضاً.

فقد ذكروا أن هذا العقد رغم مخالفته للقواعد لكنه لما قام عليه العرف والتعامل خرجنا عن مقتضى القاعدة فيه كعقد الاستصناع فهذا أمر فيه نظر كثير. إذ كيف يسوغ لنا أن نخرج عن القواعد الشرعية المقررة لمجرد حصول التعامل العرفي به؟.

إننا لا نستطيع أن نخرج عن القواعد الشرعية إلاً بدليل شرعي فما هو الدليل الشرعي المذكور هنا؟

إنه العرف وقد ذكرنا أن العرف ليس دليلاً شرعياً قائماً برأسه وإلا لما احتجنا إلى الشريعة وإنما العرف يمكنه أن يشخص لنا مصاديق الأدلة ومداليل الألفاظ ومرادات المتكلمين كما يمكنه أن يكشف لنا عن إمضاء الشارع المعصوم للقاعدة الأصولية كالأستصحاب أو الحكم الفرعي شريطة أن يمتد إلى عصر المعصوم فيكون عرفاً عاماً في زمانه ومن خلال عدم نهييه عنه يكتسب مشروعية التقرير طبعاً مع التأكد من كل هذه الأمور أي الامتداد إلى ذلك العصر حتماً وعدم صدور النهي قطعاً.

كما هو الحال في عقد الاستصناع — كما يدعى — وهذا أمر يختلف عن الحال في عقد نشك في امتداده إلى ذلك العصر بل يقال أنه ظهر أول ما ظهر في القرن الخامس الهجري في مدينة بلخ وهو أمر مرفوض خصوصاً إذا لاحظنا الروايات الآتية عن أهل البيت (ع) وعلى أي حال فإننا لا نستطيع تحكيم العرف هنا والخروج فيه عن القواعد والقوانين الشرعية.

أما بالنسبة لما استقر عليه الرأي والذي عبر عنه الأستاذ الزرقاء بالبيع الجديد المشابه (للبيع الصحيح والفاقد والرهن). كما عبرت عنه الموسوعة بأنه (مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقرة والنمر). فهو أيضاً لم نستطع أن نتبين الوجه في تصحيحه. إذ أننا تارة نحاول التشبيه وأخرى نحاول التماس الدليل الشرعي للحكم الشرعي الذي نريد استنباطه. وهل يكفي مجرد الشبه لنقل حكم من المشبه به إلى المشبه؟

كما أن وجود عنصر فاسد — وهو المفروض لديهم — في هذا العقد يفسد المجموع — كما مر ذلك. ولا نستطيع بعد هذا أن نجيز شمول أدلة الوفاء لمثل هذا العقد والحال هذه.

ولذا رأينا الأستاذ الزرقاء يكتفي بنقل القول دون تأييده بل رأينا أبا شجاع والسعدي والماتريدي يعدلون عن هذا الرأي ويلجأون إلى تصحيحه باعتباره عقد رهن كامل وبالتالي يمنحوه كل أحكام الرهن وهذا أيضاً لم نر له وجهاً بعد أن لم

يقصده المتعاقدان مطلقاً ومع هذا فلا مجال لفرض ضرورة الالتزام به كقول جامع وعدم تسويغ الخروج عليه .

ولا ننسى أن نشير إلى من جوزه لحاجة الناس إليه فلا نرى ذلك أيضاً دليلاً مسوغاً اللهم إلا أن يتحول إلى ضرورة وللضرورات أحكامها وليس الأمر كذلك .

إشكال الغرر :

ولو بقينا نحن والقواعد الأولية وقبل الرجوع إلى أي دليل آخر خاص بهذا المورد فإن هناك إشكالاً عاماً قد يطرح على صور هذا العقد وهو إشكال الغرر وهو ما لم ألاحظه في كتب المتقدمين وإنما ذكره الإمام الخميني (رحمه الله) في كتاب البيع وناقشه بالتفصيل^(١) فمهما صورنا هذا الشرط من قبيل :

(أ) أن يكون الشرط هو الخيار المتقيد برد الثمن .

(ب) أن يؤخذ الرد فسخاً فعلياً .

(ج) أن يشترط انفساخ العقد حال رد الثمن من قبيل شرط النتيجة ولا مانع من ذلك .

(د) أن يشترط الإقالة أو البيع الجديد أو نقل المبيع إليه (وستأتي الإشارة إلى هذه الصور في بحث الفروع) .

نعم في كل هذه الصور يبدو أن الجهالة حاصلة والغرر قائم فلا يعلم متى يتحقق رد الثمن ليتم رد الثمن .

نعم لو تم تحديد زمان الرد بالتعيين ارتفع الغرر .

أما لو أطلق الأمر واشترط الرد عند الرد خلال هذه المدة الممتدة فهل يتحقق الغرر لأن المعلق عليه مجهول من حيث مدة حصوله؟

والذي يبدو أن الغرر بهذا المقدار لا يضر عرفاً شريطة أن لا تخرج المدة

(١) البيع، للإمام الخميني، الجزء الرابع: ص ٢٢٣ .

المضروبة عن الحدود المتعارفة بحيث لا يصدق في التصور العرفي حصول غرر رغم كثرة البدائل فما أكثر ما يمنح العرف الفرصة لتحقيق الشروط دون أن يتصور أن هناك جهلاً وغرراً في البين وبهذا دفعنا إشكال الغرر في عقد الضمان بعد توفر تحديدات للأقساط والمدد وأمثال ذلك.

ولهذا أيضاً نجد المعارضين له لا يشيرون إلى عنصر الغرر هذا باعتباره مغتفراً بهذا المقدار.

بيع الوفاء عند الإمامية :

والملاحظ أنهم فرغوا عن كونه بيعاً وإنما ركزوا على شرط الخيار ولذلك بحثوه غالباً في بحث (الخيارات) وفي مبحث خيار الشرط بالتحديد كما ذكره صاحب (الغنية) في أمثلة الشروط الجائزة.

فهو إذن بيع خالص تنتقل فيه العين بكل تبعاتها وحقوقها إلى المشتري والتمن بكل توابعه إلى البائع إلا أن هناك شرطاً للرد عند الرد يلتزم به الطرفان كما سيتوضح فيما يلي :

حكم بيع الوفاء وفق القواعد العامة :

وهو المنهج الذي يتبعه فقهاء الإمامية المتأخرون عندما يبحثون أي مسألة فإنهم يطرحونها أولاً على ضوء القواعد العامة فإذا كانت النتيجة إيجابية اعتبرت النصوص الواردة في هذا المورد الخاص تأكيداً وتطبيقاً لتلك القواعد أما إذا كانت سلبية اعتبرت النصوص الخاصة استثناء، ولذا يؤخذ من الاستثناء خصوص ما تم القطع بخروجه عن القواعد العامة ويرجع في الباقي إليها، على تفصيلات دقيقة تراجع في مظانها.

وقد ذكرنا أنهم لم يناقشوا في كونه بيعاً تنطبق عليه كل صفات عقد البيع وبالتالي تشمله أدلة الوفاء بالعقود من هذه الجهة.

كما أنهم لم يروا في هذا الشرط أية مخالفة لمقتضى العقد بل هم لم

يبحثوا هذه المسألة لوضوحها لديهم وإنما ركزوا على مسائله الفرعية فقط دون المساس بأصل المشروعية .

فهذا العلامة الشيخ محمد حسن النجفي صاحب الجواهر يقول: (وكذا يجوز اشتراط الخيار مدة معينة - لا مجهولة ولا مطلقة - بشرط أن يرد البائع فيها الثمن ويرجع بالمبيع إن شاء إجماعاً في أصل المسألة . . . ونصوصاً عموماً وخصوصاً)^(١) .

فهو يرى أن النصوص العامة وهي أساس من أسس مشروعية هذه القواعد تنسجم مع هذا البيع .

ويقول الشيخ العلامة الأنصاري: (والأصل فيه بعد العمومات المتقدمة في الشرط النصوص المستفيضة)^(٢) والعبارة تحمل نفس المدلول .

ويقول الإمام الخميني عن هذا البيع: (وهو جائز إجمالاً بالأدلة العامة والخاصة بل عن التذكرة وغيرها الإجماع عليه)^(٣) .

فهو إذن بالإضافة إلى انسجامه مع الأدلة العامة يملك سند الإجماع المنقول كما تنص على صحته نصوص عن أئمة أهل البيت (ع) كما سيأتي الحديث عنها .

إلاً أنه راح يذكر صور الاشتراط ويحللها ليجد ما يوافق منها القواعد العامة وما يخالفها وقد مر علينا ذلك قبل قليل ورأيناه يقبل أغلب تلك الصور على تفصيلات إلا أنه يرى أن إشكال الغرر يأتي في أكثرها فيقول:

(ثم إن إشكال الجهالة والغرر يأتي في أكثر الصور فما فيها الغرر بالوجه الذي مر بيانه تبطل على القواعد ولا بد في صحتها من التماس دليل من إجماع

(١) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: ٣٤/٢٣ .

(٢) كتاب المكاسب: ص ٢٢٩ .

(٣) البيع: ٢٢٣/٢ .

أو أخبار خاصة^(١) وهذا ما يستفيدة هو بعد تعرضه لتلك الأخبار الخاصة حيث يقول بعد استعراضها:

(وكيف كانت تدل هذه الروايات على صحة الشرط مع الجهالة في المجعول وزمان الخيار أو زمان لزوم الرد أو الفسخ أو الانفساخ)^(٢).

الأدلة الخاصة في مورد بيع الوفاء :

وهنا يذكر الإجماع المنقول والروايات الواردة عن أئمة أهل البيت (ع) وقد ذكرت في الباب السابع والثامن من أبواب الخيار في كتاب وسائل الشيعة للمرحوم الشيخ الحر العاملي وعلى النحو التالي .

١ - محمد بن يعقوب عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن علي بن النعمان عن سعيد بن يسار قال قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا نخالط أناساً من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم للعشرة اثني عشر، والعشر ثلاثة عشر ونؤخر «نوجب» ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء قد باع وقبض الثمن منه فنعهه إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدرهم فهو لنا فما ترى في الشراء؟ فقال أرى أنه لك إن لم يفعل وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه .

وروى هذا الحديث الشيخ الصدوق بإسناده عن سعيد بن يسار ورواه الشيخ الطوسي بإسناده عن الحسين بن سعيد عن علي بن النعمان وعثمان بن عيسى جميعاً عن سعيد بن يسار .

٢ - محمد بن يعقوب عن أبي علي الأشعري عن فضالة عن أبان بن عثمان عن أبي الجارود عن أبي جعفر (الباقر) (عليه السلام) (وفي نسخة أخرى عن أبي عبد الله الصادق) قال إن بعت رجلاً على شرط فإن أتاك بمالك وإلاً فالبيع لك .

(١) البيع، للإمام الخميني: ص ٢٢٤ .

(٢) نفس المرجع .

٣ - محمد بن الحسن (الطوسي) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن صفوان، عن إسحاق بن عمار قال: حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال أبيعك داري هذه: وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن ترد علي فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردها عليه. قلت فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله.

وروى هذا الحديث الصدوق بإسناده عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام.

ورواه الشيخ الكليني (رحمه الله) عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين عن صفوان.

٤ - وروى الشيخ الطوسي بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن أحمد بن أبي بشر (وفي نسخة أخرى: بشير) عن معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل. وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال له: شرطه، قال أبو الجارود فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين قال: هو ماله. وقال أبو عبد الله (عليه السلام): رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون، الدار دار المشتري^(١).

٥ - ويضاف إليها رواية جاءت في كتاب دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن رجل باع داره على شرط أنه إن جاء بثمانها إلى سنة أن يرد عليه قال: لا بأس بهذا وهو على شرطه)^(٢).

(١) تراجع كل هذه الروايات في كتاب وسائل الشيعة: ٤/٣٥٢ - ٣٥٤.

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٤ - من أبواب الخيار الحديث ١.

وتشكل هذه الروايات محور البحث في الفروع التي طرحت في هذه المسألة وهي متشعبة نذكر هنا بعضها ثم نعقب ذلك بخاتمة.

الفرع الأول:

صور الاشتراك ومدى انسجامها مع القواعد العامة

وقد ذكروا له صوراً كما يلي:

الصورة الأولى:

أن يكون الشرط هو الخيار المقيد برد الثمن بمعنى أنه يجعل منذ البدء مضيقاً وحينئذٍ فله الخيار (بهذا القيد) طول الوقت المعين.

(وهذا لا إشكال في صحته لعدم التعليق فيه وعدم الجهالة في الجعل والمجعول، والجهل بوقت الأداء خارج عن محط الجعل نظير الجهل بأعمال خيار الشرط إذا جعل ثلاثة أيام)^(١).

الصورة الثانية:

أن يعلق الخيار على رد الثمن في الوقت المعين فلا يثبت إلا بعد تحقق المعلق عليه وحينئذٍ فلا خيار قبل تحقق الرد وتكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد كما يرى الشيخ الأنصاري في حين يرى الإمام أنه ثابت في كل المدة لأن المعلق عليه ليس قيداً ولا إشكال فيه سوى التعليق وهو غير مضر لعدم الدليل على بطلانه شرعاً أما إشكال الغرر فقد تقدم الحديث عنه.

الصورة الثالثة:

أن يؤخذ الرد قيداً للفسخ بمعنى أن له الخيار طوال المدة المعينة على وجه يقارن الرد أو يتأخر عنه ولا مانع منها.

الصورة الرابعة:

أن يعتبر الرد فسخاً فعلياً وقد ذكر الشيخ الأنصاري أن صاحب الرياض اعتبر هذه الصورة هي الظاهرة من الأخبار.

(١) البيع: ٦/٢٢٣.

الصورة الخامسة:

أن يشترط انفساخ العقد حال رد الثمن فيكون هذا من قبيل شرط النتيجة وقد اعتبرها الشيخ الأنصاري هي الظاهر من رواية معاوية بن مسرة المتقدمة وهي الصورة التي يبدو أن صاحب الغنية ركز عليها حيث أنه لم يذكر هذا القسم في الخيار وإنما ذكره في أمثلة الشروط الجائزة في متن العقد قائلاً: (أن يبيع ويشترط على المشتري إن رد الثمن عليه في وقت كذا كان المبيع له)^(١).

هذا وقد أشكل عليها بإشكالين.

الأول: أن شرط النتيجة غير صحيح.

الثاني: أنه يعني اقتضاء الشيء عدم فسخه أو انفساخ العقد بلا سبب. أما الإشكال الأول فيقال في توضيحه أن الاشتراط يعني تملك الشرط للمشروط له تماماً كما في شرط الفعل والنتائج لا تقبل الإضافة إلى مالك.

ولكنه غير صحيح فالحقيقة هي أن هناك التزاماً من البائع بالفعل أو بالنتيجة ولا مانع في ذلك.

وأما الثاني فيقال في جوابه أن سبب الانفساخ هو الشرط نفسه وليس العقد.

الصورة السادسة:

أن يشترط البائع على المشتري أن يقيه أو يبيعه من جديد أو ينقل المبيع إليه عند رد الثمن وهو الاستظهار الوارد في كتاب الوسيلة حيث قال: (إذا باع شيئاً على أن يقيه في وقت كذا بمثل الثمن الذي باعه لزمته الإقالة إذا جاء بمثل الثمن في المدة).

ولا مانع من هذه الصورة أيضاً.

(١) مكاسب الشيخ الأنصاري: ص ٢٣٠، عنه.

ما يستفاد من الروايات الآتية :

أما رواية إسحاق بن عمار فهي تحتمل كل هذه الصور وكذلك رواية سعيد بن يسار في حين أن رواية معاوية بن مسرة الظاهر من لفظها شرط النتيجة (فالدار دارك) ولكنها كلها تحتمل الوجوه الماضية إما مباشرة أو بالكناية .

الفرع الثاني :

هل يكفي مجرد الرد في الفسخ؟

قيل أن ظاهر عبارات العلماء هي أن مجرد رد الثمن ليس قاطعاً للبيع .

ذلك أن الذي يتبع الرد هو الخيار لا انقطاع البيع ولا يفسخ البيع معه إلاّ بالفسخ وليس الرد بنفسه فسحاً لأنه لا يدل عليه وإن كان علامة على الإرادة والإرادة غير المراد .

ولكن الشيخ الأعظم الأنصاري يقول : (أما لو فرض الدلالة عرفاً إما بأن يفهم منه كونه تمليكاً للثمن من المشتري ليمتلك منه المبيع على وجه المعاوضة وإما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري فلا وجه لعدم الكفاية لاعتراهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة وما قيل من أن الرد يدل على إرادة الفسخ والإرادة غير المراد ففيه أن المدعي دلالة على إرادة كون المبيع ملكاً له والثمن ملكاً للمشتري ولا يعتبر في الفسخ الفعلي أزيد من هذا مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد في وجوب رد المبيع بل قد عرفت في رواية معاوية بن مسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل على تحقق الفسخ الفعلي به)^(١) .

وخلاصة كلامه : أنه لا مانع من أن يدل الرد دلالة عرفية على الفسخ وعندئذ يكفي في انقطاع البيع .

وقد استظهر من الروايات الماضية كفاية الرد بل إن رواية معاوية صريحة في ذلك .

(١) المكاسب : ص ٢٣٠ .

في حين أن الإمام الخميني أكد أن الظاهر هو ما يقوله الأصحاب فالرد يتبعه الخيار لا الانقطاع وهو ما نستظهره أيضاً.

نعم لو نص في العقد على أن يكون الرد فسخاً فلا إشكال في ذلك .

الفرع الثالث :

هل يسقط الخيار بإسقاطه بعد العقد وقبل تحقق الرد؟

يرى الشيخ الأنصاري ذلك وقد ذكرت لتوجيه هذا الرأي وجوه وتعبيرات :

الأول: أن تحقق العقد يعني تحقق سبب الخيار وهو كاف في صحة إسقاط الحق .

الثاني: أن المشروط له مالك للخيار قبل الرد ولو من حيث تملكه للرد الموجب له فله إسقاطه .

الثالث: أن الإسقاط هو على نحو الواجب المشروط (أي المعلق وجوبه على شيء دخيل في أصل ملاكه كالأستطاعة بالنسبة للحج).

فيكون السقوط (وهو أثر الإسقاط) بعد تحقق الخيار بتحقيق الرد .

ويزاد على هذا فيقال أن العلاقة بين الإسقاط والسقوط الاعتباريين ليست كمثلهما في الأمور التكوينية وهنا يرى العقلاء أن هناك وجوداً إنشائياً ممتداً للإسقاط يستمر حتى يتحقق الرد وبالتالي يتحقق الخيار فيتم بإسقاطه .

الرابع: أن البائع يملك الرد كحق من حقوقه فيصح له أن يسقط حق الرد فيسقط معه الخيار هذا بعض ما يمكن أن يؤيد به نفوذ الإسقاط وأدائه للسقوط إلا أن الإمام يرد على كل هذه الوجوه .

أما الأول: فيقول فيه أن تحقق السبب وهو العقد لا يخرج الإسقاط عن كونه إسقاطاً لما هو غير حاصل .

وأما الثاني: فيرى فيه أنه صحيح من حيث الإمكان إلا أننا بحاجة لإثبات

وجود سلوك عقلائي يقضي ببقاء مثل هذا الإسقاط حتى يتحقق موضوعه فينفذ، وأن يتوفر هذا السلوك في عصر المعصوم عليه السلام فيمضيه ولو بعدم الردع عنه وهو أمر مشكوك التحقق آنذاك .

وأما الثالث: فيقول فيه أنه ليس مالكاً إلاً على سبيل التجوز وهو لا يكفي للإسقاط المنجز .

وأما الرابع: فيرى أن كونه من الحقوق دعوى بلا بينة ويكفي بقاء الخيار بعد الإسقاط للشك في تأثيره بل يستظهر أنه ليس من الحقوق .
هذا ما أفاده رحمه الله^(١) .

الرأي الرابع:

والذي يرجح في النظر هو الإسقاط بالإسقاط والتعبير الثاني رغم كونه مجازياً فهو حالة عرفية يلاحظها العرف بأدنى نظر ويراها مالكاً عبر تملكه لسبب الخيار دون مؤونة تذكر فهو دليل محكم .

وكذلك الوجه الثالث باعتبار أن المرتكز في العرف في نظائر هذه المعاملات هو كذلك وقد قبل الإمام نفسه نظير ذلك في تصحيح بيع الفضولي وغيره بل قد قبل جريان الفضولية في الإيقاعات لولا الإجماع على عدمه .

فهذا هو مرتكز العرف في المعاملات وهذا المرتكز نفسه ممضى من الشارع والإلجاء النهي عنه .

وكذلك أيضاً الوجه الرابع فلا ريب في أن من حقوقه أن يشترط الخيار بمقتضى سلطنته فهي حقوق مترتبة على الملكية كما أن من حقوقه نتيجة التعامل أن يكتسب الخيار بالرد وهو بالتالي يملك إسقاط هذا الحق (والله أعلم) .

(١) البيع: ٢ / ٢٣٥ - ٢٣٧ .

الفرع الرابع :

ما هو الموقف لو كان المردود من غير جنس الثمن

أو فاقداً للقيد المعبر كأن يكون معيباً والمطلوب

أن يكون صحيحاً

(ولو لأجل انصراف الإطلاق إلى قيد الصحة)؟

قيل: بالتفصيل بين المردود من غير جنس الثمن والمردود الذي ظهر معيباً أو فاقداً لوصف معتبر فيه فلا يتحقق في الأول ويتحقق في الثاني مع ثبوت حق المطالبة بالاستبدال. وقد قيس هذا على باب البيع إذا وقع على غير الجنس بعنوان الجنس أو على المعيب بعنوان الصحيح حيث يبطل في الأول ويصح في الثاني مع ثبوت خيار تخلف الوصف وكذا لو وقع على الكلي في الذمة وتم أداء الفاقد للوصف المذكور في ذلك الكلي حيث إن للمشتري قبوله وإسقاط الوصف.

وقيل أنه لم يتحقق الرد في كلتا الحالتين لعدم تحقق المعلق عليه (بل لو رضي الطرف به أيضاً لم يثبت لأن المفروض أن الصحة شرط ولا ينقلب عما هو عليه بتراضيهما)^(١).

أما القياس ففي غير محله لأن قياس المورد على البيع الشخصي فهو مع الفارق إذ البيع وقع على الشخص، وتخلف الوصف لا يوجب تخلف البيع في حين وقع الخيار على رد الشيء الموصوف ومع فقدان الوصف يتخلف الرد فلا يثبت الخيار وأما القياس على الكلي الموصوف فهو أيضاً مع الفارق لأنه لا ينطبق أصلاً على فاقد الوصف.

إلاً أن الظاهر أن القول بالتفصيل له وجه وجيه.

فصحيح أن الرد إنما هو للشيء الموصوف ولكنه منصب أولاً وبالذات

(١) البيع: ٢٣٧/٤.

على الشيء ويعتبر رداً حقيقة وإن كان للمشتري حق المطالبة بتحقيق الوصف فإن عفى عنه كان رداً حقيقة في نظر العرف.

وكذا الأمر في الكلي في الذمة فالانطباق وإن لم يكن قيماً عقلياً ولكنه انطباق عرفي خصوصاً بعد العفو عن الوصف المتخلف.

ولذا لا نرى وجهاً عرفياً للقول بعدم تحقق الرد حتى بعد رضا المشتري بالعين المعطاة.

الفرع الخامس:

حكم التلف

والتلف قد يتعلق بالمبيع وقد يتعلق بالثمن، وهما أيضاً قد يقعان قبل الرد وأخرى بعد الرد فما هو حكم هذه الحالات؟

أما المبيع فإنه لو تلف قبل الرد أو بعده فهو من المشتري لأنه هو المالك عقدياً في بيع صحيح ولذا فله نماؤه أيضاً ولكن هل يبقى الخيار؟ هناك من يرى بقاء الخيار للبائع فله أن يسترد المثل أو القيمة حينما يرد الثمن أو بدله.

وهناك من يرى سقوط الخيار، باعتبار أن مصب هذا الخيار هو الإلزام بإعادة المبيع عند رد الثمن، والظاهر من هذا هو بقاء المبيع في هذا المورد فإذا تلف المبيع فلا معنى للخيار.

وهذا ما يحتمله الشيخ الأعظم في المكاسب^(١) إلا أن الإمام يركز على خصوصية أخرى يختص بها بيع الخيار دون غيره (وهي معهودية رجوع نفس العين برد الثمن أم مثله فإن بيع الخيار بحسب النوع الذي يشذ خلافه إما يقع على المبيع الذي يكون لصاحبه علاقة (عاطفية) به بخصوصه بالثمن الذي هو محل احتياجه ليصرفه فيما يحتاج إليه فيبيع داره التي هي ظل رأسه وضيعته التي

(١) المكاسب: ص ٢٣١.

هي قرة عينه، وإنما يقدم على بيعها بأقل من قيمتها لأجل العلم والاطمئنان بإمكان أداء الثمن واسترجاعها ولو كان نظره إلى ماليتها لا إلى عينها لما باعها إلا بثمن المثل لتحصيل ماليتها الواقعية ولم يكن وجه لبيعها بالشرط^(١).

والروايات المذكورة واضحة في هذا المورد كقول البائع في رواية إسحاق (أبيعك داري هذه وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك).

وعليه فالمراد بالدار هو خصوصها لا ماليتها.

والظاهر أنه رأي قوي لا يمكن العدول عنه ولولا هذه الخصوصية لقلنا هنا كسائر الخيارات برجوع العين بالفسخ ومع التلف يرجع إلى البدل.

هذا وقد ذكر أن التلف لو تم بعد رد الثمن فإنه سيكون مشمولاً لقاعدة (التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له) والمشتري هنا لا خيار له فالتلف منه وحينئذ تنفسخ المعاملة ولا معنى حينئذ للخيار.

وهذه القاعدة قيل^(٢) عنها أنها مسلمة لدى الأصحاب واستدل لها بالأخبار، والإجماع المنقول ثم جاء التساؤل عما إذا كان هذا الحكم على مقتضى القواعد الأولية باعتبار أن التلف يقوم مقام الفسخ أم لا باعتبار أن المعاملة تامة وأن النقل والانتقال حاصل بالفعل رغم وجود الخيار (وهو المرجح) فتكون الروايات على خلاف القاعدة ويقتصر فيها على موارد من خيار الحيوان والشرط ولا يمكن الخروج إلى التعميم إلا بقياس مرفوض. هذا وقد استظهر الشيخ الأعظم الأنصاري شمولها لخيار المجلس أيضاً وعلى أي حال فلا تملك هذه القاعدة العموم المطلوب لأنها غير منصوص عليها مباشرة بل هي مستخرجة من نصوص جاءت في موارد خاصة وليس فيها تعميم.

ثم إنها لو شملت المورد فالكلام الآنف يأتي هنا.

(١) البيع: ٢٢٠/٤.

(٢) القواعد الفقهية، للمرحوم السيد الجنوردي: ١٠٩/٢.

أما لو تلف الثمن الشخصي فإن كان بعد الرد وقبل الفسخ فإن قلنا بشمول القاعدة الماضية للمورد يكون التلف من المشتري باعتباره مصداقاً لمن لا يملك الخيار وإن كان ما زال ملكاً للبائع .

ولكن الإشكال في شمول القاعدة للثمن هنا قوي باعتبار أنها واردة في خصوص المبيع في الخيارات الآتية فقط بالإضافة إلى إشكال آخر يأتي من ضم قاعدة (الخراج بالضمان) إلى الإجماع على أن النماء ما زال للبائع فالضمان عليه لا على المشتري .

فلو شملته القاعدة فمعنى ذلك تلف الثمن من المشتري وانفساخ العقد وعودة المبيع إلى البائع – وقد شككنا في الشمول – وإلاً كان التلف من البائع وتأتي هنا فروض الاستبدال وإمكانه وعدمه وقد رجح الشيخ الأنصاري إمكان إرجاع البديل واسترجاع المبيع .

أما لو كان تلف الثمن قبل الرد فهل هو من البائع؟

قيل: إننا لو قلنا بوجود الخيار قبل الرد وقلنا بشمول القاعدة لهذا المورد فالحكم كذلك (أي أن التلف من المشتري وانفساخ العقد وعودة المبيع إلى البائع) إلا أن الإنصاف يقتضي أن لا نعمم القاعدة حتى إلى هذا المورد رغم قولنا بوجود ما للخيار قبل الرد باعتبار امتلاكه للرد نفسه .

وعليه فيكون التلف من البائع خصوصاً بعد ملاحظة أن النماء له وله أن يدفع البديل (على بحث في ذلك) .

الفرع السادس :

هل للمشتري أن يتصرف تصرفاً ناقلاً للعين؟

لا ريب في أن للبائع أن يتصرف في الثمن لأن التصرف هو المقصود بالعقد ابتداءً ولو تصرف به تصرفاً ناقلاً سقط خياره على النحو المتقدم هذا إذا كان الثمن شخصياً طبعاً .

أما المشتري فهل يجوز له ذلك؟

هذه المسألة تدخل تحت بحث مهم طرحه علماء الإمامية في باب أحكام الخيار تحت عنوان (عدم جواز تصرف غير ذي الخيار) وقد استعرض الشيخ الأعظم في مكاسبه^(١) أقوالهم بإسهاب وذكر أقوال القائلين بالمنع وتفصيلاتها ثم قال راداً عليها: (هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع لكنه لا يخلو عن نظر فإن الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حالة تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدها فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف (التصرف) جوازاً ومنعاً فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين، ومجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد وإرجاع الملك إلى الحالة السابقة لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك في الشفعة الأولى بالتزلزل لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقاً وأما حق الرهن فهو من حيث كونه وثيقة يدل على وجوب إبقائه وعدم السلطنة على إتلافه مضافاً إلى النص والإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً ولو لم يكن متلفاً ولا ناقلاً... والحاصل أن عموم الناس مسلطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنة المالك فالجواز لا يخلو عن قوة في الخيارات الأصلية.

أما بالنسبة للخيارات المجعولة بالشرط فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ بل الحكمة في أصل الخيار هو إبقاء السلطنة على استرداد العين^(٢).

وهكذا نجد (رحمه الله) يفرق بين الخيارات الأصلية كخيار العيب مثلاً والخيارات المجعولة بالشرط فيجيز التصرف الناقل هناك ويرفض هنا لمنافاته

(١) المكاسب (طبعة تبريز)، ١٣٧٥هـ : ص ٢٩٥.

(٢) المكاسب، طبعة تبريز: ص ٢٩٦.

لمصعب التعاقد وهو الاسترداد عند الفسخ .

وهناك تفاصيل كثيرة لا يمكننا التعرض إليها إلا أننا نلاحظ تماماً أن فقهاء الإمامية فرغوا من التمليك كما قلنا وأن العين في مثل موردنا هي ملك المشتري ولكن البحث كله في مانعية التزلزل الناشئ من وجود الخيار من القيام بمثل هذا التصرف، وليس هذا كالعين المرهونة إذ لا يجوز للمرتهن أن يتصرف بها أي تصرف لأنها ليست إلا كوثيقة على دينه :

وما يمكن أن يذكر هناك من المنع هو ما ذكره الشيخ الأعظم من أن مصعب العقد على إبقاء العين معدة للاسترجاع بمجرد تحقق الرد وقيام البائع بالفسخ (إن لم نقل بأن الرد نفسه فسخ) وربما كان هذا منافياً لهذا الغرض إلا أن يكون التصرف مما لا يتنافى مع ذلك كالسكنى والإجارة وخصوصاً فيما هو التعارف من الإجارة لنفس البائع بل ويمكن القول بجواز البيع مع بقاء حق الفسخ للبائع الأول متى شاء وتعود العين إليه على تفاصيل في البين .

فإذا منعنا المشتري من البيع وتخلف فباع فهناك بحث في بطلان هذا البيع وعدمه، يقول الإمام الخميني في هذا الصدد :

(ثم إنه على ما ذكرنا في بيع الخيار فاللازم منه وجوب حفظ المبيع لأنه مقتضى القرار والشرط في المقام، ولتخلف وباعه فهل يقع باطلاً أو لا؟ وجهان مبنيان على ثبوت الحكم الوضعي في الشروط التي تتعلق بالأفعال وعدمه .

وأما ما قيل من أن وجوب العمل بالشرط يوجب تعجيز المشتري عن بيعه فلا يرجع إلى محصل فإن نفس الوجوب لا يوجب إلا الإلزام بالعمل وصيرورته موجبا لعدم تأثير البيع (لو تخلف) أول الكلام، بل ما هو مقتضى الشرط وجوب حفظه لا حرمة بيعه فلا وجه للبطلان إلا دعوى كون وجوب الشيء مقتضياً لحرمة ضده الخاص وكونها إرشاداً إلى البطلان وهي كما ترى باطل في باطل^(١) . وفي مجال الفتوى يقول: (وليس للمشتري قبل انقضاء المدة

(١) البيع: ٢/٢٢٢ .

التصرف الناقل وإتلاف العين إن كان المشروط ارتجاعها ولا يبعد جوازهما إن كان (المشروط) السلطنة على فسخ العقد^(١) .

في حين أفتى الإمام الحكيم وتبعه الإمام الصدر بعدم الجواز مطلقاً^(٢) .

الفرع السابع :

حكم الاشتراط من قبل المشتري

ذكروا أنه كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثلثمن .

ولو أطلق الاشتراط انصرف الأمر إلى العين نفسها ولو صرح برد البدل مع التلف فلا إشكال أما لو صرح برد البدل مع إمكان رد العين فإنه فيه إشكال كونه خلاف مقتضى الفسخ وهو رجوع كل من العوضين إلى صاحبه .

الفرع الثامن :

هل ينتقل بالإرث؟

جاء في تحرير الوسيلة: (لو مات البائع ينتقل هذا الخيار كسائر الخيارات إلى ورثته فيردون الثمن ويفسخون)^(٣) .

وجاء في منهاج الصالحين للإمام الحكيم وبهامشه تعليق الإمام الصدر قوله: (إذا مات البائع قبل إكمال الخيار انتقل الخيار إلى ورثته فلهم الفسخ بردهم الثمن إلى المشتري ويشتركون في المبيع على حساب سهامهم ولو امتنع بعضهم عن الفسخ لم يصح للبعض الآخر الفسخ لا في تمام البيع ولا في بعضه ولو مات المشتري كان للبائع الفسخ برد الثمن إلى ورثته)^(٤) .

وهذا الحكم هو مقتضى القاعدة .

(١) تحرير الوسيلة: ٥٢٠/٢ .

(٢) منهاج الصالحين: ٢٢/٢ .

(٣) تحرير الوسيلة: ٥٢٢/٢ .

(٤) منهاج الصالحين: ٢٣/٢ .

خاتمة

ونريد أن نشير في الخاتمة إلى أمور.

الأمر الأول:

مقارنة بين حكم هذا البيع لدى الإمامية مع حكمه لدى غيرهم.

من خلال ما تقدم يتضح:

أن هذا البيع كان معروفاً لديهم بمقتضى الروايات الواردة عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) وليس عقداً جديداً عرف في بلخ في القرن الخامس الهجري كما قيل.

كما أن مثل هذا البيع ليس بيعاً فاسداً كما كان السائد قديماً لدى علماء المذاهب الأربعة وليس عقداً جديداً كما تصوره أصحاب القول الجامع كما أنه ليس من مصاديق عقد الرهن كما تصوره بعض الحنفية.

وليس عقداً جائزاً من الطرفين بل هو عقد لازم وللبيع فيه أن يرد الثمن ويستفيد المثلثن ويتم انتقال ملكية العين والثمن إلى الطرفين وبالتالي يتبع النماء مالك العين أو الثمن.

الأمر الثاني:

أشار الأستاذ الزرقاء في ورقته المقدمة للمجمع إلى أن المعتاد في بيع الوفاء أن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع بفارق كبير كما في الرهن.

وقبل صدور القانون المدني المصري الجديد سنة ١٩٤٩ كانت عقود بيع العقارات بالوفاء في مصر تتضمن شرطاً أنه إذا لم يرد البائع ثمن العقار المبيع بالوفاء في الموعد المحدد ينقلب البيع باتاً فتم نهب العقارات الكثيرة وحصل

ظلم كبير فراح واضعو القانون الوضعي الجديد ينصون على بطلان بيع الوفاء .
والحقيقة: هي أن فقهاء القانون الوضعي لهم أن يضعوا ما شاءوا وحسابهم
واضح .

إلاً أن الذي نريد التعقيب عليه هو أن تسمى عملية تحول العقد إلى بيع
بات نهياً بعد أن تمت بكل رضا ورأينا أنها تحمل كل مقومات العقد الصحيح .
وقد حلت مثل هذه البيوع مشاكل كثيرة وفتحت مجالات التخلص من الربا
بلا ريب دون أن تشكل غطاء له .

ولا نريد أن نبرر سوء تصرف البعض من الأغنياء واستغلال حاجة
الضعفاء، فإذا رأى الحاكم الشرعي ذلك كان له أن يتدخل في مثل هذه الموارد
فيصدر بمقتضى ما يملكه من سلطات أمراً بوضع تحديدات معينة تمنع من سوء
الاستغلال .

الأمر الثالث:

جاء في عناوين البحوث المطروحة هنا عنوان: (هل يجوز انتفاع الراهن
أو المرتهن بالعين المرهونة) .

ونحن لا نرى مجالاً لهذا البحث في ذيل بحث بيع الوفاء بعد أن رأينا أن
هناك فاصلاً كبيراً بين العقدين فهنا بيع كامل وانتقال للثمن والمثمن إلى الطرفين
وحيثئذ فلكل منهما التصرف غير الناقل بما يملكه بل رأينا أن هناك من يجيز
التصرف الناقل بعد فرض إمكان الفسخ والعودة إلى البائع الأول أو المالك
الأول .

وما نود الإشارة إليه هنا أن المقصود من هذا البيع هو التصرف في الشيء
المنتقل بهذا العقد وذلك في طرف الثمن أو المثمن فلا مجال في رأينا لمثل هذا
البحث هنا .

وعلى هذا الغرار يعلم أيضاً أن لا محل للبحث في عنوان: (حكم اشتراط
البائع الضمان من المشتري للوفاء ببيع الوفاء) .

الأمر الرابع :

الآثار الاقتصادية لبيع الوفاء :

نعتقد - على ضوء ما سبق - أن هذا العقد يمكنه أن يشكل سبيلاً شرعياً للتخلص من الربا وآثاره التخريبية فهو يحدث برغبة من كل من طرفي العقد في الانتفاع بما لدى الطرف الآخر. فالبائع بحاجة للتصرف في الثمن لسد حاجة من حاجاته من جهة فيتم العقد ولا يشعر حينئذ بأنه يدفع شيئاً لقاء حصوله على الثمن ثم هو يحتاط كثيراً في تصرفه لئلا يفقد ما باعه ببيع الوفاء ليتمكن التسديد حين سعيه لرد العين، والمشتري بحاجة للاستفادة من العين المبيعة والانتفاع بمنافعها مع ضمان تام لعودة رأسماله المدفوع في المدة المشترطة بل لعله أيضاً يترقب استقرار البيع عليه عند انقضاء تلك المدة وهذا مما يشكل حافزاً قوياً للإقدام على التعامل.

وهكذا نجد الدوافع متكافئة والإقدام طبيعياً على مثل هذا العقد دونما حاجة للولوج في الربا المحرم وعلى هذا فإن هذا العقد يمكنه أن يشكل أحد العقود التي يمكن للبنك اللاربوي أن يتعامل بها إلى جانب عقود المضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة والإجارة بشرط التمليك وغيرها.

وكلما أمكننا أن نوسع من دائرة العقود المشروعة أمام البنك استطعنا أن نعطيه بل ونعطي المتعاملين معه الفرص الأكثر لاختيار البدائل الأفضل.

الشيخ محمد علي السقيري

(مَدَى انْتِفَاعِ الْاِقْتِصَادِ مِنْ بَيْعِ الْوَفَاءِ)
أَوْ
تَوْظِيفَ بَيْعِ الْوَفَاءِ فِي اِقْتِصَادِ الْعَصْرِ
إِعْتِدَادِ
الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور
عضو مجمع الفقه الإسلامي بحجة

1875

1875

1875

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

التشريع الإسلامي تشريع مرن، موافق لمصالح العباد، محقق لهم السعادة واليسر ورفع الحرج ودفع الضرر بما اشتمل عليه من أحكام، وما قامت عليه تلك الأحكام من قواعد وأسس ولقد مر على المسلمين ربح من الزمن وهم منغلِقون على أنفسهم في دراستهم وفهمهم لفقههم الإسلامي الزاخر الفياض، لا يكادون يتعدون عن الفهم الحرفي الضيق في الأعم الأغلب بالرغم مما يزخر به هذا الفقه العتيد من نظرات ثاقبة وآراء واجتهادات صائبة، حتى اجتاحت العالم الإسلامي هذه الموجة من الحداثَة وما تبعها من إعادة النظر فيما لدينا وما لدى غيرنا وما استتبع ذلك من المقارنات والدراسات.

ولئن كان عقد بيع الوفاء من العقود التي ابتكرها الفقه الإسلامي العظيم في حِقبة من حقب تاريخه الناصع المشرق. ثم جاء من أبناء جلدتنا من تنكر لهذا الفقه ولهذا التاريخ ولهذه الدراسات الفقهية الدقيقة، فنحن اليوم أولى الناس بكنوزنا أن نفك عنها القيود والكبول وأن نستخرج منها الحلول للمشكلات الاقتصادية الجديدة.

لهذا اخترت هذا البحث وجعلت عنوانه: (مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء) أو (توظيف بيع الوفاء في اقتصاد العصر) وقدمته ورقة عمل لمجمع الفقه الإسلامي بجدة الذي أشرفُ بآني أحد أعضائه المؤسسين والعاملين، لعلها تنال من الدرس والاهتمام ما يسدد ويصوّب ويتمّم، وأقمته - أي البحث - على مدخل ومقصد وخاتمة . . . والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

المدخل إلى البحث

التعريف ببيع الوفاء عند الفقهاء إجمالاً

(أ) تعريف بيع الوفاء :

بيع الوفاء هو (أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أذاه الدين الذي له عليه يرُدُّ عليه العين المبيعة وفاء)^(١) .
أو هو (أن يبيع المحتاج إلى النقود عقاراً على أنه متى وفَّى الثمن استرد العقار)^(٢) .

أو هو (البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع)^(٣) .
أو هو عند الحنفية قولهم: (متى جئتك بالثمن رددت إليَّ المبيع)^(٤) .

وهو بعد عقد توثيقي^(٥) في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق الترادف في العوضين، فهو عقد مزيج من بيع ورهن لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة^(٦) ، تردّد بين كونه بيعاً أو رهناً ثم استقر على هذا الاسم الخاص به، وهو من أقسام العقود غير المسمّاة شرعاً، ولم يرتب التشريع أحكاماً خاصة بها وإنما استحدثها الناس تبعاً للحاجة، ويفترق عن الرهن في غايته من حيث إن غاية الرهن توثيقية فقط، وغاية بيع الوفاء توثيق الدين وانتفاع المشتري الدائن بالعقار.

(١) مرشد الحيران، مادة ٥٦١: ص ١٤١ .

(٢) رد المحتار: ٢٥٧/٤؛ والمجلة في المواد: ٣٩٦ - ٤٠٣ .

(٣) المجلة بشرحها، لباز مادة ١١٨: ص ٥٩ .

(٤) رد المحتار على الدر والفقہ الإسلامي وأدلته: ٢٤٣/٤ و ٤٨٥ .

(٥) انظر تفصيل ذلك في المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء: ١/٥٤٤ .

(٦) المصدر السابق .

(ب) تاريخ استحداثه :

حدث هذا البيع ببخارى أواخر القرن الخامس الهجري، واستقر أخيراً رأي الفقهاء فيه على أنه يشبه ثلاثة عقود؛ البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن، فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام، فهو في حكم البيع الجائز الصحيح بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الطرفين مقتدرًا على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه من الغير والدليل على هذا التاريخ الذي ذكرناه لحدوث بيع الوفاء وحدده الأستاذ الزرقاء أن الإمام نجم الدين أبا حفص عمر بن محمد النسفي قال في فتاواه: (البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه «بيع الوفاء»، وهو في الحقيقة رهن)^(١)، ونجم الدين النسفي ولادته سنة ٤٦١هـ ووفاته ٥٣٧هـ، فبيع الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن^(٢).

وقد استحدث بيع الوفاء إلى جانب الرهن على أساس أن يستحق المشتري فيه منافع المبيع بمقتضى العقد على خلاف حكم الرهن، وأخيراً جاء القانون المدني السوري سنة ١٩٤٩م فمنع بيع الوفاء وعده باطلاً استغناء عنه بالرهن^(٣).

(ج) مجمل قواعد بيع الوفاء عند الحنفية :

١ - اختلف الحنفية في انتفاع المشتري بالمبيع على تيارين اثنين في المذهب؛ فقالوا أولاً: لا يجوز للمشتري وفاءً أن يتفع بالمبيع إلا بإذن البائع ويضمن ما أكله بغير إذنه من ثمرة أو ما أتلفه من شجرة، وهذا قول بعض المتقدمين من علماء المذهب، والذي رجحه المتأخرون وعليه الفتوى تملك

(١) انظر آخر البيوع من كتاب الدرر.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٢٠٥/١؛ حاشية الصفحة، وانظر شرح مجلة الأحكام العدلية،

لسليم رستم باز طبعة ثانية سنة ١٨٩٨م.

(٣) انظر المدخل الفقهي: ٥٥٥/١ وما بعدها؛ والقانون المدني السوري م ٤٣٣.

المشتري المنافع دون حاجة إلى إذن البائع بل بحكم العقد^(١) .

٢ - لا يجوز للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاءً لشخص آخر، فلو باعها البائع لآخر يبعاً باتاً توقف البيع على إجازة مشتريها وفاءً، ولو باعها المشتري فللبائع أو ورثته حقُّ استردادها، ويكون للمشتري إعادة يده عليها حتى يستوفي دينه .

٣ - إذا قبض المشتري المبيع وفاءً بعدما دفع الثمن للبائع وتوافق البائع مع المشتري على أن يرد له المبيع إذا ردَّ له نظير الثمن في وقت كذا، ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه، فإذا امتنع باع الحاكم عليه .

٤ - إذا هلك المبيع وفاءً وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين في مقابلته، وإن كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي من البائع .

٥ - إذا هلك المبيع وفاءً في يد المشتري وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاك المبيع بتعدُّيه، وإن كان بدون تعدُّيه فلا تلزم الزيادة .

٦ - إذا مات أحد المتبايعين وفاءً تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء .

٧ - ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشتري في المبيع وفاءً حتى يستوفي دينه من المبيع^(٢) .

فهو إذن عقد مزيج من بيع ورهن لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة :

١ - ففيه من معنى البيع أحكام أهمها: أن المشتري بالوفاء يملك بمقتضى العقد منافع الشيء المبيع وفاءً، فله أن ينتفع به بنفسه، وأن يسغله بإيجاره للبائع ذاته أو لغيره، بخلاف الرهن كما هو معلوم .

(١) هو القول الجامع وعليه علامة الفتوى في المذهب؛ انظر رد المحتار: ٢٤٧/٤، طبعة بولاق سنة ١٢٧٢هـ آخر كتاب البيوع .

(٢) انظر مرشد الحيران: ص ١٤١ وما بعدها، والمواد من ٥٦١ إلى ٥٦٨ .

٢ - وفيه من معاني الرهن كثير قد تصل إلى ستة معانٍ تُنظر في مظانها^(١) فالمبيع والثلث في بيع الوفاء لهما حكم المرهون والدين المرهون فيه، لا حكم المبيع والثلث حقيقة^(٢) .

مدى علاقة بيع الوفاء بالرهن :

احتيج إلى بيع الوفاء ولم يُغنِ الرهن عنه؛ لأن الرهن لا يفيد المرتهن في حق الانتفاع به أو إيجاره في مقابل الدين، وإذا أذن المدين الراهن للمرتهن بالانتفاع فله أن يرجع عن هذا الإذن شرعاً، فاستحدثوا بيع الوفاء ليدخلوا به من أحكام البيع على أحكام الرهن حق الانتفاع للمرتهن بمقتضى العقد، لأن الناس أمسكوا أموالهم عن إقراضها بلا منفعة، فتعورف هذا العقد في صورة شراء وانتفاع، وفي معنى رهن، ليكون فيه للناس مندوحة عن الالتجاء إلى المراباة. وهذا العقد إنما يجري على العقار؛ واختلف اجتهاد الفقهاء في جريانه على المنقول.

وعلى هذا فبيع الوفاء يجب أن يذكر عقداً مستقلاً لا فرعاً من فروع البيع، وأن يذكر في ترتيب العقود المسماة عقب الرهن لأن فهمه يتوقف على فهم أحكام البيع والرهن معاً^(٣) .

هذا؛

والجدير بالذكر هنا أنه كانت النصوص القانونية المعوّل عليها لدينا في أحكام بيع الوفاء: هي نصوص قانون الملكية العقارية^(٤) وقد نصّ على أن منافع العقار المبيع بالوفاء تكون بمقتضى العقد للبائع لا للمشتري، ويكون المشتري مسؤولاً وضامناً لكل ما يستفيدة من ثمرات المبيع ومنافعه فتطرح قيمتها من أصل

(١) انظر المدخل الفقهي العام: ٥٥٤/١ ف ٢٧٤ .

(٢) وانظر كذلك كتابنا (نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصالح المرسله)، طبعة دار دمشق في مواطن متعددة.

(٣) انظر المدخل الفقهي العام: ٥٥٤/١ وما بعدها، ف ٢٧٤ .

(٤) ذي الرقم ٣٣٣٩، المادة ٩٥ منه .

الدين إلا إذا اشترط الطرفان خلاف ذلك، وبذلك لم يبق فرق يذكر بين رهن العقار وبيعه وفاء في أحكام هذا القانون حيث يصبح ذكر بيع الوفاء فيه عبثاً وتكراراً محضاً لأحكام الرهن فيه باسم جديد.

لقد فطن لذلك الأستاذ الجليل مصطفى أحمد الزرقاء في كتابه المدخل فقال ما نصه «متقياً أثر والده علامة الحنفية في عصره المرحوم الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى» فقال حفظه الله:

(وهذا من جهل واضعي هذا القانون بمبنى الفرق بين الرهن وبيع الوفاء بحسب منشأ هذا العقد، فإن بيع الوفاء إنما استُحدث إلى جانب الرهن على أساس أن يستحق المشتري في منافع المبيع بمقتضى العقد على خلاف حكم الرهن كما أوضحناه، ولعل خطأ واضعي هذا القانون من هذه الناحية ناشىء عما يوهمه ظاهر المادة ٣٩٨ من المجلة إذ تقول: إنه (إذا اشترط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك) فإن ظاهرها يوهم أن المشتري لا يستحق منافع المبيع وفاءً إلا بالشرط.

لكنها يجب أن تفهم بأنه إذا اشترط للمشتري بالوفاء جزء فقط من منافع المبيع يخص حقه في المشروط، أما إذا لم يُشترط في العقد شيء فالمنافع كلها للمشتري بمقتضى العقد وذلك بدلالة المادة ١١٨ من المجلة نفسها، فقد صرحت هذه المادة أن بيع الوفاء إنما يشبه البيع الصحيح ويفترق عن الرهن من جهة أن المشتري وفاء يملك منافع المبيع، وهو الحكم الذي قرره الفقهاء في بيع الوفاء، وهذا ما حققه والذي الشيخ أحمد الزرقاء^(١) رحمه الله تعالى في شرحه المخطوط على القواعد الكلية من المجلة).

ثم يقول الأستاذ الزرقاء: (وأخيراً جاء القانون المدني سنة ١٩٤٩م فمنع بيع الوفاء واعتبره باطلاً استغناءً عنه بالرهن)^(٢).

(١) انظر كتابنا (ابن عابدين أثره في الفقه): ج ٣، (رسالة دكتوراة ٢).

(٢) المدخل: ١/٥٥٥ وما بعدها، ف ٢٧٤ الحاشية.

المقصد من البحث

أستطيع أن أقسم البحث في هذا المجال إلى قسمين في حالتين؛

(أ) القسم الأول: في حالة الانتفاع من بيع الوفاء بشكل مباشر بين المتعاقدين بلا وسيط .

(ب) والقسم الثاني: في حالة الانتفاع من بيع الوفاء بشكل غير مباشر وذلك بوجود وسيط هو المصرف اللاربوي، أو الجمعيات السكنية .

فأما حالة الانتفاع من هذا العقد بلا وسيط فيتجلى ذلك في الصور التالية:

١ - قيام نوع من التعامل التجاري بين الأفراد على أساس بيع الوفاء ولا سيما في مجال الإسكان، فإن أزمات الإسكان تكاد تصبح معضلة العصر، فلا مانع من توظيف هذا العقد مع تطويره في مجال الإسكان والإعمار، وإيجاد البدائل الصالحة باستخدام هذا العقد وأمثاله عن اللجوء إلى المعاملات الربوية المحرّم الممقوت .

٢ - محاولة إيجاد صيغ عملية لهذا العقد المرن الذي نحن اليوم أحوج ما نكون إليه ولأمثاله^(١)، ولا سيما إذا علمنا ما فيه من مرونة عملية .

فالبائع والمشتري في البيع بالوفاء قادران على الفسخ أو التراد، مع علمنا أيضاً بأن تملك المشتري المنافع فيه بحكم العقد على المفتى به عند الحنفية دون حاجة إلى إذن البائع، وبأن ضمان المشتري للمبيع كضمان المرهون، وبأن كون المبيع في بيع الوفاء غير مشاع شرط فيه، وبأن ليس للبائع أو المشتري بيع

(١) وذلك كالأخذ بالرهن الحيازي من القانون الفرنسي الذي استقاه بدوره من الشريعة الإسلامية كما هو معروف مع تعديلات .

المبيع وفاءً من آخر، وبأنه إذا توفي أحد العاقدين للبيع بالوفاء قامت ورثته مقامه، وبأنه يعطى للمشتري حق الأولوية في بيع الوفاء عن غيره في أخذ المبيع، وبأن المشتري يملك زوائد المبيع وفاءً، ولا يضمونها^(١).

* * *

وأما حالة الانتفاع من بيع الوفاء بشكل غير مباشر وذلك بوجود وسيط، فذلك فيما أرى يمكن أن يكون بأحد طريقتين؛

١ - طريق وساطة المصرف شريطة أن يكون مصرفاً لا ربوياً، فيكون بذلك هذا المصرف وسيطاً بين طرفي التعامل بحيث يكون المصرف راهناً لطرف ومرتهناً لطرف آخر، ويباع بالوفاء مع الطرفين كلاً على حدة، بحيث يربح المصرف ربحاً مشروعاً دون ربط الثمن بنسبة مئوية من الفائدة، وهذا يحتاج إلى بحث جديد وإعادة نظر، وصياغة جديدة لهذا النوع من التعامل على ضوء الشريعة الإسلامية بعيداً كل البعد عن دَرْك دمار منزلقات الربا في هذا العصر، وشبهات الربا وآفاته.

٢ - وهناك طريق وساطة آخر توصلت إليه بعد تفكير طويل أرجو أن أكون قد وفّقت فيه إلى الصواب، وذلك عن طريق وساطة الجمعيات السكنية. فالمعروف أن العالم بعامة، والبلاد الإسلامية بخاصة تُعْرَبُ بأزمات إسكانٍ خانقةٍ نتيجةً للانفجار السُّكاني الرهيب، وأن هذا يتطلب بل يقتضي التفكير من الفقهاء في إيجاد حلول مناسبة لهذا العصر، ولا سيما وقد انتشرت وفشت فكرة الجمعيات السكنية، فلا مانع من استخدام هذه الفكرة الاقتصادية وتطهيرها من أضرار الربا، ثم صياغتها على أساس من بيع الوفاء الذي قال به الحنفية وفقهاء آخرون، بحيث تكون الجمعية السكنية وسيطاً بين البائع والمشتري كما كان الوسيط المصرفي اللاربوي كما مرَّ آنفاً.

(١) انظر رد المحتار: ٢٥٧/٤ وما بعدها؛ وجامع الفصولين: ٢٣٧/١ وما بعدها؛ وشرح المجلة لحيذر: ٣٦٤/١ وما بعدها؛ وشرح الأتاسي على المجلة: ٤١٤/٢ وما بعدها؛ المواد: ٣٩٦ - ٤٠٣.

وفي الختام أُنَوِّه بأن بيع الوفاء وجه من وجوه الرهن وله به شبه كبير، وقد أجاز بعض الفقهاء رهن الوثائق وما شاكل ذلك وشابهه .

أقول؛

إذا كنا نحن المسلمين نحتاج اليوم إلى مئات من الصِّبغ والعقود المشروعة، فلماذا يُلغى بعض الفقهاء المعاصرين ورجال القانون هذا النوع من الصياغة الفقهية الدقيقة لعقد من العقود معترف به أجازته الفقهاء لعموم البلوى في عصر كانت الحاجة إليه وإلى أمثاله من العقود أقل من الحاجة إليه اليوم، اللهم هل بَلَّغْتُ؟ اللهم فاشْهَدْ... .

الخاتمة

نحن اليوم بحاجة إلى بيع الوفاء نظوره ونجدد صياغته لتفيد منه في عصرنا هذا المليء بالتحديات لمرونة الفقه الإسلامي وصلاحيته للتطبيق.

وإذا كان القانون المدني في بعض البلاد الإسلامية ألغاه اكتفاءً عنه بالرهن واستغناء فلا أرى مبرراً أبداً لهذا الإلغاء اليوم، ولن يغني عنه عقد آخر، فإنه من باب (إذا ضاق الأمر اتسع، والحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات)، بل نحن أحوج ما نكون إليه، وأهيب برجال الفقه الإسلامي وبرجال الاقتصاد أن يعملوا متعاونين متضافرين للإفادة من هذا العقد في التيسير على الناس وتخليص المجتمعات الإسلامية من أزمات خانقة وارتباكات اقتصادية مزعجة ولا سيما أن العقود والبياعات والصيغ الاقتصادية الجديدة أصبحت من الكثرة والتوسع ما تحتاج به إلى الإفادة من كل ما لدينا من صيغ وعقود في فقها الإسلامي الزاخر العظيم، ولا سيما إذا كان معترفاً بها ولها قواعد وضوابطها عند الفقهاء المسلمين. والله يقول الحق وهو يهدي السبيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور

مصادر البحث ومراجعته

- ١ - ابن عابدين (السيد محمد أمين)، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، طبعة بولاق سنة ١٢٧٢هـ مع التكملة، للسيد علاء الدين عابدين. مجموع الرسائل، طبعة إستانبول جزءان.
- ٢ - قدرى باشا (محمد)، مرشد الحيران إلى أحوال الإنسان، طبعة مصر.
- ٣ - الأتاسي (خالد وولده طاهر)، شرح المجلة، طبعة حمص.
- ٤ - باز (سليم رستم اللبناني)، شرح المجلة، طبعة دار إحياء التراث العربي ببيروت.
- ٥ - ملاخسرو (محمد بن فرامرز)، الذرر شرح الغرر.
- ٦ - ابن قاضي سماوة (محمود بن إسرائيل)، جامع الفصولين، وحاشيته.
- ٧ - حيدر (علي)، شرح المجلة.
- ٨ - الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، مطبعة الجامعة السورية، طبعة أولى.
- ٩ - الزحيلي (د. وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة دار الفكر.
- ١٠ - السنهوري (د. عبد الرزاق)، الوسيط شرح القانون المدني المصري.
- ١١ - الزرقا (أحمد)، شرح القواعد الكلية.
- ١٢ - المرغيناني (الرشداني) الهداية شرح البداية مع حاشيتي الكمال والأكمل.
- ١٣ - الفرفور (محمد عبد اللطيف)، [ابن عابدين وأثره في الفقه، «دراسة مقارنة بالقانون»]، رسالة لنيل درجة الدكتوراة، [نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصالح المرسلة]، طبعة دار دمشق.

الْوَفَاءُ بِمَا يَنْعَلِقُ بِيَدَيْهِ لَوْ فَاءٌ

شَيْخُ الْإِسْلَامِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ كَبِيرُ الثَّانِي
(الْمُتَوَفَّى ١٢٤٧ هـ)

تَقْدِيمٌ وَتَحْقِيقٌ

مُحَمَّدُ الْحَبِيبُ بْنُ الْخَوْجَسْتَرِ

الْأَمِينُ الْعَامُّ لِمَجْمَعِ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ بِحَدَّةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحمدك اللهم أستوهب العون والتوفيق والرضى، مستهدياً بهديك متدبراً لكتابك، منصرفاً إلى تقرير أحكامك على الوجه الذي جنح إليه المجتهدون، وسار عليه الفقهاء المقدمون من أهل الملة المصطفاة، الأمة الخيرة التي أخرجتها للناس، تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتؤمن بالله، معتزة بدينك، متمسكة بالعروة الوثقى التي لا انفصام لها.

وأصلي وأسلم على خير خلقك عبدك ورسولك نبينا محمد وعلى آله وصحبه مبلغ الشريعة العظمى ومصدرها الذي نوه بمقامه الرفيع ومنزلته العالية ودرجته السامية بين الأنبياء والمرسلين ربه عز وجل، حيث بعثه للناس كافة بل للعالمين، وجعل طاعته من طاعته في قوله: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾^(١).

ولما أمرنا به من التزام منهجه واتباع سبيله في قوله سبحانه: ﴿وَمَا أَمَّاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ﴾^(٢).

وقوله: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٣).

فجازاه الله عنا أحسن ما جازى به نبياً عن أمته وحشرنا جل جلاله يوم القيامة في حزه بفضلته وتحقيق شفيعاته.

(١) سورة النساء: الآية ٨٠.

(٢) سورة الحشر: الآية ٧.

(٣) سورة النساء: الآية ٥٩.

وبعد، فقد جرى الحديث بين الدارسين والباحثين حول بيع الوفاء في جلسة من جلسات الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويت ١٤١٠هـ. وكان الكلام في ذلك عند الحديث عن خيار النقد وتطبيقاته في معاملات المصارف الإسلامية، ورأيت من قبل من كتبوا في هذا الموضوع مختلفة آراؤهم متباينة وجهاتهم^(٤) وخاصة في الأخذ به وتطبيقه في هذا العصر^(٥). كما رأيت طائفة من القوانين المدنية الوضعية قد فصلت القول فيه مقرة له ابتداء ثم ألغته كما ذكر ذلك السنهوري في الوسيط^(٦) ومجلة العقود والالتزامات التونسية^(٧) فذكرت بكل ذلك عمل أحد أعلام الفقه الحنفي بتونس من رجال القرن الثالث عشر. وحين تقرر بحث هذا الموضوع بمحاوره الثلاثة: - تعريفه، المقارنة بين بيع الوفاء وعقد الرهن، الصور التي يمكن للاقتصاد الإسلامي أن ينتفع بها من بيع الوفاء - في المؤتمر السابع لمجمع الفقه الإسلامي بجدّة، عزمتم أن أضع بين أيدي الزملاء وثيقة في هذا الموضوع تتمثل في تقديم وتحقيق الرسالة الوفاية لشيخ الإسلام محمد بيرم الثاني الموسومة بالوفاء ببيع الوفاء. وقد كان كتبها رحمه الله لبيان موضوع بيع الوفاء، وذكر آراء الأئمة فيه، وتفصيل ما يترتب على القول به عند الحنفية من التزام بأحكامه وأخذ بها.

وإني أرجو أن أكون بهذا العمل قد وفّقتُ لعرض صورة متكاملة من آراء الأئمة في هذا النوع من المعاملات الذي اشتهر من القرن الخامس ببخارى وسمرقند، وفشا العمل به لحاجة الناس إليه في كثير من البلاد بأطراف العالم

(٤) أصحاب المذاهب الفقهية في القديم والحديث، منهم من اتفق على منعه كالمالكية والحنابلة والظاهرية، ومنهم من أجازته كمتأخري الحنفية والشافعية، والإمامية.

(٥) مثل محمد يوسف موسى وعلي الخفيف.

(٦) السنهوري، الوسيط: ١٤٢/٤ - ١٧٠.

(٧) الكتاب الثاني في العقود وشبهها: الباب الثالث، القسم الأول، بيع الثنيا: ١٢٧ -

الإسلامي . وهكذا ضبطت أحكامه وصدرت الفتاوى في نوازله عن شيوخ من
أعلام الفقه المتقدمين .

ولعلّ في هذا الجهد المتواضع ما يكون به بعض الإسهام في خدمة الفقه
المعاصر فينفع الله به طلاب المعرفة من المشتغلين بالدراسات الإسلامية وعلوم
الشريعة الغراء . والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل .

محمد الحبيب ابن الفوهية

البلاد التونسية من بداية القرن الثاني عشر إلى منتصف القرن الثالث عشر

انقرضت الدولة المرادية بتونس بفتك إبراهيم الشريف باي بأخر رجالها ومساعدة الجند له على ذلك ١١١٣. ولم يكن مصير الوالي الجديد، رغم تقلده منصب الباشوية الذي وافاه به وكيله محمد بن سليمان ١١١٥ من الدولة العثمانية، بأحسن حالاً من مصير مراد باي الثالث بن علي بن حموده باشا. فقد أسر وقتل، واجتمع الناس من بعده على كاهيته حسين بن علي تركي الذي سبق له أن تقلد في عهد المراديين الولايات الجليلة، وتسبب الخطة الرفيعة مثل خطة خزندار، وكاهية الخلافة، وولاية الأعراض والجريد ونحوها، واختاروه أميراً عليهم، وتمت له البيعة في ربيع الأول ١١١٧.

وهكذا تكونت الدولة الحسينية «بالإيالة» الولاية التونسية مرتبطة بالدولة العثمانية ومنفصلة عنها، تكتسب قوتها ومنعتها من مجادة الأمير الحاكم والمعينة، ومن حصافة رجال «المخزن» الدولة وحثهم، ومن جلالة أهل العلم ومهابتهم، ومن تعالق الرعية بالعرش والتفافها حوله. وهذه المعاني، وإن تحققت وجودها وطمع الخاص العام في استقرارها واطرادها، كانت تلمع وتخبو وتقوى وتضعف بحسب الظروف التي مرت بها البلاد التونسية والأحوال التي خضعت لها في هذه الأثناء.

فمن ذلك الهجومات العدائية من الخارج من خصوم الأمير حسين بن علي

والمناوئين له مثل داي الجزائر، وقد مكَّنه الله من الظفر، ونصره عليهم في لقاءاته المتكررة بهم ومعاركه معهم^(٨).

ومنها الفتنة الداخلية التي أشعل أوارها وألهب نارها الداي محمد خوجه الأصغر^(٩) والدعي سليمان^(١٠) ودعي المراديين محمد بن مصطفى ابن فطيمة^(١١) ثم ما كان من ثورة الأعراب^(١٢) ومن خروج الباشا علي بن محمد تركي ربيب الأمير حسين وصهره وابن أخيه الذي كان حظياً عنده وأثيراً لديه^(١٣).

ذلك أن هذا الشاب الطموح قد ولاه عمه حين بلغ عمره السابعة عشرة أمير أمراء الأمحال ١١١٨، وهذا في العرف لدى البايات تقليد لا يسند إلا لولي العهد. ولما ولد للأمير حسين بن علي من صلبه ابنه محمد الرشيد، وشب وبلغ الخامسة عشر من عمره أحله محل ابن عمه، صارفاً علي بن محمد عن ولاية العهد، مسنداً إليه لقب الباشا استرضاءً له، لكن علي باشا أنف من تصرف عمه ورغب عن البقاء معه، وهرب وابنه يونس إلى جبل وسلان ١١٤٠. وحين أحس بعمه يتابعه لحق بالجزائر مستنجداً، ثم عاد للقاء خصمه في وقعة شديدة كان فيها انتصاره على عمه الأمير حسين بن علي ١١٤٧. وتنقل إثر ذلك هذا الأخير في أطراف البلاد مصحوباً ببنيه لاجئاً أولاً إلى القيروان، وباسطاً نفوذه بعد ذلك على غالب بلاد الساحل، ودامت الحرب سجالاتاً بين الباشية أتباع علي باشا والحسينية أنصار حسين بن علي حتى استشهد هذا الأخير في صفر ١١٥٣، وفر بنوه إلى المغرب، فاستبدَّ بالحكم علي باشا دونهم وامتدت إمارته واحداً

(٨) السراج، الحلل السنديية: ٢٣/٣ - ٣٣.

(٩) السراج، الحلل السنديية: ٦٠/٣ - ٦٣.

(١٠) السراج، الحلل السنديية: ٢٣٢/٣ و ٢٣٣.

(١١) السراج، الحلل السنديية: ٢٥٧/٣ - ٢٧١.

(١٢) السراج، الحلل السنديية: ٢٧٢/٣ - ٢٧٣.

(١٣) مخلوف، شجرة النور: ١٦٣/٢.

وعشرين عاماً من سنة ١١٤٨ تاريخ بيعته إلى حين قتله سنة ١١٦٩ . وهو في تلك المدة لم يهنأ بالآ لتفرق كلمة أبنائه وخروج يونس عنه وقيامه عليه ثم فراره إلى قسنطينة، وقتل ابنه محمد أخاه سليمان ١١٦٨ .

تلك هي الظروف السياسية التي عاشتها تونس عند تأسيس الدولة الحسينية وقيامها بها . وإنما عرفت الاستقرار والأمن بدخول صقر الدولة الحسينية محمد الرشيد ابن حسين بن علي إليها راجعاً من الجزائر يصحبه أخوه علي بن حسين . ومضت أيامه سعيدة حافلة بالأمجاد إلى أن وافاه المنون ١١٧٢ .

وبويع أخوه الأمير الباشا علي من بعده وسار سيرة أخيه وأبيه من قبل، لولا أن ثار عليه إسماعيل مستعدياً شيعته وشيعة أبيه يونس أهل جَمَّال ووسلات على الباشا . وبالقضاء على هذه الفتنة وتبع أصحابها وتفريقهم على القرى وإخلاء جبل وسلات منهم استتب الأمن واستقرت الأوضاع .

وفي المحرم ١١٩١ قدّم الأمير علي بن الحسين ابنه حموده للولاية وجاءته الخلة والتقليد من الدولة العلية، وتمت بيعته عند وفاة والده ١١٩٦ . فكان من أصلح الأمراء وأكملهم وأحسنهم سيرة وسلوكاً . وقد كانت له حروب مع الجزائريين مثل غيره ممن سبقه من الملوك . وانهزم جيشه عند اللقاء لكنه ما لبث بحسن سياسته وحكمة تدبير رجال دولته أن أعاد الكرة على خصومه وكانت له الدائرة عليهم .

وبقدر ما طالت مدة ولاية الأمير حمودة إذ كانت وفاته مفتتح شوال ١٢٢٩ قسرت ولاية أخيه عثمان من بعده الذي خلع وقتل ليلة عاشوراء ١٢٣٠ .

ثم تقدم للإمارة من بعده ابن عمه محمود باشا بن محمد الرشيد ودامت ولايته تسع سنين .

وتسلم مقاليد الدولة عند وفاته ابنه حسين باشا بن محمود الذي نجمت في عهده أحداث منها: إمداده الدولة العلية بالعساكر والميرة لتقويتها على مقاتلة العدو المحارب لها، وعقدته الصلح مع حكومة سردينيا بعد وحشة طالت بين

البلدين، وفي المحرم ١٢٤٦ استولت فرنسا على الجزائر ثم على باقي الثغور شيئاً فشيئاً، ونزل في كنف الأمير حسين بن محمود عدد كبير من اللاجئين والمهاجرين الجزائريين، وحملته الظروف على ترتيب الجند النظامي وإحكام أسسه وضبط قواعده وقوانينه^(١٤).

وما من شك في أن ألوان التعامل التي كانت بين الأمراء والرعية من جهة، والتصرفات والمواقف المتباينة التي سجلها التاريخ لهم هي التي ظهرت بارزة واصطبغت بها حياة البلاد والعباد في هذه الفترة من الزمن.

فإبراهيم الشريف باي، وإن جاء لإنقاذ تونس من مكر «مراد أبو باله» وظلمه، سار أول الأمر سيرة حسنة، ولما اشتد حرصه على ما في أيدي الناس، وتملكه الغرور، وسلك سبيل المستبدين، ظلم الرعية وأعمل السيف، وذبح النساء والأطفال، واستصفى الأموال، وكاد يستأصل العرب جميعهم لشدة بغضه لهم، فالدولة عنده والحكم لديه ليسا رعاية للشعب وتفقداً لأحواله، ونشراً للأمن والعدل بين الناس، ولكنهما الاستبداد بالأمر والاختصاص بالنفوذ، وتسخير كل ما حوله له ولأفراد أسرته. وطبيعي أن تكون عاقبته الخزي والهوان والموت.

وهكذا التف كل من في البلاد حول الأمير الجديد حسين بن علي الذي اختلفت الحياة في عهده عنها في عهد سلفه. فكانت على حد قول بعضهم خصباً بعد الجذب، وأمناً بعد الرعب، وسلاماً بعد الحرب، وبقدر تمكنه من السلطة وتحكمه في أمر الدولة كان إقبال الخاصة والعامة على العمل والجد، فكثرت العمارة وانتشرت الزراعة وتقدمت الصناعة، والتزم الناس في معاملاتهم وتقاضيهم أحكام الشريعة، يرعونها حق رعايتها ويقفون عندها التزاماً وتطبيقاً، وأكبر الشعب التونسي تصرفات حسين بن علي. وبهرته أعماله الجليلة ومناقبه الشريفة، مثل إحيائه مدينة القيروان ومساجدها وزواياها، وبنائه عدداً كبيراً من

(١٤) محمد السنوسي، المسامرات: ٧/١ - ٤٨.

المدارس بصفاقس ونفطة والقيروان، وإنشائه بتونس مدرسة النخلة والحسينية الصغرى والجامع الجديد، وفسقية الملاسين.

ولما صار الأمر إلى ابن أخيه الباشا علي بن محمد امتهن الخاصة وأدرك العامة العنت وهالتهم تصرفات الأمير الجديد ومظالمه في تتبعه لشيعه عمه ومواليه، ولكنه مع ذلك حصن البلاد، وجهاز الثغور، وأجرى السقايات العظيمة النفع، وهدم الحانات، وشيّد المباني الفاخرة بباردو. وقدّر لأهل العلم والأدب منازلهم وراعى مقاماتهم، وبنى للطلاب مدارس عديدة كالباشية والسليمانية ومدرسة بئر الحجار، ومدرسة حوانيت عاشور، وشيّد تربة له بالقشاشين، ومباني كثيرة أحاط بها الجامع الأعظم، ولم يفسد عليه خطته الإصلاحية ويقوض آماله غير تنازع أبنائه على الحكم وتقاتلهم، وثورة ابنه الأكبر يونس عليه الذي برز لمحاربتة ورمى بكور مدافعه الحاضرة وأرباضها والدور والمعالم ناشراً الرعب والخراب والموت.

ولما أحس أهل الحل والعقد بتعاقب الأحداث وتفاقم الأخطار كتبوا إلى ابني أميرهم حسين بن علي مستنجدين بهم لتخليص بلدهم مما لحقه وحلّ به.

وعاد الأمر بعد ذلك إلى نصابه، وقرت العيون برجوع محمد الرشيد وأخيه علي ابني حسين إلى السلطة والحكم، وسرت العافية والطمأنينة في كل الربوع، وابتهجت الحياة للرعية من جديد، وولت المخاوف والأنكاد تعوضها مواسم بواسم وأيام مشرقة زاهية، وهكذا انتعشت المملكة بحسن سياسة محمد الرشيد، وتجاوب معه أهل البلاد، والتفوا حوله وحول أخيه من بعده ينشدون مفاخرهم، ويترنمون بكريم خصالهم وعظيم مناقبهم، لما وجدوه لديهم من تودد إليهم وعناية بهم وحماية لهم. وقد سجّل الشعراء والكتاب كل ذلك في قصائدهم البديعة وتواريخهم الموثقة. فذكروا من مآثر الباشا علي بن الحسين الأثيرة مدرسته الشهيرة، وتربته وتكيتيه المشهورتين للفقراء والمساكين، وبناءه المحكمة الشرعية، وإجراؤه المياه العذبة لمدينة تونس، وبناءه لسور القيروان، وإقامته

لمكتبة مسجد دار الباشا، وتجديده الجامع الأعظم بالمنستير، وبناءه الجامع الحنفي وكذلك سور الربيض الجوفي بها، ومقام الإمام المازري وإقامته مدرسة به، ومقام أبي علي يونس بن السماط، وبدأ يستقل في تصرفاته السياسية عن الدولة العثمانية فأبطل تولية القضاء من طرفها وتولّى تنصيب قاض حنفي من الحاضرة، وقاض مالكي، كما صرف اهتمامه للأحوال الاجتماعية فعمل الخمر وهدم الحانات، وأجرى على الفقراء والمحتاجين الصدقات.

وفي عهد الأمير حموده باشا الحسيني ظهرت بجانب الحروب والأزمات بتونس مجاعة كبرى أرسل الأمير بسببها العلامة الشيخ إبراهيم الرياحي إلى سلطان المملكة المغربية بفاس مولاي سليمان يستمد الميرة. وهو أول من جعل ثبوت الأهلة من اختصاص القاضي المالكي، وقد اتخذ الأساطيل لمواجهة العدو في غاية المنعة، ومن مآثره الأبراج الضخمة التي ابتناها، والثكنات الكثيرة التي اتخذها داخل العاصمة وخارجها، والأسواق والقصور.

وتميزت أيام أخيه عثمان خصباً ورخاءً وإن لم تطل.

وسار محمود باشا بن محمد الرشيد على سنن أبيه وعمه، فدانت له القلوب بالطاعة وأمنت في أيامه السبل لولا أن هدّد البلاد طاعون دام عامين، حلّت بإثره المجاعة. فأنفق الأمير أموالاً طائلة لمواجهة الوضع، وجلب ما يكفي من الأقوات لسدّ خِلّة المنكوبين والمحتاجين. ومن مآثره الرائعة البيت الذي أنشأه بقصر باردو على نمط فريد.

ولما ولي الحكم من بعده ابنه حسين باشا تبع منهج أبيه فكان خليقاً بالإمارة حسن السياسة. أمنت البلاد في عهده كل سوء وكان حذراً يقظاً، ابنتى لسكناه ثكنة المراكض، وجدد رباط المنستير، وهو إلى ذلك ذو عاطفة دينية وإيمان وخشية. ولما جزع الناس واشتد بهم البلاء بسبب انحباس الغيث أشفق على بلده، وأحزنه حال رعيته فجعل لجوءه إلى الله وتوسله إليه سبحانه بقراءة حديث رسوله ﷺ، جاعلاً ذلك مفزعاً له، وسبيلاً لكشف الغمة، فجمع العلماء

بجامع الزيتونة، وفرق عليهم أسفار صحيح البخاري، وطلب منهم قراءته كاملاً قاتموا ذلك في مجلس واحد، ومن ذلك الوقت جرت العادة بتونس بهذا العمل، سنة ماضية فيهم عند نزول الشدائد^(١٥).

وقد يدعو الأمر بعد تصوير الحالة السياسية والاجتماعية للمملكة التونسية في ذلك الظرف إلى ملاحظة أن الحاكمين في البلاد ياثرون فتح سليم الأول لها وطرده الأسباب منها على يد سنان باشا ٩٨١ كانوا ولاية عثمانيين ومن مواليتهم. وهم في الأصل أعاجم من كرسية وجزر الكريت ونحوها، عملوا عهداً طويلاً غزاة في البحر ثم اعتنقوا الإسلام وانضموا للجيش العثمانية. فاستقروا بالولايات وتقلبوا في المناصب إلى أن كان منهم البايات والباشوات والدايات والأغوات. وارتباطهم بالدولة العلية كان على أساس اعترافها بهم ولاية عنها، تأتيتهم من خلفائها وسلطينها التقليدات والفرمانات، فتعينهم في مناصبهم أو تفرهم بها كما تنظم العلاقات الدولية فيما بين بلد الخلافة والولاية. ويحكم بُعد بعض الولايات عن مركزية الدولة، وبسبب ما كان يعرض أحياناً من ضعف السلطين وانشغالهم عن أطراف بلاد الخلافة، كان البايات والدايات يتصرفون تصرف الملوك تصرفاً مطلقاً، ويجعلون الأمر وراثتة بينهم في أسرهم وأهليهم. وهكذا كان شأن دايات الدولة المرادية، «فلما انقرضوا عن آخرهم دخلت الإيالة التونسية في حكم البيت الحسيني بطلب من أهل تونس وعن طيب نفس منهم وأخذت سلطة الباي في النمو والظهور وسلطة الدايات في التراجع والتضاؤل بتغلب الأولى على الثانية»^(١٦).

(١٥) محمد مخلوف، الشجرة: ١٥٨/٢ - ١٦٩؛ ومحمد رشاد الإمام، سياسة حموده باشا:

ص ٥٨ - ٨٠.

(١٦) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس، الألقاب والنوعت الملكية في البيت

الحسيني: ص ٥٨.

المجتمع الجديد وعناصره :

كان حكام البلاد وقادتها مزيجاً من الأعاجم والموالي الملتحقين بالجيش العثماني تضرب أصولهم في النصرانية قبل دخولهم الإسلام، ويسمون بأسماء سلاطين آل عثمان ويتلقبون بألقابهم^(١٧)، وعلى هذا النحو كان سكان الإيالة التونسية، فقد اختلطت عناصرهم وتلاشت جنسياتهم في مجتمع أصله من البربر، وقد عليه من سواحل الشام ومن روم أعداد كثيرة من الفينيقيين والرومان، والتحق بهم في الفتح الإسلامي عناصر جديدة منها الفارسي والمصري والسوري والطرابلسي، ثم غلب العنصر العربي على العنصر البربري وانضم إليهم مهاجرو صقلية والأعراب من بني هلال ورياح ودريد وأولاد سعيد، وتبعهم الأندلسيون في هجراتهم المتعاقبة فكان من بين هؤلاء أيضاً عرب وبربر وفوط وفندال ولحقت بهؤلاء جميعاً جموع من الطليان. وفي العهد التركي اكتسحت البلاد جموع غفيرة من عساكر الانكشارية امتزجوا بالأسر العربية من سكان البلاد وتكون من زيجاتهم ومصاهراتهم الكوالغلية^(١٨)، كما قدم إلى تونس لحاجة الحكام وبدعوة منهم عساكر زاوة وعلوج أكثرهم من القرج والروم. وهذا ما حمل صاحب «صفحات من تاريخ تونس» على القول: «بأن العنصر التونسي عبارة عن مزيج مركب من عناصر نشيطة مختلفة الأجناس أكثرهم في العدد البربر فالعرب فالأندلس فالترك فالزنوج فالنورمانديون فبقية عناصر الأقليات التي اندمجت في عناصر الأكثريات، وبحكم الضرورة لا بدّ وأن تلك العناصر تكون متباينة في القوة والإدراك والأخلاق ولكنهم متحدون كلهم في حب بلادهم تونس على السواء»^(١٩).

(١٧) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس، بآيات الدولة المرادية: ص ٤٨ - ٥٦.

(١٨) واحده كولغلي، وهو من يكون أبوه تركيا نتيجة هذه الارتباطات.

(١٩) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس، عناصر الشعب التونسي وامتزاجها:

ونحن نلاحظ بوجه عام تمايز عناصر ثلاثة في الفترة التي نؤرخها كلها، على تفاوت بينها، لها تأثير في الحياة العلمية والفكرية كما لها ارتباط بالدولة وعلاقة بها. وهذه العناصر هي التونسي والأندلسي والتركي بحسب الظهور والترتيب الزمني.

فالعنصر التونسي يتألف منه سكان البلاد الأصليون الذين مضت عليهم قرون وقرون بهذه الديار، قبل دخول الأندلسيين، وقبل نزول عساكر سنان باشا بخلق الوادي، وقد اشتبكت بين أفراد هذا العنصر الأواصر، وامتزجت فئاتهم، واختلطت أسرهم وأنسابهم وأصبحوا أكثر شعوراً بتلاحمهم وارتباط بعضهم ببعض وتميزهم عن غيرهم.

والعنصر الأندلسي هو الذي لجأ إلى تونس آلاف منه في الهجرة الأولى في القرن السابع أيام قيام الدولة الحفصية وذلك بالخصوص بعد سقوط قرطبة وإشبيلية^(٢٠) وبعد ذلك بقرنين كانت الهجرة الثانية في القرن التاسع بعد سقوط غرناطة. والهجرة الثالثة والأخيرة منهم إلى الإيالة التونسية كانت سنة ١٠١٦ و١٠١٧ عند الجلاء الأخير للمسلمين كافة عن إسبانيا بسبب قيام ديوان التحقيق ومحاكم التفتيش وصدور قرار التنصير الإلزامي بها.

والعنصر التركي هو عبارة عن الجند الغازي العثماني والأتراك الذين وفدوا مع العساكر، ومن انضم إليهم من الأوروبيين المقيمين بالولايات العثمانية والذين كان منهم في الغالب قضاة الجند والشيخ العلماء والمستشارون وأصحاب الوظائف الإدارية والسياسية الذين اعتمدتهم الولاة فالمراديون ثم الحسينيون من بعدهم.

ولو رجعنا إلى كتب الطبقات وما وضعه التونسيون من سير وتواريخ

(٢٠) محمد الحبيب الخوجة، الحياة الثقافية بأفريقية، صدر الدولة الحفصية، نشرة مؤتمر مجمع اللغة العربية.

وتراجم^(٢١)، أو جمعه من مسائل، ودونوه من آثار ورسائل، لم يقع حتى اليوم استخدامها على الوجه الكامل، لتجلت لنا الحياة الفكرية الثقافية العلمية في أدق خصائصها وأبرز مميزاتها.

الحياة الفكرية والعلمية من بداية الدولة

الحسينية إلى عهد حسين بن علي الثاني :

لقد كانت بحق بداية الدولة الحسينية موعداً لإقامة سوق العلم ونفاقها، ونشر المعرفة وإعادة النشاط الثقافي والفكري للبلاد. فبالرغم عن انقطاع المدارس القديمة والمساجد وجامع الزيتونة الأعظم في مقدمتها عن الدور العلمي الكبير الذي اضطلعت به إلى أوائل المائة العاشرة^(٢٢)، ورغم ما لحق خزائن

(٢١) يمكن أن نذكر من ذلك: الحلل السندية للوزير السراج؛ والمشروع الملكي في سلطنة أولاد علي تركي لمحمد الصغير الباجي؛ والشهب المخرقة لأحمد برناز؛ وسمير الأصحاب ونزهة ذوي الألباب لمحمد بن تاج العارفين البكري؛ والتاريخ الباشي لحمودة بن عبد العزيز؛ وبرنامج من ولي الإمامة بالجامع الأعظم لإسماعيل التميمي؛ وبشائر أهل الإيمان وذيله لحسين خوجة؛ والمونس لابن دينار؛ وقرة العين بنشر فضائل الملك حسين لمحمد سعادة؛ ومفاتح النصر في التعريف بعلماء العصر للباجي العياضي؛ والإتحاف لابن أبي الضياف؛ والخلاصة النقية للباجي المسعودي؛ ووسائل التعريف بالولاية من طرق الدولة العثمانية بتونس للشيخ بيرم الثاني؛ والتعريف بالمفتيين الحنفيين له أيضاً؛ ورسالة التراجم المهمة للخطباء والأئمة لمحمد بيرم الرابع؛ وعنوان الأريب لمحمد النيفر؛ وشجرة النور الزكية لمخلوف وغير ذلك.

(٢٢) من المدارس القديمة بالعاصمة التونسية قبل الدولة الحسينية الشماعية: ٦٣٣؛ والتوفيقية: ٦٥٠؛ والعصفورية: ٦٦٦؛ والمرجانية: ٦٩٦؛ والمغربية في المائة السابعة، والعنقية: ٧٣٣؛ ومدرسة سيدي يحيى: ٧٤٧؛ والمنتصية: ٨٤١؛ والأندلسية: ١٠٣٤؛ والبكرية أوائل القرن الحادي عشر؛ والمرادية: ١٠٨٤؛ ومدرسة القائد مراد: ١١٩٣؛ واليوسفية: ١١٢٢. ومحمد ابن الخوجة، معالم التوحيد: ص ٢٨٢ - ٢٨٣. وأما المساجد والجوامع فهي كثيرة جداً وقد تنوعت الثانية منها إلى جوامع خطبة للمالكية وأخرى للحنفية، وأقدم الجوامع بمدينة تونس جامع الزيتونة، =

العبدلية والجامع الأعظم من عبث بالكتب القيمة التي لم تكن تقل عن ستة وثلاثين ألف مجلد عاث بها الإسبان فساداً وداسوها بسنابك خيلهم وألقوها خارج المسجد الجامع وأتلفوها، ورغم ارتباك الأحوال ومكابدة أهل تونس وسائر مدن القطر المصائب والأهوال التي حملت أكثر العلماء وذوي القدر على الهجرة إما إلى المشرق وإما إلى المغرب، وما تبع ذلك في أواخر دولة بني مراد من فتن متتالية وأوبئة متعاقبة فإن بقية باقية من أهل العلم بتونس العاصمة وبآفاق البلاد كانت ما تزال تضطلع بدورها عند مبايعة حسين بن علي تركي. ومن أبرز هؤلاء:

الشيخ المقرئ المحدث والفقير المتكلم أبو الحسن علي بن سالم بن محمد النوري. ١٠٥٣ - ١١١٨ بصفاقس. كان تخرجه على مرحلتين الأولى ببلده أخذ عن الشيخ الكراي الصوفي المريني، والثانية بتونس حيث التحق بالمدرسة المنتصرية والشماعية وأخذ عن عدد من الشيوخ مثل عاشور القسطنطيني وسليمان الأندلسي ومحمد القروي وأثنى عليهم. ولما أراد الاستزادة من العلم واستكمال

وأحدثها في العصر الحسيني من بدايته إلى نهاية إمارة حسين بن محمود: الجامع الجديد المعروف اليوم بجامع الصباغين تأسس حسين بن علي تركي ١١٣٩، وجامع صاحب الطابع، تأسس الوزير يوسف صاحب الطابع ١٢٢٩، وقد كان أكثرها محل تدريس للعلم أو مقراً لمجالس الوعظ للعلماء، والمساجد التي كان يؤم الناس في الصلاة بها عدد غير قليل من العلماء بالسكنى، والتي اشتهرت أحياناً بنسبتها إليهم، كمسجد ابن حبيش الذي كان في باب سويقة وقد اندثر اليوم، كانت كما صرح بذلك ابن رشيد في رحلته، الجزء الثاني والخامس، إلى جانب دورها الأصلي وهو كونها محل عبادة مقراً لمجالس العلم التي يلتقي فيها الطلاب بأشياخهم للسمع منهم، أو للرواية والأخذ عنهم، وهذا أمر شائع بديارنا منذ العهود الإسلامية الأولى لا في خصوص ما يوجد من تلك المساجد والجموع بالحاضرة بل بعامة ما هو مشهور أو مقصود منها في مدن البلاد التونسية، راجع في ذلك رحلات البلوي والعبدي وابن رشيد. محمد ابن الخوجة، معالم التوحيد.

ما يتطلع إليه من المعارف توجه إلى القاهرة. فلقي هنالك المسند أبا إسحاق المأموني الشافعي والشيخ أحمد السنهوري المالكي والمحقق أبا بكر الشنواني وشيخ الشيوخ محمد بن محمد بن ناصر الدرعي وغيرهم كما أخذ عن الخرشبي والشبرخيتي، وعمن لقي هناك من علماء المغرب مثل الشيخ الشاوي الجزائري والشيخ الإفرائي المغربي فتضلع بالعلوم الشرعية واللسانية. وله في ذلك فهرست تضمنت أسماء الكتب التي قرأها على شيوخه وفنون العلم التي أخذها عنهم. وهي ثبت علمي لذلك العصر. وعند عودته إلى صفاقس أحيا العلوم القرآنية والحديثية، وأخذ عنه ابنه أحمد ومحمد المؤدب الشرفي وأبو الحسن المؤخر وعلي بن خليفة المساكني ومحمد الجمل والحركافي وأحمد العجمي المكني. ومن مصنفاته الشهيرة غيث النفع في القراءات السبع، وتنبية الغافلين وإرشاد الجاهلين عما يقع لهم من الخطأ خلال تلاوتهم لكتاب الله المبين، والعقيدة النورية في معتقد السادة الأشعرية، ومعين السائلين من فضل رب العالمين، ومقدمة في الفقه، ومناسك الحج، والمنقذ من الوحلة في معرفة السنين وما فيها من الأوقات والقبلة، ورسالة في الكلام عن مسألتين تتعلقان بالسماع، وإجازة، ووصية، وفتاوى مشهورة.

وإلى جانب هذا الدور الريادي الكبير الذي اضطلع به المرحوم الشيخ علي النوري في مجالي التدريس والتأليف، نذكر عمله الجهادي المتمثل في تصديه لهجمات القرصنة النصارى على السواحل التونسية، وذوده عن حمى الوطن بما بذل من أموال وجهد من مراكب ورد من أعداء «فرسان مالطة»، وهو ما جلب له من حاسديه ضرورياً من الإحن والمحن^(٢٣).

وقد سار على أثر هذا العالم الصالح والإمام المجاهد العلامة الفقيه والداعية الورع أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الجميني النفاوي الذي

(٢٣) مخلوف: ١/٣٢١، ١٢٥٥؛ حسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ١/١، ١٧٩ -

يُنْتَهِي نَسَبُهُ إِلَى الصَّحَابِيِّ الْجَلِيلِ الْمُقَدَّادِ بْنِ الْأَسْوَدِ. كَانَتْ وِلَادَتُهُ ١٠٣٨ هـ بِجَمْعَةِ الْوَاقِعَةِ بِالْجَنُوبِ التُّونِسِيِّ بَيْنَ دُوزٍ وَقَبْلَى وَتُوفِيَ ١١٣٤ هـ بِجَرِبَةٍ. دَرَجَ فِي الْعِلْمِ وَالْمَعْرِفَةِ، وَذَهَبَ فِي صُغْرِهِ إِلَى الْقَيْرَوَانِ وَأَخَذَ عَنِ الْوَحِيشِيِّ، ثُمَّ تَوَجَّهَ هَذَا الْإِمَامُ ١٠٦٦ إِلَى مِصْرَ. فَدَخَلَ الْأَزْهَرَ وَقَرَأَ عَلَى الشَّيْخِ عَبْدِ الْبَاقِيِّ الزَّرْقَانِيِّ وَالْخَرَشِيِّ وَالشَّيْخِ سُلْطَانَ وَالشُّبْرَاخِيَّتِي وَأَبِي الْحَسَنِ اللَّقَّانِيَّ. وَعِنْدَمَا اسْتَكْمَلَ الْعِدَّةَ وَاسْتَوْفَى الرِّوَايَةَ عَنِ هَؤُلَاءِ الْأَثَمَةِ عَادَ إِلَى بَلَدِهِ عَنِ طَرِيقِ زَاوَاةَ، وَأَخَذَ بِهَا عَنِ الشَّيْخِ عَبْدِ اللَّهِ الْجِبَالِيِّ وَالشَّيْخِ الْيُوسُفِيِّ، وَمِنْهَا ذَهَبَ إِلَى زَاوِيَةِ الْحَمَارَانَةِ بِمَارْتِ قَرْبِ قَابَسَ، وَدَرَّسَ بِهَا. ثُمَّ انْتَقَلَ إِلَى جَزِيرَةِ جَرِبَةٍ فَذَاعَ صَيْتُهُ وَنَفَقَ عِلْمُهُ بِهَا، وَأَقْبَلَ عَلَيْهِ الطَّلَابُ مِنْ كُلِّ فَجٍّ. وَبَنَى لَهُ الْأَمِيرُ مَرَادُ بَايَ بْنِ حَمُودَةَ الْمَرَادِيَّ بِحُومَةِ السُّوقِ مَدْرَسَةً سَنَةَ ١١١٥ تَصَدَّرَ بِهَا لِلتَّدْرِيسِ. وَمِمَّنْ أَخَذَ عَنْهُ ابْنُ أَخِيهِ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدٍ وَعَلِيُّ الشَّاهِدُ وَعَلِيُّ الْفَرَجَانِيُّ، وَبِهِ تَفَقَّهَ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ الْغُرْيَانِيُّ. وَكَانَ هَمُّهُ الْأَوَّلُ نَشْرَ الْعُلُومِ الدِّينِيَّةِ وَمَقَاوِمَةِ الضَّلَالَاتِ وَالْبِدْعِ، فَغَنَى تَلَقَّى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ سُكَّانِ الْجَزِيرَةِ الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ. أَقْرَأَ الْمُخْتَصَرَ الْخَلِيلِيَّ وَكَتَبَ عَلَيْهِ شَرْحاً.

وَمَا تَرَجَّمَ لَهُ بِهِ الرَّحَالَةُ الْجَزَائِرِيُّ الشَّيْخُ حَسَنُ الْوَرْتَلَانِيُّ قَوْلُهُ: «وَفَضَائِلُ سَيِّدِي إِبْرَاهِيمَ الْجَمْنِيِّ مِنْ زَهْدِهِ وَوَرَعِهِ وَتَوَاضَعِهِ وَتَهَجُّدِهِ وَنِصْحِهِ لِلطَّلَبَةِ وَتَحْمَلِهِ الْأَذَى مِنْ خَوَارِجِ جَرِبَةٍ وَصَبْرِهِ وَتَصَبُّرِهِ عَلَى إِظْهَارِ السَّنَةِ وَإِخْمَادِ الْبِدْعَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَخْلَاقِهِ السَّنِيَّةِ كَثِيرٍ لَا يَعْذُ وَلَا يَحْصِي. وَقَدْ أَنْفَعَلَتْ سِيرَتُهُ وَأَثَرَتْ هِمَّتُهُ فِي أَصْحَابِهِ الْآخِذِينَ عَنْهُ». كَانَ رَحِمَهُ اللَّهُ كَلَّمَا ظَهَرَتْ مَخَائِلُ النَّجَابَةِ عَلَى أَحَدٍ مِنْ طُلَابِهِ أَجَازَهُ وَبَعَثَ بِهِ إِلَى أَقْصَايِ الْبِلَادِ، حَيْثُ لَا عِلْمَ وَلَا إِرْشَادَ، لِيَكُونَ دَاعِيَةً مَرِيئاً وَعَالِماً مُوجِّهاً. فَكَانَ بِذَلِكَ يَنْوِرُ ظِلْمَةَ الْجَاهِلِينَ وَيَرْفَعُ عَنِ النَّاسِ حِجَابَ الْغَافِلِينَ وَيَهْدِي الْعَامَّةَ وَالْخَاصَّةَ سَبِيلَ الْمُتَّقِينَ الْهَادِيَةِ الْمَهْدِيِّينَ^(٢٤).

(٢٤) مخلوف، شجرة النور: ١/٣٢٤، ١٢٦٦؛ وحسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر:

هذا وإن المساجد وإن خلت زمناً من الطلاب، والمدارس وإن أفقرت من الشيوخ ورواد المعرفة فإنها قد تهيأت كلها من جديد وانضافت إليها مثيلاتها في تونس العاصمة وبمختلف مدن الإيالة. وعادت الحياة الفكرية شيئاً فشيئاً - كما قدما - إلى الظهور على أيدي ثلة من الأئمة الفضلاء والشيوخ العلماء والحكام الوجهاء. فكان الناس بدافع تلقائي سببه الحرمان أو ما ورثوه عن آبائهم من تقدير ومهابة للعلم وأهله، يريدون الاختلاط بأولئك النفر تحقيقاً لمنازلهم واستمراراً لانتسابهم إلى أهل الشرف والمروءات والفضل. فكان التعظيم لهم من الخاصة والعامة، والتردد عليهم والجلوس إليهم ابتغاء الإفادة منهم والانتفاع بهم، وطلباً لخيري الدنيا والآخرة عن طريقهم.

وكان من أعلى الناس منزلة بين أهل تونس من ارتبطوا بخدمة جامع الزيتونة، الجامع العتيق، أقدم مسجد بديارهم، كان مركزاً دينياً للعبادة من بداية القرن الثاني، ومدرسة لتلقين علوم الدين والتبحر في فنون العلوم النقلية والعقلية^(٢٥).

وعلم الأمير حسين بن علي تركي مدى تعلق الناس بهذا الجامع، وبما يبث به من علوم فتعني به عناية فائقة وحاول أن يعيده إلى سالف عهده. وهذا ما جعل الوزير السراج يقول عنه في هذا الصدد: «فكم أحميا من مدارس دوارس، وكم أحميا من دروس بعد الاضمحلال والدروس، بحيث إن الجامع الأعظم جامع الزيتونة غاية ما بلغ فيه قبل من عدد المدرسين من الشروق إلى الغروب نحو ثمانية بين مبتدئين ومنتهين فقط. والحمد لله أنه اليوم به نيف وأربعون مدرساً عدا ما لبعض المدرسين من مجالس مكررة في كل يوم». وهذه الإشارة من صاحب الحلل تصف الدروس النظامية لا غير التي كان الأمير يرعاها ويعين فيها من يختاره من العلماء والمدرسين ويجري عليهم عن طريق الوزير السراج المرتبات

(٢٥) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس، جامع الزيتونة: ص ٢٨٣ - ٣٠٨.

والجرايات المستحقة^(٢٦). والحق أن حركة العلم كانت أنشط بهذا الجامع وغيره من دور العلم بتونس في هذا الظرف بدليل إقبال الكثير من العلماء والشيخوخ على التدريس والتشرف بالتصدر للإفادة به، يعتبرون ذلك واجباً دينياً، ويرفع من مكانتهم ويعلي من أقدارهم أن يعرفوا بهذه النسبة الشريفة ويذكروا فيمن يعد من حفظة هذا الدين القائمين عليه المبلغين لهديه، الناشرين لأنواره. ولذلك تطوعوا بالتدريس وبالوعظ ونشر المعارف الإسلامية وخاصة القرآن والفقه لما ورد من حث على ذلك. قال عقبة بن عامر: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا القرآن كتاب الله وتعاهدوه وتغنّوا به. فوالذي نفسي بيده لهو أشد تفلتاً من المخاض في العقل»^(٢٧). وحدث معاوية أن النبي ﷺ قال: «إذا أراد الله بعبد خيراً فقهه في الدين»^(٢٨). ويشهد لوجود عدد كبير آخر من المدرسين بالجامع الأعظم جامع الزيتونة من غير الشيوخ النظاميين الشيخ محمد سعادة مؤرخ دولة حسين بن علي. فقد جعل عدد المتطوعين للتدريس والإقراء بجامع الزيتونة ثلاثة وثمانين. وقال بأن أميره قسم عليهم أحباساً إعانة لهم وتشجيعاً. وهذا ما حمله على المقارنة بين الأزهر وما شاهده به وبين الزيتونة في قوله: يفوق هذا الجامع بذلك الجامع الأزهر^(٢٩)، ويتمثل هؤلاء النقباء في أنواع وفئات من العلماء كانوا شمس معارف ودعاة هداة نضع في مقدمتهم شيوخ المالكية الذين تولوا الخطبة بجامع الزيتونة وتداولوا على منبره وأموا الناس به عهداً طويلاً. وقد ظهر على التعاقب في هذه الفترة ثلة كريمة من بينها:

الشيخ أبو عبد الله محمد حمودة الريكلي الأندلسي التونسي قاضي تونس،

(٢٦) السراج، الحلل السندسية: ١٣٢/٣ - ١٣٣.

(٢٧) أخرجه الدارمي في سننه: ٤٣٩/٢؛ النسائي في السنن الكبرى.

(٢٨) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام، ومسلم في كتاب الزكاة، وابن ماجه في باب فضل

العلماء، والدارمي في كتاب العلم، باب الاقتداء بالعلماء.

(٢٩) محمد سعادة، قرّة العين: ص ١٥٢.

المتميز علماً وديانة وعدالة وصلاحاً. كان قليل الكلام رغم ما عرف به من كثرة المحاوررة في العلم مع صحة العبارة وحسن التقرير والتثبت، وكان ثالث شيوخ المدرسة المرادية، تولى مشيختها بعد الفقيه الشيخ أبي عبد الله محمد الغماد، وبعد شيوخه العلامة أبي عبد الله محمد زيتونة. وهو لعلو منزلته كان يحضر مجالس الباشا العلمية مع أعيان العلماء. ولم تكن تأخذه في الحق لومة لائم. انتدبه علي باشا، لرفيع منزلته وعلو درجته، إماماً خطيباً للجامع الأعظم بعد وفاة أبي الغيث البكري وإلى أن صلح للإمامة ابنه الشيخ عثمان^(٣٠). وذلك أن إمامة جامع الزيتونة كانت محصورة في أسر شريفة علمية معروفة لا يجرؤ أحد على تغيير قواعدها أو مخالفة نظامها. وللعلم فإن أسرة البكري هذه قد تداول أبنائها إمامة جامع الزيتونة كابراً عن كابر مدة ١٩٣ عاماً^(٣١).

ويأثر العلامة الإمام الشيخ محمد حمودة الريكلي المتوفى ١١٦١ رجعت هذه الخطة السنوية إلى بيت البكرين. فولياها الشيخ عثمان كما قدمنا فمن تبعه من أفراد أسرته، فالشيخ حسن بن عبد الكبير الشريف، فالشيخ محمد بن عبد الكبير الشريف^(٣٢).

والعلامة الفقيه الشيخ الإمام أبو محمد حسن بن عبد الكبير الشريف

(٣٠) محمد السنوسي، المسامرات: ١١٧/١، ٢٥٣؛ ومخلف، شجرة النور الزكية: ١٣٦٣، ٣٤٥/١.

(٣١) أول من تقلد إمامة وخطبة جامع الزيتونة من البيت البكري الشيخ تاج العارفين البكري الذي كان حياً ١٠٣٧، وقد كان ذلك بعد وفاة أبي يحيى رصاع، وجاء عقبه من ذريته على التوالي الشيخ أبو بكر البكري فالشيخ أبو الغيث بن أبي بكر، وبعد تولي الشيخ علي بن حميدة الرصاع الإمامة والخطبة به، عادت هذه الوظيفة إلى البيت البكري فتقلدها الشيخ علي بن أبي بكر البكري فالشيخ حمودة البكري فالشيخ أبو الغيث بن علي البكري، محمد السنوسي، المسامرات: ١٠٦/١ - ١١٦؛ ومحمد ابن الخوجة، معالم التوحيد: ص ٦٤ - ٦٦.

(٣٢) محمد ابن الخوجة، معالم التوحيد: ص ٦٦ - ٦٩.

١٢٣٤ . وهو أول من تولى إمام جامع الزيتونة من آل بيت الأشراف الموجودين لهذا الزمان^(٣٣) . وقد وصفه مخلوف في طبقاته بقوله: أحد شيوخ الإسلام قدوة الخاص والعام فارس المنبر والمحراب الجامع بين شرفي النسب والاكتساب ١٢٣٤ . أخذ عن أبيه بسنده إلى رسول الله ﷺ وعن الشيوخ الشحمي والغرياني وعبد الله السوسي وقاسم المحجوب وجماعة، وعنه الشيوخ إبراهيم الرياحي والبحري وابن ملوكه والخضار والعدار ومحمد السقاط وحسن الخيري وغيرهم . ومن بين الوظائف التي ارتقى إليها وتقلب فيها التدريس بجامع الزيتونة، والكتابة للأمير أبي محمد حمودة باشا ثم الإمامة والخطابة بجامع الزيتونة، وفي ١٢٣٠ الفتيا وعنها كانت وفاته . وله من التحقيقات والمصنفات الدالة على مشاركاته العلمية وضلّاعته: حاشيته على شرح مياره للامية الزقاق، وحاشيته على شرح ابن هشام على قطر الندى، وكتابه على شواهد المغني، واختصاره لحاشية البناي، وتعاليقه على شرح مياره على العاصمية، وكتابه معين المفتي، وخطبه المنبرية، ومجموعة صالحة من أشعاره تضمنها مجمع الدواوين لمحمد السنوسي^(٣٤) .

وممن بلغ المراتب المنيفة العلمية والمنازل الشريفة الاجتماعية في هذا العهد أولئك الشيوخ العلماء الذين كان الأمراء أو ملوك الدولة الحسينية يولونهم قضاة أو مفتيين أو يحلونهم رتبة الرئاسة فيهما كقاضي الجماعة ورئيس المفتين وشيخ الإسلام ونحوها من الوظائف .

(٣٣) وقد وليه في الإمامة من أفراد هذه الأسرة المشايخ محمد بن عبد الكبير الشريف، محمود بن علي محسن، محمد بن محمد محسن ومحمد الشريف، أحمد الشريف، محمد حمدة بن أحمد الشريف، محمود محسن، مصطفى محسن، عبد الكبير الشريف، أحمد الشريف، محمد ابن الخوجة، معالم التوحيد: ص ٦٧ فما بعدها .

(٣٤) محمد السنوسي، المسامرات: ١/١٢٦، ٢٦٦؛ ومخلوف، الشجرة: ١/٣٦٧، ١٤٦٤؛

وحسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ٢/١، ٢٤٥، ٨٥٨ - ٨٦٠ .

وأول قاض حنفي تولى هذا المنصب هو الفقيه الشيخ أحمد الطرودي ١١٥٧^(٣٥). وأول من تولى قضاء المذهب المالكي في نفس الفترة الشيخ محمد سعادة كلاهما في مدة الباشا علي باي الأول^(٣٦)، وكان هذا الاختيار مبنياً في الغالب على المقدرة العلمية والشهرة الفاتحة بين المدرسين من أهل العلم والفضل، أو على تقدير الناس وتقديهم لمن هو أكثر نفعاً وإفادة لهم وأعلى منزلة لديهم من حيث الحزم والورع والتقوى. وقد كان للسياسة دخل في التقريب والإقصاء كما لها مواقف مختلفة أملتتها تصرفات القضاة والمفتيين. ولعل من أصدق مقالات العلماء في تصوير ما ينبغي أن تكون عليه العلاقة بينهم وبين الساسة هو ما ذكره محمد ابن الخوجة عن جده مجيباً عن عتاب وجهه له الأمير لتأخره عن زيارته:

قل للأمير نصيحة لا تركزن إلى فقيه
 إن الفقيه إذا أتى أبوابكم لا خير فيه^(٣٧)

ومن أبرز العلماء الأحناف الذين أسندت إليهم هذه الوظائف في عهد مؤسس الدولة الحسينية ومن بعده:

١ - الفقيه المحدث الإمام الزغواني، وهو الشيخ يوسف بن محمد بن سليمان بن عبد الله برتقيز. كان جده عبد الله من أسرى البحر، ولقبه يدل على أصله ونسبته إلى البرتغال. ١٠٩٢ بزغوان - ١١٤٨ بتونس. قرأ ببلده على الشيخ أحمد الهرميلو الأندلسي، وبياجة على الشيخ حميدة المفتي، ثم رحل إلى الأزهر بمصر وذهب إلى الحج ولازم الحرم المكي. وبفضل هذه الرحلة لقي الإمام مسند الحجاز عبد الله بن سالم البصري المكي وروى عنه بإسناده. وقد

(٣٥) الوزير السراج: ١١٧/٣؛ وحسين خوجه، ذيل البشائر: ص ٢٥٢ - ٢٥٣؛ والعباضي، مفاتيح النصر: ص ١٧٩.

(٣٦) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس: ص ١٨٦، ١٨٧.

(٣٧) محمد ابن الخوجة، صفحات من تاريخ تونس: ص ٢٠٠.

انتخبه لفضله وعلمه حسين بن علي تركي لتربية أولاده، وتقلب في المناصب الشرعية كالإمامة ورياسة الفتوى. له في شرح مختصر القدوري كتاب المنن، ونظم متن هداية الصبيان في العبادات، وكتاب تيجان العقيان في تجريد جامع مسانيد النعمان، وشرحه اليواقيت الحسان، وتلخيص التراجم الواردة في الطبقات الكبرى للشعراني، ورياض الفنون في شرح رسالة ابن زيدون الجديدة، والمعالم في ألقاب ملوك العالم. ولقربه من حسين بن علي تركي وما ناله من حظوة لديه أمر علي باشا بن محمد بالقبض عليه وولده وبعد سجنهما أمر بقتلهما^(٣٨).

٢ - الفقيه المفتي الحاج أبو عبد الله حسين بن إبراهيم بن محمد البارودي. أصله من إقليم مورة ببلاد اليونان. قدم أبوه إلى تونس مع الأجناد المرتزقة بيكي شارية ١١١٢ بتونس - ١١٨٦. تفقه في المذهب الحنفي وتصدر للتدريس. امتحنه علي باشا بالسجن والنفي إلى زغوان لما اتهمه به من موالاته لعمه حسين بن علي. وحين عاد الأمر إلى محمد الرشيد وأخيه علي ابني مولاه حسين رجع إلى التدريس وتولى الإفتاء ١١٧٧. له مجموعة كبيرة من الرسائل في الفقه الحنفي والتفسير والحديث. من أهمها:

الرد على من قال بإبطال حكم القاضي بعد الإمضاء، رسالة فيمن قال لزوجه أنت طالق يا زانية، أو أنت طالق إن شاء الله، رسالة في ثبوت أبوة زوج المرضعة، رسالة في نقل الأم الحاضنة محضونها، مسألة دعوى الجوارى المشتريات بعبع انقطاع الحيض، حكم الكتابي والصابي والمجوسي، بيان حكم الزائغة إذا تشعب عنها زائغة أخرى وتفارق صورها، تقويم الشجر المغروس في الأرض المغصوبة، القسطاس السوي في تحرير الصاع النبوي، والغيث المدرار في رهن المصوغ على تقدير الهلاك والانكسار، بيان طريق قبض

(٣٨) حسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ١، ٢/٩٢١ - ٩٢٣، ٢٦٤.

الديون وشرح قولهم: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها^(٣٩).

٣ - الشيخ المحقق المفتي الأكبر محمد بن حسين بن أحمد بن محمد بن حسين بيرم الأول. ١١٣٠ - ١٢١٤ بتونس. عميد الأسرة البيرومية. دخل جده مع الفتح العثماني لتونس ٩٨١. نشأ ودرس بها وأخذ عن كبار علمائها، وتفنن في علوم كثيرة شرعية ولسانية. وتصدر للتدريس بعد ذلك حتى فاق نظراءه. وقد تولى الخطابة والإمامة وأسندت له الفتوى نحو نصف قرن ثم أولاه علي باشا الحسيني رئاستها. له: بغية السائل اختصار أنفع الوسائل في تحرير المسائل للطرسوسي في الفقه، الرسالة البيرومية في السياسة الشرعية، تحرير رسالة في موضوعات الحديث، الحمامات المعدنية بالديار التونسية^(٤٠).

٤ - الفقيه المدرس المفتي الشيخ محمد بن حسين البارودي. ١٢١٦. أخذ عن والده وعن عدد من الشيوخ في عصره فتصلح من العلوم الشرعية. درس بالشماعية، وتولى رئاسة الفتوى الحنفية خلفاً للشيخ بيرم الأول ١٢١٤. وكان صهراً للأمير حمودة باشا زوجة ابنته. ونال بذلك حظوة كبيرة في القصر. وهو من أصحاب التآليف. له رسالة في رؤية الهلال، ورسالة بعنوان فتح الرحمن في مسألة التنازع في الحيطان قرظها الشيخ محمد بيرم الثاني في ترجمة البارودي من كتابه التعريف بالمفتيين، وتقايد وحواش على بعض ما درّسه من كتب، وأختام مجالس الحديث، وديوان خطب منبرية هذب فيه خطب يحيى بن زكرياء الأنصاري^(٤١).

(٣٩) محمد بيرم الثاني، التعريف بالمفتيين: ص ٤٣؛ والسنوسي، مسامرات الظريف:

١٨/٢؛ وحسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ١، ٩٢٤/٢ - ٩٢٧، ٩٢٧.

(٤٠) ابن أبي الضياف، الإتحاف: ٣٠/٧؛ وحسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ١، ٩٢٨/٢، ٩٢٩، ٢٦٦.

(٤١) ابن أبي الضياف، الإتحاف: ٤٠/٣؛ والسنوسي، مسامرات الظريف: ٣٣/٢؛ وبيرم الثاني، التعريف بالمفتيين: ص ٦٣ - ٦٦؛ وحسن حسني عبد الوهاب: ١، ٩٣٠/٢، ٩٣١، ٢٦٧.

٥ - العلامة القاضي والمفتي أبو العباس الشيخ أحمد ابن الخوجة الأول المشهور بحميدة. ١٢٤١. مؤسس البيت الخوجي. تخرج بالشيخ بيرم الثاني ونجم الدين بن سعيد. وتولى التدريس بمدارس تونس ومساجدها. فأقرأ بالشماعية شرح المحلي على جمع الجوامع في أصول الفقه، كما أسندت إليه الخطابة والإمامة. وهو أول من أحيى الأختام دراية بالجامع المرادي في رمضان. وتدرج في الخطط الشرعية فولّي قضاء الجماعة ثم الإفتاء على المذهب الحنفي. ومن تحريراته شرح منظومة المحبّي في الفقه^(٤٢).

فإلى هؤلاء العلماء والأئمة وأمثالهم من فقاء الحنفية بتونس من شيوخ المجلس الشرعي ومن المدرسين يرجع الفضل في نشر المذهب وتدرّيس كتبه واعتماده في الفتاوى والأحكام كما أن لهم الفضل فيما دبجوه من شروح وتحقيقات وحواش وتعليقات على الكتب والمصنّفات المعتبرة التي تولوا تدريسها أو وقفوا بالمراجعة والمطالعة عليها، وما أنشأوه نظماً ونشراً من مختصرات أو حرروه من رسائل وفتاوى في القضايا المطروحة عليهم والنوازل الجارية بينهم.

* * *

وقد كان إلى جانب هؤلاء الأعلام قضاة ومفتون وأئمة بارزون من المالكية كان لهم من التقدير والإكبار والإجلال والاحترام من الخاص والعام ما قضى بتقديمهم على نظرائهم وإسناد أعلى الخطط الشرعية إليهم. وقد تضمنت الطبقة الرابعة والعشرون والخامسة والعشرون من شجرة النور الزكية في طبقات المالكية طائفة منهم في طليعتهم:

١ - الفقيه الأديب اللغوي الإمام أبو عبد الله محمد سعادة قاضي الجماعة ومفتي تونس وعالمها ومؤرخها. ١٠٨٨ بالمنستير - ١١٧١ بتونس. تفقه بجماعة

(٤٢) ابن أبي الضياف، الإنحاف: ١٤٢/٧ - ١٤٣؛ وابن الخوجة، معالم التوحيد:

ص ٢٧٨، ٣٤١؛ وحسن حسني عبد الوهاب، كتاب العمر: ١، ٩٣٣/٢، ٢٦٩.

منهم بتونس الشيوخ محمد زيتونة والحجيج والغماري وسعيد الشريف والمحجوز، وأخذ بمصر عن الأئمة محمد الزرقاني وإبراهيم الفيومي والطولوني ومنصور المنوفي. ورحل إلى الأستانة ولقي أشياخها، ثم عاد إلى بلده تونس وتصدر للتدريس. وممن أخذ عنه الشيخ علي الغراب. له: تنوير المسالك حاشية على الأشموني، ومنظومة في المناسك^(٤٣).

٢ - الفقيه المفتي أبو عبد الله محمد الشحمي. توفي بعد ١٩٩٠. عالم عصره وفقه مصره المبرز في العلوم العقلية. أخذ عن الشيخ محمد زيتونة وغيره. وجرت بينه وبين الشيخ لطف الله العجمي شارح أسماء الله الحسنى مناظرة شهد مجلسها الأمير علي باشا الحسيني تكريماً له واعترافاً بعلمه وفضله^(٤٤).

٣ - الفقيه العلامة كبير المفتيين الشيخ أبو الفضل قاسم المحجوب من مساكن توفي ١١٩٠ بها. قرأ ببلده على الشيخ علي بن خليفة. ثم رحل إلى تونس. وأخذ عن محمد زيتونة وأمثاله. وتخرج به أبناؤه محمد وعمر والشيخ صالح الكواش ومحمد بن سعيد الحجري. تولى التدريس أيام علي باشا، وتدرج في الوظائف الشرعية: ولاه علي باشا الحسيني مفتياً ثم رئيساً للمفتيين^(٤٥).

٤ - العلامة الصالح العارف بالله الشيخ أبو العباس أحمد الشريف الثعالبي المعروف بالبرانسي. ١١٢٧. كان متبحراً في المعقول والمنقول. درّس بالجامع الأعظم وبغيره من مراكز العلم وكان من الشيوخ المعدودين^(٤٦). وتصدر للفتوى وتولى رئاستها.

(٤٣) محمد النيفر، عنوان الأريب: ٢/٦٥؛ ومخلوف، شجرة النور: ١/٣٤٦؛ ١٣٧٠.

(٤٤) مخلوف، شجرة النور: ص ٣٤٩، ١٣٨٥.

(٤٥) مخلوف، شجرة النور: ص ٣٤٨، ١٣٨٣.

(٤٦) أحمد بن أبي الضياف، الإتحاف: ١٣/٧، ١.

٥ - الإمام الفقيه قاضي الجماعة الشيخ عمر بن قاسم المحجوب .
١٢٢٢ . أصيل مدينة مساكين، من بيت علم وشرف . أخذ عن والده الشيخ قاسم
وعن الشيخ حموده بن عبد العزيز والشيخ الغرياني، وعنه الشيخ إبراهيم الرياحي
والشيخ إسماعيل التميمي وغيرهما . تصدر للتدريس بالمدارس مثل مدرسة
السواري أو مدرسة القائد مراد التي كانت له مشيختها . واتخذة حمودة باشا
الحسيني كاتباً، وكان من خاصة الوزير يوسف صاحب الطابع . له : التأييدات
القدسية، وكناش مفيد، ورسالة استفراغ الخلط بين الشك في المانع والشك في
الشرط . وله شعر تضمن جملة منه مجمع الدواوين للسنوسي^(٤٧) .

٦ - العلامة أبو الفداء إسماعيل بن محمد بن حمودة التميمي . ١١٦٥ -
١٢٤٨ . الفقيه الأصولي النحوي . أخذ عن كبار شيوخ عصره بالجامع الأعظم
أمثال الشيخ صالح الكواش والشيخ عمر المحجوب والشيخ الشحمي، وعنه
الشيخ إبراهيم الرياحي والشيخ البحري والشيخ صالح الغنوشي السوسي وشيخ
الإسلام محمد بن أحمد ابن الخوجة وجماعة . تولى التدريس بجامع الزيتونة ثم
القضاء في صفر ١٢٢١، والفتوى في ربيع الثاني ١٢٣١، ثم استقضى من جديد
في رجب ١٢٣١، وعين رئيساً لفتوى المالكية ١٢٤٣ . وقد امتحن بالعزل
والنفي، فلزم بيته يدرس ويفتي . فعلا كعبه وظهر على الكائدين أمره . له جملة
فتاوى ورسائل نذكر منها : رسالة في الحبس، ورسالة في الخلو عند المغاربة
والمصريين، وأخرى في حكم طعام أهل الكتاب، ورسالة في ضريبة العشر
الموظفة على بعض الحبوب، ورفع التحرية عن يمين التسوية، والمنح الإلهية،
وبرنامج المقدمين للإمامة والخطابة بالجامع الأعظم، ورسالة في الأوقاف^(٤٨) .

(٤٧) مخلوف . شجرة النور : ١ ، ٣٦٦ ، ١٤٥٩ ؛ وابن الخوجة . معالم التوحيد : ٥٥ ، ٢٧٥ ،

٣٠٤ ؛ وحسن حسني عبد الوهاب . كتاب العمر : ١ / ١ ، ٤٤٠ ، ١٠٩ .

(٤٨) ابن أبي الضياف . الإتحاف : ٨ ، ١١ - ١٤ ، ١٩٧ ؛ ومخلوف . شجرة النور : ١ ،

٣٧٠ ، ١٤٧٧ ؛ وحسن حسني عبد الوهاب . كتاب العمر : ٢ / ١ ، ٨٦١ - ٨٦٤ ، ٢٤٦ .

ومن الممكن أن نلحق بهذه الطائفة الموقرة والفئة المقدمة شيخ الجماعة رئيس المفتين بتونس وإمام جامعها الأعظم وخطيبه العلامة المحقق أبا إسحاق إبراهيم بن عبد القادر الرياحي الطرابلسي ١١٨٠ بتستور - ١٢٧٧ بتونس. تلقى مبادئ العلوم بمسقط رأسه ثم انتقل إلى الحاضرة فأخذ عن المشايخ حمزة الجباس وصالح الكواش وحسن الشريف ومحمد المحجوب وأخيه عمر وأحمد بوخريص والظاهر بن مسعود ومحمد الفاسي وإسماعيل التميمي. ثم تنقل في البلاد مغرباً ومشرقاً. وحج مرتين وتلقى الإجازات عن أئمة عصره أمثال الشيخ محمد الطاهر المير السلاوي والشيخ عمر بن عبد الصادق الششتي والشيخ محمد عابد بن أحمد السندي، وأخذ عنه أبنائه الطيب وعلي، والشيخ بن ملوكه والشيخ محمد النيفر وابناه الطاهر والطيب. أسندت إليه الفتوى ١٢٤٨ بعد وفاة شيخه إسماعيل التميمي، ثم خطة الإمامة والخطابة بجامع الزيتونة ١٢٥٥. وقد تقلد من الوظائف السياسية السفارة لحمودة باشا الحسيني ١٢١٨ إلى المغرب الأقصى، وأتابه مصطفى باشا للحج عنه، وأرسله المشير أحمد باشا الأول في مهمة للدولة العثمانية. له: ديوان شعر، ونظم للأجرومية، والنجسة العبرية في الصلاة على خير البرية، واختصار لقصة المولد، وديوان خطب، ورسالة قطع اللجاج في نازلة أولاد سليمان بن الحاج، وتعقيب على حكم الغبريني فيما وقع بين الشيبسي والبدر المغربي، والقول الحاوي في الجواب عن توقف الشيخ الشاوي في الفرق بين السبب والشرط، ورسالة في الإعذار، وحاشية على شرح القاضي زكرياء على الخزرجية في العروض ورسائل أخرى^(٤٩).

ولم يكن شأن أكثر المدرسين الذين أفاد جماهير الطلاب منهم أدباً وسلوكاً وعلماً ودراية وفقهاً وبياناً بأقل من زملائهم الذين التحقوا بالوظائف الشرعية وتقلبوا بين الخطابة والإمامة والقضاء والفتوى. ويكفي دليلاً على ذلك تلك

(٤٩) محمد السنوسي. المسامرات: ١، ١٣٩، ٢٧٧. مخلوف. شجرة النور: ١، ٣٨٦ - ٣٨٩، ١٥٥٥؛ وحسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٨٦٩ - ٨٧٤، ٢٤٩.

الطائفة التي تقطعت دون الجلوس إليها الأعناق فكانت قبلة القصاد وبغية الرواد.
ومن أبرز هؤلاء العلماء:

١ - شيخ الإسلام حافظ المغرب خاتمة العلماء الكبار أبو عبد الله محمد بن أحمد زيتونة. ١٠٨١ بالمنستير - ١١٣٨ بتونس. حفظ القرآن الكريم في صغره، وكف بصره. قصد أولاً القيروان وأخذ عن شيخها محمد عظم والشيخ سلطان، ثم قدم مدينة تونس فأخذ عن الشيخ محمد الغماد والجمل وأحمد الشريف الحفيد والمحجوز والحجيج ومحمد فتاة وسعيد الشريف وعبد القادر الجبالي ومحمد الغماري. وفي طريقه إلى الحج توقف بالإسكندرية ومصر، وأجاز أبا العباس أحمد الصباغ، كما أخذ عن الشيخ محمد الزرقاني وأبي العباس أحمد المنوفي والشيخ سليمان الشبرخيتي. ولقي بمكة المكرمة مسند الحجاز عبد الله بن سالم البصري، وأخذ بالمدينة عن الشيخ الزلفي. وبعد استقراره بتونس درس بالمرادية التي تولى مشيختها بعد مناظرة شهدها الأمير وفاق فيها الشيخ زيتونة زميله الشيخ محمداً الخضراوي. ودرس بالزيتونة وجامع باب البحر الذي كان يتولى إمامته. وقد تخرج به من الفحول محمد سعادة وحمودة الريكلي والسويسي ومحمد عزوز. وكان محل استشارة الأمير حسين بن علي وموضع سره يعامله بأقصى الرعاية ويوليه جميل العناية: يخرج إليه عند قدومه ويأخذ بيده ويجلسه حذوه وينفرد به فلا يجلس معه أحداً. وهو صاحب مصنفات شهيرة نذكر منها مطالع السعود وفتح الودود على تفسير شيخ الإسلام أبي السعود العمادي، ولمعان السراج في إبداء بعض لطائف المعراج، وحاشية على الوسطى في العقيدة، وشرح السلم في المنطق، وشرح على البيقونية، وشرح على خطبة المطول، وشرح على مختصر السعد، وكتاب على ألفية ابن مالك، وأختام على جملة من أحاديث صحيح مسلم^(٥٠).

(٥٠) مخلوف. شجرة النور: ١، ٣٢٤، ١٢٦٧؛ ومحمد النيفر. عنوان الأريب: ٢، ٩؛ وحسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ١/١، ١٨٥ - ١٨٨.

٢ - عالم إفريقية الإمام المتمكن الحجة أبو عبد الله محمد بن الشيخ محمد الخضراوي. ١٠٨٧ - ١١٤٤. حفظ القرآن الكريم على والده، وجوّده بالسبع على الشيخ إبراهيم الجمل، وأخذ العلوم عن جلة من الفقهاء والمحدثين منهم الشيخ سعيد الشريف والشيخ محمد الغماد والشيخ قاسم الغماري والشيخ سعيد المحجوز الذي روى عليه الكتب الستة، والشيخ محمد قويسم، والشيخ علي الصوفي والشيخ محمود مهتار، وعنه جماعة. أولاه الأمير أمانة خزائن العلم، ودرس بالنخلة وبالحسينية الكبرى وبجامع الزيتونة. وقد اشتهر هذا الإمام بشرحه لكتاب التسهيل المنسوب لعلّي باشا^(٥١).

٣ - شيخ التربية والحقيقة العالم الصالح أبو عبد الله محمد بن علي الغرياني. أصله من غريان بطرابلس. ١١٩٥ بتونس. أخذ بجربة عن الشيخ إبراهيم الجميني ثم عن جملة من أعيان تونس مثل المشايخ محمد زيتونة وحمودة الريكلي ومنصور المنزلي. ثم قصد إلى الحج وأخذ عن أعلام بالمشرق منهم المشايخ محمد الحفناوي ومحمد البليدي ومحمد بن علي بن فضل الطبري وإدريس بن أحمد الصعدي ومفتي مكة المكرمة تاج الدين بن عبد المحسن بن سالم وأحمد العماري ومحمد بن عقيلة والدمنهوري. وله فهرست حافلة، وممن أخذ عنه ابنه أحمد ومحمد بن قاسم المحجوب وعلي البقلوطي المألوي وأحمد بن محمد المنزلي وعلي البارع وعثمان بالمه ومحمد كمون وأحمد العصفوري. وكانت دروسه بجامع الزيتونة، وبالسليمانية التي بناها علي باشا. أقرأ المختصر والبخاري والشامائل والمواهب اللدنية والتفسير وكبرى السنوسي والأشموني. وكانت مجالسها مشهورة مشهودة، وأختامها رائعة مدونة أنشئت فيها القصائد والأشعار تمجيداً للشيخ وتسجيلاً للمعارف والعلوم والآداب والأذواق. وقد كانت بينه وبين الشيخ مرتضى الزبيدي مراسلات وأجازه بما تضمنته فهرسته. ومن تأليفه المعروفة: شرحه على مقدمات السنوسي في

(٥١) الوزير السراج. الحلل السنديّة: ٣، ١٤١ - ١٤٤؛ ومخلاف: ١، ٣٢٥، ١٢٦٩.

التوحيد، وحاشيته على الخبيصي على متن التهذيب في المنطق، وفيض الخلاق في الصلاة على راكب البراق، وشرحه على مقدمة مختصر خليل، وتفسير البسمة، وتعليق على شمائل الترمذي، ورسالة في حكم الخنثى المشكل. وقد وضع بعض حفدته رسالة في مناقبه^(٥٢).

وعدد آخر من العلماء الحفظة القراء أمثال أبي إسحاق إبراهيم الحميري وأبي العباس أحمد الوافي من التونسيين ومحمد بن مصطفى قاره طاباق من أبناء جند الترك ١٢٩٢. وقد نشأ هذا الأخير في طلب العلم وبرع في القراءات والتجويد. ودرس بجامعة الزيتونة ثم ولاء حسين بن علي تركي التدريس بالجامع المرادي. وانتفع به عدد كبير من الطلاب. له: تحفة البررة بقراءة الثلاثة المتممين للعشرة، والجواهر النضرة والرياض العطرة في متواتر القراءات العشرة^(٥٣).

وبرز في عامة العلوم سادة أئمة مثل:

١ - العالم الفقيه الفرضي القدوة أبو عبد الله محمد بن حسن الدرناوي ١١٩٩. أخذ عن الشيخ الغرياني وغيره. له تعليقات على شرح الزرقاني على المختصر، وحاشية على الدررة^(٥٤).

٢ - شيخ الشيوخ العلامة الفقيه صالح الكواش. ١١٣٧ - ١٢١٨. أصله من الكاف، دخل جده تونس واشتغل بها فراناً. وهو من أحد الناس ذكاءً وثقوب فكر. قرأ بالزيتونة ودرس بها. ومن شيوخه الغرياني وعبد الكبير الشريف والريكلي وقاسم المحجوب ومحمد المنصوري شارح مختصر خليل وعبد الله

(٥٢) مخلوف. شجرة النور: ١، ٣٤٩، ١٣٨٧؛ وحسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٨٤٢ - ٢٣٦.

(٥٣) حسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ١/١، ١٨٩ - ١٩٠، ٢٦.

(٥٤) مخلوف. شجرة النور: ١، ٣٥٠، ١٣٩٣.

الغدامسي، وعنه شيوخ جلة منهم إسماعيل التميمي وإبراهيم الرياحي وأحمد زروق الكافي السنوسي وحسن الهدة. خشي بطش علي باشا به لميله إلى ابن عمه حسين بن علي فخرج هارباً إلى طرابلس، ولقي هناك الشيخ التاودي فأخذ عنه الحديث وأجازه بما ثبتت عنده روايته كالكتب الستة والموطأ والشفاء وجامعي السيوطي: بعضها قراءة، وبعضها إجازة عن عدد من العلماء كالشيخ حمودة الريكلي عن أبي عبد الله الصفار عن الشيخ عبد الباقي الزرقاني عن النور الأجهوري بسنده، والشيخ المنصوري عن الهستوكي عن اليوسي. وامتدت رحلته فدخل الآستانة وظهر أمره بها كما دخل مدينة إزمير. ثم استقدمه محمد الرشيد فعاد إلى بلده. وحصلت له وحشة مع علي باشا الحسيني فنفاه إلى منزل تميم ثم عفا عنه وأسند إليه مشيخة المدرسة المنتصرية ١١٧٥. وله: شرح بديع على الصلاة المشيشية، وشرح لقصيدة الأمير محمد الرشيد غير القافية اسمه «التحفة السنوية على نظم الفريدة الحسينية»، ورسالة في علم الكلام أجاب فيها عن ثلاثة أسئلة تقدم بها المختالي إلى علماء تونس، وكذلك رسالة أخرى نفيسة في المذاهب العقدية^(٥٥).

وكذا الشيخ علي بن سلامة.

وإلى جانب المفسرين والمحدثين والفقهاء والأصوليين طائفة من اللغويين ومن الكتاب المؤرخين ومن الشعراء المبدعين.

فمن علماء اللغة والأدب:

الإمام الألمعي أبو عبد الله محمد بن علي بن سعيد الحجري اللغوي النحوي المتفنن، الشاعر. ١١٩٩ بتونس. أخذ عن قاسم المحجوب وابنه محمد وعن الشيخ صالح الكواش. له من المصنفات حاشية على الأشموني في شرح

(٥٥) ابن أبي الضياف: ٧، ٤٤، ٤٧؛ ومخولوف. شجرة النور: ١، ٣٦٥، ١٤٥٤؛ وحسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٥٤٦ - ٥٤٨، ١٤٤.

الخلاصة، وحاشية على السكتاني في علم الكلام وأخرى على شرح الخبيصي،
ورسالة في المنطق، وديوان شعر^(٥٦).

ومثله اللغوي النحوي الشيخ أحمد السدوسي.

ومن الأدباء الحذاق والشعراء الكتاب الشيخ أبو العباس أحمد الأصرم
القيرواني الأصل، الذي لزم خدمة الدولة الحسينية منذ نشأتها، وواكب ما جرى
في أولها من أحداث، وذهب إلى الجزائر مصاحباً ابني حسين بن علي ثم عاد مع
محمد الرشيد وأخيه علي بعد انتصارهم على عدوهم، وأسندوا إليه رئاسة
الكتابة. وهي وظيفة سامية في الدولة، وجعلوها في بنيه من بعده يتداولها خلفهم
عن السلف إلى أن خف قطين تأهلهم وجف بها زرع اضطلاعهم^(٥٧).

ومن أصحاب المواهب العالية والقدرة الفائقة في فني الأدب شعره ونثره
الشيخ الجليل الفقيه الأصولي المقدم في فنون البلاغة نظراً وعلماً وإبداعاً ونظماً
محمد الشافعي بن محمد بن القاضي الباجي. درّس بالزيتونة وتخرج بكبار
علمائها. ففاق نظراءه وكان موالياً للأمير حسين بن علي تركي وأبنائه. لم يقبل

(٥٦) مخلوف. شجرة النور: ١/٣٥٠، ١٣٩٢.

(٥٧) محمد النيفر. عنوان الأريب: ٢، ٣٠ - ٣٢، وخطة رئيس ديوان الإنشاء وهي خطة
باش كاتب في الدولة الحسينية وقد لقب صاحبها بعد ذلك بوزير القلم والاستشارة.
وهي دون غيرها من الخطط لم تكن تسند لأحد من المماليك ولكن ينتخب لها رجل من
أهل العلم ومن أبناء البيوت التونسية. فقد تولاهما في عهد حسين بن علي الحاج بلحسن
السهيلي، وفي أيام علي باشا الشيخ عبد اللطيف السهيلي والشيخ عبد الرحمن
البقلوطي، وفي دولة محمد الرشيد الشيخ أحمد بن محمد الأصرم، ومن بعده في عهد
علي بن حسين أعيد إليها الشيخ عبد الرحمن البقلوطي واستمر عليها فترة من عهد
حمودة باشا الحسيني، ثم تعاقب عليها من الوزراء بعده الشيخ الحاج حمودة بن
عبد العزيز فالشيخ محمد بن حسين الدرناوي فالشيخ محمد بن محمد الأصرم فالشيخ
محمود الأصرم. محمد ابن الخوجة. صفحات من تاريخ تونس: ص ١٢١.

ما أسند إليه من الوظائف، وانقطع مبجلاً مكرماً بجبل المنار ففزع للعبادة والكتابة. ومما أثر عنه «إبداء النكات شرح قصيدة محمد الرشيد المسماة بمحركات السواكن» وله شعر بديع^(٥٨).

ومن الأدباء المهرة والكتاب الحذاق أبو عبد الله محمد بن حسين الدرناوي الطرابلسي الأصل ١٢٥٤. تخرج من الزيتونة وكان يملك عنان قلم الإنشاء. فولاه علي باشا الحسيني رئاسة الديوان بعد وفاة الشيخ أبي العباس الأصرم لكفاءته ثم أقصي عنه مع احتفاظه بمهابته وتقدير الناس له وتنويههم بسلوكه وسيرته^(٥٩).

١ - وأما المؤرخون الكتاب والعلماء الأدباء فأبرزهم الوزير العالم الأديب أبو عبد الله محمد بن محمد السراج الأندلسي الأصل. ١١٤٩. أخذ العلم عن الشيخ الغماد والحديث عن الشيخ الحجيج، وجملة من الفنون عن الشيخ سعيد الشريف والشيخ فتاة. وتصدر للتدريس في أماكن متعددة، منها جامع الزيتونة الأعظم. وكان القيم على مراتب المدرسين به. وهو رجل عفيف ورع دين. له الحلل السندسية في الأخبار التونسية، أهم تأليف في تاريخ تونس للفترة الواقعة بين الفتح العثماني وقيام علي باشا ضد عمه حسين بن علي. وقد أتلّف الباشا علي بن محمد الجزء الرابع من هذا الكتاب لما فيه من ذكر مساويه^(٦٠).

٢ - وسبق لنا ذكر العلامة محمد سعادة من بين هؤلاء المؤرخين. فهو صاحب المصنف البديع في تاريخ بداية هذه الدولة المعروف بـ «قرة العين في فضائل الأمير حسين وابنه محمد الرشيد». وهذا كما يدل عليه عنوانه كتاب مناقب وأخبار كثيرة جمعها صاحبه لتكون سيرة لمليكه.

(٥٨) محمد النيفر. عنوان الأريب: ٢، ٢٧ - ٣٠.

(٥٩) ابن أبي الضياف. الإتحاف: ٧، ٢٩، ٣٦؛ ومحمد النيفر. عنوان الأريب: ٢، ٦٢ -

٦٣.

(٦٠) حسين خوجة. ذيل بشائر أهل الإيمان: ص ١٨٠؛ ومخلوف. شجرة النور: ١، ٣٢٦،

١٢٧٢/٢، ١٦٤.

٣ - العلامة الأديب المؤرخ الكاتب الشاعر أبو محمد حمودة بن عبد العزيز. ١٢٠٢. أخذ عن والده وعن عدة من الشيوخ أمثال قاسم المحجوب والماكودي والغرياني والشحمي، وعنه الشيخ محمد بيرم الثاني وعمر ومحمد ابنا المحجوب. تولى رئاسة الكتابة، وسافر لحمل الصرة صحبة أبي الفلاح صالح زيد في عهد حمودة باشا الحسيني بوصفه قاضي الركب. وأرسله الأمير علي بن حسين سفيراً عنه لدار الخلافة، وللجزائر، وتولى تعليم حمودة بن علي بن حسين. وشعره أبلغ من نثره، وله تحرير في بعض المسائل الكلامية، وشرح لموشح ابن سهل، وحاشية على الوسطى، ورسالة في القبلية. وأعظم كتبه التي اشتهر بها التاريخ الباشي في أيام علي باشا الحسيني^(٦١).

٤ - العلامة المؤرخ والفقير المتكلم أبو الثناء محمود مقديش الصفاقسي. ١٣٣٨. أخذ ببلده عن اللومي والفراتي والمصمودي وأبي عصيدة. وقرأ المختصر على أحمد بن عبد الصادق الطرابلسي وعلى إبراهيم الجمي الحفيد، وتخرج بتونس بالشيخ الشحمي وقاسم المحجوب وعبد الله السوسي وأحمد بن ناصر الدرعي، وأخذ بمصر عن أحمد الدمهوري وعلي الصعيدي. له حاشية على أبي السعود، وشرح على المرشد المعين، وشرح على القلصادي، وشرح على الوسطى، وتاريخ صفاقس وعلمائها^(٦٢).

وإلى هذه الزمرة المتقدمة من العلماء والأدباء ينتسب عدد كبير من الشعراء سجلوا أحداث هذا العصر فكانت أشعارهم له صورة، وقصائدهم لمجتمعاتهم مرآة. في مقدمتهم:

(٦١) ابن أبي الضياف. الإتحاف: ٧، ١٦٢٢؛ ومخلوف. شجرة النور: ١، ٣٦٤، ١٤٥٠؛ ومحمد ابن الخوجة. معالم التوحيد: ص ٦٧؛ ومحمد ابن الخوجة. صفحات من تاريخ تونس: ص ٢٦٣.

(٦٢) ابن أبي الضياف. الإتحاف: ٨، ٢٤، ٢١٩؛ ومخلوف. شجرة النور: ١، ٣٦٦، ١٤٦٢؛ ومقدمة نزهة الأنظار: ٦٣ - ٢٥.

١ - أبو الحسن علي الغراب الصفاقسي . ١١٨٣ . أخذ عن أبي الحسن اللومي وعن الشيخ محمد سعادة . كان فقيهاً عدلاً ذا حظ من علم الحساب والمنطق والبلاغة والتاريخ . وله قصائد رائجة في المشرق والمغرب ، مدح العلامة أبا المحاسن يوسف الحفني المصري محشي الأشموني . وكان أثيراً لدى علي باي . له مقامات كالعبائية والهندية . وله أشعار ، وديوانه مطبوع^(٦٣) .

٢ - أبو عبد الله محمد بن أحمد الورغي . ١١٩٠ . الأديب اللغوي الكاتب الشاعر . أخذ عن الشيخ محمد سعادة بجامع الزيتونة ، وبرز في علمي الكلام واللسان . انتظم في سلك كتاب الدولة . له مقامات جيدة كالمقامة الخمرية التي مدح بها علي باشا حين هدم الحانات الواقعة جوار جامع الزيتونة وبنى مكانها مدرسة لسكنى الطلبة ، وله أشعار رائعة مثيرة فيه وفي علي بن حسين بن علي من بعده . كتب نسخة من القاموس بخطه البديع تقع في مجلد واحد هي من محفوظات الخزانة العاشورية . وله ديوان مطبوع^(٦٤) .

٣ - الشيخ أبو محمد عبد اللطيف بن محمد الطوير المذحجي القيرواني . ١١٩٩ . قاضي القيروان ومفتيها . أخذ ببلده عن علماء القيروان ثم دخل تونس فدرس بالجامع الأعظم ودرّس به . وكانت له مشاركة في كثير من العلوم وبخاصة الأدبية . وكان علي باي يستدنيه ويحضره مجلسه لمؤانسته . له رسائل انتصر فيها للشيخ البارودي على مناظره الشيخ لطف الله العجمي ، وله ديوان مطبوع^(٦٥) .

* * *

(٦٣) محمد النيفر . عنوان الأريب : ٢ ، ٣٢ - ٣٥ ؛ ومخلوف . شجرة النور : ١/٣٤٨ ، ١٣٨٢ .

(٦٤) محمد النيفر . عنوان الأريب : ٢ ، ٣٦ - ٣٩ ؛ ومخلوف . شجرة النور : ١ ، ٣٤٨ ، ١٣٨٤ ؛ ومحمد الحبيب ابن الخوجة . ديوان الورغي .

(٦٥) محمد النيفر . عنوان الأريب : ٢ ، ٤١ - ٤٣ ؛ ومخلوف . شجرة النور : ١ ، ٣٥٠ ، ١٣٩٤ .

ففي هذا المحيط المضطرب من السياسات الذي كان يتنازع فيه على الظهور والغلبة والسلطة والحكم الأبناء مع الآباء، وبنو العمومة فيما بينهم مستنجدين في غالب الأحيان بالأجانب أو بالمرتزقة من الجند، ومعرضين ما يقيمونه من أنظمة ويتولونه من سلطان لما كان يهددهم من ثورات عنيفة وردود فعل ساحقة في داخل البلاد. فمن هجومات عسكرية غريبة وحملات خارجية تنشر الرعب والدمار، إلى فتن تسبب تعاقبها فيما نكبت به البلاد والعباد من أوبئة ولحقتهم من مسغبة وأفقد حياتهم الأمن والاستقرار وعاق المجتمع عن النهوض والتقدم. وفي ظل بعض الأمراء الذين كانوا رغم تلك الظروف والأحوال يعملون جاهدين من أجل التعمير والبناء وتحصين البلاد وتحقيق المنعة فكانت أوقافهم ومبراتهم سبيلاً للتخفيف على الناس ونشر السعة والرخاء بينهم، ومواقفهم الرشيدة وتطلعاتهم الشريفة سبباً في قيام حياة متميزة يتسابق إلى قيادتها المتنافسون من أولي العزم والحزم ورجال العلم والفكر، تكونت أسر علمية من أهل تونس ومن أبناء الجند التركي الوافد على البلاد فلمعت شخصيات فكرية حاولت قدر الطاقة خدمة البلاد ونشر المعرفة ووصل الثقافة المغربية المتوارثة عن الأزمنة الماضية المتقدمة والأدوار السابقة الراقية بما لقنوه من فقه وأقرأوه من كتب وبما تلقوه من أسانيد وإجازات وجمعه من مصادر وأمهات وقراءه من دواوين ومؤلفات على أئمة المشرق وشيوخه الذين التقوا بهم في مواسم الحج بالحرمين الشريفين فأقاموا عندهم ونزلوا بديارهم قبل الحج وبعده بمصر والإسكندرية يربطون الصلة العلمية بهم ويتعرفون إليهم ويجيزونهم بما عندهم من أسانيد وأثبتات لم تكن تعرف في ديار المشرق.

الشيخ محمد بكير الشافعي

هو القاضي والمفتي شيخ الإسلام أبو عبد الله محمد بن محمد بن حسين بن أحمد بن محمد بن حسين بيرم. الفقيه الحنفي التونسي. وهو أحد أفراد الأسرة العلمية المجيدة الموجودة إلى اليوم بتونس. وقد أسندت إليها رئاسة المفتيين الأحناف. وتولى هذا المنصب العلمي والشرعي الخطير منها مؤسسها شيخ الإسلام محمد بيرم الأول ١١٨٦، ومن بعده مترجمنا الشيخ محمد بيرم الثاني ١٢١٥، فابنه الشيخ محمد بيرم الثالث ١٢٤٧، فالشيخ محمد بيرم الرابع ١٢٥٩ وثلاثتهم على التعاقب دون انقطاع أو فصل. وآخر من أسندت إليهم مشيخة الإسلام من فقهاء البيت البيرمي الشيخ محمد الطيب بيرم ١٣٥٧.

قدم جد والد الشيخ محمد بيرم الثاني وهو أحمد بن محمد بن حسين بيرم مع الجند الذي قاده سنان باشا إلى تونس لطرده الإسبان سنة ٩٨١، وأمه هي ابنة الشيخ حسن بن إبراهيم بن محمد البارودي من بيت البارودي إحدى بيوتات العلم والفضل بتونس، ويمتد نسبها إلى الكاتب الشاعر المؤرخ الحافظ أبي عبد الله محمد ابن الأبار القضاعي البلسني.

ولد الشيخ بتونس في ١٦ ذي القعدة ١١٦٢، وتوفي بها في ١٦ جمادى الأولى ١٢٤٧.

وبعد أن أتم حفظ القرآن الكريم توجه إلى طلب العلم. فأخذ القراءات والتجويد عن شيوخ جلة منهم: محمد قاره وباطق وإبراهيم الحميري وأحمد الوافي، وأخذ الحديث والفقه عن والده، وأخذ النحو عن الشيخ أحمد السوسي، أما بقية العلوم فتلقاها عن الشيوخ صالح الكواش وأحمد الشريف

الثعالبي الشهير بالبرانسي ومحمد الدرناوي وعلي بن سلامة، كما أخذ عن الشيخ محمد الشحمي، وتخرج بالوزير الكاتب الشاعر النائر الحاج حمودة بن عبد العزيز صاحب التاريخ الباشي .

وقد برع الشيخ محمد بيرم الثاني في الفقه الحنفي على طريقة المحققين من ردة الفروع إلى أصولها حتى عد من مجتهدي المذهب وكان بالمغرب بمنزلة ابن عابدين في المشرق . وقد لقبه شيخ الإسلام محمد ابن الخوجة الأكبر بأبي يوسف الثاني .

درّس بالمدرسة الباشية وبجامع الزيتونة الأعظم . وأخذ عنه كثير من طلبة العلم ورواد الفكر، وولي القضاء بتونس لسبب بقين من شهر ربيع الأول ١١٩٢ ثم استعفى منه في الرابع من رجب ١١٩٣، وعيّن ثانية فيه لأربع بقين من ربيع الثاني ١١٩٤، ثم استقال وولي الإشراف على الأشراف أي نقابة الأشراف بعد موت الشيخ عبد الكبير الشريف ١٢٠٦، وارتقى بعد ذلك إلى رئاسة الفتوى بعد وفاة والده ١٢١٥ .

وقد كان إلى جانب مقامه العلمي ومنزلته الفقهية أديباً شاعراً :
له نظم في التوحيد .

وله مصنفات تاريخية وكتب تراجم هي تقييمات مفيدة ومعلومات لا غنى عنها لمن يهتم بتاريخ تونس والترجمة لأعلامها . منها :

عقد الدرر والمرجان في سلاطين آل عثمان . وهو قصيدة جمع فيها أسماء سلاطين آل عثمان من بداية ظهورهم ٦٩٩ إلى السلطان سليم خان الثالث . وعلى هذه القصيدة ذيول أولها لابنه الشيخ محمد بيرم الثالث وهو من قسمين، والثاني للشيخ محمد بيرم الرابع، وذيل للشيخ محمد بن مصطفى بيرم صاحب صفوة الاعتبار دفين حلوان، وآخر بعنوان ملحوظ للقصيدة البيرومية نظمه الأديب التونسي الشيخ محمد التطاوني، وأخيراً إتمام وإكمال من نظم محمد ابن الخوجة^(٦٦) .

(٦٦) محمد ابن الخوجة . صفحات من تاريخ تونس . وعقد الدر والمرجان : ص ٣٩ - ٤٧ .

التعريف بالولاية من طرف الدولة العثمانية بتونس. وهو نظم تضمن ذكر جميع البايات من تاريخ الفتح العثماني ٩٨١ إلى محمود باي. ولهذه القصيدة أيضاً ذيل صنعه الجنرال ابن الخوجة^(٦٧).

التعريف بنسب الأسرة البيرية.

التعريف بالمفتيين الحنفيين بتونس من الفتح العثماني إلى عهد المؤلف.

وللشيخ بيرم الثاني شروح وتعليق على الرسائل والكتب والمباحث العلمية الفقهية والأصولية المتداولة بين فقهاء الحنفية مثل:

تعقيب على البحث الذي نقله الشرنبلالي في باب سجود التلاوة من شرحه الصغير عن العلامة الكمال ابن الهمام.

شرح رسالة لطف الله الأزمرلي، «العجمي» في تحرير كلام الحنفية في باب صلاة الفوائت.

شرح شفاء الغليل في وقف العليل لابن نجيم.

حاشية على شرح قاسم بن قطلوبغا على مختصر المنار لابن حبيب الحلبي لكتاب الأنوار للنسفي.

وله رسائل كثيرة تكشف عن عمق نظره الفقهي واجتهاداته، وأكثرها تحريرات فقهية وفتاوى. من أهمها:

بذل المجهود في إبطال افتراض توجيه أصابع القدم للقبلة في السجود.

تحقيق الكلام فيما لإجارة متولي الوقف المنحصر استحقاقه فيه إذا مات أثناء المدة من الأحكام.

(٦٧) محمد ابن الخوجة. صفحات من تاريخ تونس. والنعت والألقاب الملكية في البيت الحسيني: ص ٥٩ - ٦١.

تحقيق المقال في حكم ما يعبر عنه في ديارنا بالمغارة والاستنزال .

تحقيق المناط في عدم إعادة الساباط .

تلخيص الكلام في الحائط المنهدم إذا تنازع شركاؤه في بنائه .

حسن الحط على توهم الاحتجاج عندنا بالخط .

حسنة المنزعة فيما يرجع به على المدفوع وما لا يرجع .

حسن النبا في جواز التحفظ من الوبا، وهو كما نبه عليه مخلوف رسالة في

نقض ما ذهب إليه الشيخ أبو عبد الله محمد بن سليمان المناعي في رسالته تحفة

الموقنين من منع إقامة المحجر الصحي .

رسالة في صحة الرجوع عن الوصية الملتزم فيها عدمه .

رسالة فيما يحدث من الطلاق المردف .

طلوع الصباح في المتحير على أجر الملاح .

قلائد اللال في نظم حكم رؤية الهلال .

القول الأسد في حكم نصيب الميت من غير الولد .

نيل المنى من مسألة استحقاق المشتري بعد البناء .

نظم في عيوب الأضحية .

الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء .

* * *

وقد رزق هذا الإمام محمداً بيرم الثاني ولدأ صالحاً أسماه باسمه وباسم

أبيه محمداً . ولد له سنة ١٢٠١ ، ونشأ في بيته البيرمي تحوطه الرعاية والعناية .

وتخرج بوالده وبالشيخ حسن الشريف . وكان ماهراً في علوم البلاغة والمنطق ،

بارعاً في المعقول والمنقول . تصدر للتدريس بالمدرسة العنقية وبجامع الزيتونة .

فَبَرَّ أقرانه . وولي الإفتاء في حياة والده ثم رئاسة المجلس الشرعي عند وفاته

١٢٤٧. وكان إماماً خطيباً بجامع صاحب الطابع ونقيباً للأشراف. له تحريرات فقهية وتعاليق على حاشية والده على شرح ابن قطلوبغا لمختصر المنار، وشرح الفواكه البدرية في أطراف القضايا الحكمية لابن غرس، وشرح على إيساغوجي في المنطق، وشرح نيل الأمانى على مقدمة القسطلاني، ورسالة في كروية الأرض. ولم يعمر محمد بيرم الثالث إذ كانت وفاته ١٢٥٠ (٦٨).

ومما أكرم الله به مترجمنا أن شهد ولادة حفيده محمد بيرم الرابع ١٢٢٠ - ١٢٧٨، وسعد بالمشاركة الفعلية في تربيته وتلقينه العلم وتخريجه كما أراد فحلاً في حلبة البيان بارعاً في التدريس والتأليف ومفتياً. وقد أسندت لهذا الإمام الرابع مشيخة الإسلام إثر وفاة والده. وهو من ذوي الوجاهة والكمال، شغوف بالعلم مولع بالكتب بارع في الكتابة. تولى عن الأمير محمد باشا الإجابة عن الرسالة السلطانية الفاسية الموجهة إليه، وهو واضع ترتيب الديوان الشرعي، وله تراجم خطباء الحنفية، والجواهر السنية في شعر المتأخرين، ورسالة في شرح قواعد عهد الأمان، ومحركات فقهية في قضايا مهمة (٦٩).

وهكذا تداول أعلام هذه الأسرة على نسق عجيب:

تتابعوا كأنابيب القنا ولهم مفاخر ومزايا تبلغ الشهباء (٧٠)

(٦٨) محمد النيفر. عنوان الأريب: ٨٧/٢ - ٩٠؛ وحسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٩٤٠ - ٩٤١، ٢٧١.

(٦٩) محمد النيفر. عنوان الأريب: ١١٧/٢ - ١٢١.

(٧٠) محمد النيفر. عنوان الأريب: ٧٨/٢ - ٨٣؛ ومحمد البشير النيفر. ترجمة بيرم الثاني؛

ومحمد ابن الخوجة. صفحات من تاريخ تونس: ص ٣٩ - ٤٧، ٥٩ - ٦١؛ وحسن

حسني عبد الوهاب: ٢/١، ٩٣٤ - ٩٣٩، ٢٧٠.

رسالة الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء

تقدم لنا، في ختام الحديث على الرسائل الفقهية من مؤلفات شيخ الإسلام المحقق العلامة محمد بيرم الثاني، ذكر هذه الرسالة الوفاية^(٧١) التي نقدمها اليوم هدية للدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة. وهي الرسالة الموسومة بالوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء.

وقد يكون حمل المؤلف على تحريرها والكتابة في مسائلها شدة الحاجة إليها في زمانه وبين فقهاء مصره وعصره، وحرص الخاصة منهم على معرفة قضاياها وموضوعاتها التي كانت من القرن الخامس موضع بحث ونظر، وبيان وشرح، وتقرير وفتوى، مع ما يتطلبه ذلك من إعمال لمختلف القواعد، وتخريج للفروع على الأصول، وإيجاد للمخارج الصحيحة المقبولة في المضايق التي تعترض الناس في معاملاتهم.

ومن المعلوم أن الفقهاء انقسموا بوجه عام إزاء بيع الوفاء فريقين كبيرين:

الأول: يقول بفساد هذا النوع من البيوع لمخالفة شرط الوفاء فيه مقتضى البيع وحكمه، كما أن في هذا الشرط منفعة للبائع، ولا دليل على جوازه، ولأن متعاطي هذه المعاملة لا يقصد في واقع الأمر البيع بشرط الوفاء وإنما يريد من وراء ذلك الوصول إلى الربا المحرم.

والثاني: يرى جواز هذا البيع ويقول بأنه مفيد لبعض أحكامه كانتفاع المشتري بالمبيع دون بيعه لآخر، وأن البيع بشرط الوفاء قد تعارفه الناس

(٧١) انظر المصدر السابق ص ٣٣.

وتعاملوا به لحاجتهم إليه وتخلصاً به من الربا. وهو وإن خالف القواعد لكن هذه كما هو معلوم تترك بالتعامل كما في الاستصناع.

ونحن نجد بحث مسائل الوفا تفاريق في كتب الحنفية. قال ابن نجيم في البحر: «واعلم أن بالقاهرة بيعاً يسمى بيع الأمانة كما ذكره الزيلعي، ويسمى أيضاً الرهن المعاد كما في الملتقط، وسمّاه الفقهاء بيع الوفاء، ويذكرونه في موضع من ثلاثة: فمنهم من ذكره في البيع الفاسد كالبيزاني، ومنهم من ذكره عند خيار النقد كقاضيخان، ومنهم من ذكره في الإكراه كالزيلعي»^(٧٢).

وقد ورد الحديث عن هذا البيع مفصلاً ومقتضياً مرة في آخر باب الصرف كما في درر الحكام شرح غرر الأحكام لحسن الشرنبلالي وفي الدر المختار في شرح تنوير الأبصار للحصكفي، ومرة في باب خيار الشرط من أول كتاب البيوع كما في البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، وخصّه صاحب القنية الإمام الزاهدي بباب قبل باب البيع الفاسد، وأورد مسائله البيزاني في الباب الرابع في البيع الفاسد من كتابه الجامع الوجيز، وكذلك صنع ابن عابدين في رد المحتار، وعقد له صاحب الفصول العمادية الفصل التاسع عشر، وأفرده جامع الفصولين بفصل أيضاً هو الفصل الثامن عشر، كما عقد له الزاهدي فصلاً في البيوع من فتاواه.

وقد عاد المؤلف إلى جميع هذه المصادر والمراجع، ووقف على كثير غيرها من أمهات الكتب ناقلاً ومقارناً، مناقشاً ومحزراً، معترضاً ومجيباً، محققاً ومرجحاً، مبيّناً ومفتياً. فجاءت رسالته الوفاية رسالة علمية دقيقة على غرار ما كتبه العلماء المتقدمون من مباحث فقهية تعتمد في لغتها ومنهجها الجدل، وتكتسي طبيعة التقرير في عرضها حتى وكأنها أمالي دروس أو صورة مجالس، جمعت أكثر ما قيل في الموضوع على نحو فريد بديع، أعجب به معاصروه ونوّه

(٧٢) ابن نجيم. البحر: ص ٦، ٧.

به زملاؤه وطلابه، فاتخذوه في عمله هذا أسوة لهم، واعتمدوا أقواله وأفهامه كما يشهد لذلك قول أحدهم في رسالة له في الوفاء أيضاً، تضمنت تسع مسائل: «صرح بذلك شيخ مشائخنا العلامة الفريد في نقله وفهمه شيخ الإسلام سيدي محمد بيرم الثاني قدس الله قبره وضاعف يوم الجزاء أجره في رسالته الوفاية»^(٧٣).

(٧٣) انظر المسألة الأولى من مسائل بيع الوفاء الجاري بها العمل في تونس للفقير محمد البارودي.

تحليل الرسالة

اقتصر المؤلف في خطبتها على الإشارة إلى بعض ما اعتمده من أمهات الكتب والمصادر الفقهية في المذهب الحنفي، في بحث موضوع الوفاء والتعريف بالآراء المختلفة بشأنه، وتقديم ما يراه معتبراً من الأحكام في مختلف الفروع المتصلة بهذا النوع من المعاملات. وتلك المصادر التي وصفها بثبوت الاصطفاء لها بين فقهاء الحنفية أربعة: هي الخانية والعمادية وجامع الفصولين والبرازية.

ثم تولى بيان محتوى الرسالة منبهاً فيه على ما اشتملت عليه المقدمة والفصول العشرة والخاتمة من مسائل ونقول وأحكام وفتاوى: ١ - ٢.

ففي المقدمة تناول أولاً غرضين:

أحدهما بيان الاسم المطلق على هذا البيع في اصطلاح أكثر الفقهاء وبمختلف الأمصار. فهو بيع الوفاء، والبيع الجائر. وبيع المعاملة، وبيع الأمانة، والرهن، والبيع البات.

ثانيهما تحديد المصطلح وبيان مسماه وحقيقته. فهو عقد وضع للتوثيق للدين والانتفاع بالعين.

ويأثر هذا التعريف يشير المؤلف إلى أن هذه المعاملة مستحدثة، لم تكن موجودة في صدر الإسلام لوجود ما يغني عنها من القرض الحسن. ولما تغيرت الطباع، وأحضرت الأنفس الشح أحدث بيع الوفاء «تحليلاً لتحصيل الأرباح بطريق مباح». وكان أول ظهوره بسمرقند. ومن أجل ذلك كثر الحديث فيه بين فقهاءهم واختلفوا بين قابل له وغير قابل. وفي هذا كلام نفيس لأئمتهم من أهل الترجيح مثل النسفي والصدر الشهيد والمرغيناني وأولاده: ٢ - ٣.

وتأتي فصول الرسالة متوالية بعد ذلك مشتملة على فروع مختلفة تتصل بما يعرض للناس بسبب حاجاتهم أو تصرفهم في معاملاتهم، فتيين أحكام تلك الفروع وتذكر الفتاوى في المسائل المطروحة معتمدة في كل هذا النقول المحررة، ومركزة نتائج البحث على إعمال النظر والمناقشة والترجيح. وجملة هذه الفصول عشرة: ٣.

الفصل الأول في بيان ما يرجع إليه الوفاء من العقود:

وهو من أهم الفصول لبحثه في طبيعة هذا العقد. وقد ذكر الشيخ بيرم أن البزازي في جامعة جعل جملة الآراء في ذلك تسعة. وهي في نظره قابلة للاختصار وردها إلى خمسة أقوال، لأنها عند التحرير لا تعدو أن تكون رهناً، أو بيعاً جائزاً لازماً، أو بيعاً جائزاً غير لازم، أو بيعاً فاسداً، أو عقداً مركباً. وقد فصل القول في جملة تلك العقود عقداً مع نسبة الأقوال لأصحابها: ٣.

١ - فاعتبار بيع الوفاء رهناً هو ما درج عليه الإمام أبو شجاع وابنه والسغدي والماتريدي والقاضي والأمير. ودليلهم أن العبرة في العقود بمعانيها لا بمبانيها. فهو رهن حكماً وإن كان بيعاً اسماً. وقد أوردوا تنظيراً لذلك: وقالوا الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءته كفالة.

ونقل المؤلف ما اعترض به على هذا الرأي من أن الانتفاع بهذا البيع مقصود كما أن الاستيثاق به مقصود، وأجاب بأن الرهن لا تبطله الشروط الفاسدة، منبهاً إلى أن العقد في صورة الحال عنون له ببيع لا برهن.

وأردف ذلك بنقول من فتاوى صاحب التنوير ومن جواهر الفتاوى تقتضي تصحيح القول بأنه رهن محض، وأن للقاضي الحنفي أن يحكم بكونه رهناً بعد الدعوى الشرعية: ٣ - ٤.

٢ - واعتباره بيعاً جائزاً لازماً لا يختلف في شيء من أحكامه عن البيع البات هو ما ذهب إليه الإمام النسفي، ونقل اتفاق شيوخه عليه بشرط أن يكون

هذا البيع خالياً عند العقد من ذكر شرط الفسخ. ومعروف أنّ القاعدة عند فقهاءنا تنصّ على أنّ العبرة في الشرط المفسد بقرائنه للعقد ذكراً باللسان دون تقدمه ذكراً عليه، ولا قرانته به مضمراً في الجنان.

وقد أعقب هذا البيان بنقل عن العمادية، ينظر حكم صحة عقد هذا البيع بصحة نكاح من تزوج امرأة على نية تطليقها إثر الوطاء، فنكاحه صحيح نظراً لصيغة العقد وليس نكاح متعة باعتبار قصده، لأن العبرة في مثل هذا بالملفوظ دون المقصود.

ثم ختم بيان هذا الوجه بذكر فتوى النسفي الضابطة لصورة هذا العقد والميئنة لحكمه: ٤ - ٥.

٣ - واعتباره بيعاً جائزاً غير لازم لخلوه عن المفسد أولاً، وللوفاء بالوعد ثانياً. وصورته أن يعقد البيع بلا شرط ثم يذكر الشرط على وجه المواعدة. صرح بذلك قاضيخان وبنى عليه أنه يحلّ للمشتري الانتفاع بالمبيع لجوازه بإذن المالك، وأنه يفسخ بطلب أحد المتعاقدين. وقد أتى المؤلف بتحرير لصيغة المواعدة وتعليل لوصفه بالجواز، وبعدم اللزوم.

ثم أورد مناقشة الحاوي لكلام قاضيخان في ما ذهب إليه، والخلاف بين الزاهدي في اعتباره البيع باتاً إذا كان بثمن المثل أو بغبن يسير، واعتبار قاضيخان له بيعاً غير لازم في هذه الصورة: ٥ - ٦.

٤ - واعتبار الوفاء بيعاً فاسداً في صورة ما إذا عبر المتعاقدان بالبائع، وشرطاً فسخته في العقد، أو عبرا بالبائع بشرط الوفاء، أو أطلقا البيع. وهذا القول يعبر عن رأي صاحب العدة ورأي ظهير الدين المرغيناني. وهذا بيع جائز غير لازم عند الإمامين، أعطاه القائلون بفساده أحكام البيع الفاسد كلها، وألحقه الصدران السعيد والشهيد ببيع المكره، وتبعهم في ذلك الزيلي.

وختم بيانه هذا بنقل كلام العمادي: «بأن الفتوى فيما يترتب على هذا

العقد على القول بالفساد مع عدم فواته، وبأن زوائد المبيع على القول بالفساد مضمونة على المشتري ضمان زوائد المغصوب بالاستهلاك لا بالهلاك: ٦ - ٧».

٥ - واعتبار بيع الوفاء عقداً مركباً من رهن بالنظر للبائع فلا يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره ويجبر على الرد إذا حضر الدين، ومن بيع صحيح في حق المشتري حتى يملك هذا النزل والمنافع كالسكنى والزراعة والإيجار. وهو مذهب شيوخ النسفي، ويعرف عند الفقهاء بالقول الجامع. وبه قال برهان الدين المرغيناني، وعليه استقر قول الأئمة والفقهاء في عصره.

وينوه الشيخ بيرم في هذا المقام بعلو درجة صاحب الهداية في العلم مقارنة له بالقدوري وأضرابه من أئمة الترجيح، اعتماداً على شهادة ابن كمال باشا له.

ثم يعود المصنف إلى ذكر الأسباب الحاملة على اختيار هذا الوجه لبيع الوفاء معللاً الاختيار بحاجة الناس إلى هذا البيع، وتعاملهم به، ومذكراً بأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع، وأن ما ضاق على الناس اتسع، وأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، ولتأييد وجهة النظر هذه ينقل كلام صاحبي النهاية والأشباه.

وفي الرد على من ينكر احتمال التركيب ينظر بيع الوفاء على هذا التأويل بالهبة التي تنقلب بشرط العوض بيعاً، وتصير في حال المرض وصية: ٧ - ٨.

وبعد إيراد الآراء الخمسة حول طبيعة عقد بيع الوفاء، وقبل الفراغ من هذا الفصل يتعرض شيخ الإسلام لجملة من المسائل المرتبطة بهذا الموضوع. فيقارن أولاً بين حاجة الناس في القرن الخامس إلى هذا النوع من البيوع وحاجتهم إليه الآن. وهو ما قضى باشتغال الفقهاء به، وانكبابهم على درس صورته والفتوى فيه.

وينكر ثانياً الخلط بين المذاهب بتطبيق الأحكام المخالفة لما جرى عليه المذهب المعتمد في أصل المسألة، ويبين أن العمل بتونس في بيع الوفاء على المفتى به من كلام المتأخرين من الحنفية في عصره.

ويقرر ثالثاً أن القائلين بالتركيب جعلوه من الرهن ومن البيع الصحيح، ومنهم من جعله من أنواع ثلاثة هي الرهن والبيع الصحيح والبيع الفاسد. وينقل في هذا المحل كلام البزازي معقّباً على القول بتركيبه الثلاثي بأنه لا يعتد به ولا يوافق عليه.

وينتهي من ذلك إلى تأكيد أن الوفاء لا يصلح طريقاً للتحويل إلّا على القول الثالث الذي يجعله بيعاً جائزاً غير لازم، أو على القول الخامس الذي يعتبره مركباً من الرهن ومن البيع الجائز الصحيح.

ويصرّح بأن تسلمات أهل تونس جارية على هذين القولين في القضاء والفتوى، وبعد المقارنة بينهما يختار الخامس ويرجحه على الثالث.

وفي ختام الفصل يتحدث عن بيع الثنيا أو التطوع بالثنيا المتعارف بين مواطنيه فيعرف به وبصوره الأربعة، ويطبق عليها القواعد المتقدمة مع بيان الأحكام في جميعها: ٨ - ١١.

الفصل الثاني فيما يصح عقد الوفاء فيه وما لا يصح :

يبدأ هذا الفصل بذكر الاتفاق على صحة عقد بيع الوفاء في عقار البالغ العاقل. ويذكر إثره الخلاف في صحة عقده في عقار الصبي والمجنون، منبهاً إلى منع العلامة علاء الدين وأئمة سمرقند ذلك لما فيه من تمليك الولي منافع عقار المولّى عليه للمشتري بلا عوض، وحاكياً إجازة صاحب العدة لبيع الوفاء في عقار الصبي والمجنون عند اضطرار المولّى عليه إلى ثمنه. هو القول المعتمد والمفتى به في تونس.

وينتقل المؤلف بعد ذلك إلى الحديث عن حكم بيع الوفاء في المنقول، فيحكي منعه عن العدة، وجوازه عن النوازل، مبيّناً في هذا المجال دليل القولين. ومخصصاً منع بيع المنقول وفاء بما لا ينتفع به إلّا باستهلاك عينه: ١١ - ١٢.

وفي شكل اعتراض على هذا الحكم يتحدث عن النصبية المعروفة عند

الفقهاء بالسكنى فيجيز بيع الوفاء فيها قياساً بشرط أن لا يدخل فيها على شرط القرار، ولكنه ينبه هنا على أن القرار مدخول عليه فيها عرفاً، فيرتب على ذلك عدم صحة الوفاء فيها، كما لا يصح فيها البيع البات والرهن والهبة والوقف. ويحمل على حكم النصفة عند الأحناف حكم الخلو والمفتاح: ١٢.

الفصل الثالث ما يمتنع على المشتري من فعل في مبيعه وما يجوز:

وهذا الفصل من أطول الفصول وأكثرها مسائل. وهو يشتمل على قسمين ظاهرين من العنوان، وعلى مباحث وملحقات فيها تفاصيل وأحكام.

فالقسم الأول ينقل فيه كلام البزازي وهو ما لا يجوز للمشتري وفاء أن يتصرف به في المبيع وذلك نقل ملكه لآخر ببيع بات أو هبة، ونقل اليد ببيع وفائي ثان، وأضاف المؤلف: أو نقل اليد برهن محض أو إعارة.

وبناء على ذلك لا يصح تولية المشتري وفاء شراءه غيره إذا لم يكن بإذن البائع. وتكون يد المتولي على المبيع غير محققة، ٩ وللبائع أن ينتزع منه المبيع ولو بغية المشتري الأول. وعلق الشيخ على ذلك بأن في نزع المبيع من اليد الغير المحققة إشكالاً قائماً وهو تعذر المنازعة لأن ذا اليد لا يدعي ملكاً فلا يكون طرفاً في الخصومة.

ونقل عن صاحب الفصول أن حكم وارث كل واحد من البائع والمرتهنين اللذين هما المشتري الأول والمشتري الثاني حكم مورثه وهو ما قضى به الأمير.

وفي آخر هذا القسم تعرض لجملة مسائل منها:

— التساؤل عن ثبوت حق المتولي في مطالبة البائع بالمال الذي قبضه من المشتري الأول باعتبار كونه ينتزل منزلته أو لأنه غريم وغريم الغريم غريم، وبعد الإجابة عن الوصفين وما يترتب عليهما من آثار حكمية متوهمة ينفي أن يكون هناك دين مستحق لأن مال الوفاء لا يصير ديناً في ذمة البائع إلا بعد فسخ الوفاء.

– ومنها عدم صحة الكفالة بمال الوفاء منجزة وإنما تكون مضافة إلى وقت الفسخ .

– وأنه لا يصح التفاسخ بين المشتري الثاني والبائع الأول إذ لا عقد بينهما .

– ولو دفع البائع للمشتري الثاني مال وفائه عن المشتري الأول كان متطوعاً، ولا يرجع به على الأول لانتهاء سببي الرجوع اللذين هما الأمر أو الضرورة: ١٢ – ١٥ .

والقسم الثاني، وهو ما يجوز للمشتري القيام به من التصرفات في المبيع الوفايي، يتضمن ثلاثة مباحث هي الزراعة والإجارة والانتفاع بالثمرة .
المبحث الأول في زراعة المشتري وفاء الأرض التي عقد الوفاء عليها وفي مسألتان :

الأولى تتعلق بفسخ العقد وفي الأرض زرع لمشتري الوفاء .

والثانية فسخ العقد قبل الزراعة وقد كرب المشتري الأرض .

وفي بحث المسألتين ناقش المؤلف رأي البزازي، ونقل واقعة الفتوى عن العمادي، محرراً موقفه من كلاميهما .

وقد فصل القول في الأولى بأن الزرع يقلع إن كان الفسخ بطلب المشتري، ويبقى الزرع في الأرض بأجر المثل إن كان طلب الفسخ من البائع . وبعد توجيه الحكم وتعليقه في هذه المسألة ذكر أن من الفقهاء من يرى الإبقاء بأجر المثل إلى الإدراك مطلقاً، منظرأ صورة طلب المشتري الفسخ هنا بمسألة المزارعة التي أحر فيها الزارع الزراعة إلى آخر السنة، وحكموا فيها بإبقاء الزرع بأجر المثل .

وفي المسألة الثانية وهي إذا تفاسخا بعد كرب المشتري الأرض وقبل الزرع هل يجب على البائع قبّل المشتري أجر كراهه قياساً على مسألة المزارعة، أم أن عمل المشتري من غير عقد ولا دلالة حال يعتبر من المنافع وهي لا تقوّم

ولا تضمن فلا يجب على البائع شيء، أم أنه يجب الإحسان تطبيقاً لخاطر المشتري في هذه الصورة ١٥ - ١٧ .

المبحث الثاني في إجارة المشتري المبيع وفاء إما إلى غير البائع أو للبائع .
ففي الصورة الأولى الأجرة للمشتري لكونه العاقد، وفي حلها له على القول بالتركيب وجه . وهنا يتعرض الشيخ بيرم إلى جملة مسائل منها :

— التفاسخ فيما هو مستأجر قبل نهاية مدة الإجارة تنفسخ به الإجارة أم لا .

— تفصيل القول في ذلك، ونقل كلام صاحب الفصول فيه، وجعل مدار الحكم بانفساخ الإجارة عند طلب المشتري الفسخ للعذر، وعند طلب البائع الفسخ لجهالة المدة .

— أن الفسخ لعقد الوفاء من المشتري الذي لا دين عليه، أو من البائع مع معرفة مدة الإجارة، لا يقضي بدفع البائع مال الوفاء قبل انقضاء مدة الإجارة وتمكّنه من قبض المبيع . فإن دفع قبل نهاية المدة وأراد الاسترداد وكان عالماً بمدة الإجارة لم يكن له الرجوع، ومع الجهل بها يثبت له هذا الحق . وبنه الشيخ بيرم هنا على أن قوله هذا استظهار منه يحمل على التأمل .

— التساؤل عن أجرة المدة المستحقة من وقت فسخ الوفاء إلى آخر وقت الإجارة لمن تكون؟ جعلها من حق المشتري لأنه هو العاقد لهذه الإجارة . ثم أورد اعتراضاً على هذا الحكم، منشؤه كلام صاحب الفصول، الذي يجعل الأجرة قبل الفسخ للمشتري وبعده للبائع . فبين اختلاف الصورتين في الحكم لأن قوله منصبّ على المسألة والإجارة لأجنبي، وما نقله المعترض عن صاحب الفصول وارد على الإجارة حال كونها للبائع على فرض صحتها .

وفي الصورة الثانية وهي إجارة المشتري المبيع للبائع يقرر أولاً: أنها لا تصح إلاً على وجه واحد من وجوه تأويل عقد الوفاء الخمسة، وذلك على

اعتباره بيعاً صحيحاً باتاً. ثم بين أسباب عدم جواز الإجارة للبائع على الأوجه الأربعة الباقية مفصلاً ومقراً ومورداً ما اعترض به على هذا البيان ومجيباً عنه ثم ينتهي من ذلك كله إلى أنه:

- لا يجوز بيع المبيع وفاء ولاء ولا رهنة ولا إيداعه.
- وأن للبائع أن يحسب ما دفعه للمشتري من أجر كراء ملكه من مال الوفاء.

ثم يتخلص إلى ذكر أن الحيلة في تصحيح الإجارة للبائع أو لصاحب الملك تكون بتوسط أجنبي بين المشتري والبائع في الإجارة، وينظر ذلك بالإجارة المرسومة بسمرقند. ويذكر استحسان فقهاء الحنفية لذلك مشيراً إلى كلام الهندية.

ويتعرض إثر ذلك إلى دعوى البائع أن الإجارة للأجنبي تلجئة، وأنها غير مسموعة معللاً الحكم، وبأن من لا يلزمه شيء مع الإقرار لا تتوجه إليه يمين مع الإنكار، وأن التلجئة والهزل لا يفيدان العقد سوى وجود لفظي وهو معدوم شرعاً فكذا حساً.

التفريق بين بيع الرغبة وبيع التلجئة وحمل صورتي إجارة الرغبة وإجارة التلجئة عليهما، مع بيان ما ينبني عليهما من أحكام.

ويختم المبحث الثاني بنقل كلام البزازي في التحيل على إسقاط الشفعة:

١٧ - ٢٦.

مبحث الانتفاع بثمره المبيع وفاء:

وهنا لا يخلو الأمر من كون هذه الثمرة موجودة على رؤوس الشجر عند البيع ومسكوتاً عنها عند التعاقد، أو موجودة مشروطة للمشتري في العقد، أو حدثت بعد العقد.

ففي الحالة الأولى تكون للبائع، وفي الثانية للمشتري. وتكون مضمونة

عليه عند الفسخ بجميع قيمتها بالغة ما بلغت. وذلك عند من يعتبر الوفاء بيعاً فاسداً، وبحصتها من ثمن الوفاء عند من يراه صحيحاً، ونقل كلام الفصول في ذلك وتعليه الفساد، وفي الثالثة إذا حدثت بعد البيع تكون للمشتري مجاناً لأنها نزل مبيعه الوفاي.

وبعد تحقيق ذلك وتفصيله وإقامة الأدلة عليه، وبيان أن العقد في هذه الصور الثلاث وإن كان واحداً في الظاهر لكنه متعدّد مركب في الباطن من عقد على الشجر وهو محلّ بيع الوفاء، وعقد على الثمر وهو محلّ بيع الثمر، وهو بيع بات، يتعرض المؤلف لجملة مسائل ترتبط بالموضوع، منها:

– تجاذب الوفاء الرهن والبيع، واعتبار عقده لذلك من باب بيع الصفقة في الصفقة المفسدة أم لا.

– معنى كون الثمرة مضمونة بحصتها من الثمن، وظهور ذلك بالتقويم وضبطه النسبة، وتسقط من ثمن الوفاء لأن ما قابلها بيع بات، ولا تسقط حصة الشجر لأنها موضع الوفاء.

– اعتراضات وأجوبة.

– حكم الزرع القائم في الأرض عند عقد الوفاء حكم الثمر.

– طلب المشتري الفسخ ليأخذ الثمن بعد أخذه الغلة الحادثة.

وأتى بعد ذلك بمسألتين رتب عليها صوراً ثلاثاً من هذه المعاملة مبيّناً حكمها ومفضلاً ما دار حولها من نقاش بين الفقهاء:

١ – هل يجاب المشتري لطلبه الفسخ بعد أخذه الغلة مطلقاً أم مقيداً بمضي سنة من وقت العقد، أو بشرطه على البائع عند العقد أنه متى رفع الغلة فسخ العقد وطالبه بالثمن. نقل كلام العمادي وخُوَاهِر زاده في ذلك وبيانه.

٢ – لمن تكون الغلة إذا وقع التفاسخ قبل أخذها؟ هل تكون كلها له أو للبائع أو تقسط بينهما؟ وهل في التقسيط فرق بين أن تكون الثمرة موجودة

عند الفسخ؟ - وأورد في هذا كلاماً للبيزاعي نقلاً عن الديناري - أو حادثة بعده؟
١ - صورة كون طلب الفسخ من المشتري قبل رفعه الغلة، وأشار هنا إلى كلام الفصول.

٢ - صورة كون الطلب من البائع بعد رفعه الغلة، وعلى المشتري مساعدة البائع على الفسخ بعد أخذه الغلة ورضا البائع بتعجيل الثمن قبل انتهاء السنة.

٣ - صورة كون الطلب من البائع قبل رفع المشتري للغلة وتفسير القول فيها نقلاً عن البيزاعي فيما روته من كلام الديناري باعتبار كون الطلب من البائع واقعاً قبل مضي شهر من وقت العقد أو بعده.

٤ - إيراد اعتراض بأن هذه التقييدات في الإجابة لطلب الفسخ تتنافى مع إطلاق صاحب الفصول القول في ذلك، والجواب عن هذا بكون ما ههنا في مسألة الغلة، وما ورد في الفصول في مسألة الإجارة.

وعند الحديث عن الغلة وتقسيمها بين البائع والمشتري إذا تفاسخا برضاها يذكر أن الغلة تقسم على اثني عشر جزءاً مقابل أشهر السنة.

ومبدأ السنة الموزعة عليها الغلة هو وقت عقد الوفاء. وما وازى الأشهر التي كان الوفاء قائماً فيها بينهما يكون للمشتري، وما وازى فترة ما بعد الفسخ إلى آخر السنة يكون للبائع.

وأن المقسوم على السنة قيمة الغلة لا عينها. ونقل كلام الفصول بخصوص البائع فليرجع إليه. وأن البائع يضمن للمشتري قدر حصته من قيمة الغلة دراهم.

تنظير هذا التفسير بوضوء المستحاضة وقت كل صلاة.

وقد حرر المؤلف الخلاف في جريان التوزيع في الغلة المعدومة وقت الفسخ، وحكى رأي علاء الدين السمرقندي وبرهان الدين المرغيناني ناقلاً فيه

كلام البزاي، ومرجحاً قول صاحب الهداية أن العقد يعتبر باقياً إلى حين أن تصير للغلة قيمة.

وقد أعقب ما ذكره هنا بتفصيلات وأحكام، في هذه الموضوعات. وأورد مسألة ما يقطع من حطب الشجر، ومنه قوائم الخلاف، بأنه لا يدخل في الوفاء بلا ذكر إن كان موجوداً وقت البيع بخلاف ما يحدث بعد البيع فهو للمشتري.

وذكر عدة مسائل أخرى منها:

- مسألة حطب الزيتون، وأن الشجرة الميتة تكون للبائع.
- وأن القص مع كونه للبائع فإن للمشتري حبسه عنه حتى يدفع مال الوفاء، وليس له منع البائع من أصل قطعه.
- وأن لمؤجر الدار أن يدخلها لإصلاحها وإن كان بغية المستأجر وبلا إذنه، وأن الحرث والسقي والرم لا يجب لا على البائع ولا على المشتري.
- وأن السقف ملك صاحب السفلى وأن تعيينه لا يجب على ذي العلو ولا على ذي السفلى. ونقل آراء وفتاوى مشاهير الفقهاء في ذلك مثل ما ورد في الخيرية وفي الفصول نقلاً عن الذخيرة. ٢٦ — ٣٨.

الفصل الرابع — في انتقاض المبيع في عقد الوفاء عند مشتره:

ويتضمن الآراء المختلفة بين الفقهاء في حكم ذلك.

فالمرغيناني يقول: ليس للبائع أن يأخذ المبيع ويضمن المشتري من نقصانه شيئاً، ولكنه مختير بين أخذ المبيع ودفع ثمن الوفاء كاملاً من غير رجوع على المشتري بما نقص، وبين أن يترك المبيع للمشتري يتملكه بما دفع من ثمن الوفاء ولا يرده عليه من الثمن شيئاً.

ومشايخ سمرقند والإمام علاء الدين يرون تضمين المشتري ما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ.

والرأي المعتمد في هذه المسألة هو ما ذكره العمادي من فتوى أهل عصره فيها، وذلك بحمله في الحكم على الرهن. فإذا انتقص المبيع وفاء في يد المشتري يسقط حصّة النقصان من مال الوفاء.

فإن استهلك المشتري بناء أو أشجاره يضمن قيمته بالغة ما بلغت كالمرتهن ضمان الغصب لا ضمان الرهن، ويّسن الفرق بين الضمانين: ٣٨ - ٣٩.

الفصل الخامس - في بيع البائع وفاء مبيعه الوفاي قبل فسخ الوفاء فيه :

طرح المؤلف في هذا الفصل عدة مسائل :

- بيع البائع مبيعه الوفاي باتاً أو وفاءً قبل فسخه الوفاء مع المشتري الأول موقوف مطلقاً على إجازة المشتري الأول، مثل توقف بيع الراهن الرهن على إجازة المرتهن ينفذ بإجازته ولا يفسخ بفسخه.

- اختلاف توقف الأول عن توقف الثاني في الإجازة بأن ما عدا الإجازة في الوفاء يبطل به البيع الموقوف، وفي الرهن ينفذ به.

- الإجازة نوعان قولية وفعلية. نقل عن الهداية.

- تعدد المبيع متفقاً أو مختلفاً كتوحدّه في التوقّف على الإجازة.

- حصول الإجازة من مشتري الوفاء بقبضه ماله من مشتري الوفاء مثل حصولها بقبض المشتري مال الوفاء من البائع وقد باع باتاً مبيعه الوفاي من آخر. كلام الهداية والعمادية.

لمشتري البات قبل أن يدفع ثمن المبيع للبائع أن يدفع مال الوفاء لمشتري الوفاء بلا إذن البائع ولا يطالبه هذا، ويقام له ما دفعه للمشتري ممّا عليه من ثمن البات. كلام العمادية.

— إذا دفع مشتري البات ثمن الوفاء للمشتري الأول بغير إذن البائع بعد دفعه للبائع ما عليه من ثمن المبيع باتاً لا يرجع، ويكون متبرعاً بخلاف معير الرهن.

نقول من كلام الفصول ومن جامع الفصولين ومناقشتها.

— بيع المبيع وفاء لمشتريه الأول باتاً لا يتوقف على إجازة (إجازته نفسه) ويتضمن فسخ الوفاء.

إيراد مسألتين من الفصول في حصّة ما بقي من الثمر: بعد البيع البات تكون للبائع عند عدم ذكر الثمار.

والتي خرجت بعد البيع الجائز، وقت البيع البات، تكون للبائع:

٣٩ — ٤٤.

الفصل السادس — في الشفعة بالمبيع وفاء، وفيه إذا بيع باتاً قبل

الفسخ:

وفيه مسائل:

١ — الشفعة بالمبيع وفاء لبائعه دون مشتريه.

نقل من الفصول عن محمد بن الفضل لفتوى بذلك.

بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللراهن حق الشفعة إن

كان الرهن في يد المرتهن.

صحة الوفاء مع الشيوع وعدم القبض بخلاف الرهن. بيان كلام محمد بن

الفضل.

٢ — الشفعة في المبيع وفاء إذا بيع باتاً قبل الفسخ. ولهذه الصورة ثلاثة

أحوال:

(أ) حالة ثبوت التوقف للبيع عند انتفاء الإجازة من المشتري في الحال

مع إمكان حصولها في المستقبل.

(ب) حالة انتفاء التوقف للبيع عند تعذر الإجازة من المشتري بفسخه
الوفاء قولاً أو فعلاً.

(ج) حالة انتفائه بحصول الإجازة. الشفعة منفية في الحالتين الأوليين،
ثابتة في الحالة الثالثة.

إيراد على كلام الفصول وإجابة عنه مع التعليق على قول العمادي.

الوكيل بالبيع لا يشفع فيما باعه بالوكالة.

تفصيل القول في أحكام الصور الثلاث المتقدمة.

لا تثبت الشفعة في المبيع وفاء إذا بيع بتاً إلا بعد الإجازة.

المعتبر في طلب الشفعة وقت العلم بالإجازة لا العلم بالبيع: ٤٤ - ٤٨.

الفصل السابع - في ادعاء المشتري وفاء على مشتريه، وادعاء

مشتريه له على غيره:

إذا ادعى في هذه الصورة خارج على ذي اليد أن هذا ملكي كان الذي اليد

دفعه بقوله: لستُ بخصم فيه لأنني لا أملكه، وإنما هو في يدي بحق الوفاء.

ورود سؤال من فرغانة: هل يشترط لسماع هذه الدعوى حضور البائع

والمشتري؟ يشترط عند المرغيناني وغيره من السمرقنديين، وذهب القاضي

علاء الدين إلى عدم اشتراطه.

سبب اختلاف القول في ذلك: عدم خلوص الوفاء للبيع البات ولا للرهن،

والقضية من الخمسة.

من نظر إلى جهة الرهن لم يسمع الدعوى إلا بحضور البائع، ومن نظر إلى

صيغة البيع سمعها بدون توقف على حضوره. ترجيح ما ذهب إليه الجماعة.

المعتبر في بيع الوفاء جهة الملك في حق الانتفاع خاصة وفيما سواه جهة

الرهن.

عدم سماع الدعوى على المشتري وفاء في الملك المطلق والوقف أو الحق
كما في الوفاء والرهن والإجارة.

الدعوى على المشتري باتاً فيما في يده مسموعة قطعاً.

الدعوى على المرتهن غير مسموعة قطعاً.

المخمسة المتضمنة وجه دفع الخصومة. لا إشكال في سماع دعوى
المشتري وفاء له على غير المشتري.

المقارنة بين مشتري الوفاء والمستأجر في ملكهما المنفعة فقط.

تسمع الدعوى من المشتري وفاء بغية البائع بلا إشكال لأنها من دعوى
الحق.

ذو اليد إذا ادعى في العين ملكاً لنفسه سمعت عليه دعوى الملك والحق.

وإذا ادعى في العين حقاً فقط لنفسه لم تسمع عليه دعوى ملك ولا حق.

إحالة على ثالث فصول الفصول لمعرفة من يصلح خصماً لغيره ومن
لا يصلح، ومن يشترط حضوره لسماع الدعوى ومن لا يشترط حضوره.

لا تسمع دعوى أجنبي الوفاء على ذي اليد المدعي الوفاء لو كان تاريخ
الأجنبي أسبق إلا بحضور بائعيهما إذا ثبت ما يدعيه ذو اليد من الوفاء:
٤٨ - ٥٠.

الفصل الثامن - الكفالة بمال الوفاء، والحوالة به، والصلح عنه:

(أ) تصح الكفالة بمال الوفاء عن المشتري للبائع منجزة.

تصح الكفالة بمال الوفاء عن البائع للمشتري مضافة لوقت الفسخ. بيان
الصورتين. ثمن المبيع لا يكون ديناً للمشتري على البائع وعقد البيع قائم،
ويصير ديناً بعد الفسخ.

لا فرق في جعل الكفالة مضافة لحين الفسخ بين كون الكفيل به أجنبياً عن عقده أو مشترياً فيه .

تفصيل ذلك بنقل ما ورد بالفصول، دفع توهم .

ذكر تكرر الوفاء من البائع مرتين وخوف المشتري الثاني أن يتوى حقه على البائع فطلب كفيلاً به فكفله المشتري الأول وذلك صورتان :

١ - بين البائع والكفيل الذي هو المشتري الأول وهو الذي انفسخ بالإجازة وترتب ماله ديناً على البائع لكن الكفالة لم تقع به .

٢ - بين البائع والمكفول له وهو المشتري الثاني، والوفاء لم ينفسخ ولم يصير ماله ديناً وهو الذي وقعت به الكفالة .

(ب) تنقسم الحوالة إلى ما يكون المحال عليه فيها المشتري، وإلى ما يكون المحال عليه فيها هو البائع . نقل الصورة الأولى عن صاحب الهداية، وصور الشيخ بيرم الثانية التي يكون المحال عليه فيها هو البائع بأن أحال المشتري غريمه عليه . ثم بين الحكم في الصورتين .

(ج) الصلح عن مال الوفاء . نقل عن المرغيناني صورته . وهي إذا ادعى أحدهما البيع الجائز والآخر البيع البات وادعى سبق الجائز فصالح المشتري باتاً مدعي الجائز على بدل . فلا يخلو أن يكون الصلح عن إنكار أو عن إقرار . ففي الأولى يجوز ويلزم، وإذا كان الثاني لا يلزم بدل الصلح لثلا يكون بمنزلة الرشوة لإجازة البيع عندما يكون عن مال بعينه .

توقف الشيخ بيرم فيما نقله عن العمادي .

تحرير الكلام في هذه الصورة مع بيان الخطأ الوارد في نسخته بالمقابلة بين الصورتين : ٥٠ - ٥٣ .

الفصل التاسع – في فسخ عقد الوفاء، ورجوع المشتري على البائع فيما إذا كان دفع خلاف ما سمى بما يكون منهما:

في هذا الفصل جملة مباحث:

١ – الفسخ قولي وفعلي. والفعلي حقيقة وحكماً، يصح الفسخ ويحصل القبض، والقبض بالتخلية. ويشترط في القولى التصريح بالقبول.

إيراد تساؤل عن صورة الفسخ الفعلي الذي يتم بالقبض أو التخلية لمخالفة ذلك لقول العمادي: لو أبى المشتري قبض الثمن هل يجبر وهل يفسخ بدون قبول؟ والجواب عن هذا التوقف.

٢ – إذا قبض المشتري مال الوفاء كله انفسخ العقد في المبيع كله، وإن قبض بعضه انفسخ بقدره. نقل كلام صاحب الفصول المفيد تجزأ الفسخ.

٣ – يحمل التجزّي في الفسخ على كونه في أحد المقصودين في بيع الوفاء من تصرف المشتري فيه. فلا يبقى له حق التصرف فيه في القدر الذي انفسخ فيه الوفاء من المبيع، ويبقى له المقصود الآخر وهو حق حبسه للتوثق به للدين كالمرهون فإنه يبقى محبوساً كله إلى تمام قبض الدين.

٤ – الرجوع يكون بالمسمى في العقد لا بالمقبوض عند تغير المصارفة: ذكر صورة محلية تطبيقية: ٥٣ – ٥٤.

الفصل العاشر – حكم المبيع وفاء بعد الفسخ، ومطالبة المشتري مال الوفاء بغير بلده أو بعد ما غصب المبيع من يده:

الفسخ قولاً وفعلاً وضمناً بحصول الإجازة للبيع من المشتري.
مسألتان:

١ – المشتري الذي انفسخ شراؤه الوفاي قصداً بالقول أو بالفعل أو ضمناً

بإجازته بيع المبيع، ولم يقبض مال وفائه، هل يحبس المبيع عن البائع في صورة الفسخ القسدي القولي، وعن المشتري في صورة الفسخ الضمني أم لا؟
٢ - هل يختص مشتري الوفاء بقدر مال وفائه من ثمنه من بين الغرماء إن كان على البائع دين يستغرق تركته.

الحكم في الصور المختلفة المتفرعة عن هذه المسألة.

إن لمشتري الوفاء بعد فسخه حبس المبيع عن البائع حتى يدفع له ثمنه، وليس له حبسه عن المشتري بعد الإجازة. نقل كلام العمادية في ذلك.
إيراد اعتراض على ما تقدم والإجابة عنه.

له أخذ الثمن من المشتري وحبسه عن البائع، الإشارة إلى كلام الطرطوسي والشيخ محمد بيرم الأول في ذلك. الاختصاص بالثمن: أينما ثبت للشخص حق الحبس ثبت له الاختصاص.

للمشتري مطالبة البائع بثمن المبيع وفاء في غير بلده محل العقد.

ليس له طلب مال الوفاء والمبيع في يد غاصبه: ٥٥ - ٥٧.

الخاتمة - تناولت حكم اختلاف المتعاقدين في العقد: أهو بات أو وفاء؟

وفيها بسط الكلام في مسائل وقواعد صدرها بنقل من الفصول يتعلق بالاختلاف في البيع بين المتعاقدين، وقد أجاب عنه بأن القول في ذلك قول مدعي البتات وهو ما ذهب إليه المرغيناني وأئمة بخاري، وإن كان أفتى صاحب الهداية من قبل بأن القول قول مدعي الجائر، ثم أعلن رجوعه إلى قول الجماعة. تحرير القول في الوجهين وتعليل الرجوع إلى كلام المرغيناني وجماعته تعليلاً فقهياً.

مناقشة الرأي وتفصيل القول فيما إذا كان الاختلاف بين المتعاقدين قبل قبض البائع الثمن في البيع البات وفي بيع الوفاء أو بعده.

وجه رجوع صاحب الهداية عما كان يفتى به إلى قول أئمة بخارى .
مناقشة المؤلف هذا الوجه، وترجيح قول مدعي البتات بالنقل عن
قاضخان ومن الخيرية .

تقبل بيّنة مدعي الوفاء لأنها لإثبات خلاف الظاهر، وتقدم على بيّنة مدعي
الثبات .

الاعتراض على اختيار وترجيح الخانية بأنه رهن في الحقيقة وذكر أن بيّنة
البيع مقدّمة على بيّنة الرهن . والجواب عن ذلك بأن الوفاء وإن كان في الصورة
رهنأ غير أن فيه شرطاً زائداً هو الانتفاع بخلاف الرهن .

تنويه صاحب الخيرية بتحرير القول في هذه المسألة .

تاريخ الفراغ من تأليف هذه الرسالة : ٥٨ - ٦٠ .

تحقيق الرسالة

كانت لدي بمكتبتي الخاصة نسخة مصورة من الرسالة الوفاية البيرية المحفوظة بالكلية الزيتونية تحت عدد ٥٥ وأصلها من الخزانة الرضوانية. وهي بحسب الظاهر مقتطعة من مجموع تضمن نحو أربع عشرة رسالة أكثرها فقهية منها رسالة منسوبة للشيخ بيرم في أحكام الرهن. وجدول محتوى المجموع مثبت بخط مغاير لخط الرسالة على ظهر الورقة المتقدمة على نص الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء، وبآخر الرسالة في وجه الورقة ٣٢ عنوان نصه: جواب سؤال في الوقف تأليف الشيخ بيرم أدام... تملكه الشيخ سيدي حسين البارودي.

وتقع هذه النسخة من رسالة الوفاء بمسائل بيع الوفاء في إحدى وثلاثين ورقة غير مرقمة، مقاس: ٩/١٥,٥، وعدد سطور الورقة بها: ٢٢. وقع الفراغ من نسخها في حياة المؤلف في ١٩ شوال ١٢٤٣ على يد محمد بن سالم البداي. خطها تونسي جميل وبها توقيفات قليلة. وهي نسخة مراجعة بها استدراكات وتكميل كما في ورقة ٨ أ وعليها طرر منقولة من بعض النسخ الأخرى كما في ١٦ أ، لا يعيها إلا نقصان بعض أوراق سقطت منها، وطمس حديث لأكثر ما بورقة ٢٠ أ وبعض أسطر من ورقتي ٢٠ ب، ٢١ أ، ٢١ ب.

ولهذه الأسباب ولما تقتضيه صناعة التحقيق من مراجعات وضبط وأمانة في إخراج الرسالة اضطرت للبحث عن نسخ أخرى منها. وقد وجدت في كتاب العمر لحسن حسني عبد الوهاب: ٢/١، ٩٣٩ سرداً بنسخ الرسالة ومظان وجودها بتونس نصه:

تونس دار الكتب الوطنية: رقم ١٩٨، ٣٦٤٢، ١٨٧/٢٣، ١٢٠٨٦/٦

(أحمدية: ٢٥٣٣/٦، ١٤٧٨٤/٣) - (أحمدية: ٢٥٣٤/٣، ١٨١٥٦/٢)،
عبد الوهاب: ٢٥٦/٢، العاشورية: (ف ح) ١٣٢.

ولما عدت في شهر المحرم إلى تونس بحثت عن جملة من النسخ تحصل لي منها بالإضافة إلى الرضوانية الأولى التي سبق ذكرها ووصفها ست نسخ أخرى هي على حسب الأهمية في الترتيب: البيرية والخوجية والرضوانية فالصادقية فالوطنية فالوهابية.

البيرية (ب): تفضل بتصويرها لنا من خزانه آل بيته الأخيار السيد الكريم الماجد الأستاذ أحمد بن المنعم شيخ الإسلام محمد الطيب بيرم جازاه الله عنا خير الجزاء. وهي كما هو مرسوم على الصفحة الأولى منها: مما أنعم به سبحانه على عبده الفقير إلى رحمته محمود بن مصطفى بيرم ١٢٩٤. فهي من تملك الخطيب المدرس الشيخ محمود بن الفقيه الشيخ أبي النخبة مصطفى^(٧٤) بن شيخ الإسلام محمد بيرم الأول، ومتبني شيخ الإسلام محمد بيرم الثاني إذ كفله أخوه الأكبر لصغره بعد وفاة أبيه.

وهذه النسخة من مجموع بصدرة فهرس يتضمن سرداً بأسماء الرسائل الفقهية البيرية التي تضمنها، ويقع جملته في ٤٢٨ صفحة، موضع الرسالة الوفائية منه ٣٦٤ - ٤٢٨ أي في أربع وستين صفحة. مقاس هذه النسخة: ١٦,٥ / ٨,٥٠. وفي كل صفحة منها واحد وعشرون سطراً. خطها تونسي جميل في الجملة مقروء بغاية اليسر. لم تتضمن في آخرها سوى تاريخ انتهاء

(٧٤) هو القاضي الحنفي المتصلع بالعلوم الثقلية والعقلية، المرموق بعين الإجلال والتعظيم ١٢٨٦. تأدب وتخرج أولاً بأخيه الأكبر الشيخ بيرم الثاني، وأخذ عن ابن أخيه الشيخ بيرم الثالث وعن أعلام من الفقهاء والعلماء والشيوخ مثل السنوسي الكافي وأحمد زروق وأحمد العوادي وأحمد الأبسي الحنفي وحسن الشريف وإبراهيم الرياحي والظاهر بن مسعود وأحمد بوخريص وإسماعيل التميمي. ابن أبي الضياف، الإتحاف: ٦٧٤/٨، ٤٠٤.

الشيخ بيرم الثاني من تأليف الرسالة، لم يذكر ناسخها ولعله الشيخ محمود نفسه. وهي تتميز بعدد غير قليل من التعليقات البيانية. وبها نقول من خط والد ناسخها الشيخ مصطفى بيرم إذ يقول في الهامش: من خط والدي، ومن خط الوالد. وتعليق للشيخ بيرم الثالث ابن المؤلف، وطرر كثيرة ينقل فيها عن الخوجيين شيخ الإسلام محمد ابن الخوجة الأكبر وابنه شيخ الإسلام أحمد ابن الخوجة الثاني. وسيأتي الحديث عنها مفصلاً عند المقارنة بين أهم النسخ التي بين أيدينا. وقد اعتمدها أساساً في دراسة النص وتحقيقه.

الخوجية (ج): هي من نسخ الوطنية، تحمل رقم ٣٦٤٢، أشرنا إليها أعلاه. تقع في ٣٦ ورقة مقياس ٩/١٦ وتحتوي كل صفحة منها على ٢١ سطراً. خطها تونسي عادي. كان الفراغ من نسخها في ٢٧ صفر ١٣٢٨ على يد كاتبها الشيخ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن حمودة بن محمد بن علي خوجة الآستاني الشريف. ومن ثم سمينها الخوجية، وهي مراجعة وبها توقيفات بالهوامش تمتاز بتقاريرات الشيخ محمد ابن الخوجة الأكبر^(٧٥)، وإحالاته في كثير من المواضيع على المصادر التي يحسن بالقارئ الرجوع إليها، وتعليق ابنه الشيخ أحمد بن محمد بن أحمد ابن الخوجة الثاني^(٧٦).

(٧٥) هو شيخ الإسلام محمد بن حميدة ابن الخوجة - ١٢٧٩. العلامة الفقيه المحقق والمحدث. أخذ العلم عن والده وعن الشيوخ حسن الشريف ومحمد بيرم الثاني ومحمد بيرم الثالث. ولي التدريس والخطابة والقضاء والفتوى ورئاسة الدائرة الحنفية من المجلس الشرعي. وكان كثير الرواية لصحيح البخاري إذ جعله هجيراً حتى كاد يستظهره. له مؤلفات جيدة مثل حاشية على مختصر السعد، وشرحه لحكم أرسطو «العالم بستان»، ومحركات فقهية تقع في ثلاث مجلدات، وعدد كبير من الإجازات العلمية والحديثية، وتعليق على كتاب الدرر، وفتاوى وأحكام. ابن أبي الضياف. الإتحاف: ١٢٨/٨، ٣٥٠؛ حسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٩٤٢، ٢٧٢؛ محفوظ. تراجم المؤلفين: ٢/٢٥٧، ١٧٢.

(٧٦) هو شيخ الإسلام حميدة بن الشيخ محمد بن الشيخ أحمد ابن الخوجة. الفقيه المفكر =

الرضوانية (ر): من المكتبة العبدلية. ورقمها الذي تحمله بها: ٧١٢٧. وهي نسخة جيدة من الرسالة تقع ضمن مجموع، تشغل منه خمساً وستين صفحة: ٣٤٦ - ٤٠١، مقاس ١٠/١٦,٥٠، وعدد السطور في كل صفحة ١٩. وهي كسابقاتها تونسية الخط جميلته، ولكنها غفل من اسم الناسخ ومن تاريخ النسخ. والتعليق التي اشتملت عليها قيمة فيها مسائل مهمة وفتاوى للمشائخ محمد بيرم الثاني ومحمد ابن الخوجة الأكبر وابنه أحمد الثاني والمفتي الشيخ حسن عباس.

ووجه تعريفها بالرضوانية أنها في الأصل من خزانة العالم الفقيه الأديب الشيخ مصطفى بن علي رضوان^(٧٧) أحيلت ضمن خزانته إلى العبدلية بجامعة الزيتونة لينتفع بها رواد المكتبة ويستفيدوا منها.

= والأديب الشاعر. ١٢٤٥ - ١٣١٣. أخذ عن والده وعن شيخ الإسلام بيرم الرابع وعن محمد بن عاشور ومحمد بن سلامة ومحمد بن حمدة الشاهد ومحمد الطاهر ابن عاشور الأول ومحمد النيفر. تولى الإمامة والخطابة والتدريس، وتدرج في المناصب الشرعية فكان قاضياً ومفتياً وشيخ إسلام. وقد ترك من التصانيف تقارير على حاشية السالكوتي على البيضاوي، وحاشية على الدرر أكمل بها صنيع والده والكردار والحبس على المذهب الحنفي، وأختام وتحقيقات وفتاوى، وكشف اللثام عن محاسن الإسلام ونحوها. ابن أبي الضياف. الإتحاف: ١٣٥/٨، ٣٥٩؛ حسن حسني عبد الوهاب. كتاب العمر: ٢/١، ٩٤٦، ٢٧٤؛ محفوظ. تراجم المؤلفين: ٢/٢٤٤، ١٦٩.

(٧٧) هو الفقيه الأديب الرياخي السوسي. من أبناء جنود الترك. ١٢٤٤ بسوسة - ١٣٢٢ بتونس. تعلم في الأول ببلده، وحفظ القرآن الكريم. ثم تحول إلى جامع الزيتونة فأخذ عن عدد من الأعلام مثل شيوخ الإسلام محمد ابن الخوجة ومحمد معاوية. كان مولعاً بنسخ الكتب النادرة ويعيش من عمله هذا إلى أن لمع نجمه واستدانه محمد خزندار واتخذة كاتباً له. وبعد ذلك كلف بمهام سامية في الدولة، لكنه رغب عن ذلك في الأول، واختار الالتحاق بالتدريس في جامع الزيتونة وتناظر مع الشيخ محمود بن مصطفى بيرم وتقدم عليه، ولضلّاعته في الأمور المالية عين بعد ذلك منشئاً في قسم العمل من الكومسيون المالي، كما اختير عضواً في لجنة تنظيم الدروس بجامع الزيتونة، =

الصادقية (ص): المحفوظ بها في الوطنية: ٩٢٥٦. عدد أوراقها: ٣٠
 مقاس: ١٤,٥ / ٩,٥، وفي كل ورقة: ٢١ سطراً. وهي أجدود النسخ خطأً،
 مراجعة وعليها توقيفات بخط مغاير. في الورقة ١ أ فهرس الرسالة، وذكر
 لمحتوى المجموع الذي منه هذه النسخة، وهو يشتمل على مسائل وفائية:
 كالدلالة على المظان التي يوجد بها بحث الوفاء في كتب الحنفية، نظم في من
 تجب عليه الزكاة فيه، ومخالفة الوفاء الرهن في الشيوخ، ومسألة الوكيل بيع
 الوفاء، ومسألة القانون المرتب على المبيع وفاءً. وبعد هذا إشارة إلى جملة من
 البحوث الأخرى كالرسالة البيروية في عدم الاحتجاج بالخط، وكشف القناع فيما
 يثبت به الرضاع للعلامة سعيد بن سعيد السفطي الحنفي، وتحريير في شهادة
 الوقوف على الخط للشيخ إسماعيل التميمي، وبنفس الخط أضيف إلى آخر
 الرسالة في السطر الأخير منها ٣٠ ب: تم نسخه في جمادى الأولى ١٣٠٥،
 وبالورقة ٣١ و ٣٢ وجهاً وظهراً ما أشير إليه قبل من المسائل الوفاية ما عدا
 النظم، وفي ٣٢ أ خاصة ذكر واقعة رفعت إلى مجلس دار الشريعة بتونس من
 الوزارة تتعلق بما هو مرتب على رقاب الزيتون المبيع وفاءً. وقد عُلّق النظرُ فيها
 وأرجعت إلى الوزارة، وإن كان الكاتب قد أبدى وجه الحكم في القانون المرتب
 على رقاب الزيتون بآخرها متحرياً في فتواه وجارياً على نصوص المذهب منهيماً
 كلامه بقوله: «الضريبة على من ضربت عليه وهو المالك حقيقة، وبيع الوفاء

= وبمجلس تأسيس المدرسة الصادقية. وشارك الوزير خير الدين في كثير مما أنجزه من
 أعمال إصلاحية في تونس. ثم عين في وظائف كثيرة فكان عضواً في لجنة الخط
 الحديدي، وعضواً للجنة العليا للسكك الحديدية، وعضواً في لجنة التحكيم في نازلة
 هنشير سيدي ثابت وأخيراً عضواً لمجلس شورى الملك. ومن مؤلفاته الفقهية رسالة في
 تقرير نصاب العين من الدراهم والدنانير بحسب صرف الوقت، ورسالة في حكم مسح
 الجوارب. محمد النيفر. عنوان الأريب: ١٦٧/٢، ١٧٥؛ محفوظ. تراجم المؤلفين:
 ٢٠٦، ٣٦٥/٢.

يأخذ جميع أحكام الرهن إلا ما استثني، والخراج على الراهن لا على المرتهن كما هو معلوم».

الوطنية (و): رقم ١٨٧ عدد أوراقها: ٤٤ مقاس ٨، ٢٠/١٥، في كل صفحة: ١٩ سطراً. خطها خط جميل غاية في الوضوح. تم نسخها في السابع من رمضان ١٣٣٠ بيد الشيخ محمد التميمي. وهي من مجموع تحوز منه ٢٣٤ ب — ٢٧٨ أ.

الوهابية من خزانة حسن حسني عبد الوهاب الملحقة بدار الكتب الوطنية. وهي جيدة الخط واضحته. تقع في ٢٨ ورقة من المجموع عدد ١٣١٢، ١٥٠ ب — ١٧٨ ب. وعلى ظهر الورقة الأولى فهرس لمحتوى المجموع يذكر رسائل للشيخ بيرم الثاني تنصدها بغية السائل باختصار أنفع الوسائل للشيخ محمد بيرم الأول.

وقد كنا في غنى عن استخدام هذه النسخة الوهابية وكذا الرضوانية الأولى في إقامة نص الرسالة الوفاية ومقابلة نسخها. وكان الاعتماد على النسخ الخمس الأخرى وبخاصة على الثلاثة الأولى منها وهي البيرمية والخوجية والرضوانية الثانية.

مُقَارَنَةُ بَيْنِ النسخِ المَعْتَمَدَةِ لِتحْقِيقِ رِسَالَةِ الوَفَاءِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِبَيْعِ الوَفَاءِ

لا شك أن حديث الناس إثر الفراغ من تأليف الشيخ بيرم الثاني لرسالته الوفاية ١٢٣٨ وحتى قبل ذلك أثناء الإعداد لها، وتحرير فصولها، وتقريره لمسائلها بين زملائه ورواد مجالسه من أهل العلم، قد كان له عظيم الأثر في إقبال الشيوخ والطلاب على انتساخها واستنساخها.

وقد كانوا معتمدين في تلك الأثناء بدون شك على أصل الشيخ أو على ما أخذ منه من نسخ تعد قريبة منه وأسلم من الخطأ والتحريف مما نقل عنها أو جاء بعدها. ولا يفوتنا أن ننبه هنا على أن بيرماً الثاني وابنه الثالث وتلميذهما محمد ابن الخوجة الأكبر ونجده أحمد الثاني وكذلك الشيخ مصطفى بن بيرم الأول والشيخ مصطفى رضوان وزميله الشيخ محمود بن مصطفى بيرم كان يلتقي جميعهم على هذه الرسالة لشدة اهتمامهم المتعاقب بموضوعها، ولما توارثوه بينهم من عناية فائقة بها: تأليفاً ودراسة ومراجعة ودراية وتعليقاً. وتأتي النسخ المحررة من طرفهم أو المنقولة عما حرروه مشتملة على فوائد وملاحظات وتنبهات وتأويلات وتعليقات وإحالات. فذلك هو القاسم المشترك بينها وإن تميزت كل نسخة من النسخ بمميزات مفردة تعتبر خصيصاًها الدالة عليها.

وبالمراجعة والمقابلة أمكن لنا أن نلاحظ اختلافاً و اتفاقاً بين النسخ:

فمن الأول اختلاف ج عن ب و ب عن ر. انظر تعليق: ٣٩، ١٨٨.

واختلاف ب عن بقية النسخ. انظر تعليق: ١٨٦، ٢٣٢.

واختلاف ب، ر عن بقية النسخ. انظر تعليق: ٨٥.

واختلاف ج، و عن بقية النسخ. انظر تعليق: ١٥٨.

واختلاف ب، ر عن ج. انظر تعليق: ٣٥٣.

واختلاف ب عن ج، ص، و. انظر تعليق: ١٨٢.

واختلاف ج عن ب، ر، ص، و. انظر تعليق: ٢١٦.

ومن الثاني أن ج، ر يتحدان في نقص حرف أو سقوطه من الأصل. انظر تعليق: ٣٤ ونسختي ج، و تتحدان في نقص جملة أو سقوطها. انظر التنبيه على ذلك في تعليق ٢٠٩ تتحدان في نقص فقرة كاملة أو سقوطها من الأصل. انظر تعليق: ١٥٤.

وربما كان الاتفاق بين النسخ بالزيادة على الأصل لا بالنقصان كما في:

ب، ر، ص زيادة حرف. انظر تعليق: ٢٧٨.

ج، ر زيادة جملة أو بعض جملة. انظر تعليق: ٣٢٨.

وهناك تعاليق مشتركة تدل على أن بعضها منقول عن البعض بلفظه أو عن أصل واحد وذلك كما في:

ب، ج، ر انظر التعاليق: ٦٢، ٧٢، ٩٨، ١٨٨، ٢٠٤، ٣٦٢.

ب، ج انظر تعليق: ١١٨.

ب، ر انظر تعليق: ١٢٧.

ج، ر انظر التعاليق: ١١١، ١٣٣، ١٥٢، ١٩٥، ٣٨٠، ٣٨٥.

وقد يكون من هذا الباب ما نجده في:

من تعاليق تدل على النقل كتلك التي تنتهي ب أه أو أه منه انظر التعاليق: ١٠٩، ١٦١، ٢٤٢، ٢٩٠، ٣٠١، ٣٠٣، ٣٠٩، ٣١٥، ٣٤١.

ومنه في ب ما ينتهي من التعاليق فيها بلفظ ا هـ. تقرير. انظر تعليق:

١٤٣.

ومنه أيضاً في ب الطرر المعلم في بدايات التعاليق عليها بحرف ط. انظر

التعليق: ٦، ٧، ٢١٧، ٢١٩، ٢٢٣، ٢٣٩، ٢٤٥، ٢٤٨، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٣٥، ٣٧٦، ٣٩٠.

ومنه أيضاً ما يجمع فيه بين العلامتين ط. و ا ه منه. انظر تعاليق: ٢٩٠، ٣٠٣، ٣٤١.

ولعل أكثر هذه التعليقات تمثل نقولاً عن الخوجية أو عن الأصل الذي نسخت منه، أو عما استمع له أصحابها في بعض المجالس العلمية. ولتكشف أهمية كل نسخة من النسخ بما تحتوي عليه من ملاحظات خاصة بها – لم ترد في غيرها من بقية النسخ التي بين أيدينا – نقدم ملاحظات خاصة بالبرمية والخوجية والرضوانية الثانية والصادقية.

البرمية: بها:

١ – تنبيه على روايات انفردت بالإشارة إليها في قراءة بعض الكلم. انظر التعليقات: ١٦٢، ١٧٣، ١٧٦، ٢٣٢، ٢٧٥، ٢٩٦، ٣٨٤.

٢ – ما لا يقل عن خمسة وتسعين تعليقا بيانياً، كانت نتيجة قراءة متأنية للنص من صاحب النسخة، ومحاولة منه لإيضاح جملة ومقاصده كلمة كلمة وجملة جملة كما هو المعتاد في قراءة النصوص من الكتب العلمية بعد الاستماع إلى تقرير الدرس ومحاولة التطبيق على الكتاب للتنبيه على الإشارات الخفية والاستدراك بما فات عند التقرير.

ونحو ذلك مما يتأكد بيانه. وبهذا يصبح العمل المتميز في هذه النسخة بمنزلة شرح صغير للكتاب، أمثلة لذلك:

تعليق ببيان الاسم الذي يعود عليه الضمير في الذهن من قوله: فلا وجه لجعله رهناً مع رضاه بالانتفاع وذلك بقوله بعد رضاه أي البائع: ٣١.

وبيان المعترض في نفس الجملة بتعليق ٣٢ الذي يصرح فيه بأنه صاحب جامع الفصولين.

وبيان معنى قوله على وجه المواعدة في التعليق ٥٠ بقوله: أي لا بصيغة الشرط. وبالإخبار عن الصدرين السعيد والشهيد في تعليق ٧١.

وبيان قول المؤلف: ثم يتفقان على رد المشتري للبائع المبيع عند رده عليه الثمن، بقوله في تعليق ١٠٥: إن بضمن المثل لزم البيع. وإن بغين فاحش لزم الرد، واليسير ملحق بالمثل فيما يظهر.

والتوقفات التي تعرض للقاري المتخصص – في مثل هذه النصوص – غير محصورة ومتنوعة فكيف بما يحصل منها للقاري العادي. ولذلك فقد أحسن بشرحه أقوال المؤلف وبيان مقاصده. نستطيع أن نبين ذلك بتتبع تعاليقه: ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٩، ٤٤، ٤٧، ٤٨، ٥٠، ٥٨، ٧١، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١١٠، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٩، ١٣٤، ١٣٦، ١٤٠، ١٤٦، ١٤٧، ١٥٥، ١٦٠، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٧١، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٧، ١٨٠، ١٨١، ١٨٤، ١٨٦، ١٨٩، ١٩١، ١٩٦، ٢٠٣، ٢٠٧، ٢١٠، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٤٤، ٢٤٦، ٢٥٩، ٢٦٤، ٢٦٩، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٤، ٢٧٦، ٢٨٩، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٢، ٣٠٤، ٣١١، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٧، ٣٢١، ٣٢٥، ٣٣٠، ٣٣٢، ٣٣٤، ٣٣٨، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٥٢، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٧٠، ٣٧٣، ٣٧٥، ٣٨٨، ٣٩١.

وقد تكون التعاليق من أجل تحديد وجه إعراب الكلمة حتى يتضح المعنى المراد. انظر تعليقه: ٦١ على قول المؤلف: فإنه يفسخ معه البيع ويكون باتاً، بقوله: خبر إن في قوله: إن البيع.

وتعليقه: ١٧٩ على كلمة يعطى بقوله: خبر قول الفصول.

وتعليقه: ٢٦٦ على قوله: فلو صرف له الرفع، بقوله: صرف له خبر والرفع مبتدأ.

وتعليقه: ٣٢٩ على قوله: زاد في السؤال، بقوله: جواب لما سئل.

وتعليقه: ٣٥٢ على قوله: وهذا ما انفسخ، بقوله: نافية.

أما النقول عن والده فقد أشارت إليها التعاليق: ١٣٢، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٥، ٢٤٨.

وعن الشيخ بيرم الثالث فقد كانت مرة بالتصريح بذلك كما في تعليق: ١٠٣، ٢٦٥.

ومرة بوصفه ونسبته بقوله: ابن المصنف، كما في تعليق: ٣٦٨.

الخوجية: انفردت هذه النسخة أيضاً ببعض الروايات في قليل من الكلم. انظر التعليق ١٤، ٦٩، ١٦٤، ٢٩٢، ٣٣٦.

وفيها كلمات وفقر سقطت تدل عليها بقية النسخ. انظر التعاليق: ٦٦، ١٣٨، ١٩٢، ٢١٤.

كما أن فيها زيادات. انظر التعاليق: ٧٤، ٢٨٨، ٣٤٢.

وأما التعاليق البيانية الخاصة بهذه النسخة فهي: ٣٥، ٣٦، ١١٣، ١٢٠، ١٣٩، ١٤٠.

وأما التعاليق التنبهية فهي اثنان: ١٨٧، ١٩٣.

وفي هذه النسخة نقول بها ملاحظات أو تقارير أو إحالات انفردت بها منسوبة للشيخ محمد ابن الخوجة الأكبر نجدها في: ٩، ١٢٥.

الرضوانية الثانية: مثلها مثل سابقتها: بها اختلاف رواية وقع التنبيه عليها في التعاليق: ٥، ٧٨.

وسقط منها بعض جملة أشير إليها في تعليق: ٣٣٧، وكذا جملة كاملة. انظر تعليق: ٣٥١.

وبها زيادة على بقية النسخ نبه إليها التعليق: ٣٢٨.

والتعاليق التفسيرية فيها هي: ١٤٥، ١٥٦، ٣٦٧.

والتعليق التنبهية فيها هي : ٥٧ ، ٢٨٣ .

وقد ورد نقل فتوى زكاة مال الوفاء عن الشيخ بيرم الثاني بها . انظر تعليق : ٣٦٩ .

كما ورد بها نقل فتوى عن الشيخ بيرم الثالث ابن المؤلف . انظر التعليق : ٣٨٧ .

وأخرى عن الشيخ محمد بن الخوجة وابنه الشيخ أحمد الثاني وعن الشيخ حسن عباس . . انظر التعليق : ٣٦٧ .

الصادقية : انفردت هذه النسخة برواية جملة : «فما صورته» بلفظ «بما صورته» . انظر التعليق : ٥٦ .

وفيهما تعليق بياني . انظر : ٢٨٠ .

وفيهما تعليق تنبيهي يرتبط بحكم النصبه . انظر : ١٢٦ .

تلك هي نسخ رسالة الوفاء التي رجعنا إليها لتحقيق النص وضبط تعاليقه الكثيرة المتنوعة ، نقلنا بعضها بأمانة من غير تغيير ولو جزئي كما في ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ . وقد حرصنا على تحرير بعض المسائل بالرجوع إلى المصادر التي نبه عليها المؤلف فأكملنا بعض التعليقات بضبط الإحالات فيها ، وكذلك إلى غيرها مما تيسر الوقوف عليه من كتب الفقه والفتاوى واستعنا بما أمكننا مراجعته من المخطوطات العلمية بمكة المكرمة وتونس المحروسة ، ونهنا على ما وقع نقله منها بتصرف ، وأضفنا تعاليق أخرى كثيرة إكمالاً للفائدة . وإنا نرجو أن يكون هذا العمل كاشفاً عن آراء أهل الملة في قضية من أهم القضايا الشائكة التي عرضت وتعرض للناس في هذا الزمان . كما نسأله عز وجل أن يجعله خالصاً لوجهه سبحانه ، وأن يلهمنا رشدنا ويهدينا سبلنا . وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم .

الرسالة

/ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

الْوَفَاءُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِبَيْعِ الْوَفَاءِ

قال شيخنا العلامة، وأستاذنا الفهامة، الذي أشرقت شمس تحقيقه في سماء المعاني، وطلعت أنوار تدقيقه من أفق المباني، حامل لواء المذهب النعماني، أبو عبد الله سيدي محمد بيرم الثاني، بلغه الله تعالى الأمانى بحول الله وقوته.

الحمد لله وكفى، وسلام على عباده الذين اصطفى.

وبعد فهذه رسالة موسومة بالوفاء بما يتعلّق ببيع الوفاء، ملخّصة من كتب ثبت لها في المذهب الحنفي الاصفاء كالخانية^(١)،

(١) هي الفتاوى المشهورة بفتاوى قاضيخان الإمام فخر الدين خان محيي السنة أبي المحاسن الحسن بن القاضي الإمام بدر الدين منصور بن الإمام شمس الدين أبي القاسم بن عبد العزيز الآوزجندی الفرغاني. من أكابر الفقهاء الأحناف: ١١٩٦/٥٩٢. وفتاواه الخانية هي المثبتة في الأجزاء الثلاثة الأولى من كتاب الفتاوى الهندية، وهي مقبولة مشهورة معمول بها متداولة بين أيدي العلماء والفقهاء وقد نشرت بالهند مستقلة في جزئين وبهامشها الفتاوى السراجية. ذكر قاضيخان فيها المسائل التي يغلب وقوعها وتمس الحاجة إليها. وله من المصنفات =

والعمادية^(٢)، وجامع الفصولين^(٣)، والبزازية^(٤) وغيرها من

= الأمالي، وشرح الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني، وشرح الزيادات، وشرح أدب القضاء للخصاف. والكنسوي: ص ٦٤؛ القرشي: ٩٣ / ٢ - ٩٤، ٩٤؛ والزركلي: ٢٢٤/٢؛ وكحالة: ٢٩٧/٣؛ سجاد حسين، وتقديم الفتاوى التاتارخانية: ٣٧/١.

(٢) هي الفصول العمادية، واسمها الكامل كما جاء في كشف الظنون فصول الأحكام لأصول الأحكام تأليف العماد أبي الفتح زين الدين عبد الرحيم بن أبي بكر عماد الدين بن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الرشواني صاحب الهداية. تفقه على أبيه وعلى حسام الدين العلياباذي. وقد رتب المؤلف هذا الكتاب على أربعين فصلاً في المعاملات. وهي مجموع نفيس شامل لأحكام متفرقة ومتضمن لفوائد ملتقطة. فرغ من تأليفه سنة ٦٥١هـ. والقرشي: ٧٤/٤؛ وحاجي خليفة. الكشف: ١٢٧٠؛ البغدادي: ٥٦٠/١؛ التهانوي. مقدمة إعلاء السنن: ١٧٧/٣.

(٣) هذا الكتاب في الفروع أيضاً. وهو كتاب مشهور متداول في أيدي الحكام والمفتين، جمع فيه صاحبه بين فصول العمادي المتقدم وفصول الأسروني. ومؤلفه بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبدالعزيز الشهير بابن قاضي سماونة الحنفي: ١٤٢٠/٨٢٣. وله أيضاً لطائف الإشارات في الفقه وأسرار الدقائق، ومسرة القلوب في التصرف، وشرح المقصود في التصريف وسماء عقود الجواهر. الكشف: ص ٥٦٦؛ الزركلي: ١٦٥/٧؛ كحالة: ١٢، ١٥٢.

(٤) الفتاوى البزازية واسمها الجامع الوجيز نشرت بهامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة من الفتاوى الهندية. لخص فيها زبدة مسائل الفتاوى والواقعات من الكتب المختلفة ورجح ما ساعده الدليل، وهي معتمدة وعليها التعويل وهي لحافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب يوسف الكردي البريقيني الخوارزمي الشهير بالبزازي الحنفي: ٨٢٧. كان من أفراد الدهر في الفروع والأصول. أخذ عن أبيه ومهر، ناظر الأعلام ودارس الفقهاء. للكنسوي: ١٨٧؛ الكشف: ٢٤٢.

كتب الحنفية، مرتبة على مقدمة وعشرة فصول وخاتمة .
أما المقدّمة ففي بيان اسمه ومسماه .

وأما الفصول: فأولها فيما يرجع الوفاء إليه من العقود .
وثانيها فيما يصحّ فيه عقد الوفاء وما لا يصحّ .

وثالثها فيما يجوز من فعل المشتري وفاء في المبيع^(٥) وما
لا يجوز .

ورابعها في انتقاص المبيع فيه في يد مشتريه .

وخامسها في بيع البائع وفاء مبيعه الوفاي قبل فسخ الوفاء
فيه .

وسادسها في الشفعة بالمبيع وفاء، والشفعة فيه إذا بيع باتاً
قبل الفسخ .

وسابعها في ادعاء المشتري وفاء على مشتريه وادعاء مشتريه
له على غيره .

[٣٦٥]

/ وثامنها في الكفالة بمال الوفاء، والحوالة به، والصلح
عنه .

وتاسعها في فسخ عقد الوفاء، ورجوع المشتري على البائع
فيما إذا كان دَفَع خلاف ما سَمِيَ بماذا يكون منها؟

وعاشرها في حكم^(٦) المبيع وفاء بعد الفسخ ومطالبة
المشتري البائع بمال الوفاء في غير بلد^(٧) أو بعدما غضب المبيع
من يده .

(٥) نخ . البيع . ر . .

(٦) ط . هل يحبس إلى حين الخلاص أم لا . ب .

(٧) ط . أي البلد الذي وقع العقد فيه . ب .

وأما الخاتمة ففي اختلاف المتعاقدين في العقد الواقع بينهما
أهوبات أو وفاء؟

المقدمة:

في بيان اسمه ومسماه

أما الاسم فاختلف عليه باختلاف الأعصار والأمصار.
فبسمرقند^(٨) بيع الوفاء وبه اشتهر في كتبنا.

وربما أطلق عليه فيها البيع الجائز^(٩)، وإن كانوا يطلقونه
فيها على البات الصحيح. لكن عند الإطلاق ينصرف إلى الأول.

كما يطلقون عليه فيها بيع المعاملة^(١٠).

وبمصر، على ما ذكره الزيلعي، بيع الأمانة^(١١).

وبتونس لدى عامتها، كعامة سمرقند: الرهن. فيقولون في
مقام طلبه: ارهن لي. وفي مقام الإخبار عنه: رهنت ملكي فلاناً،

(٨) مدينة مشهورة بما وراء النهر من بلاد خراسان. قصبه الصغد
(أزباكستان). وهي من مدن الإسلام العظيمة فتحها سعيد بن عثمان
والي خراسان من قبل معاوية: ٥٥، ثم غزاها قتيبة بن مسلم ٧٧، وبها
صنع الكاغد. وإليها ينسب الإمام ركن الدين العميدي. وبها انتشر
المذهب الحنفي وتخرج فيه جماعة من العلماء والأئمة الفقهاء.
ياقوت. معجم البلدان.

(٩) تعليق للشيخ محمد ابن الخوجة الأكبر. يحيل فيه على فصل عزل
الوكيل من البحر. قال: «والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحاً».
ابن نجيم: ١٩٠/٧. ج.

(١٠) الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣.

(١١) وبهذا الاسم عرف عند الحنابلة. البهوتي. كشف القناع: ١٤٩/٣ —

١٥٠. وبه عرف أيضاً بمصر، الزيلعي: ١٨٤/٥.

ورهننت ملك فلان. ولا يعرفون: ارتهنت. وكذلك في مقام إنشائه، حتى إذا أرادوا الرهن المحض زادوا لفظ توثقة أو ما يقوم مقامه. وعند خاصتها من الموثقين «التسليم». ومن قبل كانوا يعبرون عنه بما يعبرون به عن البيع البات. فلما صار بعض شراء الوفاء يدعى في شرائه البت، ويتمسك في الاحتجاج لدعواه بالرسم، فيلغي بظاهره شاهداً له، أحدثوا له ذلك الاسم^(١٢).

حقيقة بيع الوفاء

وأما المسمى فعقد وضع للتوثق للدين والانتفاع بالعين^(١٣).

واعلم أنه لما كان الغالب على الناس في عصر المجتهدين وما قرب منه/ قصد النفع الأخرى حتى كان المقرض منهم يُقرض لوجه الله عز وجل، لم يكن لهذا العقد وجود في دائرة

[٣٦٦]

(١٢) وأطلق على بيع الوفاء بيع العهدة عند الشافعية. عبد الرحمن باعلوي. بغية المسترشدين: ص ١٣٣؛ والرهن المعاد. ابن نجيم، الأشباه: ص ١٠٠؛ وبيع الثنية عند المالكية. الخطاب. مواهب الجليل: ٣٧٣/٤؛ وبيع الإقالة. التسولي. البهجة في شرح التحفة: ٦١/١؛ وبيع الطاعة عند الحنابلة؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٦٠/٩. وفي استعمال عامة أهل الشام القعيدة، وعند ابن حجر الهيتمي: بيع الناس، وعند الزيدية بيع الرجاء، وعند الإمامية بيع الخيار. ابن حجر؛ والفتاوى الكبرى: ١٥٣/٢، ١٥٧، ٢٢٩؛ عبد الستار أبو غدة. الخيار: ٧٧٤/٢.

(١٣) وعرف بيع الوفاء صاحب معين الحكام بقوله: (هو العقد الذي شرط فيه الإقالة إذا رد البائع الثمن). الطرابلسي: ص ١٤٦. وصورته كما ينقله صاحب الكفاية عن المحيط: (يقول البائع للمشتري بعت منك هذه العين بما لك عليّ من الدين على أني متى قضيت فهو لي). وجاء في العناية: (هو أن يقول بعت منك هذه بكذا على أني إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إليّ). البنشاني: ٧٣ ب.

الشهود. فلما انقلبت الأوضاع، وغلب حب الدنيا على الطباع، وصار الإنسان، كما قال صاحب الفصول: لا يُقرض غيره شيئاً كثيراً من ماله من غير أن يطمع بحصول^(١٤) نفع مالي، أحدثوه، تحيلاً لتحصيل الأرباح بطريق مباح. وأظن أنّ مبدأ ظهوره كان بسمرقند، لأن أكثر الكلام فيه للسمرقنديين.

والتحيل لذلك، وإن كان مشروعاً^(١٥)، لكن صلوحية هذا

(١٤) نخ. في حصول. ح.

(١٥) التحيل كما فسره الشيخ محمد الطاهر بن عاشور هو إبراز عمل ممنوع شرعاً في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به شرعاً في صورة عمل معتد به لقصد التفصي من مؤاخذته. فالتحيل شرعاً هو ما كان المنع فيه شرعياً والمانع الشارع. المقاصد: ص ١١٠، وجعله آخرون بحثاً عن المخارج من المضايق، ويقابله من القواعد عند الفقهاء القول بسد الذرائع. وللحيل أصل في الشريعة من القرآن والسنة. وهي من جملة التوسعة التي يفتح الله بها على عباده. وهي موجودة عند الفقهاء لا يخلو مذهب منها. وإنما عيب على بعض الحنفية القياس عليها والتوسع فيها... وهي مرفوضة مردودة متى كانت ضعيفة المدرك، ويترتب على الأخذ بها انحلال الشريعة وإفساد نصوصها. قال الحجوي: (فهي إذا هدمت أصلاً شرعياً أو نقضت مصلحة شرعية حيلة ملغاة لا يجوز الترخيص فيها وما ليست كذلك فلا تلغى). فالحيل ثلاثة أقسام: ملغاة باتفاق كحيلة المنافق في إظهار الإسلام وإخفاء الكفر، وغير ملغاة اتفاقاً كما نطق بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان لحقن دمه، ومتنازع فيها وهي ما لم يتبين فيها بدليل قطعي وجه إلحاقها بالقسم الأول أو الثاني. الحجوي. الفكر السامي: ١/٣٦٣ - ٣٦٦؛ وقد جعلها صاحب المقاصد خمسة أنواع: الأول: تحيل يفوت المقصد الشرعي ولا يعوضه بمقصد شرعي آخر، وذلك بأن يتحيل بالعمل لإيجاد مانع من ترتب أمر شرعي. فهو استخدام للفعل لا في =

لذلك ليس بيّين، ولا هو من الأمر الهَيّن. فلذلك اختلفت فيه
 أنظار من ظهر في عصرهم من نوادر الدهر، وحاملي لواء المذهب
 النعماني بما وراء النهر، كالإمام النسفي الكبير^(١٦)، والصدر

= حالة جعله سبباً بل في حالة جعله مانعاً. وهذا النوع لا ينبغي الشك
 في ذمه وبطلانه ووجوب المعاملة بنقيض مقصد صاحبه إن اطلع عليه.
 الثاني: تحيل على تعطيل أمر مشروع على وجه ينقل إلى أمر مشروع
 آخر أي استعمال الشيء باعتبار كونه سبباً، فإن ترتب السبب على سببه
 أمر مقصود للشارع... وهذا النوع على الجملة جائز لأنه ما انتقل من
 حكم إلا إلى حكم، وما فوّت مقصداً إلا وقد حصل مقصداً آخر بقطع
 النظر عن تفاوت الأمثلة. الثالث: تحيل على تعطيل أمر مشروع على
 وجه يسلك به أمراً مشروعاً هو أخف عليه من المنتقل منه... وهذا
 مقام الترخّص إذا لحقته مشقّة من الحكم المنتقل منه. وهو أقوى من
 الرخصة المفضية إلى إسقاط الحكم من أصله. الرابع: تحيل في
 أعمال ليست مشتملة على معان عظيمة مقصودة للشارع، وفي التحيل
 فيها تحقيق لمماثل مقصد الشارع من تلك الأعمال... وفي هذا النوع
 مجال من الاجتهاد. ولذلك كثر الخلاف بين العلماء في صورته
 وفروعه. الخامس: تحيل لا ينافي مقصد الشارع أو هو يعين على
 تحصيل مقصده، ولكن فيه إضاعة حق لآخر أو مفسدة أخرى.
 ابن عاشور. المقاصد: ص ١١٢ - ١١٥؛ راجع في الغرض نفسه
 د. عبد السلام ذهني بك. الحيل المحظور منها والمشروع: محمد
 الحبيب ابن الخوجة. من المخارج الشرعية المعتمدة في المعاملات
 المالية.

(١٦) هو مفتي الثقلين نجم الدين أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد النسفي
 السمرقندي: ٤٦١ - ٥٣٧. والمفسر الحافظ المحدث الفقيه
 المتكلم شيخ المرغيناني صاحب الهداية. له مجمع العلوم، والتيسير
 في تفسير القرآن، وشرح صحيح البخاري، ونظم الجامع الصغير.
 القرشي: ٦٥٧/٢، ١٠٦٢؛ واللكنوي: ص ١٤٩؛ وكحالة:
 ٣٠٦/٧.

الشهيد^(١٧) ذي الصيت الشهير، وصاحب الهداية^(١٨)، المسلم له إمامة الرواية والدراية، وأولاده الأئمة الأعلام^(١٩)، ونظرائهم من شيوخ الإسلام من كل طود شامخ، له في باب الترجيح قَدَمٌ راسخ. ولعمري إن الدهر بمثلهم لعقيم. فقبَلَهُ منهم قوم ورده

(١٧) هو الإمام أبو محمد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن عمر مازة: ٤٨٣ - ٥٣٦. فقيه أصولي. تفقه على والده، وتفقه به أبو محمد عمر بن محمد العقيلي. له الفتاوى الكبرى والفتاوى الصغرى، وعمدة المفتي والمستفتي، وشرح أدب القاضي للخصاف، وشرح الجامع الصغير للشيباني، والواقعات الحسامية. اللكنوي: ١٤٩؛ القرشي: ٦٤٩/٢ - ٦٥٠؛ الزركلي: ٥١/٥؛ كحالة: ٢٩١/٧.

(١٨) هو العلامة المحقق الإمام الفقيه المحدث المفسر: ٥٩٣. رحل وسمع ولقي المشايخ وجمع لنفسه مشيخة. تفقه على جماعة منهم مفتي الثقلين نجم الدين النسفي، وأخذ عن الصدر الشهيد وعن ضياء الدين محمود بن الحسن البندنجي وعن أبي عمرو وعثمان البيكندي وعن قوام الدين أحمد بن عبد الرشيد البخاري، وتفقه عليه أولاده جلال الدين محمد ونظام الدين عمر، وكذلك عماد الدين بن أبي بكر بن علي المرغيناني وغيرهم من الفحول. وله الممتقى، ونشر المذهب والفرائض. ومن أجود ما صنف الهداية جمع فيها وشرح بها مختصر القدوري والجامع الصغير. وأصل الهداية بداية المبتدي ثم شرحه واف بخلاصة أسرار الحاوي، كاف في إحاطة الحوادث، شاف في أجوبة الواقعات. القرشي: ٦٢٧/٢ - ٦٢٩، ١٠٣٠؛ اللكنوي: ١٤٤ - ١٤٤؛ العيني. البناء: ٦/١.

(١٩) هم شيخ الإسلام جلال الدين محمد، ونظام الدين عمر، وعماد الدين. أبو بكر التهانوي. مقدمة إعلاء السنن: ١٧٧/٣؛ اللكنوي: ص ١٤٦، ١٨٢؛ القرشي: ٦٥٧/٢، ١٠٦١؛ ٢٧٧/٣، ١٤٣٢؛ ٤٩٠/٤.

آخرون، على ما سنقص عليك، إن شاء الله تعالى، من نقل مذاهبهم فيه.

وأما الفصول:

فأولها فيما يرجع الوفاء إليه من العقود

وقد كثر في ذلك القيل والقال حتى أنهى البزازي في جامعه خلافهم في ذلك إلى تسعة أقوال^(٢٠). ويظهر لي أنها لا تتجاوز خمسة، وما زاد عليها راجع بقليل تأمل إليها:

(٢٠) القول الأول أنه رهن. وبه قال أبو شجاع وابنه والشُّغدي والماتريدي والقاضي الإمام الأمير؛ القول الثاني أنه بيع صحيح. رواه الكشي. وعليه اتفاق مشائخ الزمن بسمرقند؛ القول الثالث أنه بيع جائز وإذا جرى بلفظ البيع فلا يكون رهناً، وإن عقدها وفاء وشرط الرد في العقد ففسخ، أو تلفظاً بالبيع الجائز فالبيع غير لازم عند الصاحبين وهو فاسد، وإذا ذكر البيع بلا شرط ثم ذكره على المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء؛ القول الرابع بيع فاسد إذا اشترط الرد في العقد وكذا بعده عند الإمام؛ القول الخامس إذا أطلق البيع ووكل المشتري وكياً بفسخ العقد إذا أحضر البائع الثمن، أو تعهد بالفسخ عند الوفاء، وكان بالثمن غبن فاحش أو وضع المشتري على الأصل ربحاً فرهن، وإن كان بلا وضع ربح أو غبن يسير فيبيع بات. وبهذا أخذ أئمة خوارزم؛ القول السادس أنه مركب من بيع ورهن وهو قول الشيخ الإمام الفخر الزاهد وإذا باع المشتري من غيره صح البيع الثاني عند الأكثر لسابق تسليم البائع الأول المبيع إلى المشتري برضاه؛ القول السابع أن البيع الثاني لا يصح وهو اختيار علاء الدين بدر وقول صاحب الهداية وأولاده ومشائخ عصره وبه الفتوى؛ القول الثامن مختلف بين كونه بيعاً فاسداً أو بيعاً صحيحاً أو رهناً وذلك فيمن باع عقاره خائفاً بمائة مثقال ذهباً ثم باع هذا الذهب من مشتري العقار بمائة مثقال فضة نقداً لحيلة الربح ثم فسخ الوفاء في العقار يرد الذهب المذكور في العقد لا الفضة =

أحدها: أنه رهن^(٢١) ولو عبّر عنه بلفظ البيع، لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، حتى لا يكون للمشتري فيه سوى حبس العين فيما له على البائع من دين^(٢٢)، وهو مذهب

المقبوضة؛ القول التاسع في الملك يثبت للمشتري في الزوائد ولا يضمنها بالإتلاف وفي هذا تفصيل واختلاف أحكام لكن المعتد به منها ما ذكرناه وهو قول صاحب الهداية وأولاده ومشائخ العهد. انظر البيزاية: ٤٠٥/٤ - ٤١٠. وقد رد البنشانجي هذه الأقوال إلى سبعة: هي الرهن، البيع الصحيح، البيع الجائر، البيع الفاسد، البيع البات في صور والرهن في صور أخرى، المركب من البيع والرهن، المركب من البيع الصحيح والفاسد والرهن. نور العين في إصلاح جامع الفصولين: ٧٣ ب - ٧٤ ب. ومن العلماء من جعل بيع الوفاء كبيع المكروه كالإمام ظهير الدين والصدر الشهيد والصدر السعيد، ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهزل. الزيلعي: ١٨٣/٥ - ١٨٤؛ وقد ذكر مجمل هذه الاعتبارات الحكمية علاء الدين الطرابلسي. معين الحكام: ١٤٦ - ١٤٧.

(٢١) انظر أحمد الزرقاء؛ وشرح القواعد الفقهية: ص ١٦.

(٢٢) ورد تفصيل هذا القول وبيان أحكامه المضمنة في الفصول العمادية. فبيع الوفاء في الحقيقة رهن. فالمبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له الانتفاع إلاّ بإذن مالكه. وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلك من شجره، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان به وفاء الدين، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك من غير صنعه، وللبيع استرداده إذا قضى دينه. ولا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام لأن المتعاقدين وإن سمياه بيعاً لكن غرضهما الرهن والاستيثاق للدين. انظر العمادي. العمادية: ١٠٢ ب؛ وجامع الفصولين: ص ٢٣٤. وأصل هذا فتاوى النسفي. انظر: البنشانجي: ٧٣ ب؛ الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣؛ والزيلعي: ١٨٣/٥.

(٢٣) بالأصل ابن شجاع، والصحيح ما أثبتته. وهو السيد الإمام أبو شجاع محمد بن أحمد بن حمزة. فقيه حنفي. كان معاصراً للإمام الشُّغدي وللقاضي الماتريدي. وكان المعتبر في زمانهم في الفتاوى أن يجتمع هؤلاء الثلاثة. ومن شواهد ذلك أن السيد الإمام أبا شجاع كان يرى بيع الوفاء رهناً ويفتي الناس بذلك. وحين قدم القاضي علي الشُّغدي من بخارى إلى سمرقند استفتي في هذه المسألة فكتب أنه رهن وليس ببيع. وبمثل هذا أفتى أبو الحسن الماتريدي. فقال السيد الإمام للقاضي أبي الحسن قد فشت هذه البياعات بين الناس وفيه مفسدة عظيمة وفتواك أنه رهن وأنا أيضاً على ذلك. والصوب أن نجتمع الأئمة والمشائخ ونتفق على هذا ونظهر ذلك بين الناس. فقال المعتبر اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس. فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله. اللكنوي: ص ١٥٥؛ والقرشي: ٢٨/٣، ١١٦٠؛ والعمادية: ١٠٢ ب؛ والجامع: ٢٣٤/١.

(٢٤) هو السيد الإمام أبو الوضاح محمد بن السيد الإمام أبي شجاع محمد بن أحمد بن حمزة. أحد الأئمة المشهورين في الفروع والأصول. تفقه على والده وروى عنه. وبرع في الفقه ودرس بمدرسة قثم، وذهب إلى الحجاز وبغداد، ثم أقام على التدريس ونشر العلم. ورد ذكره في ترجمة ابنه السيد الإمام الأشرف. اللكنوي: ص ٤٩؛ والقرشي: ٣١٧/٣، ١٤٨١.

(٢٥) هو ركن الإسلام أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد الشُّغدي. فقيه حنفي. ٤٦١. ولي القضاء وتصدر للإفتاء. وله التنف في الفتاوى وشرح الجامع الكبير للشيباني، وشرح أدب القاضي للخصاف. اللكنوي: ص ٢١؛ والقرشي: ٥٦٧/٢، ٩٦٩؛ والزركلي: ٩٠/٥؛ وكحالة: ٧٩/٧.

الماتريدي^(٢٦)، والقاضي الأمير^(٢٧)، استدلالاً منهم بأن العبرة في العقود بمعانيها لا بمبانيها^(٢٨)، بدليل جعلهم الكفالة بشرط براءة

(٢٦) هو القاضي الحسن الماتريدي. كان رفيقاً للسيد أبي شجاع محمد بن أحمد حمزة والقاضي علي الشُّعدي. انتهت إليهم رئاسة الحنفية في زمانهم. القرشي: ٤/٣٠٧، ٢٠٤٧؛ واللكوني: ص ٦٥.

(٢٧) هو الفقيه الحجة صاحب عدة الفتاوى. نقل عنه الإسيجاسي قال: وقد رأيت من عدة فتاوى القاضي الإمام الأمير وفي كلها أنه رهن. وثبت رجوعه عن القول بأنه بيع جائز ويوفى بالوعد. العمادية: ١٠٢ ب؛ والبزازية: ٤/٤٠٥؛ وذكر الكتاب باسم عدة الفتاوى والمفتين ولم ينسبه وقال في مجلدين ولعله هو. الكشف: ١١٢٩.

(٢٨) في مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر ابن عاشور بيان لنوط الأحكام الشرعية بمعان وأوصاف لا بأسماء وأشكال. وقد صرح بذلك في قوله: (لا يعوزك أن تعلم أن مقصد الشريعة من أحكامها كلها إثبات أجناس تلك الأحكام لأحوال وأوصاف وأفعال من التصرفات خاصها وعمامها، باعتبار ما تشمل عليه تلك الأحوال والأوصاف والأفعال من المعاني المنتجة صلاحاً ونفعاً أو فساداً وضراً قويين أو ضعيفين. فإياك أن تتوهم أن بعض الأحكام منوط بأسماء الأشياء أو بأشكالها الصورية غير المستوفاة المعاني الشرعية فتقع في أخطاء في الفقه). ابن عاشور: ص ١٠٥؛ وفي معين الحكام الطرابلسي: العبرة في التصرفات بدل العقود. وهو أعم من التعبير بالعقود، فيشمل الدعاوى كما في أصول الكرخي حيث قال: (الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر). والمراد بالمقاصد والمعاني ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، وكذا ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود. وقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه، ومنه انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعية لها مما يفيد معنى تلك العقود في =

الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءته كفالة^(٢٩). وما ذاك إلاً اعتباراً «لجانب المعنى وإلغاء لخصوص المبني»^(٣٠). وقد أوتي

= العرف كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء. المجلة: مادة ١٦٣ و ١٧٢، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر. أحمد الزرقاء: القاعدة الثانية المادة الثالثة، ١٣.

(٢٩) وفي كنز الدقائق: وطالب (الدائن) الكفيل أو المديون إلاً إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة. النسفي: وصورة هذه: رجل له على رجل مال فقال الطالب للمديون أحلني بمالي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك، فقيل: فهو جائز. وله أن يأخذ بالمال أيهما شاء لأنه لما اشترط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. الخانية: ١٨٠/٣.

(٣٠) المراد بالعقود المذكورة في هذه القاعدة العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ كالبيع والإجارة والحوالة تعتبر فيها المقاصد والمعاني؛ ولا عبرة للألفاظ. ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان متعقداً بلفظ البيع لأنه لم يقصد به تملك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه. ومما يتفرع على هذه القاعدة: ما لو قال وهبتك هذه الدار بثوبك هذا كان يبعاً بالإجماع إذ العبرة للمعاني لا للألفاظ (در متقى) ومنه أن الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المديون حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة ذمته كفالة، والهبة بشرط العوض بيع فتجري فيها الشفعة، والإعارة لمدة معلومة بأجر معلوم إجارة. (أشباه)، والوصاية حال حياة الموصي وكالة، وتوكيله بعد موته وصاية (بزازية) شرح المجلة: ص ١٩. وقد نبه الشيخ أحمد الزرقاء على جملة من العقود، يجري فيها اعتبار المقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني فذكر بيع الوفاء وما يحصل من صور ذلك بين الكفالة والحوالة، وبين البيع والهبة، وبين الهبة والإجارة، وبين الهبة والإقالة، وبين الهبة والقسمة، وبين المضاربة والقرض والبضاعة (وهي أن يكون المال وربحه لواحد والعمل من الآخر)، وبين الصلح وغيره =

في هذا العقد بمعنى الرهن من شرط أخذه عند قضاء الدين والتوثق له بالعين، فيكون رهناً حكماً وإن كان بيعاً اسماً.

واعترض «بأن الانتفاع به مقصود، كما أن الاستيثاق به مقصود. فلا وجه لجعله رهناً مع رضاه»^(٣١) بالانتفاع. فعلى هذا لا يكون رهناً لا لفظاً ولا غرضاً^(٣٢)، يعني وإذا كان الانتفاع به مقصوداً أيضاً، فلا وجه لترجيح التوثق عليه^(٣٣) إن سلم تساويهما. لما فيه من ترجيح أحد المقصودين على الآخر بلا

من العقود، وبين الوصايا والوكالة، وبين العارية والقرض، وبين الشفعة والبيع، وبين الإقرار والبيع، وكثير غيرها. أحمد الزرقاء؛ شرح القواعد الفقهية: ص ١٨ - ٢١.

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها:

إذا قال أحد لآخر بقصد أن يهبه ماله بعتك مالي هذا بدون ثمن فلا يبطل لفظ البيع ولا يحمل على الهبة، ولو كان قصد المتكلم الهبة، لما بين اللفظين من التضاد. فلا يحمل أحدهما على الآخر. وكذا إذا قال أحد لآخر بقصد أن يعيره منزله: أجرتك منزلي هذا بدون كراء فلا يحمل قوله على الإعارة وإن كانت هي المقصودة بكلامه (أشباه). شرح المجلة: ص ١٩ - ٢٠؛ علي حيدر. درر الحكام: ١٨/١ - ١٩، ٣؛ أحمد الزرقاء: ص ١٣ - ٣٤.

(٣١) أي البائع. ب.

(٣٢) المعترض هنا هو ابن قاضي سماونة صاحب جامع الفصولين. ب. ولفظه ما حصرناه. انظر الجامع: ٢٣٥/١، والاعتراض منقوض إذ بقصد الاستيثاق يكون رهناً غرضاً وإن لم يكن رهناً بالنظر إلى الرضاء بالانتفاع. ولا شك أن الاستيثاق هو المقصود أصالة في عقد هذا البيع بخلاف الانتفاع، إذ الاستيثاق مقتضيه والانتفاع مقتضاه كما لا يخفى على ذوي الألباب. البنشاني: ١٧٤ أ.

(٣٣) أي الانتفاع. ب.

مرجح، فكيف [و] (٣٤) لو ادّعي ترجيح قصد الانتفاع عليه بأنّه
الأسبق ملاحظة (٣٥) مع مساعدة اللفظ (٣٦) له لم يبعد. لا يقال
قصد الانتفاع بل شرطه لفظاً لا يمنع اعتباره رهناً، إذ غاية ما في
الباب أن يكون رهناً مشروطاً فيه شرط فاسد وهو الانتفاع به،
فيبطل الشرط ويصحّ الرهن، إذ* هو ممّا لا يبطل بالشروط
الفاصلة (٣٧) لأننا نقول: ذلك لو عنون عنه بالرهن، والكلام فيما إذا
عنون عنه بالبيع.

وبعد هذا، فقد نقل صاحب التنوير (٣٨) في فتاواه
تصحيحه (٣٩) عن جواهر الفتاوى (٤٠)، وغيرها، وقال: وعليه

(٣٤) ساقطة من ج، ر.

(٣٥) أي في نظر المشتري. ج.

(٣٦) حيث عبر عنه ببيع. ج.

(٣٧) الشرط الفاسد هو ما لا يكون من مقتضيات العقد ولا يلائمه، وفيه نفع
لأحد العاقدين، أو فيه نفع لمبيع هو من أهل الاستحقاق فيبطل الشرط
ولا يؤثر على صحة العقد. وما لا يبطل بالشرط الفاسد عقود ومسائل
كثيرة نقتصر على ذكر بعضها. وهي القرض والهبة والصدقة والرهن
والإيضاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والكفالة والحوالة إلّاء
في بعض الصور والوكالة والإقالة والحجر وفكه والإذن بالتجارة
والصلح عن دم العمد والإبراء عنه والرد بالعيب والرد بخيار الشرط
وإسقاطه. شرح المجلة: المادة ٨٣، ص ٥٥ - ٥٦.

(٣٨) لعله التنوير في شرح كتاب الخلاطي ص ٦٥٢؛ وتلخيص الجامع
الكبير للإمام الشيباني. الكشف: ص ٤٧٢ - ٤٧٣.

(٣٩) كذا في ج وفتاوه في ب، وفتاواه الصحيحة في ر. وتضيف البيرومية
بياناً في الهامش: أي القول بأنه رهن محض. ب.

(٤٠) هي للإمام ركن الدين أبي بكر محمد بن أبي المفاخر عبد الرشيد بن
نصر بن محمد بن إبراهيم بن إسحاق الكرمانني: ٥٦٥. إمام جليل =

فللقاضي الحنفي أن يحكم بكونه رهناً بعد الدعوى الشرعية، يعني لكونه قولاً مصححاً، والممتنع منه حكمه بالضعيف.

[٣٦٨]

ثانيها: أنه بيع جائز لازم فيما إذا عقد بلفظ البيع من غير/ ذكر شرط فيه، لا فرق بينه وبين البيع البات الصحيح في حكم ما^(٤١)، حتى لا يفسخ إلا بالتراضي على جهة الإقالة. وهو الذي نقل غير واحد عن النسفي اتفاق شيوخه في زمنه عليه، على ما كان عليه بعض السلف^(٤٢). وحجتهم أن متعاقديه تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط الفسخ فيه، وإن أضمره بقلوبهما إذ ذاك^(٤٣) أو شرطاه نصاً قبل العقد، بناء على * أن العبرة في

العبرة في الشرط
المفسد بقرانه
للعقد باللسان
=

كانت له اليد الباسطة في المذهب والخلاف. والباع الممتد في حسن الكلام ونقل الفتاوى عن الأسلاف الأعلام. جمع فيها فتاوى أبي الفضل الكرماني، وفتاوى اليزدي، وفتاوى عطاء بن حمزة الشُعدي، وفتاوى النجم النسفي، وفتاوى مجد الشريعة الكرماني، وفتاوى أئمة المتأخرين منسوبة إلى أصحابها. وله غرر المغاني في فتاوى أبي الفضل الكرماني، وزهرة الأنوار في الحديث، وحيرة الفقهاء. الكشف: ص ٦١٥؛ والإيضاح: ص ٦١٩؛ وكحالة: ١٠/١٦٦؛ واللكنوي: ص ١٧٦.

(٤١) أحمد الزرقاء: ص ١٥.

(٤٢) يروي صاحب الفتاوى هذا القول عن أحمد بن موسى الكشي عن علامة سمرقند النسفي صاحب المنظومة: (قال اتفق مشايخ زماننا على صحة هذا البيع على ما كان عليه بعض السلف) فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به، دون البعض وهو البيع، لحاجة الناس إليه ولتعاملهم فيه. والقواعد قد تترك بالتعامل. وجواز الاستصناع لذلك. البزازية: ٤/٤٠٦؛ الزيلعي: ٥/١٨٤؛ وفي فتاوى النسفي، ومجمع النوازل. العمادية: وسط ١٠٣ أ.

(٤٣) تعليق. بهامش ر في غير محلّه، وموضعه كما في الخوجية.

الشرط المفسد بقرانه للعقد ذكراً باللسان دون تقدّمه ذكراً عليه،
ولا قرانه به مضمراً في الجنان^(٤٤).

ولهذا كان تزوّج المرأة على نيّة تطليقها إثر الوطاء نكاحاً
صحيحاً، نظراً للفظه لا فاسداً على أنّه نكاح متعة باعتبار
قصده^(٤٥).

وبناء على هذا أفتى النسفي: (من عقد بلفظ البيع مضمراً
للرد^(٤٦) عند الرد^(٤٧) كالمشتري منه^(٤٨))، بأنّه يسعه أن يحلف أن
البيع كان بتأمّ مع ذلك الإضمار^(٤٩).

(٤٤) أي عند العقد ب.

(٤٥) إذ العبرة هنا للملفوظ دون المقصود. العمادية: وسط ١٠٣؛
الجامع: ٢٣٥/١. وهذا خصوصاً عند تحقق الركن في العقد وهو
الإيجاب والقبول وتوفر عامة شروط الصحة المتعلقة بالمتعاقدين
وبالمعقود عليه. والأخذ بهذه القاعدة مما يعارض سابقتها أو يختلف
عنها وهي: (أن العبرة في العقود بالمقصود والمعاني لا بالألفاظ
والمباني) التي قدمنا الحديث عنها. وللعمل بهذا الرأي أصل في
المذاهب الفقهية. قال الإمام الشافعي: (أصل ما أذهب إليه أن كل
عقد كان صحيحاً في الظاهر لم يبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين
وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت
تفسد البيع...). الأم: ٦٥/٣.

(٤٦) للمبيع. ب.

(٤٧) للثمن. ب.

(٤٨) فإنه أضمّر ذلك. ب.

(٤٩) انظر فتوى النسفي لمن جاءه مستفتياً قائلاً: (بعث حانوتاً من رجل
بأربعمائة درهم غطريفية ثم طلب المشتري إقالة البيع ورد الثمن وهو
يقول بعثني بيع الوفاء وأنا أقول بعثك بيعاً باتاً. فأجاب إن القول
قولك. فقال الشائل لو حلفني على ذلك يسعني أن أحلف؟ وكان من =

ثالثها: أنه بيع جائز لكنه غير لازم. فيحلّ للمشتري الانتفاع بالمبيع لجوازه مع إذن مالكه فيه. ويفسخ بطلب أحدهما لعدم لزومه. وهو الذي ذكره قاضيخان أثناء كلام له، بقوله: (وإن ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط، (أي الرد المشروط غرضاً) على وجه المواعدة^(٥٠)، جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد [لأن المواعدة قد تكون لازمة فتجعل لازمة] لحاجة الناس (إليه)^(٥١). زاد الزيلعي^(٥٢): (قال عليه الصلاة والسلام: العدة دين)^(٥٣) فيجعل

نتي أن أخذ الحانوت منه وأرد الثمن إليه، وكان قصد المشتري ذلك أيضاً أنه يأخذ الثمن ويرد الحانوت بعد زمان كما هو العرف إلاّ أنني لا أقدر اليوم على أن أنقد أربعمئة غطريفية. أجاب إن ما ذكر كان قبل العقد وما كان في القلب عند العقد لا عبرة لذلك، إذ لم يذكر عند العقد إلاّ الإيجاب والقبول، ويسعك أن تحلف أنك بعته بيعاً باتاً). فدل هذا أن العبرة للملفوظ وقد تلفظ بلفظ البيع لا الرهن فاعتباره بيعاً أولى. انظر العمادية: وسط ١٠٦ أ؛ الجامع: ٢٣٥/١ - ٢٣٦؛ الطرابلسي: ١٤٧.

(٥٠) أي لا بصيغة الشرط. ب. ولكن على وجه المواضعة قبل البيع. انظر الطرابلسي: ص ١٤٧.

(٥١) النقل بتصرف. انظر الخانية: ٣٥٣/٢؛ العمادية: ٩٠ ب ٩١ أ.

(٥٢) هو فخر الدين أبو محمد بن علي بن محجن من أهل زيلع بالصومال. ٧٤٣ فقيه فرضي نحوي. له تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، وشرح الجامع الكبير للشيباني. وشرح المحتار للموصلي. اللكنوي: ص ١١٥؛ الزركلي: ٣٧٣/٤؛ كحالة: ٢٦٣/٦.

(٥٣) الحديث لابن مسعود: (لا يعد أحدكم صبيّه ثم لا ينجز له فإن رسول الله ﷺ قال: العدة العدة). أخرجه الطبراني في الأوسط والقضاعي وغيرهما؛ وعن علي مرفوعاً: (والعدة دين، ويل لمن وعد ثم أخلف، ويل له ويل له). وفي لفظ: عدة المؤمن دين. السخاوي. المقاصد: ص ٢٨٢، ٦٨٥.

هذا الميعاد لازماً. ثم نقل عن حواشي جلال الدين^(٥٤) على الهداية تصويره بأن يقول (البائع) للمشتري: (بعث منك [هذا] العين بألف، على أنني لو دفعت إليك ثمنك تدفع [العين] إلي)^(٥٥). ولا يخفى أن هذا هو الذكر على وجه الشرط، لكون كلمة «على» من أدواته عند الفقهاء لا المواعدة. ليت شعري، / إن لم يكن هذا ذكراً على وجه الشرط فما صورته؟^(٥٦)، وإنما صورة الذكر على وجهها أن يقول أحدهما للآخر بعد الإيجاب والقبول: أريد منك أنني متى رددت عليك ما قبضت منك ترد علي ما قبضت مني. فيقول الآخر نعم، أو يقول البائع^(٥٧) ابتداءً: إن رددت علي الثمن رددت عليك المبيع.

[٣٦٩]

أما كون هذا العقد جائزاً، فلخلوه عن المفسد، وهو ذكر الاسترداد في قالب الشرط. وأما عدم لزومه فللزوم الوفاء بالوعد.

وظاهر إطلاق قاضيخان، أن لا فرق في ذلك^(٥٨) بين كون الثمن ثمن المثل أو فيه غبن يسير أو فاحش.

(٥٤) هو الإمام جلال الدين عمر بن محمد بن عمر الخبازي: ص ٦٢٩ - ٦٩١. فقيه أصولي. أخذ عن علاء الدين البخاري، وعنه أبو العباس أحمد بن مسعود القنوي. درس وأفتى وحج. له حواش مشهورة على الهداية، والمغني في أصول الفقه. اللكنوي: ص ١٥١؛ القرشي: ٦٦٨/٢، ١٠٧٢؛ كحالة: ٣١٥/٧.

(٥٥) الزيلعي: ١٨٤/٥.

(٥٦) نخ: بما صورته. ص.

(٥٧) بالأصل كذا البائع في جميع النسخ؛ ولعله المشتري. التنبيه من ر.

(٥٨) أي في كونه جائزاً غير لازم. ب.

وفي الخيرية^(٥٩)، نقلاً عن الحاوي للزاهدي^(٦٠): (إن الفتوى في ذلك أن البيع إذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء إلا أن المشتري عهد إلى البائع بعد البيع المطلق، أنه إذا أوفى [بـ] مثل ثمنه، فإنه يفسخ معه البيع [و] يكون باتاً^(٦١)، حيث كان الثمن^(٦٢) ثمن المثل أو بغبن يسير^(٦٣). فيكون إطلاق قاضيخان فيه أنه

(٥٩) هي الفتاوى الخيرية لنفع البرية لشيخ الإسلام خير الدين بن أحمد بن نور الدين العليمي الفاروقي الرملي: ٦٩٣. مفسر محدث فقيه وكنوي. له مظهر الحقائق الخفية من البحر الرائق، وحاشية على الأشباه والنظائر، وحاشية على جامع الفصولين، ومسلك الإنصاف في عدم الفرق بين مسألتي السبكي والخصاف في الأشباه والقواعد، ونحو ذلك من الكتب. البغدادي: ١/٣٥٨. وجمع له ابنه نجم الدين فوائده وهي الحاشية المعروفة باللآلي الذرية في الفوائد الخيرية المطبوعة في الصلب مع جامع الفصولين، وله ديوان شعر. كحالة: ١٣٢/٤.

(٦٠) هو حاوي مسائل الواقعات والمنية وما تركه في تدوينه مسائل القنية وما زاد فيه من فتاوى لتتميم القنية. وصاحب هذه الفتاوى الجامعة هو أبو الرجاء نجم الدين مختار بن محمود الزاهدي الغزميني. ٦٥٨. أحد كبار الأئمة. الفقيه الأصولي الفرضي، كان عالماً بالخلاف والمذهب، ذا باع طويل في الكلام والمناظرة، وله كتاب الفرائض، والجامع في الحيسض وغيرها. الكشف: ص ٦٢٨؛ والبغدادي: ٢/٤٢٣؛ اللكنوي: ص ١٢٣؛ القرشي: ٣/٤٦٠ - ٤٦٢؛ ٤٦٢؛ ١٦٤٢؛ كحالة: ٢١١/١٢.

(٦١) خبر أن في قوله أن البيع. ب.

(٦٢) قوله حيث كان... إلخ مفهومه أن لا تكون الفتوى على أنه بات إذا لم يكن كذلك بأن يكون فيه غبن فاحش بل يكون كذلك جائزاً غير لازم، لأن كونه كذلك يرجع أنه ليس ببات، إذ لم تجر العادة بالإقدام على عقده بفاحش الغبن واحتمال جهل البائع بالقيمة أو سفهه أو قصده نفع المشتري خلاف الظاهر فلا يعول عليه ج، ب، ر.

(٦٣) انظر الرملي: ١/٢٢٦. وبنفس اللفظ تقريباً صرح الزاهدي في قسمة =

جائز غير لازم خلاف ما عليه الفتوى فيه .

رابعها: أنه بيع فاسد^(٦٤) وهو على ما في الخانية فيما إذا عبرا بالبيع وشرطاً فسخه في العقد، أو بالبيع بشرط الوفاء، أو أطلقا البيع . وعندهما أنّ هذا البيع غير لازم، يعني باعتبار دخولهما على ما كانا شرطاه قبل العقد . والفساد في القسم الأخير على خلاف ما مرّ من فتوى النسفي: أنّ الشرط المفسد لا يؤثر إلّا إذا لفظ به وقت العقد [دون ما كان متقدماً عليه .

* وأما ما كان متأخراً عنه فإنّه يلتحق به حتّى كأنّه مقارن له إلحاق الشرط المفسد^(٦٥) . وهل يشترط لصحة الإلحاق كونه في مجلس العقد؟
خلاف . والصحيح عدم اشتراط/ ذلك^(٦٦) .

[٣٧٠]

النية في تميم القنية: (إن البيع إذا أطلق ولم يشترط فيه الوفاء إلّا أن المشتري وكل بعد العقد وكيلاً بفسخه مع البائع عند أداء مثل الثمن فهو بيع بات لا رهن إذا كان البيع بمثل الثمن أو بغين يسير).
الزاهدي . صدر باب فيما يتعلق ببيع الوفاء: ٢٣٦/١ .

(٦٤) أحمد الزرقاء: ص ١٥ .

(٦٥) عبارة قاضيخان: إن ذكرنا شرط فسخ في البيع فسد البيع، وإن لم يذكرنا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع شرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز، وعندهما هذا البيع عبارة عن عقد غير لازم . الخانية:
٢/٢٥٣؛ ومن فوائد شيخ الإسلام برهان الدين وعن مختصر الخصاف أنّ الشرط الفاسد إذا ألحق بالعقد يلتحق عند الإمام لا عندهما .
الطرابلسي: ص ١٤٨ .

(٦٦) وذكر السرخسي وأبو اليسر أنه يشترط، وفي الإيضاح لا يشترط، وهو الصحيح . من فوائد صاحب المحيط . البرازية: ٤/٤٠٧؛
والطرابلسي: ص ١٤٨؛ وما بين العاقفتين ساقط في ج .

وعلى القول بالفساد صاحب العدة^(٦٧)، واختاره ظهير الدين^(٦٨)، ثم اختلف الذاهبون إليه: فمنهم من أعطاه أحكام الفاسد كلها حتى فوت فسخه بيع^(٦٩) مشتريه باتاً، ومنهم من استثنى هذا منها وألحقه فيه ببيع المكره بجامع عدم الرضى، حتى لا يفوت بالبيع ولو تكرر فيه^(٧٠).

(٦٧) هو كتاب العدة في الفتاوى. ذكره البشنانجي في رموز نور العين ولم ينسبه.

(٦٨) هو ظهير الدين أبو المكارم المرغيناني أبو المحاسن الحسن بن علي بن عبد العزيز. توفي حوالي ٦٠٠. فقيه حنفي ومحدث. تفقه على البرهان عبد العزيز ابن مازة ومحمود الأوزجندى والخطيب مسعود بن الحسن الكشاني، وتفقه به ابن أخته افتخار الدين صاحب الخلاصة. نشر العلم إماءاً وتصنيفاً، وكتب في الشروط والسجلات والأفضية. وله فتاوى وفوائد. الكشف: ص ١٠٤٦؛ اللكنوي: ص ٦٢؛ كحالة: ٢٦٣/٣. وكذلك اختاره صاحب الغاية فيما نقله شلبي منها. الزيلعي: ١٨٣/٥. وظهير الدين الولوالجي وهو أبو المكارم إسحاق بن أبي بكر الحنفي: ٧٠١. فقيه. له فتاوى. الكشف: ص ١٢٣٠؛ كحالة: ٢٣١/٢. وقد نبه على خطأ هذه المعلومات صاحب الفوائد البهية، وجعل الولوالجي صاحب الفتاوى أبا الفتح ظهير الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرزاق. ٤٦٧ - بعد ٥٤٠. إمام فاضل تفقه ببلخ بأبي بكر القزاز بن علي البلخي. له الفتاوى الولوالجية. اللكنوي: ص ٩٤.

(٦٩) بالأصل: بيع، وبيع في ج.

(٧٠) صورته الزيلعي بقوله: (أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بدين لك عليّ على أنني متى قضيت الدين فهو لي). ثم قال: (فجعلوه فاسداً، باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به، وينقض بيع المشتري كبيع المكره لأن الفساد =

ولهذا الإلحاق ذكره الزيلعي في كتاب الإكراه، وعليه
الصدران السعيد والشهيد^(٧١).

ونقل العمادي أنّ الفتوى في هذا^(٧٢) على قول الفريق
الثاني^(٧٣)، وأنّ زوائد المبيع فيه بناء على الفساد مضمونة على
المشتري ضمان زوائد المغصوب بالاستهلاك لا الهلاك، حتى
لو استهلك ثمن الكرم [وزرع الأرض وعلى قياسه وسكن

= باعتبار عدم الرضاء، فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع
ما ذكرنا). الزيلعي: ١٨٣/٥.

(٧١) بالهامش تعليق بياني: هما الأخوان ابنا الصدر الأجل برهان الدين أكبر
[فقهاء] ما وراء النهر. قال في تعليم المتعلم: كان الصدر الأجل
برهان الدين جعل وقت سبق لابنيه المذكورين وقت الضحوة الكبرى
بعد جميع الأسباق وكانا يقولان: إن طبيعتنا تكلّ وتملّ في ذلك
الوقت. فقال أبوهما إن الغرياء وأولاد الكبراء يأتونني من أقطار
الأرض، ولا بد أن أقدم أسباقهم. فبكرة تنشئت فاق ابنه على أكثر
فقهاء أهل الأرض في ذلك الزمان في الفقه. اهـ. ب. وقریب من
هذا في مسألة سبق من كتاب تعليم المتعلم طريق التعليم ما ورد في
ترجمة صاحب الهداية البرهان المرغيناني. انظر للكنوي: ص ١٤١ -
١٤٤. وقد تقدم التعريف بالصدر الشهيد، وأخوه الصدر السعيد هو
تاج الإسلام أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة. ٥٣٦. له الجامع
المنسوب إليه، رتب فيه الجامع الصغير على مرتب القضايا
أبي الطاهر الدباش. ذكره شلبي في حاشيته على الزيلعي: ١٨٣/٥؛
وترجم له للكنوي: ص ٢٤؛ القرشي: ١/١٨٩، ١٢٩؛ الكشف:
٥٦٣/١.

(٧٢) أي فواته بالبيع وعدمه. ج، ب، ر.

(٧٣) وهم القائلون بعدم فواته به مع القول منهم بفساده. ج، ب، ر.

الدار] (٧٤) غرم (٧٥).

خامسها: أنه مركب من رهن وبيع جائز بات، على معنى أنه يعتبر رهناً بالنسبة للبائع حتى يسترد العين عند قضاء ما عليه من الدين ويضمنها له المشتري بالهلاك أو الانتقاص ضمان الرهن، وبيعاً باتاً صحيحاً بالنسبة للمشتري في حق نزله ومنافعه حتى يطيب له أكل ثمره والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجاراً^(٧٦). وعلى هذا استقرّ عمل شيوخ النسفي على ما نقله عنه الزيلعي^(٧٧). وقال العمادي: وفتوى جدّي شيخ الإسلام برهان الدين وأولاده ومشائخ زمانهم^(٧٨)، على أن الملك يثبت للمشتري شراء جائزاً في زوائد المبيع، ولا يغرم لو استهلكها. وعليه استقرّ قول أئمة زماننا وأستاذنا رحمهم الله [تعالى]^(٧٩).

(٧٤) الزيادة من ج.

(٧٥) انظر إلحاق حكم ضمان الزوائد في البيع الفاسد بحكم ضمان زواد المغصوب. البزازية: ٤٠٨/٤؛ العمادية: ١٠٤ أ؛ وفي فوائد بعض المتأخرين. انظر الجامع: ٢٣٧/١.

(٧٦) يتفق ما أورده المؤلف هنا مع القول السادس الذي ذكره البزازي حيث قال: (واختار البعض واختاره الشيخ الإمام فخر الدين الزاهد أن الشرط إذا لم يذكر في البيع نجعله صحيحاً في حق المشتري حتى ملك الإنزال، ورهناً في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره، وأجبر على الرد إذا حضر الدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن... البزازية: ٤٠٧/٤ - ٤٠٨.

(٧٧) انظر الزيلعي: ١٨٣/٥، ١٨٤. وعبارة جامع الفصولين: (وقال شيخ الإسلام برهان الدين ومشائخ زمانه إن المشتري يملك زوائد المبيع ولا يضمنها بإتلافها). الجامع: ٢٣٧/١.

(٧٨) نخ. دينهم. ر.

(٧٩) انظر العمادية: ١٠٤ أ.

ومراده * بجدّه البرهان الإمام النبيل ذو الباع الطويل علي بن صاحب الهداية أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني صاحب الهداية. وناهيك به جبلاً من جبال العلم معدوداً في طبقة أهل/ الترجيح، مقروناً بالقدوري^(٨٠) وأضرابه، كما ذكره العلامة ابن كمال باشا^(٨١).

وحجّة هؤلاء في اعتباره على هذا الوجه احتياج الناس إليه وتعاملهم به، والقواعد تترك بالتعامل^(٨٢). ولهذا الوجه جاز الاستصناع^(٨٣)، مع أنّ قاعدة امتناع بيع المعدوم تأباه^(٨٤). وما

(٨٠) هو أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان. ٣٦٢ - ٤٢٨. فقيه انتهت إليه رئاسة مذهب أبي حنيفة. له شرح مختصر الكرخي، والتقريب الأول، والتقريب الثاني، والتجريد. ومن أهم مصنفاته المختصر المشتمل على اثنتي عشرة ألف مسألة، وعليه شروح كثيرة معتبرة. الكشف: ص ١٦٣١؛ كحالة: ٦٦/٢.

(٨١) هو القاضي شمس الدين أحمد بن سليمان بن كمال باشا: ١٥٧٤/٩٤٠. قاضي القسطنطينية ومفتيها. له إيضاح الإصلاح في الفقه، وتغيير التنقيح في الأصول، ومجموعة رسائل، وطبقات الفقهاء. الفوائد البهية: ص ٢١؛ الزركلي: ١٣٣/١؛ كحالة: ٢٣٨/١.

(٨٢) انظر أحمد الزرقاء: ٣٧/٣٦، ١٦٥ - ١٦٩.

(٨٣) هو عقد على مبيع في الذمة مطلوب صنعته على أوضاع وشروط تم الاتفاق عليها في العقد في نظير عن معلوم. الموسوعة الفقهية المصرية: ٩٠/٩.

(٨٤) ورد النهي في السنّة عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. والاستصناع لا يجوز قياساً، وهو جائز استحساناً لإجماع الناس على ذلك. فهم يفعلون ذلك في سائر الأعصار من غير تكبير. وقد قال ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة». والقياس يترك بالإجماع. الكاساني: ٢/٥ - ٣.

ضاق على الناس أمر إلا اتسع^(٨٥)، ولا بدع في إعطائه حكم عقدين إذ كثير من العقود كذلك. * فهذه الهبة بشرط العوض، والهبة في حال المرض، أعطي لكل منهما حكم الهبة من اشتراط القبض وعدم كونها في مشاع قابل للقسمة^(٨٦). وأعطي للأولى حكم البيع عند القبض حتى ثبت فيها الشفعة^(٨٧)، * والثانية حكم الوصية حتى كان خروجها من الثلث^(٨٨).

الهبة بعوض
بشروط لها
القبض وعدم
كونها في مشاع.
الهبة في المرض
تخرج مخرج
الوصية من
الثلث

(٨٥) أحمد الزرقاء: القاعدة ١٧/ المادة ١٨، ١١١ - ١١٢؛ القاعدة: ٢١/٢٠، ١٣١.

(٨٦) نخ: القسمة في ب، ر. وأما قوله اشتراط القبض فيهما فلأن الهبة لا تكون إلا محوزة مقبوضة، وأما شرط عدم كونها في مشاع فلأن الهبة لا تجوز في مشاع قابل للقسمة، وتجاوز فيما هو غير قابل لها، خلافاً للشافعي الذي أجاز هاتين الصورتين. ودليل الحنفية إجماع الصحابة، وكون الشيوخ يمنع من القبض أي من التمكن من التصرف في المقبوض. الكاساني: ١١٥/٦، ١١٩ - ١٢٠. ودليل قول الشافعي أن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع قول رسول الله ﷺ لوفد هوازن وقد جاءوا يطلبون ما غنمه منهم: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم» المذهب: ٤٤٦/١.

(٨٧) الهبة بشرط العوض تقع هبة ابتداءً وبيعاً انتهاءً إذا اتصل القبض بالعوضين. واعتباراً للوصف الأول يشترط التقابض في العوضين، ولا يصح الرجوع في الهبة. وإن لم يوجد فلكل من الطرفين الرجوع، وكذا لو قبض أحدهما فقط. واعتباراً للوصف الثاني ترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة. رد المحتار: ٥١٨/٤. والهبة بشرط العوض إذا ذكرها الواهب بلفظ «على» تكون هبة ابتداءً فإن قال وهبتك «بكذا» فهي بيع ابتداءً وانتهاءً. شرح المجلة: ص ٤٦٩ - ٤٧٠.

(٨٨) تصح الهبة للأجنبي في المرض إذا خرج الموهوب من الثلث أجازها الورثة أولاً. فإن أجازها الورثة بكاملها صحت وإن لم يجزوها نفذ من الثلث فقط. عن التنوير. شرح المجلة: ص ٤٨٤.

واعلم أنّ احتياج الناس للشيء وتعاملهم به أصلان كبيران في المذهب، كما يعلمه من خبره. فلذلك وقع من أهل الترجيح اختيار هذا القول فيه. فقد نقل الزيلعي عن صاحب النهاية^(٨٩) أنّ عليه الفتوى^(٩٠)، وفي قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة^(٩١) من الأشباه^(٩٢): (ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى وهكذا بمصر، وسموه بيع الأمانة، والشافعية يسمونه

(٨٩) هو الإمام حسام الدين حسين بن حجاج بن علي الشُّغْناني . ٧٧١ . فقيه أصولي متكلم . وله الكافي شرح البيهقي في أصول الفقه، والتمهيد لقواعد التوحيد، والنهاية وهو أول شرح للهداية وأسطها وأسمها . احتوى على مسائل كثيرة وفروع لطيفة . الكشف : ص ٢٠٣٢ ؛ والقرشي : ١١٤ / ٢ - ١١٦ ، ٥٠٧ ؛ وكحالة : ٢٨ / ٤ .

(٩٠) الزيلعي : ١٨٤ / ٥ .

(٩١) انظر أحمد الزرقاء : القاعدة ٣١ / المادة ٣٢ ، ١٥٥ .

(٩٢) هو الأشباه والنظائر في القواعد للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم ٩٧٠ ، فقيه جليل وأصولي . أخذ فيه وفي البحر عن التاتارخانية ، وقسمه إلى سبعة فنون وهو آخر تأليفه . وقد اعتنى الفقهاء بهذا الكتاب فوضعوا عليه شروحات كثيرة واعتمدوه في كثير من مصنفاتهم . عليه تعليقات علي بن غانم ، وبجري زادة ، وعزمي زادة وغيرهم ، وحاشية للتمرتاشي زواهر الجواهر النضائر ، ونزهة النواظر لابن عابدين ، وشروح : تنوير الأذهان والضمائر لمصطفى بن خير الدين الرملي ، وغمز عيون البصائر للحموي ، ونزهة النواظر لخير الدين الرملي ، كما عليه ترتيبات كثيرة . ولابن نجم شرح منار الأنوار في الأصول وكتاب البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، وحاشية على جامع الفصولين ، والتحفه المرضية في الأراضي المصرية ، والفتاوى الزينية . واللكنوي : ص ١٣٤ ؛ البغدادي : ٣٧٨ / ١ ؛ محمد مطيع حافظ . مقدمة الأشباه : ص ٥ - ١٨ .

الرهن المعمار^(٩٣)، وهكذا سمّاه به في الملتقط^(٩٤).

وممّا لا ريب فيه أنّ الناس إذا كانت لهم حاجة إليه في تلك الأعمار على فضلها، فهم إليه في هذا العصر على وضوح اختلاله أحوج. وقد فشا التعامل به في ديارنا فشواً خارجاً عن الحد^(٩٥)،

(٩٣) هذه الجملة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة» وردت ذيل القاعدة الخامسة «الضرر يزال» من كتاب الأشباه: ص ١٠٠.

(٩٤) هو الملتقط في الفتاوى الحنفية للإمام ناصر الدين أبي القاسم محمد بن يوسف الحسني السمرقندي. ٥٥٦. رتبه الإمام الزاهد جلال الدين محمد بن حسين بن أحمد الأسروشنى بسمرقند. الكشف: ص ١٨١٣؛ وبعد ذكر هذا المرجع قال ابن نجيم: وقد ذكرنا في شرح الكنز من باب خيار الشرط. وفي القنية والبغية أنه يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح. الأشباه: ص ١٠٠.

(٩٥) وقد قال الأستاذ الإمام محمد الطاهر ابن عاشور بجوازه في حديثه عن الرخصة عند وقوع الضرورة العامة المؤقتة. وقال إن اعتبار هذه الضرورة عند حلولها أولى وأجدر من اعتبار الضرورة الخاصة. ومثل لذلك بالكراء المؤبد في أرض الوقف الذي جرت به الفتوى بالأندلس في أواخر القرن التاسع، وفتوى ناصر الدين اللقاني بعد ذلك في إحكار الأوقاف، ثم إجازة العقود المسماة بالنصب والخلو والجلسة والجزاء وما ألحق بها في الإنزال في تونس وفاس، وفتوى علماء بخارى من الحنفية ببيع الوفاء في الكروم لحاجة غارسيها إلى النفقات عليها قبل إثمارها كل سنة، فاحتاجوا إلى اقتراض ما ينفقونه عليها. ابن عاشور. المقاصد: ص ١٢٥ - ١٢٦؛ وجاء في البيوع والمعاملات المعاصرة: نرى [بيع الوفاء] فشا في الريف بخاصة عندنا بمصر وبغير مصر من البلاد الإسلامية... وما أحرانا أن نقر هذا العرف الذي أقره جمع من أسلافنا الفقهاء، توسعة على الناس وإبعاداً لهم عن الاقتراض بالربا... ومن الخير إذن مراجعة الأمر وإباحة هذا الضرب من البيع على أن يشتد القانون في رعاية حق البائع والمشتري =

وبرزت به الفتاوى والأحكام ممن أدركناهم من الحنفية، ومنهم والدي رحمه الله تعالى، منذر صَدَرَ للإفتاء إلى أن لحق برته، وذلك خمس/ وأربعون سنة، ومن لم ندرکه بالبلاغ عنه. فلا يفتي الآن أو يقضي فيه منهم بغير هذا إلا من قصد الإضرار بالناس. وأما منعهم من التعامل به جملة بعد هذا الفشو والحاجة الشديدة إليه فحامل لهم على الهجوم على الربا المجمع على تحريمه جهاراً، لأن المضطر إذا أغلقت في وجهه الأبواب ارتكب المشاق الصعاب.

إذا لم تكن إلا الأسته مركباً فلا يسع المضطر إلا ركوبها

ولهذا، مع ما انضاف إليه من تحيل الناس: وهو أنهم يعقدونه أولاً تقليداً للمذهب الحنفي لوجود الرخصة في ذلك فيه، وعند فسخ المشتري له وطلبه الثمن من البائع يرفعه للمالكي الذي لا يراه إلا رهناً، فيحسب عليه من ماله ما كان استغل من ثمره أو أخذ من منافعه وربما استغرق ذلك ماله، بل ربما زاد عليه عند طول المدة، رأى أميرنا^(٩٦) هذا، أيده الله تعالى وسدده ووقفه

وبخاصة البائع لأنه المحتاج... ولنا في آراء الفقهاء دليل ومستند
يصح الاستناد إليه في تجويز هذا البيع للحاجة إليه. بتصرف من محمد
يوسف موسى: ص ١٣٨ - ١٤٠؛ انظر أحمد الزرقاء: (العادة محكمة
واستعمال الناس حجة). القاعدة: ٣٥، ٣٦/ المادة ٣٦، ٣٧،
١٦٥ - ١٦٩.

(٩٦) هو حمودة باشا باي. ١١٧٣ - ١٢٢٩. من أبرز ملوك (بايات)
تونس. أتابه والده في الولاية ١١٩١، ثم استقل بها ١١٩٦. كانت له
آثار ووقائع عمرانية تشهد بشجاعته ورجاحة عقله. ابن أبي الضياف:
١٢/٣ - ١١٦؛ الزركلي: ٢/٢٨٢.

تجبر الحكم في بيع الوفاء على القضاة المالكية
 للخير وأرشده، * أن حجر الحكم فيه على القضاة المالكية، وأن ما تأتاهم فيه من قضية وجهوها إلى الحنفية^(٩٧)، حسبما أخبرني بذلك الحجر قاضيا الوقت للذان أحدهما المالكي المحجور عليه^(٩٨).

هذا وقضية كلام غير واحد في تقرير مذهب التركيب، ومنهم البزازي في جامعه، أنه يعتبر مركباً من الرهن والبيع الصحيح كما سبق^(٩٩)، وذكر في موضع آخر منه أن يعتبر مركباً منهما ومن البيع الفاسد أيضاً^(١٠٠)، وأنه كالزرافة فيها صفة الثور والبعر والنمر. ويلوح لي أنه لا حاجة لزيادة هذا لأنّ اعتباره فيه ليس إلاّ ليفسخ بطلب أحدهما جبراً على الآخر. وهذا يحصل/ باعتبار الرهن فيه،

[٣٧٣]

(٩٧) وهذا دفعا للخلط الواقع من الفقهاء والعامّة في تطبيق الأحكام. وهو ما شكنا منه الفقيه عبد الله بن بازرعه في رسالته إطلاق العقدة في مسائل العهدة من قوله: (وددت أنهم مشوا على ما يقوله أرباب المذاهب المذكورة في تفاريع ذلك، ليكون التقليد مستمرا في أصل المسألة وتفاريعها. وأما أخذ المسألة من مذهب المذكورين وأخذ تفاريعها من مذهب الشافعي رضي الله عنه فما كان ينبغي) عبد الرحمن بكير: ص ١٤٧ - ١٤٨.

(٩٨) القاضي الحنفي العلامة الشيخ أحمد بن الخوجة الأول. مؤسس البيت الخوجي. وهو الجد الأعلى لصاحب النسخة الخوجية محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن حمودة بن محمد بن علي خوجة الآستاني الشريف، والقاضي المالكي العلامة الشيخ أبو الفداء إسماعيل التميمي. نبه على ذلك أحمد ابن الخوجة الثاني كما في حاشية البيرمية والخوجية والرضوانية.

(٩٩) انظر القول السادس، البزازية: ٤/٤٠٧ - ٤٠٨.

(١٠٠) البزازية: ٤/٤٠٩.

الذي هو من العقود المباحة. فأَيّ داع لاعتبار الفاسد فيه وهو من العقود المحرّمة^(١٠١).

واعلم أنّ الوفاء لا يصلح طريقاً للتحيّل على حلّ الربح إلّا على القول فيه بالتركيب، أو بأنّه بيع جائز غير لازم لتقارب القولين باشتراكهما في حلّ الانتفاع به وفسخه بطلب أحدهما، وافتراقهما بعد ذلك باعتباره عقداً واحداً في حقّ كل من المتعاقدين، أو عقدين باعتبارين مختلفين، ممّا لا طائل تحته، ولا يصلح طريقاً له على ما عداهما من سائر الأقوال.

أمّا صلاحيته لذلك على كلّ واحد منهما فظاهرة لحصول غرض صاحب العين في التمكن من استردادها، وصاحب المال في الانتفاع بها مدّة غيبة ماله عنه^(١٠٢).

(١٠١) اختلف الشيوخ على التحقيق في إلحاق بيع الوفاء بالبيع الصحيح الجائز أو بالبيع الفاسد. فرجّح الأول الذي ذهب إليه صاحب الرسالة جماعة وقالوا إنّ إلحاقه بالصحيح أولى قليلاً للفساد وترجيحاً لقول الإمام، وذهبت أخرى إلى أنّ إلحاقه بالفاسد أولى لأنه فاسد حقيقة لإلحاق الشرط الفاسد به وهو شرط الفسخ عند نقد الثمن. ومعلوم أنّ بيع الوفاء لم يصح في المنقول، وصح في العقار استحساناً لا لأنه خال من المفسد. وإذا كان كذلك فإلحاقه بالفاسد أولى. اهـ.
البرازية: ٤٠٩/٤.

(١٠٢) وقد ذكر صاحب بيع العهدة بين مؤيديه ومعارضيه تفصيل فوائد هذا البيع، وهو بيع الوفاء، للطرفين البائع والمشتري بقوله: أولاً هي سدّ حاجة البائع إلى الثمن بالحصول عليه، وبقاء عهده بحقه ببقاء حقه في المبيع وحصوله عليه في الوقت الذي يتفق عليه مع المشتري. أو يعيد فيه مثل الثمن الذي عهد به، وثانياً ضمان حق المشتري من الثمن وضمن غلات ذلك الحق. فالبيع محجوز له ولأمره طالما كان =

وأما عدمها على ما سواها فلأنّ كلاً من القول بالرهن والبيع الفاسد وإن حصل غرض الأول لم يحصل غرض الثاني. والقول بالبيع البات بالعكس.

فكان القائلون بالقول الثالث والخامس فيه له قابلين^(١٠٣)، وبالثلاثة الباقية رادين. كما أنّ كلا من ذينك القولين تمكن تمشيته في تسلمات بلدنا. لكنك عرفت رجحان الأخير، ولا تمكن تمشية ما عدهما فيها لفقدان لفظ البيع وشرط الرد نصاً فيها.

البيع بالثنيا وحكمه^(١٠٤)

ومما تعورف في بلدنا ما يعبرون عنه بالبيع بالثنيا، وصورته أنّهم يعقدونه بلفظ البيع خالياً عن قرانه بشرط الرد فيه. ثم يتفقان

الثمن لدى البائع، وغلاته وزوائده له باستيلائه على العين. بتصرف. =
عبد الرحمن عبد الله بكير: ص ٣١ - ٣٢.
(١٠٣) أي قبلوه على أنه حيلة لحل الانتفاع، الآن الكيفية المذكورة التي
الشيخ الثالث. ب.

(١٠٤) عند المالكية البيع بالثنيا أي بما استثنته. وهو من البيوع الفاسدة لاشتماله على شرط مناقض للبيع. وهو عام عند ابن رشد في كل بياعات الشرط المنافية، وصورته المحددة كما في بيوع الآجال من المدونة: (ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك لأنه بيع وسلف). اهـ. وهما نوعان من التعامل مختلفان. قال سحنون: (بل سلف جر منفعة). وقال أبو الحسن: (اختلف في هذا البيع المسمى بيع الثنيا إذا نزل، هل يتلاقى بالصحة كالبيع والسلف أم لا على قولين)، يعني إذا أسقط الشرط: أحدهما أن البيع باطل وهو المشهور، والثاني أن البيع جائز إذا أسقط شرطه وهو قول مالك... الحطاب. مواهب الجليل: ٤/٣٧٣؛ التاودي على التحفة: ١/٥٨؛ وقال الرجراجي في تحديد طبيعة هذا البيع: (اختلف في بيع الثنيا هل هو بيع أو رهن على قولين. وفائدة الخلاف =

على ردّ المشتري للبائع المبيع عند ردّه عليه الثمن^(١٠٥)، إمّا مطلقاً أو إلى أجل معين، كسنة على وجه الوعد، ويعبّر عنه الموثقون

في الغلّة. فمن رأى أنه بيع قال لا يرد الغلّة). وقال مالك في العتبية: (إن الغلّة فيه للمشتري بالضمان فجعله بيعاً وأنه ضامن والغلّة له، ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلّة وأنه في ضمان البائع في كل بيع ونقص يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له، وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها فيما يغاب عليه). الحطاب: ٣٧٣/٤. وحكى عن القاسبي: أن حكم هذا البيع قبل انقضاء أجل الثنيا حكم البيع الصحيح. فالغلّة فيه للبائع لأنه بمنزلة الرهن، وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة فتكون الغلّة فيه للمشتري. ونبه التسولي على ما اشتهر بين الناس مما دعوه بيعاً وإقالة واعتبروه رهناً فيما تعارفوا عليه وتعاملوا به. فالحكم في الرهنية بالاتفاق رد الغلّة وعدم القوات. وإذا وقع البيع صحيحاً وطاع المشتري بالثنيا بعد ذلك جاز لأن التطوع بالإقالة بعد العقد جائز إلى غير غاية وإلى أي حد مؤجل، وأجازوها أيضاً إلى أجل قريب أو بعيد. ثم إنه في المطلقة متى أتاه بالثمن لزمه رد المبيع إليه، ويجوز للمشتري فيه التفويت بالبيع أو غيره؛ ويفوت به على البائع المقال إلا أن يفите بالفور... وأما في المقيدة فلا يجوز له تفويته فإن فوّته رد على ما للموثقين. وقيده الباجي بما إذا لم يبعد أجلها كالعشرين سنة فيكون حكمها حكم المبهمة في فواتها على البائع وعدم ردها. وإذا جاءه البائع بالثمن في خلال الأجل أو عند انقضائه أو بعده على القرب منه بيوم ونحوه لا أكثر لزمه قبوله، ورد البيع على بائعه. ولا كلام له في أنه لا يقبض الثمن إلا بعد الأجل... التسولي: ٦٠/٢ - ٦٣.

(١٠٥) إن بضمن المثل لزم البيع، وإن بغبن فاحش لزم الرد، واليسير ملحق بالمثل فيما يظهر. ب.

بالتطوُّع بالثمنيا أو الشرط الصريح في وجهي الإِطلاق^(١٠٦) والتأجيل .

الوعد بالرد
مطلقاً [٣٧٤]

فالمصور أربع: * فإن وعد بالرد مطلقاً^(١٠٧)، فإن كان الثمن ثمن المثل أو فيه/ غبن يسير، فهو بيع بات ولا يلزمه الردّ عند المحيء بالثمن، إذ هي مسألة الحاوي الزاهدي^(١٠٨) الذي قال فيها: الفتوى على أنّ البيع فيها بات .

وإن كان بغبن فاحش فهو بيع جائز ويلزم الوفاء بالوعد، إذ هي مندرجة في إطلاق قاضيخان منطوقاً، ومأخوذة من كلام الحاوي مفهوماً. * وإن وعد به إلى أجل على معنى: وأن لم يأت به للأجل بت البيع، فالبيع فاسد، لأنّه تعليق البيع على عدم الإتيان بالثمن في السنة، والبيع لا يقبل التعليق^(١٠٩).

الوعد بالرد إلى
أجل يفسد البيع

شرط الرد مطلقاً
يفسد البيع

* وإن ذكره شرطاً مع الإِطلاق^(١١٠) فسد أيضاً، لأن البيع، كما لا يصح معلقاً لا يصح إذا شرط فيه شرط فاسد، وهو وإن لم يكن مقارناً للعقد بل الحق به فقد مرّ أنّه يلتحق ولو في غير

(١٠٦) عن الوقت . ب .

(١٠٧) بلا تأقيت . ب .

(١٠٨) المتقدمة عن الخيرية . ب .

(١٠٩) وهذا على عكس ما يذكرونه في باب خيار الشرط من مسألة البيع على أن المشتري إن لم يأت بالثمن إلى كذا فلا بيع، لأن الإتيان بالثمن في المدة هنا يترتب عليه عدم تمام البيع، وعدم الإتيان به فيها يترتب عليه التمام، وفي مسألة باب الخيار تمام البيع موقوف على الإتيان به في المدة وعدمه بعدمه . هـ . منه . ب .

(١١٠) قسم قوله فإن وعد إلخ . وفي هذا قسمان كالذي قبله . ب .

المجلس على الصحيح^(١١١)، * وإن ذكر شرطاً مع التأجيل فكذلك شرط الرد إلى أجل يفسد البيع لذلك^(١١٢).

وإذ فرغنا من الفصل الأول الباحث عن نفس العقد، ننقل الكلام إلى بقية الفصول الباحثة عن متعلقاته، مقدّمين منها ما يتعلّق بمحلّه، إذ هو من أركانه، فنقول:

الفصل الثاني:

فيما يصحّ عقد الوفاء فيه وما لا يصح

اعلم أنه لا خلاف بين القائلين به في صحّة عقده في عقار البالغ العاقل، واختلفوا^(١١٣) في صحّته في عقار الصبيّ، والمجنون مثله، كما اختلفوا في صحّته في المنقول.

أمّا الأول فمنعه فيه العلاء العلامة^(١١٤) وغيره من أئمة

(١١١) يلتحق الشرط الفاسد بالعقد ولو في غير المجلس على الصحيح، وقيل لا يلحق كما في رد المحتار من البيوع فاختلف التصحيح. ج. ر. في الأصل يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الالتحاق بعد الافتراق عن المجلس، وقيل لا وهو قولهم وهو الأصح كما في جامع الأصولين. رد المحتار: ٤/١٢٠.

(١١٢) تضمنت مجلة العقود والالتزامات التونسية أحكام بيع الثنيا التي كان العمل بها جارياً بتونس قبل أن تفسخ بقانون رقم (١) لسنة ١٩٥٨ المؤرخ في ١٨ يناير ١٩٥٨، وذلك من الفصل ٦٨٤ إلى ٦٩٩ بدخول الغاية.

(١١٣) اختلفوا على الخلاف في صحّة عقد بيع الوفاء في عقار الصبيّ والمجنون وأن العمل عندنا هو جوازه بشرطه. ج.

(١١٤) هو شيخ الإسلام أبو القاسم علاء الدين السمرقندي الحنفي الملقب بالعلامة. ذكره البنشانجي في بيان رموزه من نور العين ونسب إليه الفوائد العلائية قائلاً للإمام علامة سمرقند، كما ذكره في العمادية: =

سمرقند بعلّة أنّ فيه تمليك الوليّ منافع عقار المولى عليه للمشتري بلا عوض، إذ مال الوفاء الذي دفعه فانتفع به المولى عليه يردّ عليه بتمامه عند الفسخ، فكان فيه تبرّع بها، والولي لا يملك ذلك^(١١٥).

وأجازه صاحب العدة عند اضطرار المولّى عليه/ إلى ثمنه، كاحتياجه للنفقة على نفسه أو ماله بانهدام في عقاره تخشى الزيادة فيه إذا لم يبادر بتلافيه وليس له مال في الحال، ولكن له ما هو مرجو الحصول في المآل^(١١٦). وبالجواز جرى العمل عندنا بشرطه من الضرورة إليه^(١١٧). وينبغي للوصي المبادرة إلى الفسخ ما وجد إليه سبيلاً.

= ١٠٦ ب في مسألة الوصي يملك بيع عقار الصبي بيعاً جائزاً وقال: كان شيخ الإسلام علاء الدين العلامة وغيرهم من أئمة سمرقند على أنه لا يملك ذلك. وسماه حاجي خليفة الكشف: ١٢٩٩. (١١٥) عبارة البزازي: قيل الوصي يملك بيع عقار الصبي بيعاً جائزاً، وقيل لا يملكه. وعنه في النوازل اختلف أئمة سمرقند في أن الوصي هل يملك بيع عقار الصبي وفاء. فأكثرهم على أنه لا يملك. وفتوى صاحب الهداية على أنه يملك. البزازية: ٤١٦/٤ - ٤١٧؛ والبشانجي: ٧٥ ب.

(١١٦) لبيع عقار اليتيم والمجنون وفاء لا بد من أحد المسوغات لبيع عقاريهما بتاً. ب. وقد تعرضت الفتاوى الخيرية لهذه المسوغات فيما نصت عليه من القول بأن المصرح به في كتب علمائنا قاطبة عدم جواز بيع عقار اليتيم لغير ضرورة نفقة، أو خوف ظالم متغلب عليه، أو بيع بضعف قيمته، أو لدين على الميت لا وفاء له إلاّ منه، أو كان في التركة وصية مرسلّة لا نفاذ لها إلاّ منه، أو غلاته لا تزيد على مؤنته، أو خشي عليه التقصان. الرملي: ٦٧٢.

(١١٧) الجواز أفتى به برهان الدين صاحب الهداية أيضاً. وعبارة حفيده =

وأما الثاني وهو المنقول، فاستفيد المنع فيه من جواب صاحب العدة من سألته: * إذا جمع^(١١٨) في الوفاء بين العقار الذي يجوز فيه الوفاء والمنقول الذي لا يجوز حتى فسد في الثاني، هل يسري الفساد منه إليه؟ بأنه لا يسري إليه. يعني بل يقتصر فساد المنقول عليه. ونسب البزازي الجواز للنوازل^(١١٩). وعُلِّل للمنع ولا يسري في

= العمادي في المسألة تحكي القولين. وسئل رحمه الله تعالى: (الوصي غيره هل يملك بيع عقار الصبي بيعاً جائزاً؟ أجب يملك. قال عمي نظام الدين رحمه الله وكان شيخ الإسلام علاء الدين العلامة وغيره من أئمة سمرقند على أنه لا يملك ذلك). العمادية: ١٠٦ ب؛ والجامع: ٢٤٢/١.

(١١٨) قوله إذا جمع، هذا هو عين السؤال. ج، ب.

(١١٩) صاحب النوازل هو إمام الهدى أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي. اختلف في سنة وفاته بين ٣٧٣، ٣٧٥، ٣٩٣. ويلقب بالفقيه فلا يختلطن بالحافظ. وهو فقيه مفسر محدث حافظ متصوف. له عدد من المؤلفات منها النوازل في الفروع. جمع فيها جملة من الفتاوى والوقائع من كلام ابن شجاع الثلجي وابن مقاتل الرازي وابن سلمة ونصير بن يحيى وابن سلام وأبي بكر الإسكافي وعلي بن أحمد الفارسي وأبي جعفر محمد بن عبد الله، ومنها عيون المسائل، وتفسير القرآن، وتنبية الغافلين، وخزانة الفقه، وبستان العارفين في الآداب الشرعية. الذهبي. التذكرة: ٣/١٦٩؛ الكشف: ١٩٨١؛ البغدادى: ٢/٤٠٩؛ القرشي: ٣/٥٤٤، ١٧٤٣؛ اللكنوي: ٢٢١؛ كحالة: ١٣/٩٦؛ وعبرة البزازي في المسألة: (وإذا جمع في البيع الجائز بين العقار والمنقول الذي لا يجوز فيه البيع الجائز بأن لم يكن تبعاً للعقار حتى فسد في المنقول لا يتعدى إلى العقار بل يجوز فيه. وهذا إشارة إلى أنه لا يجوز الوفاء في المنقول). ثم قال: (وفي النوازل جواز الوفاء في المنقول أيضاً). البزازية: ٤/٤١٦؛ والجامع: ٢٤٢/١.

فساد عقد الوفاء في المنقول يخص ما لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه العبد والدابة لا يطلق فيها القول بجواز ولا منع

بأن الوفاء يقتضي سلامة البدلين عند التفاسخ، يعني والمنقول يضمحلّ قبله، فلا يجد البائع وقت الفسخ ما يسلم له. * وأنت خبير بأن عدم السلامة إذ ذاك لا تعمّ سائر أنواعه بل تخصّ ما لا ينتفع به إلاّ باستهلاك عينه، كالثمرة والخبز واللحم، دون ما ينتفع به مع بقائها، * كالعبد والدابة. فينبغي أن يخصّ المنع الأول ولا يعمّ الثاني^(١٢٠) ولا يطلق القول فيهما بجواز ولا منع^(١٢١).

بيع النصبه وفاء وباتاً ووقفها وهبتها

فإن قلت: من النوع الثاني^(١٢٢) * ما يعبر عنه عامتنا بالنصبه وفقهاؤنا بالسكنى لتصريحهم بأنها نقلي، فينبغي جواز عقد الوفاء عليها^(١٢٣). كما يجوز عقد البات عليها إذا لم يكن بشرط القرار.

قلت: ذلك لو لم يدخل فيها على شرط القرار، لكنّه

(١٢٠) أي المنقول الذي لا يتطرّفه الفساد. ج.

(١٢١) القاعدة التي يدور عليها الجواز وعدمه هي ما ورد في الدرر والغرر من قولهم: (قيل يصح بيع الوفاء في المنقول لعموم الحاجة، وقيل لا يصح لاختصاص التعامل بالعقار. فمن أجاز أخذ بالأول، ومن منع اعتمد الثاني). البنشانجي: ٧٥ ب. وذكر المتأخرون هذه المسألة وقالوا اختلف في جواز بيع الوفاء في المنقول إذا لم يكن المنقول من توابع العقار. وأنكر بعضهم هذا الترجيح، وقال لم تتعرض المجلة له أيضاً. ومقتضى ما ذكره من أن تجويز بيع الوفاء بهذه الكيفية المعروفة إنما كان لضرورة الناس وتعارفهم، أنه إذا لم يتعارف الناس إجراؤه في المنقول التعارف المعتبر، لا يجوز كما في الواقع في زماننا. أحمد الزرقاء. صدر التنبيه الرابع: ٢٨.

(١٢٢) وهو ما ينتفع به مع بقاء عينه. ب.

(١٢٣) هذا مسلم. ب.

مدخول عليه، فصار معروفاً عرفاً، وهو كالمشروط شرطاً^(١٢٤).
 فإن قلت: يخرج على ما مرّ عن النسفي من أن لا عبرة
 بالشرط المفسد إذا لم يذكر عند التعاقد باللسان وإن كان مضمراً
 بالجنان^(١٢٥).

[٣٧٦]

قلت: ذلك في غير المعروف عرفاً، وإنما هو أمر يخصّ
 المتعاقدين. / أمّا ما عمّ به العرف فهو من المذكور في العقد
 حكماً^(١٢٦). * فإذا لا يصحّ على النسبة وحدها عقد بيع وفاء التصرفات لا
 تصح في النسبة

(١٢٤) راجع تفصيل هذه القاعدة عند الكلام على «العادة محكمة» المادة
 ٣٦، وفي المادتين «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، و«المعروف
 بين التجار كالمشروط بينهم». أحمد الزرقاء: ٤٣، ٤٤، ١٦٥ -
 ١٦٨، ١٨٣ - ١٨٦.

(١٢٥) في يسوع الخيرية، نقلاً عن الخلاصة، والقبض، والبزازية،
 والتاتارخانية وغيرها، أنه يجعل البيع الصادر بعد المواضعة من غير
 ذكر الشرط على ما تواضعا. انظر الرملي: ٢٢٦/١. وفي الفصل
 الأربعين من العمادية قبيل الكلام على ما يحكم فيه الحال. انظر
 الجنس الرابع من المسائل في إفساد العقد بعد صحته وتصحيحه بعد
 إفساده. نخ اليوسفية: أسفل ٢٦٩ أ. وانظر نفس الموضوع في
 الفصل: ص ٣٩. الجامع: ٣٢١/٢، وكذا في فصل أحكام بيع
 الوفاء، أنه إذا تواضع المتبايعان على شرط الوفاء ثم تبايعا خالياً عن
 هذا الشرط، فالعقد جائز. ولا عبرة للمواضعة السابقة نقل ذلك عن
 فوائد جده. نخ أحمدية: أول ١٠٣ ب. وفي الفصل التاسع عشر نقلاً
 عن نجم الدين أن ما كان قبل العقد، وما كان في القلب عند العقد
 لا عبرة لذلك إذا لم يذكر عند العقد سوى الإيجاب والقبول. وذكر
 هناك فروعاً أخرى من هذا الجنس. العمادية. نخ أحمدية: وسط
 ١٠٣ أ محمد ابن الخوجة الأكبر. ج.

(١٢٦) تعليق بهامش النسخة: اعرف هذا السؤال والجواب فهما قاضيان بعدم =

أو باتاً^(١٢٧)، بل ولا رهين ولا هبة ولا وقف. أما البيع بنوعيه فلما سمعت؛ وأما الرهن والهبة فلعدم القبض، لعدم إفرازها عن المشاع القابل للقسمة لا يصح فيما يقبل القسمة، ولا يصح فيه رهن ولا هبة؛ وأما الوقف فلا أنه منقول لم يجز التعارف بوقفه. وإذا لم تجز هذه العقود في النصبه، وهي عين مال قائم،* فعدم جوازها فيما يعبر عنه عامتنا بالمفتاح وفتحهاؤنا بالخلو، وهو معنى مجرد^(١٢٨)، أولى لأن محل هذه

جواز بيع الوفاء في النصبه. وانظر ما جرى به عملنا في جواز بيع الوفاء في الكردار والإنزالات. والذي يظهر لي أن الشرط المفسد هو الذي لا يقتضيه العقد فيفضي إلى النزاع، وبيع الإنزال بنوعيه بشرط القرار فيه يقتضيه العقد ولا يفضي إلى النزاع، ومثله النصبه فافهم.

(١٢٧) ورد بذيل النسخة البيروية وكذا بذيل الرضوانية فائدة هي من تمام هذه المسألة نصها: الحمد لله سثلت عن البيع الوفايي الغير الصحيح كما في بيع النصبه الشائع بتونس هل يلزم المشتري أجر ما سكن أم لا؟ فأجبت بعدم اللزوم. ولو كان المبيع معداً للاستغلال لما صرحوا به في باب الغصب من أن الساكن بتأويل عقد لا يلزمه أجر، ومثلوا بالمرتهن إذا سكن بيت الرهن. ولا شك أن هذا سكن بتأويل عقد فلا يلزمه الأجر. وهذه كثيرة الوقوع في بلدنا جداً فليتبته لحكمها. ب، ر.

(١٢٨) لأنه عبارة عن البقاء في المحل بحيث لا يزداد عليه، ومنه ما تعارفه أهل الذمة ويعبرون عنه بالحزقة، ب. ومما يتصل بهذا القول في بدل الخلو الذي كان موضع بحث في مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة. وصدرت الفتوى بجوازه في أكثر الصور إلا في حالة انقضاء مدة الإجارة وعدم تجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له فإنه لا يحل لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر. وقد تضمن ذلك القرار المفصل رقم ٦ العدد الرابع: ٢٣٢٩/٣ - ٢٣٣٠؛ ومجمع الفقه الإسلامي. قرارات وتوصيات: ٧٠.

العقود المال الذي هو عين يجري فيها التنافس والابتدال، ولا شيء من المعنى بعين فلا يكون مالاً فلا يكون محلاً لها، فلا تصح فيه بحال.

الفصل الثالث:

فيما يجوز من فعلٍ للمشتري وفاء في مبيعه وما لا يجوز ولنؤخر الأول لطول الكلام عليه.

اعلم أنه لا يصح منه فيه نقل الملك ببيع بات ولا هبة ولو على القول بفساده على ما مرّ أنه المختار^(١٢٩) فيه، ولا نقل اليد لا ببيع وفائي مثل بيعه على ما نصّ عليه في البزازية^(١٣٠)، المبيع وفاء لا * ولا برهن محض أو إعارة على ما ظهر لنا من قولهم: إنه * معطى له، في غير الانتفاع به سكنى واستغلالاً على القول بالتركيب، حكم الرهن، والمرهون لا يرهن ولا يعار. وحيث علمت من كلام البزازي أنه لا يصح من مشتريه عقد بيع الوفاء فيه * يظهر لك أنّ ما يصنعه بعض شرّاته من توليتهم^(١٣١) شراءهم الوفاء مسألة التولية في الوفاء

(١٢٩) أي عدم صحة النقل المختار فيه وأنه لا يفوت بها. ب.

(١٣٠) قال عماد الدين وعلاء الدين ومنهاج الشريعة: (في المشتري وفاءً إذا باع باتاً أو وفاءً أو وهب أن هذا التصرف لا يصح). البزازية: ٤/٤١١؛ وفي نور العين: (والمشتري وفاء إذا باع باتاً أو وفاءً أو وهب لا يصح). البنشانجي: ٧٥؛ وفي المادة ٣٩٧: (ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء من غيره لأن البيع بالوفاء في حكم الرهن في كل شأن من شؤونه). علي حيدر: ١/٣٦٥؛ شرح المجلة: ٢٢٤، ٣٩٧.

(١٣١) التولية نقل جميع المبيع إلى المولى بما قام عليه بلفظ: ولبتك أو نحوه من غير زيادة ربح ولا نقصان. الموسوعة الفقهية الكويتية: ٤٩/٩.

الوفائي غيرهم لا يصح إذا لم يكن بإذن البائع^(١٣٢). وإذا كان غير صحيح تكون يد المتولّي/ عليه بسبب تلك التولية غير محقّة^(١٣٣).
 * وإذا كانت كذلك كان للمالك نقصها مع غيبة المشتري منه وردّ المبيع من يد غير المبيع ولو بغية المشتري
 المبيع ليده حتّى يحضر الغائب ذو اليد المحقّة فيأخذه منه حتى يدفع هو له مال وفائه. وليس لصاحب التولية أن يصّده عن ذلك: بأنك بعته وفاء لفلان، فلا حقّ لك الآن فيه حتّى تدفع له ثمن وفائه، لأنّه ليس بنائب عنه، لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً تصحيحاً لتوليته، لأنّ ذلك إنّما يكون لو كان للمشتري أن يعقد فيه التولية. وقد عرفت أن ليس له ذلك.

(١٣٢) أما إذا كان بإذنه فإن قال أرهته لك فهو ملغى ولا يصح رهنه. وإن قال: لي كان له. وتضمن هذا فسخ الرهن الأول وتوكيله بالثاني ه. والظاهر حيثشذ رجوع الحقوق إليه. ومنها طلب ثمن الوفاء بعد فسخه. ثم هذا الفسخ كما يصح منه يصح من موكله. فقد صرح المقدسي، في إقالة شرحة الكنز المنظوم، بصحة إقالة وكيل البيع وموكله أيضاً. وهذا حقه لأنه وكيل بيع وفائي لكن قيد شارح المجمع صحة إقالة وكيل البيع بما إذا لم يقبض الثمن. كذا بخط الوالد رحمه الله تعالى. ب.

(١٣٣) في كتاب الرهن من الخيرية: (سئل في رجل ارتهن كرمًا من رجل بمبلغ وغاب الراهن فجاء أجنبي ففرض الدين وارتهن الكرم وأكل ثمرته مدة سنتين، ثم حضر الراهن ومنعه المرتهن الكرم حتى دفع له ما دفع للمرتهن الأول. فما الحكم في ذلك وفيما أكله من ثمره؟ أجب ليس له منعه، ويضمن له ما أكله من ثمره وشجره، ولا يرجع على أحد بما دفعه لا على الراهن الأول، ولا على الثاني لكونه متطوعاً. والله سبحانه وتعالى أعلم). الرملي: ١٩٣/٢. وفعل بيع الوفاء معطى له حكم الرهن. محمد ابن الخوجة الأكبر. ج، ر. وبيان هذا الحكم وارد بعد نقلاً من العمادية.

وحكم وإرث كل واحد من هؤلاء الثلاثة^(١٣٤) حكم مورثه، كما ذكره ذلك كله صاحب الفصول نقلاً عن القاضي الأمير. وهو وإن ذكره في صورة كون المشتري وفاء باعه باتاً فقد علمت استواء البيعين في عدم الصحة من المشتري وفاء، فتتحقق في البيع الوفايي ما تحقق في البات من كون يد المشتري الأخير غير محقة، وهو المناط في نزع المالك ملكه من يده فيثبت في الوفايي ثبوته في البتي^(١٣٥). والقاضي الأمير وإن كان من الرائين كون الوفاء رهناً، وكلامنا على رأي من يراه مركباً منه ومن البيع، إلا أنك عرفت أنّ من يرى التركيب فيه يراه في حقّ البائع رهناً. ونحن نتكلم بالنسبة إليه حيث قلنا: له نزع متاعه من يد من ليس له يد محقة عليه.

[وبعد هذا فعندي في نزع المالك هذه اليد إشكال قوي. وذلك أنه لا يكون إلاً بالحكم، وهو يستدعي الخصومة لا محالة،

(١٣٤) المالك والمرتهان. ب.

(١٣٥) سئل صاحب الهداية عن باع كرمه من رجل بيع الوفاء وتقابضا، ثم باعه المشتري من آخر بيعاً باتاً وسلم وغاب. هل للبائع الأول أن يخاصم هذا المشتري الثاني ويسترد منه كرمه؟ قال نعم، وإن كان حقّ الحبس للمرتهن لكن يد هذا المشتري محقة، والبائع الأول مالك له وله أن يسترد ملكه ممن قبض بغير حق، ثم للمرتهن حق أن يأخذه منه ويحبسه متى حضر. قال وكذلك إذا مات البائع الأول والمشتري الأول والمشتري الآخر فلورثة البائع الأول أن يستخلصوه من أيدي ورثة المشتري الآخر، ولهذه الورثة أن يستردوا ما أعطى البائع مورثهم من الثمن، ولورثة المشتري الأول أن يستردوا الكرم من ورثة البائع الأول ويحبسوه بدين مورثهم إلى أن يقبضوا الدين. وهذه الجملة من فتاوى النسفي. العمادية: ١٠٣ أ؛ والجامع: ١/٢٣٥؛ والبشنانجي: ١٧٣.

وهي منتفية هنا. وذلك لأن ذا اليد لا يدعي في هذا البيع ملكاً لنفسه، وإنما يدعي فيه حقاً بشرائه له وفاء من الغائب. وأطبقوا على أن من هو كذلك لا تسمع عليه دعوى/ حق ولا ملك. وإذا لم تسمع لا يتمكّن المالك من إثباتها بالبيّنة لقيامها على غير خصم، ولئن اعترف له ذو اليد^(١٣٦)، وبيعه للغائب وفاء وأريد القضاء باعترافه لم يصحّ لما فيه من إبطال حقّ الغائب، لأنه لما قال: شريته وفاء من الغائب، فقد اعترف للغائب باليد، والأصل فيها كونها يد ملك. فقوله: إنّها ليست بها وإنما يد الملك لهذا الحاضر، إقرار على الغائب. فكيف يصحّ؟ فتأمل^(١٣٧).

فإن قلت هل لهذا المشتري [بالتولية]^(١٣٨) أن يطالب البائع الأول بالمال الذي قبضه من المشتري الأول ليأخذ منه ما دفعه هو لذلك المشتري من ثمن التولية؟ إمّا من حيث إن للمشتري الأول هاته المطالبة، وهو بالتولية قد قام مقامه وتنزل منزلته، أو من حيث إن الأول^(١٣٩) غريم للثاني، والثاني غريم له^(١٤٠)، وغريم الغريم غريم.

قلت: لا، إذ لا نسلم أن المشتري الأول، لو كان حاضراً،

لا يصير مال الوفاء ديناً في ذمة البائع إلا بعد فسخ الوفاء

له تلك المطالبة. لأن العقد قائم لم يفسخ بعد. * وما لم يفسخ لا يثبت مال الوفاء ديناً للمشتري بذمة البائع. وإنما يصير كذلك

(١٣٦) بالملك. ب.

(١٣٧) الفقرة ساقطة من الخوجية.

(١٣٨) كلمة بالتولية ساقطة من ج.

(١٣٩) لعله أراد الراهن الأول ج.

(١٤٠) قوله له أي للثالث. ج، وهو المشتري الأخير. ب.

بعد الفسخ^(١٤١). * ولهذا لا تصح الكفالة به منجزة، وإنما تصح لا تصح الكفالة مضافة إلى الوقت المذكور^(١٤٢). وهذا أصل بينهم مقرّر ولديهم مكرّر. والفرض أن لا فسخ، فلا دين، فلا مطالبة. ولا يصح وقوع التفاوض بين الأول والثالث إذ لا عقد بينهما حتى يفسخاه، ولا أن يفسخه الثاني نيابة عن الأول لفرض انتفائها، وبفرض تضمّن التولية إنابته على الفسخ فقد علمت بطلان التولية، وبطلانها يبطل ما في ضمنها من توكيل إن كان.

وأما حديث غريم الغريم غريم، فأولاً: حيث كان مال الوفاء ليس بدين قبل الفسخ فلا غريم ولا غريم غريم، وعلى التنزل لآته دين قبله/ حتى تحقق الغريم وغريمه، فغريم الغريم عندنا إنما هو غريم لمن باشره بما هو سبب الدين، لا لمن باشر من باشره به^(١٤٣). ولهذا لو دفع غريم الغريم لدائن دائنه لم يرجع به على دائنه لآته وإن قضى عنه دينه فقد قضاه بغير أمره وبغير^(١٤٤) ضرورة ألجأته إليه. ولا رجوع لقاضي الدين على المقضي عنه إلاّ

[٣٧٩]

(١٤١) هذا معنى قول العمادي في الصلح: (إن المال لم يجب بعد على البائع وإنما يجب بعد الفسخ). العمادية: ١٠٧ ب، وقوله بعد ذلك: (إن مال الوفاء ليس بثابت في ذمة البائع ما دام بيع الوفاء قائماً (أي باقياً)). العمادية: وسط ١٠٨ أ؛ الجامع: ٢٤٣/١.

(١٤٢) الكفالة بمال الوفاء تصح مضافاً لا في الحال، إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ لا في الحال. كذا في فوائد صدر الإسلام ظاهرين محمود. الجامع: ٢٤٣/١.

(١٤٣) ويعني نحن نقول بموجب ذلك لكن كون غريم الغريم غريماً أنه غريم لمن باشره بالدين فقط، فليس لغيره مباشرته بالطلب. هـ. تقرير. ب.

(١٤٤) نخ: بلا.

دفع المالك مال التولية للثالث بلا إذن الثاني بأحد هذين السببين. * وبهذا يعلم أنه لو دفع الأول للثالث مال وفائه عن الثاني ليأخذ المبيع من يده لم يرجع به عليه لانتهاء سببي الرجوع. أمّا انتهاء الأول فواضح، وأمّا انتهاء الثاني^(١٤٥) فلما مرّ من أنّ له نزع^(١٤٦) من يده بلا شيء. وإذا كان كذلك كان مختاراً في الدفع. والمختار متبرّع، والمتبرّع لا رجوع له.

وأما ما يصح من تصرفات المشتري فيه، فذلك زراعته وإجارته والانتفاع بثمرته. ولنورد لكلّ منها مبحثاً على حدة فنقول:

المبحث الأول:

زراعته الأرض * في زراعة المشتري وفاءً الأرض التي عقد الوفاء عليها وتتعلق بها مسألتان كلتاها فيما بعد التفاضل في عقده.

الفسخ وفي الأرض زرع لمشتري الوفاء * أولاهما فيما إذا تفسخا بعد الزراعة إلا أن الزرع لم يدرك بعد بل هو بقل. فهل يكلف المشتري قلعه من الأرض ليسلمها لربّها، أم لا ويبقى فيها إلى إدراكه بأجر المثل للأرض؟

وثانيتها فيما إذا تفسخا قبل الزراعة بعدما كَرَبَ المشتري الأرض ليزرعها فمنعه البائع من زراعتها بعد الفسخ، فهل له أن يضمّنه قيمة كرابه أم لا؟

أما الأولى، فمنهم من فصل بين كون الفسخ بطلب المشتري، فلا يبقى زرعه بل يقلع لأنّه مختار/ في طلب الفسخ. إذ يمكنه تأخيره إلى وقت الإدراك. فلما لم يؤخره إليه، يكون

[٣٨٠]

(١٤٥) الأول هو الأمر، والثاني الضرورة. ر.

(١٤٦) على ما فيه من الأشكال. ب.

راضياً بالقلع. فلا ينظر له بالإبقاء. وهو لم ينظر لنفسه بتأخير طلبه.

وبين كونه بطلب البائع فيبقى له لأنه مضطرّ في هذا الفسخ إذ لا يمكنه الامتناع منه، فلا يمكن جعله مع عدم الاختيار راضياً بالفسخ، وليس في هذا الإبقاء كبير ضرر بالبائع لأنه لا يبقى في أرضه مجاناً بل بأجر المثل، فكان فيه^(١٤٧) نظر للجانبين^(١٤٨).

ومنهم من أطلق القول بالإبقاء للإدراك، بأجر المثل في صورتين^(١٤٩)، ولم يجعل لطلبه الفسخ أثراً في منع إبقاء زرعه، نظيراً بمسألة المزارعة التي أحر فيها المزارع الزراعة لآخر السنة حتى مضت مدتها والزرع بقل حيث حكموا بإبقاء زرعه بأجر المثل، ولم يأمرؤا بقلعه باعتبار جعله راضياً به حيث أحر الزراعة اختياراً^(١٥٠).

* وأما الثانية فذكر في الفصول: (أنها واقعة الفتوى. إذا تفسخا

بعدما كبر

المشتري

الأرض

(١٤٧) أي في إبقائه بأجر المثل. ب.

(١٤٨) انظر نقلاً من الذخيرة. الجامع: ٢٤١/١؛ وورد ملخصاً من فوائد

شيخ الإسلام برهان الدين: (باع أرض وفاء فزرعه المشتري ثم أدى

إليه البائع مال الوفاء حتى انفسخ البيع والزرع بقل؟ أجاب بعضهم بأنه

لو أدى بطلب المشتري يجبر على تفريغ الأرض لا لو آداه بلا طلبه بل

يترك في يده بأجر مثله). العمادية: آخر ١٠٧ ب.

(١٤٩) ولو قيل يترك في يده بأجر مثله في الوصفين فله وجه. البنشانجي:

أسفل ٧٤ ب. وذكر العمادي القول الأخير المطلق بالإبقاء للإدراك

بأجر المثل في صورتين قائلاً: (ولو قيل بأنه تترك في يده بأجر

المثل في كلا الوجهين فلعله وجه. فقد ذكر في الفصل الثامن من

الذخيرة). العمادية: آخر ١٠٧ ب.

(١٥٠) العمادية: آخر ١٠٧ ب.

وصورها فيما إذا أدى البائع مال الوفاء من غير طلب المشتري
وقال:

وعلى قياس مسألة المزارعة، يعني التي آخر فيها المزارع
الزراعة لآخر السنة وأبقى له فيها زرعه بأجر المثل، ينبغي أن
يجب^(١٥١). وهكذا أفتيت بأنه يجب).

وإنما لم أفهم كونَ قياس إبقاء الزرع بأجر المثل في تلك
المسألة هو إيجاب قيمة الكراب في هذه، وأين وأين! وليس في
مسألة المزارعة إلا عقد إجارة حكمية في الأرض لعذر دفع الضرر
عن المشتري بقلع زرعته الذي كان أصل وضعه في أرض البائع
بحق. وهذا ليس ببدع في الإجارة لأنها كما تفسخ بالعذر تعقد
جبراً به.

وأما مسألة الكراب ففيها تقويم عمل المشتري/ الذي عمله
لنفسه على البائع من غير عقد ولا دلالة حال^(١٥٢). ومنعه من
الزراعة بعد الفسخ منع بحق فلا يصلح سبباً للضمان. [وأيضاً فهذا
ضمان منفعة والمنافع على أصلها لا تقوّم لها حتى لا تضمن
بالغصب. أفترى لا يضمنها الغاصب ويضمنها مالك الأرض!

[٣٨١]

(١٥١) أي على البائع للمشتري أجر كرابه. ب؛ أورد العمادي مسألة الفتوى
بمعنوان مشتري الوفاء كرب الأرض لتزرع يبذره فأوفاه المال.
العمادية: أول ١٠٩ أ؛ الجامع: ٢٤٤/١؛ الطرابلسي: ١٤٨ -
١٤٩.

(١٥٢) قوله ولا دلالة حال. كتب الشيخ أحمد ابن الخوجة الثاني رحمه الله
ما نصه: (عندي بعض توقف من حيث إن عقدة بيع الوفاء قائمة (أي
وقت الكراب) وذلك يتضمن الإذن بوجوه الانتفاع ومنه كرب الأرض
الذي هو مقدمة الزراعة). اهـ. ج، ر.

ولا يهولتكم تصريح البزاي في فتاواه بالضمنان، إذ قال: (كرب المشتري وفاء أرض الوفاء للزراعة وأدى البائع مال الوفاء وفسخ البيع، للمشتري أن يطالب من البائع أجره الكرب إذا كان النقد بلا طلب المشتري)^(١٥٣) لأن ما ذكرناه وارد عليه وروده على صاحب الفصول^(١٥٤).

فالذي يقتضيه النظر عدم إيجاب قيمة هذا الكراب على البائع للمشتري^(١٥٥). نعم ينبغي أن يرضيه^(١٥٦) فيه بشيء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

المبحث الثاني:

في إجارته

وتتعلق بها مسألتان أيضاً إحداها مسألة إجارته لغير بائعه، وثانيتهما مسألة إجارته له.

أما الأولى فلا كلام في كون الأجرة له لكونه العاقد، لأنه إذا كانت للغاصب لذلك فكيف لا تكون ههنا له كذلك^(١٥٧)،

(١٥٣) انظر البزاية: ٤٢٢/٤.

(١٥٤) ساقط من ج، و.

(١٥٥) اعرف أن الذي يقتضيه النظر عدم إيجاب قيمة كراب مشتري الوفاء على البائع بعد الفسخ. وعلى هذا عملنا. ب.

(١٥٦) نص ابن عابدين فيما إذا امتنع رب الأرض من المصير في المساقاة وقد كرب العامل في الأرض وأنه يسترضيه ديانة. أي يرضي صاحب الكراب بشيء. وذكر الشارح بأن يفتي بأن له فيه أجر مثله لغرره على أن الاسترضاء بأجر المثل موافق لما في التبيين. الدر المختار ورد المحتار. كتاب المزارعة: ١٧٧/٥. ر.

(١٥٧) قاله العمادي: ١٠٥ أ؛ وفي الجامع مثله على قول من جعل بيع الوفاء فاسداً لو قبضه وأجره من غيره. فله الأجرة لأنه لو غصب وأجره فله الأجرة فهذا أولى: ٢٣٩/١.

ولا في حلها له على القول بالتركيب، إذ قد مرّ أنه يعتبر الوفاء عليه في حقّ المشتري بيعاً باتاً، فيكون مؤجراً لما ملكه بالبيع البات الصحيح. فكيف لا يحل له مع أنه ما اعتبر فيه هذا التكلّف إلاّ ليحل انتفاع المشتري بالمبيع! (١٥٨).

* وإنما الكلام فيما أجره المشتري لمدة ثم تفسخ مع البائع مستأجر قبل تمام مدة الإجارة [٣٨٢] التماسخ فيما هو مستأجر قبل تمام مدة الإجارة حتى تفسخ/ إجارته أيضاً تبعاً لانفساخ عقد الوفاء أم لا يظهر في حقه حتى يستمر على إجارته إلى تمام مدته؟.

وملخص ما في العمادية^(١٥٩) هنا * أن فسخ عقد الوفاء تارة يكون من قبل المشتري بأن يكون هو الطالب له لرغبته في استرجاع الثمن، وأخرى من قبل البائع بأن يكون هو الطالب له رغبةً في استرداد المبيع، فإن كان الأوّل فمدار ظهور الفسخ في حقّ المستأجر على ثبوت العذر للمشتري في فسخ الوفاء بثبوته في فسخ الإجارة ببيع المؤجر المستأجر من دين عليه لا وفاء له إلاّ من ثمنه. فإن ثبت ذلك^(١٦٠) في حقّ المشتري ظهر في حقّ المستأجر وانفسخت إجارته بفسخ الوفاء، وإن لم يثبت لم يظهر في حقه ولم تفسخ إجارته بفسخه، بل اقتصر فسخه عليه في حقّ خصوص متعاقديه. ولا عبرة هنا لكون الإجارة كانت لمدة متعارفة أو غيرها، فتفسخ مع ثبوت الدين في المتعارفة ولا تفسخ مع انتفائه في غيرها؛ وإن كان الثاني فالأمر بالعكس، أعني أن مدار ظهوره في حقه على عدم تعارف المدّة. فإن كانت لمدة غير

(١٥٨) نخ: بالبيع. ج، و.

(١٥٩) العمادية: آخر ١٠٦ أ.

(١٦٠) أي دين على المشتري لا وفاء له إلاّ من ثمن الوفاء. ب.

متعارفة - قال العمادي: (كالعشر سنين)، والظاهر أن غير المتعارفة عندنا ما زاد على السنة^(١٦١) في العقار^(١٦٢) وعلى الثلاث في الأراضي - ظهر الفسخ في حقه وانفسخت إجارته، وإن كانت لمتعارفه لم يظهر ولم تنفسخ إجارته بفسخه بل اقتصر الفسخ عليه^(١٦٣). ولا عبرة هنا لدين على البائع، لا وفاء له إلا ببيع العين وخلاصه من ثمنها وعدمه، فتفسخ مع عدم التعارف ولا دين على البائع. ولا تفسخ/ مع التعارف وذلك الدين عليه. وهذا لأن فسخ الإجارة، بفسخ الوفاء في صورة كون فسخه من قبل المشتري، فسخ لها من أحد عاقيدها، إذ هو المؤجر فيها. وفسخ الإجارة من أحد المتعاقدين لا يكون بعدم^(١٦٤) تعارف المدّة، لكونه رضي بعقدتها عليها، وإنما يكون بالعدر الذي لا يناسب هنا منه إلا ذلك الدين^(١٦٥)، وفسخها^(١٦٦) بفسخه، في صورة كون فسخه من البائع، فسخ من غيرهما، إذ البائع^(١٦٧) أجنبي عن عقد الإجارة وعذر الدين كغيره^(١٦٨) مقصور فسخها به على كونه من أحد

[٣٨٣]

(١٦١) لأن هذا أكثر ما تعرف في المدة التي يؤجران إليها. وإيجارهما لغيرها وإن كان واقعاً لكنه نادر بالنسبة إليها. اهـ . منه . ب.

(١٦٢) نخ. الرباع . ع.

(١٦٣) والفرق بين الصورتين ما أورده العمادي من قوله: (ولو كانت مدة غير متعارفة بأن أجز عشر سنين لا تبقى الإجارة لأننا لو قلنا بأنه لا تنفسخ بتفاحش الضرر بخلاف تعارف المدة لقلّة الضرر). العمادية: وسط

١٠٦؛ الجامع: ٢٤١/١؛ الطرابلسي: ١٤٨.

(١٦٤) نخ: بعد في ج.

(١٦٥) أي الذي لا وفاء إلا منه . ب.

(١٦٦) الإجارة . ب.

(١٦٧) عند الوفاء . ب.

(١٦٨) من الأعذار . ب.

المتعاقدين. وإنما فسخت بعدم تعارف المدة دفعاً لفحش الضرر عن البائع^(١٦٩) لو أقيمت معه. ثم إذا فسخا الوفاء إما بطلب المشتري بلا دين عليه، أو بطلب البائع ومدة الإجارة متعارفة حتى لم تنفسخ، وكان للمستأجر إتمام مدتها، وكان البائع لم يدفع للمشتري ثمن الوفاء بعد، كان له^(١٧٠) أن يمتنع من دفعه مع انفساخ الوفاء^(١٧١) حتى يتمكن من قبض المبيع بانقضاء مدة الإجارة لقول العمادي: * (إن له أن يمتنع من دفع الثمن حتى تنفسخ الإجارة [لأنه ليس بعذر])^(١٧٢). وقد علمت أن لا انفساخ هنا إلا بتمام المدة، وأما إذا دفعه ثم أراد^(١٧٣) استرداده إلى تمكنه من قبض المبيع فيظهر لي، وإن لم أر من تكلم فيه بشيء، أنه إن كان وقت الفسخ عالماً بالإجارة وبما بقي من مدتها، وإن لم يعلم بالحكم الشرعي من أنه لا يتمكن من القبض إلا بعد تمامها، لم يكن له ذلك^(١٧٤)، لأنه وإن كان له الامتناع من الدفع إلى تمام المدة شرعاً، الذي معناه أنه مخير بين الدفع وعدمه فقد اختار/ أحد الجائزين له وهو الدفع، إذا دفع وهو مع ذلك عالم بما بقي من المدة، فلو يبق له عذر في الاسترداد، وجهله بأن له الامتناع شرعاً ليس بعذر لكونه جهلاً بحكم شرعي في دار الأحكام. وإن لم يكن عالماً بذلك حين دفعه ينبغي أن يكون له أن

التفصيل فيما إذا
دفع الثمن ثم رام
الاسترداد إلى
تمام المدة

[٣٨٤]

(١٦٩) بعد البائع [و] انظر ب، ر.

(١٧٠) للبائع بعد الفسخ أن يمتنع من مال الوفاء ما بقيت مدة الإجارة. ج.

(١٧١) قوله مع انفساخ الوفاء، يعني لأن البائع والمشتري قد فسخاه

بتراضيهما. فانفسخ في حقهما وإن لم يفسخ في حق المستأجر. ب.

(١٧٢) انظر العمادية: أسفل ١٠٦ أ؛ والجامع: ١/٢٤١.

(١٧٣) نخ. رام.

(١٧٤) أي الاسترداد. ب.

يسترد، لأن من حجته أن يقول: لو علمت ببقائها ما دفعت.

نعم إذا ادّعى عليه المشتري العلم بما بقي من المدة حين دفعه ولا يبيّنه له على دعواه، كان له استحلافه. وهذا كله - قلته - استظهاراً منّي، فليُنظر فيه وفي كلّ ما أسّظهره، ولا يعتمد عليه. فإنّه إذا كان صاحب الفصول كثيراً ما يقول: وأجاب بعض من تصدّر للفتوى في زماننا، وإن لم يعتمد جوابهم^(١٧٥) فكيف يعتمد جواب أمثالنا!

ثم إنّ جميع ما سبق إنّما هو بالنظر لانفساخ الإجارة تبعاً لفسخ الوفاء وعدمه. * وأمّا بالنسبة لأجرة المدة التي من وقت فسخ الوفاء إلى آخر وقت الإجارة لمن تكون؟ فهذه وإن كان ببادي الرأي يتوهم أن تكون للبائع إذ كانت أجرة المدة التي بعد الفسخ، فليس كذلك إذ اتفقت كلمتهم على أنها للمشتري، كأجرة المدة التي قبل الفسخ التي لا تردّد في أنها له. فإذا أجرة المدة كلّها تكون للمشتري لأنّه هو العاقد لهذه^(١٧٦) الإجارة، وأجرة عقدها لعاقدها إذا كان غصباً، فكيف بهذا!

فإن قلت: قول الفصول: (ولو مضى بعض المدة فجاء البائع بالثمن إلى المشتري يجبر المشتري على قبض الثمن والوفاء بما شرط^(١٧٧))، ويجب الأجر بحساب ما مضى [من المدة]^(١٧٨)،

(١٧٥) الشاهد هنا. ب.

(١٧٦) نخ. عاقد هذه.

(١٧٧) من الرد. ب.

(١٧٨) كذا في الفصول. وقدم له بقوله: (وعلى قول من أجاز له صح الإجارة من البائع وغير البائع ويكون الأجر له؛ وغلة الكرم على ما شرط).
العمادية: أعلى ٥ ب؛ والجامع: ١/٢٤٠؛ نور العين: (لو مضى =

يعطي^(١٧٩) تقسيطها على المدة، كالعلة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى فيها، حتى تكون/ أجرة ما قبل الفسخ للمشتري وما بعده للبائع، فينافي ما ذكرته من كون أجرة المدة كلها للمشتري.

قلت: لا تنافي بينهما لأن ما ذكرته من كونها بتمامها للمشتري فيما إذا كانت الإجارة للأجنبي. وما ذكره من كون المشتري ليس له إلا أجرة ما قبل وقت الفسخ فيما إذا كانت الإجارة للبائع على القول بجوازها، لأنه بعد أن قال: وهذا يعني عدم جواز الإجارة من البائع على قول من قال بالفساد^(١٨٠)، وعلى قول من أجازها^(١٨١) صح الإجارة من البائع وغيره، وتكون الأجرة له، وغلة الكرم على ما شرطنا، ألصق به قوله: (ولو مضى بعض المدة إلى آخره). فلا يشك أن معناه ولو مضى بعض المدة في صورة الإجارة للبائع المتكلم فيها.

وإنما^(١٨٢) افترق الصورتان في هذا الحكم لأنه ممّا لا تشكيك فيه أن لزوم الأجر على المستأجر يدور مع عقد الإجارة، يثبت بقيامه وينتفي بفسخه. وعقدها هنا يدور مع عقد الوفاء كذلك، ضرورة أن المشتري لم تثبت له ولاية عقد الإجارة

بعض المدة وجاء البائع بثمن المبيع فأجبر المشتري على قبض ثمنه والوفاء بما شرطنا، وتجب الأجرة بحصة ما مضى من المدة). ثم قفى المؤلف على هذه المسألة بقوله: (ولكل منهما نقضه في كل حال إذ العقد غير لازم). البشنانجي: آخر ٧٥ أ - أول ٧٥ ب.

(١٧٩) خبر قول الفصول. ب.

(١٨٠) أي بأنه بيع فاسد. ب.

(١٨١) أي جعل الوفاء بيعاً باتاً. ب.

(١٨٢) وإن افترق في ب، ر؛ إنما في ج، ص، و.

على المبيع للبائع أو لغيره إلا بسببه، وإلا فما له ولعقدها على ملك غيره؟ غير أن الوفاء في صورة عقد الإجارة مع الأجنبي، وإن انفسخ في حقّ البائع والمشتري - بفسخهما لولايتهما على أنفسهما - لا يفسخ في حقّ المستأجر لعدم ولايتهما عليه، فيبقى قائماً بالنسبة إليه كأن لم يطرقه فسخ. وبقيامه بالنظر إليه يبقى عقد إجارته على قيامه، وبقيامه تلزمه الأجرة، وإذا لزمته تكون لعاقده الإجارة على ما مرّ، ولا عاقد لها إلا المشتري، فتكون له لا محالة.

وأما في صورة عقدها مع البائع، فلما انفسخ الوفاء بفسخهما انفسخت الإجارة في ضمنه لكون الحقّ لا يعدوهما، إذ كما أنّهما عاقدا الوفاء هما عاقدا/ الإجارة، وإذا انفسخت إجارة البائع لم تبق أجرة حتى يقال لمن تكون؟ وليس معنى قول العمادي: (فيجب الأجر بحسب ما مضى) أن الماضي يكون للمشتري وما بعد الفسخ للبائع، إذ البائع هنا هو المستأجر الساكن، فلا معنى لإيجاب الأجر عليه لنفسه، وإنّما معناه أن لا يجب للمشتري أجر المدة كلّها نظراً لأنّه عقد الإجارة عليها حتى يأخذ من البائع أجر المدة اللاحقة كما أخذ منه أجر السابقة وإنّما له أجر المدة الماضية فحسب.

وأما الثانية وهي مسألة إجارته للبائع فلا يخفى أنّها تصحّ على القول بأن الوفاء بيع صحيح بات لخروج المبيع به عن ملك البائع فلا يلزم محذور أنّه استأجر ملك نفسه لأنّه حينئذ استأجر ملك غيره وهو المشتري لدخوله في ملكه، ولا تصح على كل واحد من الأقوال الأربعة الباقية لعدم خروج المبيع عن ملكه في جميعها:

أما على القول بأنّه رهن فواضح؛

وأما على القول بأنه بيع فاسد فلتعلق حقه بفسخه، ولهذا لا تثبت فيه شفعة حتى يلزم، فتحقق ما يقطع حق مالكة عنه، لأن ثبوتها منوط بخروج المبيع عن ملك البائع، يثبت بثبوته وينتفي بانتهائه. وأيضاً فقالوا: إن رده على المالك مستحق له شرعاً رفعاً للفساد. والرد المستحق بجهة إذا وقع على غيرها لا يقع إلا عنها، فلا يقع رده عليه بجهة الإجارة حتى يقال بصحتها^(١٨٣).

وهكذا يقال فيه على القول بأنه بيع جائز غير لازم للزوم الوفاء بوعده الرد، لأن لزوم الوفاء به يستلزم وجوب رده على مالكة فيكون مستحقاً له على المشتري، فلا يقع إلا على ذلك الوجه.

وأما على القول بالتركيب / فلأنه سبق أن قائله يعتبره في عدم صحة الإجارة للبائع على القول بالتركيب أيضاً

[٣٨٧]

حقّ البائع رهنأ، * والكلام هنا في حقه، وهو أنه هل يصحّ استئجاره حتى تلزمه الأجرة أم لا؟ ومتى اعتبره رهنأ في حقه لزم أن يقول بعدم صحة استئجاره، إذ لا يصحّ استئجار الراهن الرهن من المرتهن؛ وكونه يعتبره في حق المشتري بيعاً باتاً وإن اقتضى جواز إيجاره والانتفاع بأجرته فإنما يقتضي جواز إيجاره إيجاراً صحيحاً، وهذا فاسد لوجود المنافي له، وهو كونه مملوكاً لهذا المستأجر. فيكون مستأجراً ملك نفسه. فلا تكون من مقتضياته^(١٨٤) كغيره من الإجازات الفاسدة. وجواز إيجارته للأجنبي كاف في تحقق جواز إيجاره للمشتري وانتفاعه بأجرته؛

(١٨٣) وهذا ما صرح به العمادي من قوله: (والحكم في البيع الفاسد أن المستحق بجهة لا يقع إلا عن تلك الجهة وإن أوقعه الموقع بجهة أخرى). العمادية: أول ١٠٥ ب؛ الجامع: ٢٣٩/١.

(١٨٤) فلا تكون الإجارة للمالك من مقتضياته أي هذا العقد. ب.

ولو كان القائل بالتركيب يقول بجواز إجارته للبائع لكان قائلاً باعتباره بيعاً في حقّ البائع أيضاً، وهو لا يقول به^(١٨٥).

فإن قلت: هذا معارض بأنّه لو كان يقول بعدم جوازها لكان قائلاً باعتباره رهناً في حقّ المشتري أيضاً، وهو لا يقول به.

قلت: لا ضير في ذلك، إذ لا كلام في أنّ الأصل في هذا

العقد كونه رهناً في حق الكل،* وما اعتبر في حقّ المشتري بيعاً اعتبار بيع الوفاء على خلاف الأصل إلاّ لضرورة تحليل منافعه له. والثابت في حق المشتري بالضرورة يتقدّر بقدر ما تندفع الضرورة به، وهي تندفع بتجوز إجارته من الأجنبي، ولا يتوقف اندفاعها على تعميم الجواز في الإجارة من كلّ أحد، فلا يثبت هذا التعميم بلا ضرورة إليه، إذ لو ثبت بدونها ما صدق أنّه ثبت للضرورة. وهذا كما قاله في المقتضى: إنّ لثبوته للضرورة^(١٨٦) لا عموم له، مع أنّه قد تعارض هنا جهتا الحظر والإباحة، لأنّه إن نظر في هذا الاستتجار لجانب المشتري من كونه بيعاً بالنظر إليه اقتضى إباحته، وإن لوحظت فيه جهة البائع وهي كونه رهناً بالنسبة إليه/ اقتضى حظره. والعقد الواحد لا يمكن اتصافه بالضدّين^(١٨٧)، والمعروف في مثله تقديم جهة الحظر على الإباحة. وهذا ظاهر جداً. ولعلّهم اكتفوا بظهور المنع فيه عن أن يبيّنه كما بيّنه^(١٨٨) على غير هذا القول ممّا عدا

اعتبار بيع الوفاء
في حق المشتري
على خلاف
الأصل بيعاً
لضرورة تحليل
الانتفاع

٣٨٨]

(١٨٥) انظر ما ورد في الخيرية بشأن الصور كلها وما نقله صاحبها من البزازية. الرملي: ٢٢٦/١ - ٢٢٧.

(١٨٦) بالضرورة. ب، وفي غيرها من النسخ للضرورة كما أثبتناه في الأصل.

(١٨٧) تأمل. ج.

(١٨٨) قوله كما بيّنه يعني إذ قالوا لا يصح الاستتجار من البائع على القول بأنه رهن، والقول بأنه بيع فاسد. ويصح على القول بأنه بيع بات =

القول بأنه بيع بات. وليس في تقريرهم مذهب التركيب بقولهم يعتبر بيعاً في حق المشتري حتى ينتفع به كسائر أملاكه، وقولهم، إنه صحيح في بعض الأحكام كحلّ الإنزال^(١٨٩) ومنافع البيع، ولا في قولهم: وعلى قول من أجازَه صحَّ الإجارة من البائع وغيره، ما^(١٩٠) يفيد صحّة الاستئجار من البائع على ذلك القول^(١٩١).

أما الأول والثاني فلأنّ المراد حيث يمكن ذلك، وقد عرفت عدم إمكان انتفاع المستأجر بهذا الاستئجار لعدم صحّته بوجود ما ينافيها من كون المستأجر ملك المستأجر.

وأما الثالث فلأنّ القائل بالتركيب، ليس ممّن أجازَه، إذ المتبادر من هذا اللفظ من قال بجوازه مطلقاً في حقّ كلّ من البائع والمشتري في جميع الأحكام، والقائل بالتركيب لم يقل به كذلك، وإنّما قال به مقيداً بكونه في حقّ المشتري خاصة، و[مع ذلك]^(١٩٢) لم يعممه بالنسبة إليه في جميع الأحكام، بل خصّه ببعضها. * ألا ترى أنّه لا يجوز له بيعه لا باتاً ولا وفاءً ولا رهنه ولا إيداعه، مع أنّ ذلك كلّه ممّا ينتفع به في سائر أملاكه. فظهر

لا يجوز بيع
الوفاء بيع وفاء
ولا رهنه
ولا إيداعه

=

صحيح، وسكتوا عنه على القول بأنه مركب من البيع والرهن، وأما على القول بأنه بيع جائز غير لازم، فهم وإن سكتوا عنه، عليه أيضاً لكن عدم الجواز عليه يفهم من نصهم عليه على القول بالفساد لاتحاد العلة، وهي كون الرد فيه مستحقاً فلا يقع إلا على جهة الاستحقاق على ما نبهنا عليه. ج اهـ. منه ب، اهـ. كذا وجد. ر.

(١٨٩) الثمرة. ب.

(١٩٠) مما في ب، ر؛ ما في ج، ص، و.

(١٩١) أي القول بالتركيب. ب.

(١٩٢) ساقطة في ج.

من هذا ظهوراً لا تحوم حوله شائبة احتمال أن لا يصح إيجار المبيع وفاء من بائعه على ما عدا القول بأنه بيع بات من سائر الأقوال. * وحيث أن للبائع أن يحسب ما دفعه للمشتري من الأجر من مال الوفاء بلا إشكال.

للبائع أن يحسب ما دفعه للمشتري من

واعلم أنه قد يعزى على البائع الخروج من داره التي باعها وفاء، والمشتري/ لا يرضى إلا بأن يؤجرها لينتفع بأجرتها^(١٩٣)، واشتهر أن إيجارها من البائع غير صحيح وأخذ الأجرة منه لا يحل^(١٩٤)، * فيتحیلان لوجه يجمع بين حل أخذ المشتري لأجرتها وسكنى البائع بداره، وهو أن يؤجرها المشتري الأجنبي ويؤجرها ذلك الأجنبي للبائع^(١٩٥).

أجر كراء ملكه من مال الوفاء [٨٩] حيلة توسط أجنبي بين المشتري والبائع في الإجارة

(١٩٣) انظره. ج؛ تقدم بيان ذلك عند الإشارة إلى ما يطلب من الفوائد في بيع الوفاء والعهدة.

(١٩٤) قال في النسفية: (سئل عن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الأجر؟ قال لا كذا في التاتارخانية). الهندية: ٢٠٩/٣.

(١٩٥) في هذه الحيلة جرى على غير الصحيح في مسألتين: إحداهما إجارة العقار قبل قبضه، وقد قيل هو على الحظر الجاري في بيعه قبل قبضه، وقد قيل إنه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح - وهذا قياساً كما قاله الأتقاني وهو قول محمد وزفر والشافعي، وأجازه الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف استحساناً - وذكره الزيلعي في فصل التصرف في المبيع والثمن قبل القبض. انظر الزيلعي. حاشية شلبي: ٧٩/٤ - ٨٠؛ والثانية الإجارة من المالك بتوسط ثالث وهو غير جائز أيضاً على الصحيح المفتى به كما في البزازية - ذكر الجواز أبو علي النسفي عن أستاذه. وقال الحلواني: وروي عن محمد أن الإجارة من المالك لا تجوز مطلقاً تخلل الثالث أولاً وبه عامة المشائخ وهو =

ثم تارة يدفع البائع الأجرة للأجنبي وهو يدفعها للمشتري، وأخرى يدفعها له البائع مباشرة على معنى دفعه عن الأجنبي. والتحيل على هذا الوجه عندنا سائغ، ومثله في كتبنا سائغ، لأنه تحيل على التخلص من الحرام. وفيه^(١٩٦) قال في حيل الهندية: (مذهب علمائنا فيه أنه حسن)^(١٩٧). وكون عقد الإجارة مع الأجنبي لم يقصد لذاته، وإنما جعل وسيلة للتوصل لأخذ الأجرة من البائع لا يضر في شيء، لأن شأن الحيلة أن تجعل لاستحلال وسيلة. وعقد الوفاء نفسه ما كان مقصوداً به سوى التوصل لحلقة ربح القرض.

* وهكذا الإجارة المرسومة بسمرقند^(١٩٨)، وهي أن يؤجر

الإجارة
المرسومة
بسمرقند
=

الصحيح وعليه الفتوى. البزازية الهندية: ٢٠/٥ - إلا أن يقال ارتكب الضعيف في خصوص هذا المقام للضرورة وشدة الحاجة إلى ذلك. وقد ذكر الشيخ هذا لأن احتياج الناس للشيء وتعاملهم به أصلان كبيران في المذهب. محمد ابن الخوجة الأكبر. ج، ر. (١٩٦) أي التحيل لأجل التخلص. ب.

(١٩٧) ويؤيد هذا من كتاب المبسوط قول السرخسي: (إن الحيل في الأحكام المخرجة عن الآثام جائز عند جمهور العلماء). انظر المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني: ص ٨٧؛ وفي كتاب الحيل عن الشعبي: (لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيل شيء يتخلص به الرجل من المآثم والحرام ويخرج به إلى الحلال). الخصاص: ص ٤. وجاء في كتاب الحيل المحظور منها والمشروع: (إن الحيل في إطلاق الفقهاء عبارة عن المخارج من المضائق بوجه شرعي على اعتبارها نوعاً من الحذق وجودة النظر بما يكون فيه مخلص شرعي لمن ابتلي بحادثة دينية). د. عبد السلام ذهني: ص ١٠٧.

(١٩٨) استخرج الإجارة الطويلة الإمام محمد بن الفضل البخاري قبلها =

المستقرض المقرض على حفظ سكين له ونحوه مشاهرة بالقدر الذي يريد المقرض أن يجعله ربحاً على قرضه. ولها في الفصول فصل حافل^(١٩٩). ولو توقف جواز الحيلة على قصدها بذاتها

لم تتحقق حيلة أصلاً،* وحينئذ فدعوى بعض البائعين على المشتري: أن عقد الإجارة مع الأجنبي تلجئة^(٢٠٠)، لم يكن الغرض منه إلا التحيل لاستحلال أخذ الأجرة مني وأنا لم أزل ساكناً بداري دافعاً للأجرة من مالي، غير مسموعة حتى لا تقبل منه فيها بيّنة ولا تتوجه له بها على المشتري يمين لأنه لو أقرّ بها لا يلزمه بها شيء.* ومن لا يلزمه شيء مع الإقرار لا تتوجه عليه اليمين بالإنكار.

ففي البزازية من كتاب الشفعة عند كلامه/ على بعض يمين مع [حيلها، فلو أراد (الشفيع) أن يحلفه بالله ما أردت (أي بالحيلة التي الإنكار

= البعض لا البعض. انظر الفتاوى على الهندية: ١٣، ١٢/٥؛
والترجمات على الإجارة الطويلة. البزازية: ١٨/٥.

(١٩٩) راجع الفصل التاسع عشر في مسائل الإجارة المعهودة بمرقند بين المقرض والمستقرض. قال في نور العين: ماهية هذه الإجارة مبهمة ظاهراً، والمستفاد من مجموع ما ذكر في جامع الفصولين هي أن يودع المستقرض للمقرض شيئاً قليل القيمة كسكين ومشط ونحوهما، ويستأجره لحفظه، ويعين بدل الإجارة على قدر الربح الذي عيناه لأصل مال القرض ليكون الربح حلالاً للمقرض ودينياً على المستقرض. البنشاني: ٧٦ أ.

(٢٠٠) من الإلجاء وهو الإكراه التام كأن يهدد شخص غيره بإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح إذا لم يفعل ما يطلبه منه. وبيع التلجئة: هو أن يظهرها بيعاً لم يريداه باطناً بل خوفاً من ظالم دفعاً له. وقالوا هو عقد ينشئه لضرورة أمر فيصير كالمدفع إليه. الموسوعة الفقهية الكويتية: ٦٣، ٦٢/٩.

صنعت) إبطال شفعتي لم يكن له ذلك، لأنه لو أقرّ به لا يلزمه (شيء)^(٢٠١). على أنّ الجمع بين دعوى التلجئة في الإجارة للأجنبي ودعوى أنّ المقصود بها التحيل على استحلال أخذ الأجرة من البائع جمع بين متنافيين لاقتضاء كون القصد به ذلك التحيل أنه جدّ، إذ لا يحصل المقصود من التحيل به للحل إلاّ بكونه كذلك. واقتضاء كونه تلجئة أنه هزل إذ التلجئة والهزل واحد لا يفيد كلاهما للعقد سوى الوجود اللفظي، وذلك ممّا لا عبرة به ولا يحصل المراد من الحل بسببه لأنه حينئذ وإن كان موجوداً حساً فهو معدوم شرعاً وهو كالمعدوم حساً. فالإقرار بأنّه قصد به التحيل على الحل إقرار بنفي التلجئة عنه والجمع بينهما من الجهل بمعناها. ولا غرابة في جهل العامة به فإنّه ممّا يخفى على بعض الخواص فكيف بالعوام! ويدل لما ذكرناه، من كون قصد التوصل به للحل ينافي دعوى التلجئة فيه، ما نقله صاحب الخانية عن بعضهم ولم يتعبه أثناء كلامه على حيلة عقد الإجارة على الأرض التي بها زرع المؤجر أو شجره، (وهي أن يبيعهما أولاً للمستأجر لها ثم يؤجره الأرض ثانياً)^(٢٠٢)، فيجوز لأنّها بعد هذا البيع وإن كانت مشغولة لكن بما هو ملك المستأجر وهو لا يضرّ، إنّما المضرّ أن تكون مشغولة بملك الآجر) بعد ذكره قدح من قدح فيها^(٢٠٣) بأنّ ذلك البيع ليس ببيع رغبة بل هو في معنى

(٢٠١) الفتاوى: ١٥٤/٦. ونظيرها ما ورد في الفتاوى الهندية: (اشترى عشراً لضيفة بثمان كثير ثم بقيتها بثمان قليل فله شفعة في العشر دون الباقي فلو أراد أن يحلفه بالله... إلخ. البزازية: ١٨٧/٥.

(٢٠٢) انظر أول فصل في الإجارة الطويلة. الهندية: ٣٠٣/٢؛ والبزازية: ١٥/٥.

(٢٠٣) أي الحيلة. ب. والقادحون فيها بعض أئمة بخارى. البزازية: ١٥/٥.

التلجئة، وهو لا يزيل المبيع عن ملك البائع، وبقاء الزرع والشجر على ملكه/ تكون الأرض مشغولة بملك المؤجر فلا تجوز إجارتها. فلا فائدة لهاته الحيلة إذ لم تكن لجواز استئجار الأرض وسيلة من قوله^(٢٠٤) وهو موضع الاستشهاد به.

قال بعضهم: (ليس هذا ببيع تلجئة بل بيع رغبة لأنهما لما قصدا بهذا البيع تصحيح الإجارة، ولا صحة لها مع بيع التلجئة، فقد قصدا ببيع الرغبة)^(٢٠٥) وهكذا ههنا نقول إنهما لما قصدا بالإجارة للأجنبي حلية أخذ الأجرة ولا حلية لها مع كونها تلجئة فقد قصدا إجارة الرغبة.

نعم إذا قصدا بالإجارة للأجنبي مجرد إظهارها للناس حتى لا يسمونها بوصمة سوء المعاملة، وتكون الإجارة له ليست إلاً اسماً، وأنها بعينها للبائع مسمى، كان عقدها مع الأجنبي تلجئة. فإذا ادعى البائع أنها كانت كذلك وفسرها على هذا الوجه كانت دعواه مسموعة قبلت منه البيّنة بها وتوجهت له اليمين على المشتري عليها.

قال البرازي في التحيل على إسقاط الشفعة يعقد البيع عقدين: (أولهما على جزء قليل بثمان كثير، والثاني بالعكس^(٢٠٦)). ولو حلفه على أن أولهما لم يكن تلجئة، له ذلك لأنه ادعى عليه

(٢٠٤) قوله من قوله وهو إلخ... بيان لما في قوله ما نقله صاحب الخانية

عن بعضهم. ب، ج، ر.

(٢٠٥) وفي الخانية: (وبعضهم جوزوا طريق البيع أيضاً وقالوا ليس

البيع... انظر الهندية. فتاوى قاضيخان: ٣٠٤/٢.

(٢٠٦) يشترى عشره بثمان كثير أو سهماً من مائة سهم والباقي بثمان قليل.

البرازية: ١٥٤/٦.

معنى (٢٠٧) لو أقر به لزمه (٢٠٨).

المبحث الثالث :

في الانتفاع بشمرته

الثمرة موجودة مسكوت عنها. الأشجار وقت عقده أو تكون قد حدثت بعده. * وعلى الأول فإمّا الثمرة موجودة مشروطة للمشتري أن يسكت عنها عند التعاقد أو * تشترط للمشتري حينئذ. [فهذه ثلاث صور]: (٢٠٩).

فأمّا في الأولى فإنّها تكون للبائع، لأنّها إذا كانت له في تلك الصورة في البات فما ظنك بالجائر.

وأما في الثانية والثالثة فتكون للمشتري غير أنّها تكون له في/ الثالثة مجاناً بحيث لا يسقط عند فسخ الوفاء من ماله في مقابلتها شيء، لأنّها نزل مبيعه الوفاي. وقد تقرّر في القول بالتركيب، الذي هو المختار، أنّ الوفاء يعتبر في حقّ المشتري باتاً بالنسبة لملك النزول وحلّه، فيكون حينئذ مستهلكاً لما حدث نموّه فيما ملكه بالبيع البات حكماً، فأنتى يضمّنه؟ ولو كان يضمّنه لبطلت فائدة الوفاء.

[٣٩٢]

الاتفاق على أن الثمرة المشروطة للمشتري مضمونة عليه. * وأما الثانية فاتفقت كلمتهم على أنّها عند الفسخ مضمونة عليه. وإنّما اختلفوا في أنّها بماذا تضمّن بناء على اختلافهم في البيع المنعقد عليها باشرطها للمشتري بعد اتفاقهم على أنّه بيع مضمونة عليه

(٢٠٧) قوله لأنه ادعى عليه معنى: المعنى الذي ادعاه عليه هو كون البيع الأول تلجئة أولاً بل نفي وجوده وأنه لا بيع إلاّ الثاني. ب.

(٢٠٨) البرازية: ١٥٤/٦.

(٢٠٩) ساقطة من ج، و.

بات^(٢١٠) أهو فاسد أم صحيح؟ فمن قال بالأول قال تضمن بجميع قيمتها بالغة ما بلغت على قاعدة المبيع في البيع الفاسد إذا هلك عند المشتري^(٢١١)، ومن قال بالثاني قال: تضمن بحصتها من ثمن الوفاء كما ذكر ذلك صاحب الفصول معللاً الفساد بأنه صفقة في صفقة^(٢١٢).

وتحقيق ذلك أنّ هذا العقد وإن اتحد ظاهراً فقد تعدد باطناً لأنه عقدان: عقد على الشجر وهو بيع وفاء، وعقد على الثمر وهو بيع بات، وإنما لم يجعل وفاء أيضاً حتى يكون الكل معقوداً عليه عقد واحد وفائي، مع أنّ هذا هو المتبادر فيه، لأن الثمر لكونه من المنقول الذي لا يتفجع به إلا باستهلاك عينه لا يصح فيه عقد وفاء على ما مرّ. وإذا انتفى كونه تعين أنه بات. وسبب الاختلاف بعد ذلك في صحته وفساده الاختلاف في أنه من * باب الصفقة في الصفقة^(٢١٣) التي هي من المفسدات أم لا. وسبب هذا الاختلاف

باب الصفقة في
الصفقة التي هي
مفسدة

(٢١٠) أي بيع الثمرة. ب.

(٢١١) لا خلاف بين الفقهاء في كون المبيع فاسداً إذا هلك بيد المشتري ثبت ضمانه عليه برد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً بالغة ما بلغت. تفصيل ذلك في الدر المختار: ١٢٥/٤.

(٢١٢) نقل العمادي من طريق عمه شيخ الإسلام نظام الدين عن جدّه: (أنه كان يجعل البيع في الزرع فاسداً حين أوجب القيمة ووجه الفساد أنه صفقة في صفقة). العمادية: أول ١٠٦ أ؛ والجامع: ٢٤١/١.

(٢١٣) والمراد منها بيع البيعتين في بيعة. وهي من البيوع المنهي عنها. وفي ذلك ثلاث روايات: الأولى حديث هريرة وعبد الله بن عمر: (نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة). الأول أخرجه أحمد: ٤٣٢/٢؛ والثاني رواه الترمذي: ٥٣٣/٣، وكذلك حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: (نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن ربح ما لم يضمن). =

ما في الوفاء من معنى الرهن ومعنى/ البيع وعدم تمخّضه لواحد منهما. وذلك أنّ اشتراط العقد على أحد الشئيين في العقد على الآخر إن كانا من نوعين مختلفين كاشتراط بيع في إجارة أو العكس فهو من باب الصفقة في الصفقة، وإن كانا من نوع واحد وكان أحدهما من توابع الآخر كالثمر للشجر لم يكن من بابها. ولهذا صحّ اشتراط الثمر في البيع البات للمشتري وكان البيع في الكلّ صحيحاً.

ولما تجاذب في الوفاء الرهن والبيع جاء الخلاف، إذ من لاحظ فيه جهة الرهن، وهو من غير نوع البيع، رأى أنّ اشتراط بيع الثمر في بيع الشجر من باب الصفقة في الصفقة لأنّه اشتراط للبيع في الرهن [والرهن في البيع، ومن الثاني جاء الفساد لبيع الثمرة]^(٢١٤)، ومن نظر فيه لمعنى البيع لم يره من بابها فكان البيع فيه، مع بتاته، صحيحاً. ومعنى كون الثمرة على هذا مضمونة بحصّتها من الثمن سقوط تلك الحصّة عن البائع من ثمن الوفاء. وذلك إنّما يظهر بالتقويم، بأن يقوّم الشجر بالثمر وبدونه، وينظر لما بينهما من النسبة، ويقسم الثمن بين الشجر والثمر على تلك

أخرجه أحمد: ١٧٤/٢ - ١٧٥؛ والرواية الثانية حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا». ذكره الشوكاني وقال في إسناده محمد بن عمرو بن علقمة. نيل الأوطار: ١٧٢/٥؛ والرواية الثالثة حديث ابن مسعود: (نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة). أخرجه أحمد: ٣٩٨/١، (ولا تحل الصفقتان في صفقة). رواه الطبراني في الأوسط، وذكره الزيلعي في نصب الراية: ٢٠/٤، (والصفقة في الصفقتين ربا). أخرجه العقيلي وذكره الزيلعي: ٢٠/٤.

(٢١٤) ساقط من ج.

النسبة. فحصة الثمر تسقط لأنها ثمن مبيع بات قبضه المشتري واستهلكه عن غير فسخ فيه، فلا وجه لردّ ثمنه. وحصة الشجر لا تسقط بل ترد لأنها ثمن وفاء فسخ ورد مثنه وهو الشجر، فلا بد من رده. وهذا وحده هو ثمن الوفاء في الحقيقة وإن كان يتراءى أن جميع ما دفعه المشتري ثمنه، مثلاً لو كان قيمة الشجر مع الثمر ألفاً وبدونه تسعمائة كانت نسبة قيمة الثمر من مجموع القيمتين العشر وهو مائة، ونسبة قيمة الشجر منه تسعة/ أعشاره وهو تسعمائة. فلو كان المدفوع أولاً من المشتري خمسمائة يقسم هذا على عشرة فيكون عشرها وهو خمسون هو حصة الثمر من الخمسمائة فتسقط عن البائع، وتسعة أعشارها وهي أربعمائة وخمسون هي حصة الشجر فيردّها البائع للمشتري لأنها هي ثمن الوفاء. وعلى القول بالفساد في بيع الثمرة وأنها مضمونة بجميع قيمتها يسقط عن البائع مائة إذ هي قيمة الثمرة ولا يردّ للمشتري سوى أربعمائة.

[٣٩٤]

فإن قلت: غرض المشتري من اشتراط الثمرة لنفسه أن تسلّم له مجاناً كما تسلّم له الحادث بعد العقد كذلك، والكل نزل المبيع وفاء المعبر بيعة في حق المشتري باتاً، ليحل له فيما افترقا حتى ضمن القديم لا الحادث.

قلت: بحدوث الحادث على ملكه الوفاي دون القديم، واعتباره بيعاً باتاً في حق المشتري، إنّما هو في خصوص الحادث لا مطلقاً، وإلاً لما توقف كون القديم للمشتري على اشتراطه كما لا يتوقف الحادث عليه.

فإن قلت: لم اعتبر العقد على القديم بيعاً صحيحاً أو فاسداً حتى كان مضموناً بأحد الضمانين؟ * وهلاً اعتبر هبة حتى لا يضمن كما هو غرض المتعاقدين؟

هبة الثمر على
شجر الوفاء

قلت: لأن هذا الاعتبار لا يفيد نفي الضمان إذ هو ثابت عليه أيضاً، لأن الهبة حينئذ تكون هبة الثمر بدون الشجر. وهي من نوع الهبة الفاسدة.

فإن قلت: أتى بضر اتصال الثمر الموهوب بالشجر وهو للموهوب له لا الواهب؟

قلت: بل هو للواهب لأن العقد الذي انعقد عليه عقد وفاء لا نبات^(٢١٥)، وهذا على سبيل التنزل لتسليم وجود الهبة، / وإلاً فلا تحقق لها أصلاً على ما لا يخفى.

[٣٩٥]

* واعلم أن الزرع القائم في الأرض وقت عقد الوفاء عليها يجري مجرى الثمرة الموجودة وقت عقده على الشجر في جميع ما ذكرناه فيها. وإذ قد عرفت أن الثمرة الحادثة بعد عقد الوفاء تسلّم للمشتري مجاناً فهائنا مسألتان لا بد من الكلام عليهما:

حكم الزرع
والشرواحد

* أولاهما إذا أخذ المشتري الغلة الحادثة أكلاً أو بيعاً ثم طلب فسخ الوفاء واسترداد الثمن، فهل يجاب لذلك مطلقاً متى طلبه أو مقيداً؟ وعليه فيماذا قيده؟

طلب المشتري
الفسخ ليأخذ
الثمن بعد أخذه
الغلة.

* وثانيتها إذا تفاسخا قبل أخذ المشتري الغلة، فهل تكون كلها له أو للبائع أو تقسط بينهما؟ وعلى التقسيط فهل ثمة^(٢١٦) فرق بين الثمرة الموجودة وقت الفسخ والحادثة بعده أم لا فرق بينهما؟

إذا تفاسخا قبل
أخذ الغلة، الغلة
تكون لمن؟

* أما الأولى فجوابها أن إيجابته مقيدة بأحد أمرين: إما بمضي سنة من وقت العقد، أو بكونه شرط في ابتداء العقد على

صحة شرط
الفسخ قبل السنة

(٢١٥) ط. يعني فلم يخرج به الشجر عن ملك صاحبه. هـ. والذي. ب.

(٢١٦) ثم في ب، ر، ص، و.

البائع أنه متى رفع الغلة فسخ العقد وطالبه بالثمن. أما بدون الشرط وعدم مضي السنة فلا يجاب. نص على الأول^(٢١٧) في الفصول نقلاً عن فتاوى خواهر زادة^(٢١٨) وقال^(٢١٩): (إلاً إذا أراد^(٢٢٠) أن يأخذ منه^(٢٢١) نصيب ما مضى ويترك عليه نصيب ما بقي من المدة الآن له ذلك)^(٢٢٢) أي إلاً إذا لم يطلب جميع مال الوفاء الآن، وإنما طلب قسط المدة الماضية^(٢٢٣) منه كما إذا مضى ثلثا السنة فطلب ثلثي مال الوفاء وترك طلب الثلث الباقي لمضيها ولم يرد^(٢٢٤) تركه على البائع رأساً، فله ذلك وليس للبائع أن يقول له لا أعطيك شيئاً من الثمن حتى تمضي السنة. وهذا تقسيط لمال الوفاء على السنة، وهو عزيز في كلامهم، فلينتبه له.

ونص/ على الثاني^(٢٢٥) في البزازية نقلاً عن

[٣٩٦]

(٢١٧) ط. وهو منعه قبل مضي السنة. ب.

(٢١٨) للإمام أبي بكر محمد بن الحسين بن محمد البخاري: ٤٨٣. يعرف بيكر خواهر زادة أي ابن أخت عالم. كان من فقهاء ما وراء النهر. إمام فاضل. له المختصر. التجنيس، المبسوط، الفتاوى. اللكنوي: ص ١٦٣ - ١٦٤؛ القرشي: ١٨٣/٢؛ ١٤١/٣، ١٢٨٩؛ ومقدمة التاتارخانية: ٤٨/١.

(٢١٩) ط. فإنه يجاب قبل مضي السنة. ب.

(٢٢٠) مشتري. ب.

(٢٢١) بائع. ب.

(٢٢٢) العمادية: وسط ١٠٥ ب؛ الجامع: ١/٢٤٠.

(٢٢٣) ط. التي انتفع فيها البائع بالثمن. ب.

(٢٢٤) أي لم يرد خواهر زادة بالترك في كلامه الترك رأساً كما قد يتوهم.

ب.

(٢٢٥) وهو أن للمشتري الاسترداد إذا شرطه عند رفعه الغلة. ب؛ انظر

البزازية: ٤/٤١٤.

الديناري^(٢٢٦)، وهذا كله في كون الطلب من المشتري بعد رفعه الغلة .

وبقيت ثلاث صور: صورة ما إذا كان طلبه^(٢٢٧) منه^(٢٢٨) قبل رفعها، وصورتا كون الطلب من البائع بعد رفع المشتري الغلة^(٢٢٩)، وقبله^(٢٣٠).

فأما الأولى فذكر في الفصول: أنه لا إشكال في أن له ذلك حيث أراد عدم أخذ الغلة وتركها على البائع^(٢٣١).

وأما الثانية فواضح أن ليس للمشتري وجه في عدم مساعدته على الفسخ بعد أخذه الغلة ورضا البائع بتعجيل أداء الثمن إليه قبل مضي السنة وتركه حقه في تأخير دفعه لمضيها .

* وأما الثالثة^(٢٣٢) ففيها تفصيل آخر، وهو أن طلبه إما أن يكون قبل مضي شهر من وقت العقد أو بعده، فإن كان الأول كان له الفسخ، قال في البرازية نقلاً عن الديناري (لأن الفسخ قبل مضي الشهر كالفسخ متصلًا بالبيع)^(٢٣٣)، يعني والفسخ متصلًا به

طلب البائع
الفسخ قبل أخذ
المشتري الغلة

(٢٢٦) هو علاء الدين أبو نصر عبد الكريم بن يوسف بن محمد بن عباس:

٥١٧ - ٥٩٣ . فقيه حنفي . له الفتاوى . اللكنوي . ص ١٠١ ؛

القرشي : ٤٥٩/٢ ، ٨٥٦ ؛ البغدادي : ٦٠٩/١ .

(٢٢٧) مشتري . ب .

(٢٢٨) بائع . ب .

(٢٢٩) الأولى من صورتين وهي الثانية من جملة الصور .

(٢٣٠) الثانية من صورتين وهي الثالثة من جملة الصور .

(٢٣١) ونصّه في الفصول: ولو أراد أن يترك الغلة على البائع ويأخذ حقه له

ذلك . وهذا لا يشكل . العمادية : وسط ١٠٥ ب .

(٢٣٢) الثانية في ب ، الثالثة في بقية النسخ .

(٢٣٣) البرازية : ٤٢٠/٤ .

يجوز له لعدم لزوم العقد. ولا عبء يكون المشتري لم يأخذ شيئاً من الغلة لعدم ضرر عليه في ذلك يعود ماله إليه في الحال من غير أن ينتفع به البائع بحال. فكذا فيما هو بمنزلة وهو ما دون الشهر لأنه قريب على ما ذكره في كتاب الأيمان: فيما إذا حلف ليقضينه دينه إلى قريب، من أن القريب ما دونه^(٢٣٤)، وإن كان الثاني لم يكن له ذلك كما نقله في البزازية عن المذكور أيضاً، وعلله بقوله: (لأننا نعلم أن قصد المشتري^(٢٣٥) أخذ^(٢٣٦) الأئزال)^(٢٣٧)، يعني وفي الفسخ قبل أخذه إبطال لمقصوده مع انتفاع المشتري^(٢٣٨) بماله مدة بعيدة إذا كانت شهراً، وذلك إضرار به. وهذا العقد للنظر ولا نظر له في هذا.

[٣٩٧]

فإن قلت: / ينافي هذه التقييدات في طلب أحد المتعاقدين الفسخ إطلاق صاحب الفصول القول^(٢٣٩) بإجابة طالب الفسخ أيًا كان، أي وقت كان، إذ قال: «ولو أراد المشتري نقض البيع واسترداد الثمن كان له ذلك في كل حال لأن العقد غير لازم، ولكل واحد منهما حق النقض والفسخ»^(٢٤٠).

(٢٣٤) في الفتاوى: (لا يكلمه قريباً من سنة فهو على نصفها). البزازية: ٣٤٧/٤.

(٢٣٥) الظاهر البائع. ج. ق. نص ما بالبزازية كما ورد في كلام المؤلف. (٢٣٧) البزازية: ٤٢٠/٤.

(٢٣٨) لعله البائع. كذا وجدت الترجي بخط الوالد. ب. (٢٣٩) ط. والذي يظهر أن من ارتهن داراً وسكنها أو أرضاً وزرعها ثم في أثناء السنة طلب البائع الفسخ لا يجاب إليه قبل مضي السنة، وبعد مضي شهر على قياس ما ذكر هنا. اهـ. تقرير بواسطة. كذا بخط الوالد رحمه الله. ب.

(٢٤٠) انظر العمادية: أعلى ١٠٥ ب؛ الجامع: ٢٤٠/١.

قلت: لا منافاة بينهما لأن تلك التقييدات في مسألة الغلة كما سمعت، وذلك الإطلاق في مسألة الإجارة لخصوص البائع حسبما يعلم من الوقوف على كلام الفصول.

وأما الثانية^(٢٤١) فإما أن الغلة للمشتري أو للبائع أو تقسط بينهما، فجوابه أنها تقسط^(٢٤٢) بينهما*. وذلك بأن تقسم على اثني عشر جزءاً عدد شهور السنة معتبراً بدؤها من وقت عقد الوفاء على ما يشير إليه ما في فتاوى خواهر زادة على ما في الفصول من قوله: (حتى تتم السنة من وقت البيع)^(٢٤٣)، وينظر لما بين يوم العقد ويوم الفسخ من الشهور كم هو؟ ولما أصاب كل شهر من الغلة المقسومة فيكون ما يوازي تلك المدة للمشتري، ولما بين يوم الفسخ وآخر السنة فيكون ما يوازيه للبائع. وظاهر قولهم تقسم الغلة على اثني عشر جزءاً أن المقسوم هو الغلة نفسها حتى تكون مشتركة شركة ملك بين البائع والمشتري فَتَجَدُّ وتقسّم عينها بالفعل أو تباع ويقسم ثمنها. لكن أفصح في الفصول في موضع آخر * بأن المقسوم قيمتها لا هي حيث قال: (ولو اشترى^(٢٤٤) كرمًا على^(٢٤٥) أن يكون له من الثمرة قدر النصف أو الثلث فأراد نقض

مبدأ السنة
الموزعة عليها
الغلة هو وقت
عقد الوفاء
المقسوم على
السنة قيمة الغلة
لا عينها

(٢٤١) وهي ما إذا تفاسخا قبل أخذ المشتري الغلة، لمن تكون بتمامها أو تقسط. ب.

(٢٤٢) إنما تقسط الغلة إذا تفاسخا برضاها، أما إذا طلبه أحدهما وأباه الآخر فهي المسألة التي تقدمت. اهـ. منه. ب.

(٢٤٣) العمادية: أعلى ١٠٥ ب؛ الجامع: ٢٤٠/١.

(٢٤٤) أي وفاء. ب.

البيع قبل إدراك الثمر، إن خرجت (٢٤٦) الثمرة وكانت (٢٤٧) لها قيمة توزع قيمة الثمرة على ما مضى من المدة، و [على] ما بقي فبقدر ما مضى يجب على البائع أن يدفع قيمته/ (٢٤٨) (للمشتري) (٢٤٩)، فصرح بأن المقسوم قيمة الغلة، * وأن البائع يضمن للمشتري حصته دراهم، وتبقى الغلة كلها ملكاً للبائع، حصته بالأصالة وحصّة المشتري بالضمان، يصنع بها ما شاء. وهذا مفسّر فيكون قاضياً على قولهم: تقسم الغلة، لأنه نص، والمفسّر مقدم على النص عند التعارض على ما تقرر في الأصول. وهذا لاحتمال مجاز الحذف فيه أي قيمة الغلة على حد ما قالوه في حديث المستحاضة (٢٥٠): إن رواية (تتوضأ لوقت كل صلاة) مفسّرة، فتكون قاضية على رواية (تتوضأ لكل صلاة) وهي نص لاحتمال مجاز الحذف فيها أي لوقت كل صلاة.

واعلم أن كون المقسوم هو قيمة الغلة لا عينها مع كون المفسر يعطيه، فالوجه يقتضيه. وذلك لأنه لو كان المقسوم نفس

(٢٤٥) ط. أي اتفاقاً هكذا وهذا جائز. اهـ. من خط الوالد. ب.

(٢٤٦) للمشتري. ب.

(٢٤٧) وصارت بدل وكانت: العمادية.

(٢٤٨) ط. وبهذا يظهر أن ليس للمشتري عين الغلة بل قيمتها إلاّ عند

التراضي كما يفصح به عن قريب. كذا بخط الوالد. ب.

(٢٤٩) بالفصول: إلى المشتري بدل للمشتري. انظر العمادية: أول ١٠٥ ب.

(٢٥٠) الأحاديث المشار إليها هنا كثيرة نذكر منها حديث عائشة قالت: (أتت

فاطمة بنت أبي حبيش النبي ﷺ فقالت إني استحضت. فقال دعي

الصلاة أيام حيضك ثم اغتسلي، وتوضئي عند كل صلاة وإن قطر

على الحصير). حم: ٢٠٤/٦؛ وعن سليمان التيمي قال: (قلت

لأبي قلابة: الحائض تتوضأ عند وقت كل صلاة). دي. كتاب

الوضوء، باب ١٠١ الحائض تتوضأ عند وقت الصلاة: ٢٣٢/١.

الغلة لتضرر البائع بذلك سواء قلنا تجذ يوم الفسخ فتقسم،
أو تؤخر لوقت الطيب.

أما الأول فلأنه لا يمكن ذلك إلا بجذ الكل قبل الطيب
فيتضرر البائع في نصيبه.

وأما الثاني فللزوم بقاء نصيب المشتري على شجر البائع
وترتيبه له إلى وقت الطيب.

ويستفاد من قوله توزع قيمة الثمرة على ما مضى من المدة
وما بقي، أن مبدأ المدة الموزع عليها هو وقت العقد، إذ أي مدة
هنا سوى مدة الوفاء التي مبدؤها ما ذكر.

وأما أنه هل ثم فرق في التوزيع بين الثمرة الموجودة وقت
الفسخ والمعدومة أم لا؟ فهذا قد اختلف فيه شيخا الإسلام علاء
الدين السمرقندي^(٢٥١) وصاحب الهداية.

* ذهب الأول إلى الفرق بين الغلتين فأثبت التوزيع
للموجودة ونفاه عن المعدومة فخصها بالبائع ولم يجعل فيها
للمشتري شيئاً قائلاً: (إذا لم تظهر الغلة ففي أي شيء/ يبقى
حقه)^(٢٥٢).

الخلاف في
جريان التوزيع
في الغلة
[٣٩٩]
المعدومة وقت
الفسخ

وذهب الثاني وتبعه أولاده إلى التسوية بينهما في التوزيع،

(٢٥١) هو أبو منصور وأبو بكر علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد
السمرقندي: ٥٤٠. شيخ جليل فاضل. تفقه بالمكحول واليزدوي.
وهو صاحب تحفة الفقهاء التي شرحها زوج ابنته فاطمة العالمة الفقيهة
علاء الدين أبو بكر الكاساني فوضع عليها البدائع. القرشي: ١٨/٣،
١١٥١؛ اللكنوي: ص ١٥٨.

(٢٥٢) انظر العمادية: أول ١٠٤ ب؛ الجامع: ٢٣٨/١.

وأن للمشتري حصة من الثمرة خرجت أم لم تخرج قائلاً: (وطريقه أن يبقى العقد (في قدره))^(٢٥٣)، يعني بفرض بقاء العقد، وأنه لم يفسخ في قدر الوقت الذي تخرج فيه الغلة وتصير لها قيمة، فعند ذلك يعتبر وجود الفسخ كأنه إنما وقع حينئذ، ويجعل من وقت العقد إليه هو الوقت الذي يأخذ المشتري قسطه من الغلة.

ثم قال: (فلا يتفاوت بين ما إذا ظهرت الغلة وبين ما إذا لم تظهر، لأننا لو فصلنا الجواب يؤدي إلى الضرر بالشرأة)^(٢٥٤) لأنه لو اشترى في الخريف ويقضي [البائع] الثمن في الربيع يفوت حقه أصلاً. وفيما قلنا دفع الضرر فيصير إليه)^(٢٥٥). فهذا ما نقله في العمادية.

وزاد في النزاية: (قيل له: بعد أداء كل الدين كيف يبقى العقد؟ قال بقدر ما أبقينا العقد يكون الدين المؤدى ديناً للبائع على المشتري. فإذا رفع النزول يجعل قصاصاً)^(٢٥٦). ومعناه أن السائل قال له ما ذكرته من فرض العقد قائماً لم يفسخ إلى وقت أن تصير للغلة قيمة يمكن ادعاؤه فيما إذا لم يؤد البائع الثمن للمشتري، أما بعد أدائه له بتمامه وسقوط الدين الذي كان للمشتري عليه بالمقاصة بالدين الذي وجب للبائع على المشتري بالدفع على ما هو معنى كون الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا.

وأجاب عن هذا بأننا نعتبر الدين الذي وجب للبائع على المشتري قائماً لم تقع به مقاصة ما دام المشتري لم يأخذ حصته من

(٢٥٣) نفس المصدر.

(٢٥٤) بالفصول بصيغة الأفراد: بالمشتري. العمادية: ١٠٤ ب.

(٢٥٥) انظر العمادية: ١٠٤ ب.

(٢٥٦) النزاية: ٤/٤١٠ - ٤١١.

الغلة. فإذا أخذها تقع المقاصة حينئذ فيسقط الدين إذ ذاك لا قبله. وإذا كان الدين قبل أخذ حصة الغلة قائماً يكون العقد/ مفروض البقاء مع قيام الدين لا مع سقوطه.

ثم قال البيزاي: (قيل كيف يبقى العقد في الثمار المعدومة؟ قال يبقى في الأصل لا في النزل)^(٢٥٧). ومعناه أنه أورد على صاحب الهداية ثانياً كيف يصح اعتبار العقد باقياً لم يفسخ في الثمار مع أنها معدومة إذ ذاك؟ وأجاب بأن لا نسلم أنه يعتبر باقياً فيها حتى يلزم اعتبار بقائه في معدوم بل نعتبر بقاءه في أصلها الذي هو الشجر وهو موجود. وهذا لأن بقاء العقد إنما يعتبر بعد الفسخ فيما كان فيه قبله، وهو إنما كان في الأصل فيعتبر بقاءه فيه، وإذا اعتبر باقياً فيه والنزل نماؤه ونماء المبيع وفاء المتولد بعد العقد للمشتري، فيستحق فيه إلى وقت الفسخ ووقته حينئذ هو وقت الرفع إذ فرض باقياً إليه.

ثم قال البيزاي: (قيل وإن كان المشتري استوفى ثمار سنين سلفت) يعني تعتبر بقاء العقد حتى في هذه الصورة مع أنه يتبادر أن هذا التكلف إنما يعتبر فيما إذا لم يأخذ المشتري غلة أصلاً بأن كان الفسخ في السنة الأولى. (قال نعم)^(٢٥٨) يعتبر ولو فيها، لأن أخذه غلات سنين سلفت لا يمنعه من أخذ ما ينوبه من غلة سنة أدرك جزءاً منها قبل الفسخ.

* وقد ظهر لك رجحان ما ذهب إليه صاحب الهداية على مقابلة لتوجيهه وتقدم قائله. فإنه الإمام الذي يقال فيه إذا قالت

رجحان القول
بتوزيع الغلة
المعدومة وقت
الفسخ

(٢٥٧) البيزاية: ٤/٤١١.

(٢٥٨) نفس المصدر.

حذام . ولا يخفى أن هذا تحويم منه على رد صورة الفسخ عند عدم الغلة لصورته عند وجودها ليثبت فيها ما ثبت في الأخرى من التقييط، لأنه إذا فرض بقاء العقد إلى وقت أن تصير للغلة قيمة، وأن الفسخ إذ ذاك وقع يكون واقعاً/ حال وجود الغلة دون عدمها .

فإن قلت: من أين يؤخذ من كلام صاحب الهداية أن العقد يعتبر باقياً إلى حين أن تصير للغلة قيمة وهو إنما قال إلى وقت الرفع؟

قلت: من حيث إنه إذا لم يكن أراد الوقت الذي ذكرناه فإما أن يريد وقت بروزها للخارج قبل أن تصير لها قيمة، أو ما بين وقت تقومها ووقت طيها، أو وقت الطيب نفسه . لا جائز الأول^(٢٥٩) والمقصود تقويمها ليعطي البائع المشتري حصته من قيمتها إذ لا يعقل تقويم ما لا قيمة له؛ ولا الثاني لعدم انضباطه وتساوي أبعاضه، فتخصيص بعض منها يكون بلا مخصص؛ ولا الثالث لأن هذا لم يعتبر في الغلة الموجودة فكيف يعتبر في المعدومة مع أن اعتبار بقاء العقد فيها إنما ارتكب دفعاً للضرر عن المشتري بخروجه من تلك الغلة صفر اليدين في العقد النظري، وذلك يحصل بتقدير بقائه لوقت صيرورة الغلة ذات قيمة، فما الملجأ لمدته لما وراء ذلك حتى ينتهي لوقت الطيب مع ما فيه من الضرر بالبائع؟ وكما يجب النظر للمشتري يجب للبائع، وحيث بطلت الأقسام الثلاثة تعين الرابع الذي ذكرناه، إذ لا خامس لها هنا .

(٢٥٩) الحال . ب .

مسألة ما يقطع
من حطب
الشجر

ومما يتصل بمسألة الثمر، * مسألة ما يقطع من حطب من
الشجر. وقد قال البزازي فيها: (وقوائم الخلاف^(٢٦٠) التي تقطع
كل سنة، وكذا كل ما يحصد في كل سنة لا يدخل بلا ذكر إن كان
موجوداً وقت البيع)^(٢٦١). وعَلَّه جَدَّ العمادي (بأنها بمنزلة
الثمر)^(٢٦٢)، يعني في كون المقصود الانتفاع بعينها حيث لا ثمرة
لها كما هو المقصود من الانتفاع بالثمر مع كونها تقطع كل سنة
مثله وإن كانت حقيقة من الشجر.

[٤٠٢]

ثم قال البزازي: (أما الحادث بعد الشراء [ف] للمشتري،/
لكنه إذا اشترى كراماً وفاء وحدث فيها قوائم الخلاف يجز المشتري
[على] أن يصرف منه إلى دعائم الكرم قدر المتعارف. وأما^(٢٦٣)
القوائم الموجودة أو ان البيع، ودخل في البيع بالذكر^(٢٦٤)، لا يجبر
على الصرف منه لأنه ملكه بحكم أن له قسطاً من الثمن، فلو
صرف له^(٢٦٥) الرفع^(٢٦٦) عند^(٢٦٧) الفسخ^(٢٦٨).
وكل ما ذكره^(٢٦٩) من توقف دخول الموجود وقت العقد

(٢٦٠) الخلاف ككتاب: شجر الصفصاف.

(٢٦١) البزازية: ٤/٤١٥.

(٢٦٢) العمادية: وسط ١٠٦ أ؛ والجامع: ١/٢٤٠.

(٢٦٣) فأما: البزازية.

(٢٦٤) بأن شرطها المشتري لنفسه. ب.

(٢٦٥) أي المشتري لو دفع بعضاً من ذلك له أن يرفعه عند فسخ

العقد. اهـ. الشيخ الثالث. ب.

(٢٦٦) صرفه له: خير، الرفع: مبتدأ. ب.

(٢٦٧) حين بدل عند: البزازية.

(٢٦٨) البزازية: ٤/٤١٥.

(٢٦٩) البزازي. ب.

على اشتراطه للمشتري، وكون الحادث بعد الشراء للمشتري بدونه ظاهر حيث كان بمنزلة الثمر، إذ مرّ أنّ الحكم في الثمر ذلك. وأما وجوب أن يصرف من الحادث إلى دعائم الكرم قدر المتعارف مع أن ذلك الحادث ملكه، ولم يجب عليه الصرف من هذا دون القديم المشروط له، وهو ملكه أيضاً، فلأنه لما كان بمنزلة الثمر، والتمر يصح أن يشترط منه البائع شيئاً لنفسه كالنصف والرّبع كما صرح به غير واحد وأفاده قول الفصول: (وغلة الكرم على ما شرطاً)^(٢٧٠) كان ذلك القدر المتعارف مستثنى له^(٢٧١) عرفاً وهو كالمشروط شرطاً، وحينئذ لم يجبر المشتري على الصرف من ماله بل من مال البائع المستثنى له بحكم العرف. وإنما لم يعتبر هذا الاستثناء في الموجود الذي هو للمشتري بالشرط حتى يلزمه أن يصرف منه القدر المتعارف أيضاً لأن الاستثناء إنما يعمل في نزل الوفاء، وهو الحادث على ملك المشتري الوفاي، والموجود ليس كذلك^(٢٧٢)، وملك المشتري إياه إنما هو بالبيع البات فيه بمقتضى الشرط بحصته من الثمن فكان بمنزلة الثمر الموجود المشروط حيث مر أن البيع فيه بات بالحصّة، وهي معنى قوله: (لأنه ملكه بحكم أن له قسطاً من الثمن). وإذا كان ملكه بذلك البيع لا يصح فيه استثناء شيء/ للبائع. ولذلك إذا صرف منه تطوعاً كان له رفعه وقت الفسخ^(٢٧٣).

[٤٠٣]

* ومما هو غير خاف أن لا يمكن إجراء ما يقطع من حطب مسألة حطب الزيتون

(٢٧٠) العمادية: أعلى ١٠٥ ب؛ والجامع: ٢٤٠/١.

(٢٧١) أي للبائع. ب.

(٢٧٢) لما سبق من أن البيع فيه بات. ب.

(٢٧٣) انظر الجامع: ٢٤١/١.

الزيتون المعبر عنه عندنا بالقص على حكم قوائم الخلاف، وإنما هو للبائع بلا خلاف، وذلك للفرق الواضح بينهما^(٢٧٤) لأن قوائم الخلاف إنما كان حكمها ما مر لتزليلها منزلة الثمر، وما نزلت منزلته إلا لكون ذلك الشجر ليس له شيء من الثمر فقوائمه هي ثمرته مع كونها تقطع منه كل سنة. والمقطوع من حطب الزيتون يخالفها في ذلك كله لأنه في نفسه يشمر الزيتون ولا يقص^(٢٧٥) كل سنة بل في بعض من السنين تشديباً^(٢٧٦) لشجره وتقوية له، فلا يكون ثمرأً بل شجراً، كما هو الواقع فيه. ومتى كان شجراً كان البيع فيه وفاء لا باتاً لأنه من أجزاء الشجر الذي انعقد الوفاء عليه، ومتى كان كذلك لا يملكه المشتري وفاء وإنما يملك نزله، إذ عقد الوفاء لا يوجب للمشتري ملكية عين المبيع، بل زوائده ومنافعه. فتبقى عين المقطوع على ملك البائع كالأجزاء الباقية التي لم تقطع. وليس لقطعه ولا عدم إثماره بعد القطع أثر في نقل الملك فيه من البائع للمشتري،* إذ هو بمنزلة موت شجرة من شجر الوفاء، أيتوهم أنها لعدم إثمارها بالموت تصير مملوكة للمشتري! * ولكن مع كون ذلك الحطب المقطوع للبائع، وليس للمشتري منه شيء، له حبسه عن البائع حتى يدفع له مال الوفاء. ولا يلزمه أن يسلمه له قبل ذلك لأنه إذا كان من جملة المبيع وفاء فالمبيع الوفاي يجري في الحبس مجرى المرهون، والمرهون يحبسه المرتهن عن الراهن في دينه. فهذا كذلك. وقد كان تلمح لي فيه أنه يجري/ مجرى قوائم الخلاف حتى وصلت في هذا

الشجرة الميتة
تكون للبائع
القص مع كونه
للبيع للمشتري
حبسه عنه

[٤٠٤]

(٢٧٤) أي القص والقوائم. ب.

(٢٧٥) نخ. يقطع.

(٢٧٦) تهديباً. ب.

الجمع لهذا المحل ففتح الله سبحانه وتعالى فيه بما سمعت. وهذه أمور تحدث بحسب ما يقذفه في القلوب علام الغيوب.

بقي ههنا شيء: وهو أن هذا المقطوع من الحطب حيث كان، مع كونه ملك البائع، منسحباً عليه حكم الرهن حتى كان للمشتري حبسه عنه، فهل له منع البائع من أصل قطعه باعتبار كونه مرهوناً موصولاً فلا يصيره له مفصولاً؟* ويظهر لي أن ليس له ذلك لأنه تشذيب للشجر وتنقية ثمره له تقوية فيكون من باب إصلاح المالك لملك نفسه كحرثه وسقيه ورم ما استرم منه. وقد صرحوا بأن له إصلاحه، وإن كان في حال كونه بيد غيره بحق. ألا ترى إلى ما نص عليه في التاتارخانية^(٢٧٧)* من (أن لمؤجر الدار أن يدخلها وإن كان بغية المستأجر وبلا إذن منه)، وليس في ذلك ضرر بالمشتري لأنه يحبسه كما القائم ويبيع في دينه كما يباع هذا.

* واعلم أن حرث هذا الزيتون وسقيه إن احتاج إليه، ورم الحارث والسقي ما استرم من المبيع إن كان ربعاً، لا يجب لا على البائع ولا على المشتري. فقد قال صاحب الخيرية في سفلى لشخص علوه لآخر احتاج سقف السفلى إلى التطيين دفعاً لضرر وكف ماء العلو بعد أن

(٢٧٧) الفتاوى التاتارخانية نسبة إلى الخان الأعظم تاتارخان الذي أشار بجمعها واسمها في الأصل زاد المسافر. وهي من تأليف الإمام الفقيه عالم بن علاء الأنصاري الأندريني الحنفي. تقع في مجلدات تحتوي على مسائل المحيط البرهاني، والذخيرة، والخانية، والظهيرية. وهي مرتبة على أبواب الهداية. لخصها وانتخب منها إبراهيم بن محمد الحلبي ما هو غريب أو كثير الوقوع. الكشف: ٢٦٨/١.

السقف ملك صاحب السفلى مهد* بأن السقف ملك صاحب السفلى. وإنما لذي العلو حق القرار عليه (في) [٢٧٨] أن تطينه لا يجب على واحد منهما، أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه، وأما ذو السفلى فلعدم إجباره على إصلاح ملكه) (٢٧٩).

فإن قلت: أليس الغرم بالغنم، وغنم هذا المبيع وهو/ نزله للمشتري فيكون غرمة عليه؟

[٤٠٥]

قلت: بلى، ولكنه غرم فيه الثمن (٢٨٠). والقاطع للشعب في عدم اللزوم عليه ما نقله في الفصول (عن فوائد شيخ الإسلام طاهر بن محمود (٢٨١) محالاً فيها إلى رهن الذخيرة) (٢٨٢) في الدار المبيعة وفاء إذا احتاجت إلى العمارة فعمرها المشتري بأمر القاضي على أن له الرجوع كان له الرجوع) (٢٨٣). فلو كانت العمارة واجبة

(٢٧٨) الزيادة من ب، ر، ص.

(٢٧٩) ... فإن شاء طينه ورفع ضرره وكف الماء عنه، وإن شاء تحمّل ضرره عنه، إذ صرّحوا بأنه لا يجبر المالك على إصلاح ملكه، وإذا تلف الطين المانع لو كف الماء بسبب السكن المأذون فيه شرعاً لا لضمان على الساكن، وإن تعدى بأن أزاله وجب الضمان. الرملي: ٨٨/٢ - ٨٩.

(٢٨٠) اعلم أن قولهم الغرم بالغنم ليس على إطلاقه في بيع الوفاء. ص.
(٢٨١) هو صدر الإسلام كما جاء لقبه في العمادية طاهر بن محمود بن أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن مازة البخاري. الفقيه الحنفي. ٥٠٤. أخذ عن أبيه الصدر السعيد وعن عمه الصدر الشهيد. له فتاوى وفوائد. الكشف: ١٢٩٨؛ الإيضاح: ١٥٥/٢؛ واللكوني: ٨٥؛ وكحالة: ٥.

(٢٨٢) النقل بتصرف وهو صحيح المعنى. العمادية: أول ١٠٧ ب؛ والجامع: ٢٤٣/١؛ والبزاية: ٤١٩/٤.

(٢٨٣) والمنقول أن الأمير حمودة باشا [بتونس] منع القضاة من قبول دعوى =

على المشتري لم يكن لرجوعه بها على البائع، ولا لأمر القاضي بذلك معنى. وبهذا تعلم أن ما يظنه عامتنا في المبيع وفاء إذا كان زيتوناً فلم يحرقه مشتريه أو شجراً رقيقاً فلم يخدمه بالمسحاة ولم يسق ما يسقى منه، أنه لا يستحق غلته لا أصل له.

الفصل الرابع:

في انتقاص المبيع فيه عند مشتريه

اعلم أن المبيع إذا كان داراً فانهدم بناؤها أو أرضاً مشجرة

فاحترق بعض أشجارها فلهم في ذلك * ثلاثة أقوال:

الأقوال الثلاثة

في انتقاص
المبيع عند
المشتري

أحدها وهو لصاحب الهداية: أن ليس للبائع أخذ المبيع

وتضمن المشتري من نقصانه شيئاً، وإنما هو مخير بين أمرين^(٢٨٤): أحدهما أن يأخذ المبيع ويدفع ثمن الوفاء كاملاً من غير رجوع عليه بشيء مما نقص، والآخر أن يترك المبيع على المشتري يملكه بما دفع من ثمن الوفاء ولا يرد عليه من ذلك الثمن شيئاً.

ثانيها وهو لشيخ الإسلام علاء الدين^(٢٨٥) وبعض مشايخ

الراهن فيما يتعلّق بتغير العين من غير فعل المرتهن. وهو مقتضى

هذا القول في أحد وجهي الخيار. ر.

(٢٨٤) وعبارة صاحب الفصول: سئل مولانا يعني جدّه رحمه الله تعالى:

(إذا انتقض المبيع في يد المشتري شراء جائزاً ما الحكم فيه؟ أجب

حكمه أن البائع بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك).

العمادية: ١٠٤ ب؛ والجامع: ٢٣٨/١.

(٢٨٥) هو شيخ الإسلام علاء الدين القاضي علي المروزي صاحب أبي زيد

عبيد الدبوسي. أخذ الفقه عنه عن أبي جعفر الاستروشني عن

أبي محمد بن الفضل السدوموني. اللكنوي: ١٤٤. وروى عنه ظهير =

سمرقند أن له تضمينه ما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ^(٢٨٦)، ويعرف ذلك بتقويمه سليماً ومعيباً، فما نقص من قيمته سليماً يكون مضموناً عليه، ثم تارة يساوي ما نقص منه مال الوفاء، وأخرى يقصر عنه ومرة يزيد عليه. فإن ساواه ذهب بمال الوفاء فلا يعطي البائع المشتري منه شيئاً ولا المشتري البائع من النقص شيئاً لأنهما تكافأ فتقاصصا، وإن قصر النقص عن مال الوفاء سقط عن البائع منه مقدار النقص ودفع الباقي للمشتري، وإن زاد عليه سقط عنه مال الوفاء كله بالنقص ويرجع على المشتري بتمام قدر النقصان. لكن قال صاحب الهداية في هذا/ القول: إنه لا يكاد يصح لأن هذا للنظر ولا نظر في هذا البتة^(٢٨٧).

[٤٠٦]

المعتمد في مسألة انتقاص المبيع

* ثالثها وهو المعتمد ما ذكره صاحب الفصول بقوله: وفتوى أئمة زماننا رحمهم الله، ومن أدركنا من أساتيدنا وغيرهم على غير هذا الاختيار، وإنما اختاروا فيها حكم الرهن. وقالوا بأنه إذا انتقص المبيع وفاء في يد المشتري يسقط حصة النقصان من مال الوفاء، ويقسم مال الوفاء على قيمة الباقي والهالك، فما أصاب الهالك يسقط وما أصاب الباقي يبقى، كما هو الحكم في الرهن. [و]^(٢٨٨) بيانه: لو اشترى^(٢٨٩) داراً قيمتها ألف درهم بمائة.

= الدين علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق المرغيناني. القرشي: ٤١٦/٤ - ٢٠٩١.

(٢٨٦) نص ما في الفصول: (أن له أن يمسك حصة النقصان من الثمن بالغاً ما بلغ، ويسترد إن زاد قيمة النقصان على الثمن) العمادية: ١٠٤ ب؛ والجامع: ٢٣٨/١.

(٢٨٧) الفصول: ١٠٤ ب؛ والجامع: ٢٣٨/١.

(٢٨٨) الزيادة من ج.

(٢٨٩) أي وفاء، بيان من ب.

فخربت الدار وصارت قيمتها خمسمائة، يسقط من قيمة الوفاء خمسون. هكذا فاعتبر^(٢٩٠).

«ولو استهلك المشتري بناءه أو أشجاره يضمن قيمته كالمرتهن»^(٢٩١)، يعني يضمنها بالغة ما بلغت كما يضمنها المرتهن، كذلك في هاته الصورة. وهو صورة الاستهلاك * لأنه^(٢٩٢) تضمن فيها ضمان الغصب لا ضمان الرهن إذ ذاك في صورة الهلاك.

الفرق بين ضمان
الرهن وضمان
الغصب

الفصل الخامس:

في بيع البائع وفاء مبيعه الوفاي

قبل فسخ الوفاء فيه

اعلم أنه إذا باع باتاً أو وفاء مبيعه الوفاي قبل أن يفسخ مع مشتره عقد الوفاء فيه فإن بيعه مطلقاً يكون موقوفاً على إجازة المشتري منه وفاء، كما يتوقف بيع الراهن الرهن على إجازة المرتهن ينفذ بإجازته ولا يفسخ بفسخه لأن ما له من حق الحبس يتم بدون فسخ، فلا وجه لثبوته بلا ضرورة تدعوه إليه مع ما فيه

(٢٩٠) ط. لا خفاء أن في هاته الصورة تكون كل مائة من قيمة الدار التي هي عشرها مقابلة بعشرة من مائة الوفاء التي هي عشرها أيضاً. فلو رد الدار سليمة حتى رجعت لربها قيمتها كاملة وجب عليه أن يرد جميع المائة التي كانت بمقابلتها. وحيث صارت قيمتها خمسمائة يكون إنما رد على ربها نصف القيمة فلا يرد عليه إلا ما يقابله وهو نصف المائة الباقي، وهو الخمسون. فهو مقابل بنصف القيمة الذي ضاع. فلما لم يرد له المشتري لا يرد له البائع الخمسين التي تقابله. اهـ. منه. ب.

(٢٩١) العمادية: ١٠٤ ب - ١٠٥ أ؛ والجامع: ٢٣٨/١.

(٢٩٢) لأنها بدل لأنه: ج.

الفرق بين توقف بيع المبيع وفاء على إجازة المشتري والمرهون على إجازة المرتهن

[٤٠٧] فإما في الوفاء فإنه يتوقف عليها عيناً بحيث لا يفيد/ في نفاذه سواها حتى * إذا تعذرت بخروج مشتري الوفاء من البين وصيرورته أجنبياً بسبب انفساخ وفائه قولاً أو فعلاً بقبض مال الوفاء، بطل لكونه كان موقوفاً على إجازة تعذر حصولها. بيطل بيع المبيع وفاء بتعذر الإجازة لانفساخ الوفاء قولاً أو فعلاً

وأما في الرهن فلا يتوقف عليها كذلك (٢٩٣) بل على أنها أحد ما يفيد في نفاذه، إذ كما تفيد هي فيه يفيد فيه فسخ الرهن وسقوط الدين بالقبض أو الإبراء. وبالجمله فما عدا الإجازة في الوفاء يبطل به البيع الموقوف، وفي الرهن ينفذ به. * وهذه إحدى المسائل التي يخالف فيها الوفاء الرهن كما نبهوا عليه. من المسائل التي يخالف فيها الوفاء الرهن

ولا خفاء أن الإجازة كما تكون بالقول تكون بالفعل كما ذكره العمادي بقوله:

قيل له، أي صاحب الهداية: (فلو باعه من غيره بيعاً باتاً وجاء بالثمن إلى المشتري [شراء جائزاً]، وقال: بعته هذا المبيع باتاً وجئت بدراهمك من ذلك فخذها فأخذها هل يكون إجازة؟
أجاب: نعم تكون إجازة ولا يحتاج إلى التجديد) (٢٩٤).

(٢٩٣) أي عيناً. ب.

(٢٩٤) للشراء. ب. العمادية والزيادة منها: ١٠٦ أ - ١٠٦ ب؛ وعبارة

الجامع: (ولو باعه من غيره باتاً وقال لمشتريه جائزاً بعته باتاً وهذا ثمنك خذ فخذها. فهو إجازة ولا يحتاج للتجديد). الجامع:

٢٤١/١.

* فالإجازة حصلت بفعل مشتري الوفاء وهو قبضه ثمن وفائه الإجازة الفعلية من خصوص ثمن البات لاستلزامه رضاه به . وحيث حصلت الإجازة نفذ البيع ففناذه هنا بالقبض من حيث تضمنه الإجازة لا من حيث ذاته . فلا يرد أن هذا ينافي ما سبق من أن البيع في الوفاء لا ينفذ إلا بخصوص الإجازة دون ما سواها كقبض الثمن .

* واعلم أنه لا فرق في توقف البيع في الوفاء على خصوص الإجازة بين وحدته وتعدده وكونه باتاً أو وفاء . فلو باع ما هو في وفاء الغير ثلاث ببيعات كلها بائة أو وفائية أو مختلفة توقفت كلها على إجازة ذلك الغير، وأي بيع أجازه منها نفذ متقدماً/ كان أو متوسطاً أو متأخراً باتاً أو وفاء، وبطل ما سواه . فلو قضى ثمن بعض ما هو وفاء منها أو مما هو قبلها^(٢٩٥) فإن كان المقضي ثمنه هو الوفاء الأصلي^(٢٩٦) الذي توقفت البيوع^(٢٩٧) على إجازة صاحبه بطلت كلها لما مر من أن ما كانت متوقفة عليه من الإجازة التي لا ينفذ إلا بها قد تعذر حصولها حتى لو باعه بعد قضاء ذلك الثمن بتاً أو وفاء نفذ في الحال لأنه ليس يبيع المبيع وفاء حيثئذ حتى يتوقف إذ المقضي ثمنه انفسخ وما عداه قد بطل قبل وقوع هذا البيع فأتى يتوقف على إجازة صاحبه؟ وإن قضى ثمن غير الأول بقي الباقي على ما كان عليه من توقفه على إجازة صاحب الأول إذ البيع الوفايي الذي توقفت عليه لم يزل قائماً بعد حتى لو باع يبعاً آخر بعد هذا القضاء وفاء أو بتاً توقف غيره على إجازة صاحب الأول .

(٢٩٥) وهو الأول الوفايي الذي توقفت كلها عليه . ب .

(٢٩٦) نخ . الأول . التنبيه من ب .

(٢٩٧) أي الثلاثة . ب .

حصول الإجازة من مشتري الوفاء بقبضه
من مشتري الوفاء بقبضه ما مر؟
ماله من مشتري البات

قلت: نعم إذا وجد ما يدل على أن المدفوع من ثمن البات كما في قبضه من البائع، إذ لا فرق بين القبضين في ذلك. وسيأتي إن شاء الله تعالى من كلامهم ما يفيد ذلك.

دفع مشتري البات لمشتري الوفاء مال الوفاء مال وفائه بلا إذن البائع

* فإن قلت: إذا دفع مشتري البات لمشتري الوفاء مال وفائه، فهل لبائعه (٢٩٨) أن يطالبه (٢٩٩) بثمن البات ويقول (٣٠٠): لِمَ دفعت مال الوفاء بغير أمري؟

قلت: هذا السؤال أورده صاحب العمادية. وذكر أن جده أجاب فيه بأنه لا يطالبه يعني ويقام له ذلك مما عليه للبائع من ثمن البات (٣٠١).

ثم قال: هذا إذا لم يؤد الثمن/ إلى البائع، يعني أن موضوع هذه المسألة ما إذا كان دفع مشتري البات لمشتري الوفاء قبل أن يدفع للبائع ثمن البات، أما إذا كان بعده بأن أدى ثمن البات أولاً

(٢٩٨) أي بائع البات. ب.

(٢٩٩) أي مشتري البات. ب.

(٣٠٠) أي لصاحبه الذي اشترى مني وفاء. ب.

(٣٠١) قوله: ويقام له ذلك مما عليه للبائع من ثمن البات. هذا يدل على حصول الإجازة من مشتري الوفاء للبيع البات بقبضه مال وفائه من مشتري البات إذا قبض من ثمنه، إذ لو لم تحصل به الإجازة لما تم البات بل بطل. فأى ثمن عليه للبائع حتى يقام له هذا منه؟ وهذا ما قلت إنه سيأتي إن شاء الله تعالى من كلامهم ما يفيد ذلك. اهـ. منه. ب.

للبيع، ثم دفع ثمن الوفاء ثانياً للمشتري بغير أمر البائع، فهل له أن يرجع به على البائع؟ قال، كان بعض المشائخ يقول: ينبغي أن لا يرجع ويكون متبرعاً بخلاف معير الرهن^(٣٠٢)، فإن الرهن ثمة ورد على ملكه فيكون مضطراً في خلاص ملكه ولا كذلك ههنا^(٣٠٣).

ورأيت في متفرقات إجازات الذخيرة^(٣٠٤): (الآجر إذا باع المستأجر من أجنبي، ثم إن المشتري دفع الثمن إلى المستأجر بجهة مال الإجارة ينظر إن كان الآجر حاضراً كان متطوعاً، وإن لم يكن حاضراً لا يكون متطوعاً لأن في الوجه الثاني^(٣٠٥) هو مضطر في الأداء لتخليص ملكه، فهو نظير المعير إذا قضى دين المستعير. وفي الوجه الأول^(٣٠٦) ليس بمضطر فيه لأنه يمكنه أن يدفع الثمن إلى الآجر فيقضي الآجر به مال الإجارة، فيسلم ملك المشتري له)^(٣٠٧). يعني وعلى قياس التفصيل في مسألة دفع المشتري مال الإجارة بين حضرة المؤجر وغيبته ينبغي أن يفصل في مسألة دفعه مال الوفاء كذلك. ثم نقل^(٣٠٨) عن إجازات العدة

(٣٠٢) بأن استعار شخص من آخر شيئاً فرهنته بإذنه. ب.

(٣٠٣) ط. لأن بيع الوفاء لم يرد على البات بل الأمر بالعكس لسبق الأول في الوجود كما هو الفرض. اهـ. ب.

(٣٠٤) من كلام الفصول. ب.

(٣٠٥) ط. وهو ما إذا لم يكن الآجر حاضراً. ب.

(٣٠٦) ط. وهو ما إذا كان الآجر حاضراً. ب.

(٣٠٧) العمادية: ١٠٦ ب؛ وعبارة جامع الفصولين: المؤجر بدل الآجر مع تصرف قليل في ترتيب الصور وفي اللفظ الجامع: ٢٤٢/١.

(٣٠٨) لفظه: (إذا باع المستأجر بإذن المستأجر حتى كان للمستأجر أن يستوفي مال الإجارة. فلو أن المشتري أدى مال الإجارة إلى المستأجر =

إطلاق القول بتبرعه بدفع مال الإجارة فيكون موافقاً لجواب بعض المشايخ في مسألة دفعه مال الوفاء من إطلاق القول بالتبرع فيه^(٣٠٩). ونقل في جامع الفصولين ما سوى المنقول عن العدة وأقره^(٣١٠).

وأقول^(٣١١) إن لم يكن فرق بين صورة دفع مشتري البات ثمن الوفاء لمشتريه قبل دفعه ثمن البات للبائع وصورة كونه بعده، فما كان ينبغي/ إيرادهما في هذا القالب المشعر باختلاف حكمهما، وإن كان بينهما فرق فيه فما استند إليه من التفصيل في الثانية بين حضور البائع وعدمه قياساً على مسألة الإجارة المذكورة في الذخيرة^(٣١٢) لا يفيد إذ ليس فيها إن دفع مال الإجارة للمستأجر

= بغير أمر الآخر ليسلم له المبيع كان متبرعاً بخلاف معير الرهن).
العمادية: ٢٠٦ ب.

(٣٠٩) يعني إذا كان دفعه إياه لمشتري الوفاء بعد ما دفع للبائع إذ هذه الصورة هي التي أجاب فيها بعض المشايخ بأنه متبرع. والمراد بإطلاق القول بتبرعه إطلاقه عن التقييد بغية البائع لا عن التقييد بكون الدفع لمشتري الوفاء بعد دفع الثمن للبائع، لأن هذا التقييد لا بد منه لأنه موضوع المسألة. اهـ. منه. ب.

(٣١٠) لفظه في جامع الفصولين: (عدة) باع بإذن المستأجر فأدى المشتري مال الإجارة إلى مستأجره بغير أمر المؤجر ليسلم له البيع يكون متبرعاً بخلاف معير الرهن). الجامع: ٢٤٢/١.

(٣١١) هذا من المؤلف. ب.

(٣١٢) هي ذخيرة الفتاوى المعروفة بالذخيرة البرهانية للإمام برهان الدين محمود بن الصدر السعيد أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة. ٦١٠. وهي مشحونة بكثير من الفوائد. اختصرها صاحبها من كتابه المحيط البرهاني. وكلاهما مقبول عند العلماء. اللكنوي: ٢٠٥ - ٢٠٧؛ الكشف: ٨٢٣/١.

كان بعد دفع ثمن البات للبائع .

فإن قلت: يندرج تحت إطلاقه حيث لم يقيد دفعه ثمن
الوفاء بشيء .

قلت: إذاً لا يكون بينهما فرق في الحكم . فيعود الكلام إلى
أنه لِمَ عبّر بما يوذن باختلافهما؟

فإن قلت: كما أن المعير مالك للمرهون، فالمشتري باتاً
مالك للمبيع الذي في وفاء الغير، فما معنى الفرق بأن الأول
مضطر في خلاص ملكه لا الثاني؟

قلت: واضح لأنه فرّعه على قوله لأن الرهن ثمة ورد على
ملكه فكان محطّ الفرق هو أن الرهن حين عقد ورد على ملك
المعير لثبوت ملكه فيه قبل عقد الرهن، بخلاف عقد الوفاء، فإنه
لم يرد على ملك المشتري باتاً بل عقد المشتري باتاً هو الذي ورد
على ملك المشتري الوفاي .

وبعد هذا كله فالأظهر القول بتبرع المشتري باتاً، وأن قياسه
على معير الرهن قياس مع الفارق، لأن شراءه^(٣١٣) إذا كان موقوفاً
على الإجازة^(٣١٤) يكون ملكه للمبيع كذلك . والإجازة هنا إنما
حصلت بقبش مشتري الوفاء مال وفائه منه، وبالضرورة يتأخر نفاذ
عقده عن دفعه إياه . ويستلزم ذلك تأخر ملكه كذلك . ولئن كان
الملك يثبت له مستنداً لوقت شرائه لا مقتصرأ على وقت دفعه فعقد
شرائه متأخر عن عقد وفاء الآخر، فلم يصدق أن الوفاء ورد على
ملكه لا النافذ ولا الموقوف، فكيف يساوي المعير؟

(٣١٣) أي البتي . ب .

(٣١٤) أي من مشتري الوفاء . ب .

[٤١١] بيع المبيع وفاء
لمشتره بيعاً باتاً

* واعلم أن بيع المبيع وفاء الذي يتوقف/ على إجازة
مشتري الوفاء هو بيعه من غير ذلك المشتري. أما بيعه له فلا
يتصور توقفه على إجازة من نفسه بل ينفذ في الآن^(٣١٥)، ويتضمن
فسخ الوفاء الذي كان أتى الوادي فطمّ على القري^(٣١٦).

قال في الفصول: (وسئل جدي رحمه الله عن باع كرمه بيعاً
جائزاً ثم باعه من المشتري بيعاً باتاً بعد ما مضى بعض السنة وقد
خرج الثمر، وأنه باع^(٣١٧) بدون الغلة (فهل تكون) حصة ما بقي
من السنة بعد البيع البات للبائع؟ أجب تكون للبائع)^(٣١٨).

قلت وضع الكلام في حصة الباقي من السنة بعد البيع لأن
حصة الماضي منها تكون للمشتري بلا إشكال. وإنما لم تكن
حصة الباقي له أيضاً لأنه لا جائز أن يستحقها بعقد الوفاء لانفساخه
بطرؤ البات عليه، ولا بعقد البات لعدم اشتراط المشتري لها فيه،

(٣١٥) في الفصل الثاني والثلاثين من جامع الفصولين رامزاً للذخيرة ما نصه:
(باع الرهن رهنه بلا إذنه مرتنه، ثم باعه من المرتهن جاز البيع من
المرتهن ويتنقض البيع الأول). اهـ. ب. وتام كلامه في الجامع:
(وهكذا لو باع المستأجر من رجل بلا إذن المستأجر ثم باعه من
المستأجر جاز البيع من المستأجر وهو نقض للبيع الأول، وكذلك في
البيع الجائز المعروف ببيع الوفاء إذا باعه البائع من رجل باتاً بلا إذن
المشتري ثم باعه من المشتري بيعاً باتاً نفذ البيع الثاني وبطل الأول.
وهذا لأن الأول موقوف والثاني بات فيبطله. كذا أفتى صاحب
المحيط. وقال غيره من المتأخرين ينفذ البيع الأول. وبه أفتى).
والجامع: ٩٣/٢.

(٣١٦) عظم السيل فغمر كل شيء في طريقه.

(٣١٧) أي باتاً. ب.

(٣١٨) بالفصول: ما بقي من الثمر بدل ما بقي من السنة. العمادية: ١٠٦ أ.

وأيضاً فهذا فسخ حكمي لعقد الوفاء، فيعتبر بالفسخ الحقيقي وفيه توزع بينهما على هذا الوجه، فكذا فيما هو في حكمه .

ثم قال في الفصول أيضاً: (وسئل رحمه الله، باع كرمًا بيعاً جائزاً فمضى بعض المدة وخرج الثمار ثم باعه من المشتري جائزاً بيعاً باتاً ولم يذكر الثمار^(٣١٩) أتكون الثمار للبائع أم للمشتري؟ أجاب رحمه الله: تكون للبائع)^(٣٢٠) .

أقول أطلق في الثمار هنا، فشمّل حصة المدة السابقة على الفسخ واللاحقة له، وليس كذلك، لأنك عرفت أن حصة السابقة للمشتري بلا نزاع .

الفصل السادس:

في الشفعة بالمبيع وفاء والشفعة فيه
إذا بيع باتاً قبل الفسخ^(٣٢١)

* أما الأولى فإنها تكون لبائعه دون مشتريه . وذلك أن الشفعة/ بالشيء تستدعي كونه ملكاً للشفيع وقت الشفعة إلى حين ثبوت ملكه في المشفوع فيه، وذلك ثابت للبائع وفاء لعدم خروج المبيع عن ملكه، فهذا البيع منفي عن المشتري إذ من لازم عدم خروج المبيع عن ملك البائع فيه عدم دخوله في ملك مشتريه ونفي الشفعة به لمشتريه ظاهر، وأمّا ثبوتها للبائع فربما يخفى من حيث إن ما يريد أن يشفع به ليس حين الشفعة في يده، فلذلك اقتصر

يشفع بالمبيع
وفاء ببائعه لا [٤١٢]
مشتريه

(٣١٩) الثمر بدل الثمار . انظر العمادية .

(٣٢٠) العمادية : وسط ١٠٦ أ .

(٣٢١) للوفاء . ب .

صاحب الفصول عليه إذ قال نقلاً عن فتاوى الإمام محمد بن الفضل^(٣٢٢):

(كرم بين رجل وامرأة، باعت المرأة نصيبها من الرجل وشرطت أنها متى جاءت بالثمن رد^(٣٢٣) عليها نصيبها. ثم باع الرجل نصيبه من آخر، هل (يكون) لها الشفعة؟

قال: إن^(٣٢٤) كان البيع بيع معاملة^(٣٢٥) فلها الشفعة سواء كان نصيبها من الكرم في يدها أو في يد الرجل^(٣٢٦)، لأن بيع المعاملة وبيع الثلجئة حكمهما حكم الرهن، والراهن له حق الشفعة وإن كان الرهن في يد المرتهن^(٣٢٧).

صحة الوفاء مع الشبوع وعدم القبض بخلاف الرهن

* وقد استفيد من تصويره الوفاء في نصف الكرم [وقوله سواء كان نصيبها في يدها أو في يد الرجل] صحة الوفاء مع الشبوع [وعدم القبض]، على خلاف الرهن [في الأمرين] فيكون هذا ممّا خالف فيه الوفاء الرهن. ووجه ذلك ما في الوفاء من معنى البيع وهو يصح [مع المذكورين]^(٣٢٨).

(٣٢٢) هو أبو بكر محمد بن الفضل بن العباس الكماري الحنفي البلخي.
٣٨١ بسمرقند. شيخ جليل معتمد في الرواية مقلد في الدراية. فقيه صوفي. له فتاوى. للكنوي: ١٨٤. ق. الكشف: ١٢١٩؛ كحالة: ١٢٨/١١.

(٣٢٣) إذا جاءت بالثمن يرد بدل متى جاءت بالثمن رد. العمادية.

(٣٢٤) إذا بدل إن: العمادية.

(٣٢٥) الذي هو بيع الوفاء. ب.

(٣٢٦) المشتري بدل الرجل. العمادية.

(٣٢٧) العمادية: وسط ١٠٥ ب.

(٣٢٨) الزيادات في هذه الفقرة من ج، ر، والزيادة الأخيرة: مع الشبوع بدل من المذكورين في ر.

وقول ابن الفضل بيع المعاملة له حكم الرهن محتمل لأن يكون بناه على القول بأن الوفاء رهن بأن كان ذلك رأيه فيه، ولأن يكون بناه على القول بالتركيب الذي يعطيه حكم الرهن في حق البائع، والشفعة به أمر متعلق به، وأراد بكونه بيع تلجئة إثبات التلجئة فيه من جهة خاصة/ وهي إظهار صورة البات فيه لا من جميع الوجوه حتى يكون هزلاً لا جِداً، لأن التوثيق به والانتفاع منه جد لا هزل فيه. ولو أراد أنه بيع تلجئة مطلقاً كبيع الهازل لما أعطاه حكم الرهن إذ بيع الهازل باطل لا يعطى له حكم بيع ولا رهن.

٤١٣]

* وأما الثانية وهي الشفعة فيه إذا بيع باتاً قبل الفسخ، ففيها الشفعة في بيع الوفاء إذا بيع باتاً تفصيل. وذلك أن ههنا ثلاثة أحوال:

إحدهما: حالة ثبوت التوقف للبيع، وهي حالة انتفاء الإجازة من المشتري في الحال لكنها ممكنة الحصول منه في الاستقبال.

ثانيها: حالة انتفائه بتعذر الإجازة منه لفسخه الوفاء قولاً أو فعلاً بقبض ثمن وفائه.

ثالثها: انتفاؤه بحصول الإجازة منه.

والشفعة منفية فيه في كل من الحالة الأولى والثانية، ثابتة في الثالثة.

أما انتفاؤها في الأولى فلانتفاء شرطها من خروج المبيع عن ملك البائع، إذ لا خروج إلا مع نفاذ البيع، ولا نفاذ له مع التوقف.

ولهذا لما سئل صاحب الفصول عن (كرم مشترك بين اثنين

باع أحدهما نصيبه من صاحبه بيعاً جائزاً ثم أنه باع من أجنبي بيعاً
باتاً حتى توقف على إجازة شريكه المشتري وفاء هل لشريكه [حق]
الشفعة؟ [هكذا كانت صورة الاستفتاء].

وأجاب [من جلس للإفتاء من بلدتنا أنه يكون له الشفعة،
وأجيب: أنه لا يكون له ذلك] بأن لا شفعة له.

زاد في السؤال (٣٢٩): (وأجاز مشتري الجائز الشريك البيع
البات)، وعلل تلك الزيادة بقوله: (لتصير مسألة النفاذ^(٣٣٠)
إذ معناه أن السؤال بدون تلك الزيادة واضح الجواب بنفي الشفعة
إذ كل أحد يعلم أن لا شفعة في الموقوف)^(٣٣١)، ومثله لا ينبغي
السؤال عنه، فإن تفسير الواضحات من المشكلات.

وإنما الذي يخفى في هذه الصورة هو الشفعة مع الإجازة
إذ المتبادر ثبوتها. فهذا/ هو الذي ينبغي أن يسأل عنه.

[٤١٤]

ويجاب فيه بالمنع بخصوصية كون الإجازة هنا من الشفيع
فيكون به تمام البيع، ومن كان به تمامه لا شفعة له لما فيه من
نقض ما تم من جهته، * كالوكيل بالبيع حيث لا يشفع فيما باعه
بالوكالة.

وبالجملة فلا شفعة لهذا الشريك لا في حال انتفاء إجازته
ولا في حال ثبوتها.

(٣٢٩) جواب لما سئل. ب. بالأصل بدل هذا الجواب بعدما ألحقت في
الفتوى. العمادية: وسط ١٠٥ ب؛ والجامع: ٢٤٠/١.

(٣٣٠) لا مسألة التوقف. ب.

(٣٣١) الفقرة كلها منقولة بتصريف. انظر العمادي: وسط ١٠٥ ب؛ والجامع:

٢٤٠/١.

أما في الأولى فلعدم تمام البيع .

وأما في الثانية فلأنه هو الذي أتمه فلا ينتقضه بعد ذلك .

ولما استوى الحالتان في الحكم وأنه نفي الشفعة، وكان في زيادة الإجازة تحسين وضع السؤال لم يبال صاحب الفصول بها .
فلا يقال كيف ساغ له أن يزيد في السؤال ما ليس فيه؟

وأما انتفاؤها في الثانية فلأن بتعذر الإجازة يبطل البيع ويصير كأنه من الابتداء لم يقع أصالة، ولا شفعة بدون بيع .

* وأما ثبوتها في الثالثة فلتحقق شرطها من خروج المبيع عن ملك البائع بنفاذ البيع بالإجازة كما ثبتت في البيع بشرط خيار البائع والبيع الفاسد عند تقرر الأول بالإجازة والثاني بما يفوته من المفوتات، * والمعتبر في طلبها من الشفيع وقوعه وقت العلم بالإجازة لا وقت العلم بالبيع، حتى لو وقع حين البيع ولم يعد عند الإجازة اكتفاء بالأول لم تصح .

لا تثبت الشفعة في المبيع وفاء إذا بيع بتأجيل بعد الإجازة .
المعتبر في الطلب وقت العلم بالإجازة لا العلم بالبيع

وهذا على قياس ما ذكره الزيلعي في البيع بشرط خيار البائع من أن البيع إنما صار سبباً في ثبوت الحكم في ذلك الوقت، ووجوب الشفعة ينبنى على انقطاع حق المالك بالبيع^(٣٣٢) وهو ينقطع به عنده . وهو يدل على أن الطلب قبل الإجازة لا يتوقف عليها كالبيع^(٣٣٣) . فإن تمت الإجازة تم الطلب / فتمت الشفعة وإلا فلا، إذ لو صح فيه التوقف لما عدل عما هو الظاهر من اعتبار

[٤١٥]

(٣٣٢) وهو أي حق المالك ينقطع به أي البيع عنده أي سقوط الخيار . وهذا عين لفظ الزيلعي . ب . راجع الزيلعي : ١٩/٤ .
(٣٣٣) فإنه يتوقف . ب .

وقت البيع فيه إلى خلافه من اعتبار وقت الإجازة، وهو^(٣٣٤) وإن ذكر في ذلك خلافاً^(٣٣٥) لكنه جعل اعتبار وقت الإجازة الأصح. ولعله لأن الموقوفية كالصحة والفساد من صفقات العقود، ولا شيء من الطلب بعقد. ومع قصر ثبوت الشفعة في المبيع وفاء على الحالة الثالثة فقولنا فيها: تثبت الشفعة في المبيع وفاء من مجاز الكون^(٣٣٦) إذ هو وقت ثبوت الشفعة فيه ليس بمبيع وفاء بل بتأ، وحين كونه مبيعاً وفاء لم تثبت فيه شفعة، فلا تثبت الشفعة في المبيع وفاء حال صدق هذا العنوان عليه حقيقة بإطلاق^(٣٣٧).

الفصل السابع:

في ادعاء المشتري وفاءً على مشتريه

وادعاء مشتريه له على غيره

أما الأول بأن يدعي خارج على ذي يد أن هذا ملكي فيدفعه ذو اليد بأنني لست بخصم لك فيه لأنني لست بمالك له، وإنما هو في يدي بعقد الوفاء فيه. فالذي في هذا الفصل من الفصول أنه وقع الاستفتاء من فرغانه^(٣٣٨) بسمرقند عن هذه المسألة:

(وأنه هل يشترط، يعني لسماع هذه الدعوى حضرة البائع والمشتري؟ ووقع الجواب من صاحب الهداية والكثير من السمرقنديين بأنه يشترط.

(٣٣٤) أي الزيلعي. ب.

(٣٣٥) ط. وإن بعضهم يقول بالطلب وقت البيع. ب.

(٣٣٦) المجاز الكوني في ج.

(٣٣٧) قوله: عليه حقيقة بإطلاق. ساقط في ر.

(٣٣٨) اسم بلدة. ب. في خراسان بناها أنوشروان. ويطلق الاسم على

الإقليم كله الذي يجمع سبع مدائن. الحميري. الروض المعطار:

ص ٤٤٠.

وأجاب القاضي علاء الدين بدر بأنه لا يشترط^(٣٣٩).

وأقول سبب هذا الاختلاف عدم خلوص الوفاء للبيع البات ولا للرهن، وذلك أن الدعوى على المشتري باتاً فيما في يده مسموعة قطعاً، ولا يسمع منه: إني اشتريته من فلان فاصبر إلى أن يحضر، وعلى المرتهن غير مسموعة قطعاً إذا ثبت كونه مرتهاً منه إما بإقرار المدعي به، أو بإثبات المدعى عليه ذلك بالبيّنة على ما عرف/ في المخمسة^(٣٤٠)، إذ من وجوه الدفع فيها: ارتهنته من

[٤١٦]

(٣٣٩) أصل المسألة: المشتري شراء جائزاً هل يصلح خصماً للمدعي قبل القبض بدون حضرة البائع؟ قال صاحب الفصول: (سئل جدّي شيخ الإسلام برهان الدين رحمه الله فأجاب بأنه يشترط حضرة البائع. وقال استفتيت من فرغانة في هذه المسألة فأجاب كثير من مشايخ سمرقند كما أجبته إلا القاضي الإمام علاء الدين بدر فإنه قال لا يشترط حضرة البائع فحصل فيه اختلاف المشايخ). العمادية. نخ. اليوسفية: ١٢ ب - ١٣ أ؛ الجامع: ٣٧/١.

(٣٤٠) من وجوه الدفع أن لا يكون صاحب اليد أهلاً للخصومة. وذلك في حالات جمعها النسفي في قوله: (قال ذو اليد هذا الشيء أودعنيه أو أعارنيه أو أجرنيه أو رهنته زيد الغائب أو غصبته منه) وزاد الكاساني: (أو سرقته أو أخذته أو انتزعته أو ضل منه فوجدته). وأقام البيّنة على ذلك (١) تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء، (٢) وقال ابن أبي ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البيّنة أو لو يقيم، (٣) وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البيّنة أو لم يقيم. هذا إذا لم يكن الرجل معروفاً بالافتعال والاحتيال، (٤) فإن كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضاً، (٥) وعند أبي يوسف لا تندفع. وهي المسألة المعروفة بالمخمسة لاختلاف العلماء فيها على خمسة أقوال. الكاساني. البدائع: ٢٣١/٦؛ وفي البحر: إنها لقت بذلك لأن صورها خمس: ودية وإجارة وإعارة ورهن وغصب. ابن نجيم: ٢٢٨/٧.

الغائب . ولما تجاذبَ في الوفاء البيع والرهن جاء الاختلاف . فمن نظر فيه إلى جهة الرهن ، وهو نظر الجماعة ، لم يسمعها عليه بدون حضرة البائع ، ومن لاحظ جانب البيع ، وهو ملحظ علاء الدين بدر ، سمعها دون توقف عليه ، ويظهر لي رجحان ما عليه الجماعة ، فإن عدم اشتراط حضرة البائع - الذي ذهب إليه - بدر إن كان مبنياً على القول بأن الوفاء بيع بات ، فذلك القول وإن كان يقتضيه (٣٤١) إلا أنه لمنافاته لمقاصد الناس فيه لا ينبغي البناء عليه ، وإن كان لما فيه من معنى البيع على المختار فيه من التركيب ، * فقد تكرر عليك أن جهة البيع إنما اعتبرت فيه ضرورة في حق الانتفاع به خاصة ، وأما فيما سواه فالمعتبر فيه جهة الرهن ، وهذا مما سواه ، مع أنا نقطع بأنه لا يدعي ملك العين فيه لنفسه بل ملك المنافع ، فأَي فرق بينه وبين المستأجر وهو يدعي ما يدعيه من ملك المنفعة فقط حتى لم تسمع الدعوى عليه بغيبة المؤجر؟ وجعل ادعاء الاستيجار من الغائب من وجوه الدفع في الخمسة اتفاقاً ، وتسمع على هذا من المشتري بغيبة البائع ، ولم يجعل ادعاؤه الشراء الوفايي منه [من] (٣٤٢) وجوه الدفع فيها .

المعتبر في بيع الوفاء جهة الملك في حق الانتفاع به خاصة وفيما سواه جهة الرهن

واعلم أنه لا فرق في عدم سماع الدعوى على المشتري وفاء بين كونها دعوى الملك المطلق كما صورنا - ومنها دعوى الوقف

(٣٤١) ط . قوله : وإن كان يقتضيه ، إنما كان يقتضيه لما تقدم من أن مشتري البات تسمع الدعوى عليه لادعائه الملك لنفسه فيه . اهـ . منه . ب .

(٣٤٢) الزيادة في ج .

لتصريحهم^(٣٤٣) بأنها من قبيل دعوى الملك^(٣٤٤)، أو المقيد بسبب من أسبابه — وبين كونها دعوى حق كدعوى الوفاء أيضاً أو الرهن أو الإجارة، لأن المعنى المانع/ من سماع الدعوى عليه من عدم ادعائه الملك في العين لنفسه يشمل الكل، اللهم إلا إذا ادعى عليه الفعل^(٣٤٥) فحيثئذ تُسمع، إذ لا مدفع لهذه الدعوى على ما عرف في المخمسة.

[٤١٧]

وأما الثاني وهو ادعاء مشتره له على غيره فلا إشكال في سماع هذه الدعوى لأنها وإن لم تكن من دعوى الملك فهي من دعوى الحق، ودعواه مسموعة لكن على من يدعي الملك لنفسه في العين خاصة دون من لا يدعي إلا حقاً فيها. وهذا هو سبب عدم سماع الدعوى على الموقوف عليه. * والحاصل أن ذا اليد هذا الحاصل متى كان يدعي في العين ملكاً لنفسه سمعت عليه كل من دعوى جامع الملك والحق، ومتى كان لا يدعي فيها إلا حقاً لم تسمع عليه دعوى ملك ولا حق، حسبما يعلم من فصل من يصلح خصماً لغيره ومن لا يصلح، ومن يشترط حضرته لسماع الدعوى ومن لا تشترط، وهو ثالث فصول الفصول^(٣٤٦).

فعلى هذا لا تسمع دعوى الخارج الوفاء على ذي المدعي

(٣٤٣) وفيه أن صاحب البحر صرح بمخمسة كتاب الدعوى أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق. وقد صرح بذلك الرملي أيضاً في كتاب الدعوى من فتاواه فليتأمل. بخط الشيخ محمد ابن الخوجة الأكبر. ج. ر؛ انظر ابن نجيم: ٧/٢٣٠؛ الرملي: ٦١/٢ — ٦٣.

(٣٤٤) بالنسبة للواقف. ب.

(٣٤٥) بأن ادعى عليه الغصب. ب.

(٣٤٦) العمادية: ١٤ — ١٩ أ.

الوفاء أيضاً ولو ادعيا تلقيهما له^(٣٤٧) من واحد وكان تاريخ الخارج أسبق بدون حضرة بائعهما إذا ثبت ما يدعيه ذو اليد من الوفاء.

الفصل الثامن:

في الكفالة بمال الوفاء والحوالة به والصلح عنه

* اعلم أن الكفالة بمال الوفاء إما عن المشتري للبائع أو العكس. فإن كان الأول فهي صحيحة لأنها وإن كانت تستدعي كون المكفول به ديناً للمكفول له على المكفول عنه فمال الوفاء ههنا كذلك لأنه يترتب ديناً للبائع بذمة المشتري بمجرد العقد، * وإن كان الثاني فإنها تصح مضافة لوقت لفسخ لا منجزة لما اشتهر أن مال/ الوفاء ليس بدين بذمة البائع للمشتري ما دام عقد الوفاء قائماً لم يفسخ، وإنما يصير ديناً له عليه بعد الفسخ. وذلك لأن هذا العقد معتبر بالنسبة للمشتري بيعاً باتاً ليحل له نزله ومنافعه. وذلك يستدعي أن ما دفعه من مال الوفاء للبائع ثمن ما باعه له، وثمن المبيع يستحيل أن يكون ديناً للمشتري على البائع^(٣٤٨) وعقد البيع قائم، كيف وقد ملك ما هو عوضه وهو المبيع! فلو كان ديناً له عليه لكان مملوكاً له فيلزم مع ملكه للمبيع اجتماع العوضين في ملك شخص واحد.

الكفالة بمال

الوفاء من

المشتري للبائع

الكفالة به عن

البائع للمشتري [٤١٨]

نعم إذا فسحها هذا العقد يصير حينئذ ديناً له عليه كثمن المبيع بيعاً باتاً حقيقة إذا فسحها عاقده بالإقالة حيث يصير الآن ديناً للمشتري على البائع، وإن لم يكن ديناً له عليه قبلها. وذكر في

(٣٤٧) أي بيع الوفاة. ب.

(٣٤٨) الحال. ب؛ إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ لا في الحال. قاله

الفضلي في فتاواه. الطرابلسي: ١٤٨.

الفصول نقلاً عن جده * أن لا فرق في كون الكفالة به لا تصح إلا إذا كان الكفيل مضافة لحين^(٣٤٩) الفسخ بين كون الكفيل به أجنبياً عن عقده عن البائع به أو مشترياً فيه، وصور هذا بما إذا تكرر من البائع بيع الوفاء مرتين، وكان عقد الثاني بإجازة المشتري الأول، ثم إن المشتري الثاني خاف أن يتوى حقه على البائع فطلب كفيلاً به فكفله فيه المشتري الأول، فإن هذا الكفيل ليس أجنبياً عن عقد الوفاء إذ هو مشتر فيه، ومع ذلك لا تصح كفاله إلا مضافة كالأجنبي^(٣٥٠).
[وإنما نصّ على هذا خشية توهم صحة الكفالة ههنا منجزة، لا كالأجنبي]^(٣٥١) شبهة أن الوفاء قد انفسخ بالإجازة، ومتى انفسخ فقد ترتب ماله ديناً على البائع، وحيث ترتب عليه صح تنجيز الكفالة به، ولكنها شبهة واهية لأن هنا وفاءين مرتبين:

[٤١٩]

أولهما بين البائع والكفيل/ الذي هو المشتري الأول وهو الذي انفسخ بالإجازة وترتب ماله ديناً على البائع لكن الكفالة لم تقع به.

وثانيهما بين البائع والمكفول له الذي هو المشتري الثاني، وهذا ما^(٣٥٢) انفسخ، ولا صار ماله ديناً، وهو الذي وقعت به

(٣٤٩) عبارة الفصول: إلا إذا كان الضمان مضافاً إلى ما بعد الفسخ.

(٣٥٠) (سئل عن باع داراً بيعاً جائزاً ثم إن البائع باعه من غيره بيعاً جائزاً بإجازة المشتري ثم إن المشتري الثاني قال: إني أخاف أن يتوى حقي على البائع فضمن المشتري الأول لا يصح إلا إذا كان الضمان مضافاً إلى ما بعد الفسخ كما في الأجنبي). العمادية: ١٠٧ أ؛ الجامع: ٢٤٣/١.

(٣٥١) ساقط من ر.

(٣٥٢) نافية. ب.

الكفالة، فما يعني في صحة الكفالة منجزة ترتب دين لم تقع به الكفالة، والذي وقعت به لم يترتب ديناً بعد.

إذا كان المحال عليه هو المشتري

وأما الحوالة به فتتقسم أيضاً* إلى ما يكون المحال عليه فيها هو المشتري، وإلى ما يكون هو البائع. وقد صورها في الفصول على الوجه الأول فقال: (وسئل رحمه الله، يعني جده صاحب الهداية، عن رجل باع داره بيعاً جائزاً وأحال بالثمن لغيره على المشتري. ثم استحققت^(٣٥٣) الدار وقد أدى^(٣٥٤) بعض الثمن، هل للمحتال^(٣٥٥) أن يطالبه بالباقي؟

أجاب: إن كانت الحوالة مطلقة له ذلك، وإن كانت مقيدة، (يعني بمال الوفاء) ليس له ذلك^(٣٥٦). وله^(٣٥٧) أن يرجع على بائعه لأنه أدى (عنه دينه) بأمره.

قيل له: وهل له أن يرجع على المحتال [له] بما أدى؟

قال رحمه الله في شركة الجامع في الباب الأول إشارة [إلى أن له ذلك]^(٣٥٨).

ولم يصورها على الوجه الثاني^(٣٥٩) ونحن نصورها عليه.

(٣٥٣) يعني بشرطه من حضرة البائع والمشتري لا بحضرة الثاني فقط. اهـ. منه. ب. ر. وأول هذا التعليق جاء بلفظ يقسم بدل لفظ يعني.

انظر ج.

(٣٥٤) أي المشتري الذي هو المحال عليه. ب.

(٣٥٥) أي رب الدين الذي هو المحال به. ب.

(٣٥٦) لأن الوفاء الفسخ بالاستحقاق. ب.

(٣٥٧) أي المشتري المؤدي بعض الثمن. ب.

(٣٥٨) بالأصل إشارة إليه. والإصلاح والإكمال من الفصول. العمادية: أعلى

١٠٧ أ.

(٣٥٩) وهو كون المحال عليه البائع. ب.

فنقول: * إذا أحييل بمال الوفاء على البائع بأن أحال
المشتري غريباً له عليه، فإما أن تكون الحوالة مطلقة أو مقيدة،
وعلى كليهما فإما منجزة أو مضافة لوقت الفسخ. ففي المطلقة
تصح مطلقاً، وفي المقيدة تصح مضافة لا منجزة لأنها إذا قيدت
بمال الوفاء مع التنجيز فلا بد من وجود ما قيدت به من دين الوفاء
على البائع وقت الحوالة، ولا وجود له إذ ذاك، لما علم في مال
الوفاء^(٣٦٠).

* وأما الصلح عنه/ ففيها أيضاً نقلاً عن جده:
الصلح على مال [٤٢٠] الوفاء.

(وسئل رحمه الله عمن * ادعى على آخر أنه اشترى هذه
الدار من فلان بيعاً جائزاً، وصاحب اليد اشتراها باتاً من ذلك
الفلان أيضاً، وادعى سبق البيع (الجائز)، فصالح المشتري بالبات
(معه) على بدلٍ أيجوز؟

قال: إذا كان الصلح عن إنكار ينبغي أن يجوز ويلزم لأنه
أمكن تصحيحه لأن صاحب اليد يدفعه لدفع اليمين عن
نفسه^(٣٦١)، وهو يقبضه على ظن أنه يقضي دين غريمه^(٣٦٢) بغير
أمره.

وإن كان الصلح عن إقرار ينبغي أن لا يلزم بدل الصلح لأنه
لو كان عن مال بعينه يصير بمنزلة الرشوة لإجازة البيع).

(٣٦٠) من أنه لا يصير ديناً إلاً بعد الفسخ. ب.

(٣٦١) قوله: لدفع اليمين عن نفسه، هذا مقتضى لصحة دعوى المشتري وفاء
على المشتري بتاً إذ لو لم تصح لما توجهت له عليه يمين حتى يدفعه
عن نفسه بالصلح. وإلى هذا أشرنا بقولنا بعد. وقد أفاد كلامه صحة
دعوى المشتري إلخ. ج. إلخ منه. ب، ر.

(٣٦٢) كذا بالعمادية، وغيره بدل غريمه في النسخ ب. ج. ر.

هكذا وقع في نسختي من الفصول (عن مال بعينه) (٣٦٣).
والظاهر (بغير عينه) لتظهر مقابله بقوله:

(وإن كان بشرط أن يكون بدل الصلح من الثمن الذي على
البائع يصير [هذا] وعداً، وأنه غير لازم) (٣٦٤).

فإن هذا هو الذي وقع الصلح فيه عن مال بعينه، وهو
خصوص الثمن الذي على البائع. وقد أفاد كلامه صحة دعوى
المشتري شراء جائزاً بسبب ذلك الشراء على ذي اليد المدعي شراء
باتاً — كما كنا ذكرناه — من جهة أن ذا اليد يدعي بالشراء البات
المملك لنفسه في العين، وأنه لولا الصلح في هاته الصورة لقضي
بالعين للخارج حيث تلقيا من واحد وكان تاريخ الخارج أسبق،
وإن كان شراؤه جائزاً وشراء ذي اليد باتاً ولا يرجع ذو اليد عليه
بقوة شرائه.

الفصل التاسع:

في فسخ عقد الوفاء ورجوع المشتري على البائع

فيما إذا كان دفع خلاف ما سمي بماذا يكون منهما؟

/ أما الفسخ فالتحصّل فيه مما نقله صاحب الفصول عن
صاحب الهداية أنه كما يكون بالقول يكون بالفعل، وهو قبض
المشتري ثمن الوفاء حقيقة أو حكماً بالتخلية بينه وبينه، بحيث
لو شاء قبضه حساً لأمكنه ذلك، لأنه يعد بذلك قابضاً (٣٦٥) له حتى

[٤٢١]

(٣٦٣) عن مال نفسه بدل عن مال بعينه. العمادية: نخ. الأحمدية.

(٣٦٤) الفقرتان من الفصول عنوان لهما العمادي بقوله تنازعا في الجائز

والبات وتصالحا: ١٠٧ أ. وقد اعتمدنا ما جاء فيها لتصحيح النص.

(٣٦٥) البائع بيعاً جائزاً إذا خلى الثمن بين يدي المشتري. العمادية:

١٠٦ ب؛ وفي جامع الفصولين: والبيع الجائز يفسخ بالتخلية بين

المشتري وبين ثمنه بلا قبض. الجامع: ٢٤١/١.

لو ضاع لضاع عليه، لأن ضياعه وقع بعد القبض في هذا الفرض، غير أنه يشترط القبول في الفسخ القولي لا الفعلي لإغناء القبض بنوعيه عنه.

فإن قلت: إذا كان الفسخ يحصل بالقبض، والقبض بالتخلية، وكلاهما يغني عن القبول، فكيف قال: إنه أجاب بلا إذ قيل له فلو أبى المشتري من قبض الثمن هل يجبر؟ وهل يفسخ بدون القبول؟

قلت: أما عدم انفساخه بدون القبول فلأن فرض المسألة: أن المشتري لما أبى من قبض الثمن رفع البائع دراهمه ولم يتركها بين يديه، وحينئذ يكون القبض قد انتفى بنوعيه. وقد عرفت أنه لا بد ههنا من القبول، ولا قبول مع الإبابة فيماذا يقع الفسخ؟ وأما عدم الجبر على القبض فالمراد من القبض فيه القبض الحسي، وإنما لم يجبر عليه لإمكان حصول القبض بالتخلية، وانتفاؤه هنا جاء من قبل البائع حيث رفع دراهمه ولم يتركها.

* ثم إن قبض المشتري مال الوفاء كله انفسخ العقد في إذا قبض المبيع كله، وإن قبض بعضه قال في الفصول: انفسخ بقدره^(٣٦٦). المشتري بعض مال الوفاء فأفاد تجزي الفسخ فيه.

* وينبغي حمل هذا التجزي على كونه في أحد المقصودين على ماذا ينبغي في بيع الوفاء من تصرف المشتري فيه فلا يبقى له تصرف في القدر تجزأ الفسخ [٤٢٢] الذي انفسخ فيه الوفاء من المبيع دون المقصود الآخر وهو/ حسبه

(٣٦٦) عبارة الفصول: (فلو قبض بعض الثمن هل يفسخ في القدر المؤدي؟ أجاب نعم يفسخ). العمادية: ١٠٦ ب؛ وفي جامع الفصولين: (ولو قبل بعض الثمن يفسخ بحصته). الجامع: ٢٤١/١.

إذا انفسخ عقد
الوفاء فللمرتهن
الذي هو
المشتري
الحبس

للتوثق به للدين، فيكون له حبسه كله إلى حصول قبض الدين كله، لأنه إذا كان له حبسه كله بعد حصول الفسخ الحقيقي في كله قبل القبض، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يلي هذا، * فكيف لا يكون له حبس كله في الفسخ الحكمي الواقع في بعضه؟ على أن المبيع في عقد الوفاء معطى له في حق الحبس حكم المرهون، * والمرهون لا يزال محبوساً كله إلى تمام قبض الدين. وحينئذ لا يقال إن الفسخ يتجزأ في الوفاء ولا يتجزأ في الرهن فيكون هذا من المسائل التي اختلفا فيها، لأنك عرفت أن ما ثبت تجزي الفسخ في الوفاء فيه هو التصرف في المبيع الذي هو من خواص الوفاء، ولاحظ للرهن فيه. وأما ما اشتركا فيه من الحبس فهما سواء في عدم تجزي الفسخ بالنسبة إليه، فلا يكون هذا من تلك المسائل^(٣٦٧).

المرهون لا يزال
محبوساً كله إلى
تمام قبض الدين

(٣٦٧) بهامش الرضوانية ذكر مسألتين. المسألة الأولى: وصيّ اليتيم اشترى بمال اليتيم داراً أو نحوها وفاء، ومات الراهن فقام الوصيّ بطلب الرهن مع ورثة الراهن، وفسخ القاضي الرهن وأراد الوصيّ قبض المال، فهل تجب يمين القضاء؟ وهل وجوبها على الوصيّ الذي دفع المال أولاً ويريد قبضه ثانياً بحكم الإيضاء، أو على اليتيم وتأخر للبلوغ؟ أفتى شيخ الإسلام بتونس أحمد ابن الخوجة نقلاً عن والده شيخ الإسلام محمد ابن الخوجة استظهاراً منه: أن اليمين على اليتيم وتأخر للبلوغ، كما لو مات المرتهن عن أيتام ثم مات الراهن وطلب وصيّ الأيتام فسخ الرهن، فإن المال يوقف إلى بلوغهم ويحلفون بعده يمين القضاء. اهـ. وأفتى الشيخ حسن عباس أن اليمين في المسألة الأولى على الوصيّ لأنه الذي فعل العقد ويريد القبض الآن فيحلف يمين القضاء على البات. نعم لو مات الوصيّ بوقف المال إلى بلوغ اليتيم، فإذا بلغ يحلف كما في المسألة الثانية. والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا مات المرتهن وله ورثة صغار، وعليهم وصيّ من =

وأما بماذا يكون رجوع المشتري على البائع بعد الفسخ فيما إذا اختلف المسمّى والمقبوض بأن كان المسمى دراهم والمقبوض دنانير بقدر مصارفتها أو العكس؟ فالذي انفصل عليه البزازي في جامعه، بعد طول مباحثة حكاها في ذلك يرجع إليه فيها من رام الوقوف عليها، * أنه يرجع بالمسمى في العقد لا بما وقع عليه قبض اليد.

إن الرجوع
بالمسمى
لا بالمقبوض

فعلى هذا ما يقع في ديارنا من عقده باسم الريال المنصرف لريالنا التونسي إذا كان عند الدفع دفع الريال الإفرنجي المسمى بالدوزو بحسب ما يصرف به من التونسي في ذلك الوقت، وتغيّرت مصارفة الدوزو وقت الفسخ عنها/ وقت العقد بزيادة أو نقص، يكون الرجوع بالمسمى من ريالنا التونسي لا بالمقبوض الإفرنجي^(٣٦٨). وهكذا لو دفع الذهب المعبر عنه بالسلطاني والعقد باسم الريال وتغيرت فيه المصارفة.

[٤٢٣]

= قبله أو من قبل القاضي، وطلب الوصيّ فسخ الرهن مع ورثة الراهن، ووقع الفسخ وأراد ورثة الراهن الدفع إلى وصيّ الورثة المذكورين فهل تجب على الورثة يمين القضاء؟ وهل يحلف الصغار في هذه الحالة؟ الجواب أن اليمين واجبة، وكون ذلك صار ديناً في ذمة الميت، أعني الراهن أصالة، ويصير ديناً في عين التركة، فتجب يمين القضاء كما في غيرها من المسائل التي تجب فيها اليمين المذكورة. وأما تحليف الصغار في حال الصغر فقد اختلف فيه، والذي أفتى به علماء تونس عدم التحليف إلى أمد البلوغ. فبعد البلوغ يحلفون. اهـ. قاله شيخ الإسلام سيدي محمد ابن الخوجة رحمه الله. ر.

(٣٦٨) كذا الحكم لو لم يتغير، وإنما فرض الكلام عند التغير لأنه أوان المشاحة. اهـ. ابن المصنف. ب.

الفصل العاشر:

في حكم المبيع وفاء بعد الفسخ ومطالبة المشتري مال الوفاء في غير بلده أو بعد ما غصب المبيع من يده اعلم أن فسخ الوفاء تارة يكون قصداً بالقول أو بالفعل على ما مرّ، وأخرى ضمناً بأن كان وقع في مبيعه من بائعه بيع بات أو وفاء فأجازه مشتري الوفاء منه أولاً، فإن إجازته لأحد البيعين تتضمن فسخ وفائه. وتتعلق بهذين الفسخين مسألتان:

إحدهما إذا كان هذا المشتري الذي انفسخ شراؤه الوفاي بأحد الأمرين لم يكن قبض مال وفائه المفسوخ بعد، فهل له حبس المبيع عن البائع في صورة الفسخ القصدي القولي معه، وعن المشتري في صورة الفسخ الضمني بإجازته لشرائه أم لا؟

ثانيتها إذا كان له حبسه عن الأول ومات الأول عن غرماء ولم يترك سوى ذلك المبيع فبيع في خلاص ما على الميت من دين، فهل يختص هذا المشتري بقدر مال وفائه من ثمنه من بين الغرماء؟ أم يكون أسوة لهم فيه؟ وإذا لم يكن له حبسه عن المشتري في الصورة الأخرى لمكان إجازته، فهل له أن يأخذ منه الثمن فيحبسه عن البائع؟ وإذا مات على تلك الصفة يختص بقدر وفائه من ذلك الثمن أم لا؟^(٣٦٩).

(٣٦٩) بهامش الصفحة والتي تليها مسألة مضافة نصّها: الحمد الله. وجدت بخط المؤلف على هامش البزازية ما نصه: الحمد الله. قد كنت كتبت على مسألة الزكاة في مال الوفاء ما نصه: اعلم أن مال الوفاء إما أن يبقى بيد البائع حتى يحول عليه الحول أو لا. فإن كان الأول فأما البائع فتلزمه زكاته اعتبر الوفاء رهناً أو بيعاً صحيحاً نافذاً أو فاسداً، ضرورة دخول المال في ملكه في الصور كلها. أما في الرهن والبيع الصحيح فواضح، وأما في الفاسد فبدخول المبيع فيه في ملك =

المشتري بالقبض، وهو يستلزم خروج الثمن عن ملك المشتري لثلا =
يجتمع البدلان في ملك شخص واحد. وإذا خرج الثمن عن ملكه
دخل في ملك البائع لزوماً تحقيقاً للمساواة بينهما، ولا أثر لوجوب
ردّه عند الفسخ كما لا أثر لوجوب الردّ في الرهن في نفي ملكيته فيرد
لأن الواجب ردّ مثله لا عينه لما عرف من قواعدنا أن الدراهم
والدنانير لا تتعين في العقود والفسوخ مع التعيين فكيف مع عدمه.
وأما المشتري، فأما على اعتباره رهناً فكذلك لأنّه دين له على البائع
فيجري على حكم زكاة الدين. وهنا يتمشى قولهم، وليس فيه إيجاب
الزكاة على شخصين في مال واحد لأنه ما تقرّر من عدم التعيين يكون
الإيجاب في مالين إذ أحدهما عين والآخر دين. وأما على اعتباره بيعاً
بنوعيه فلا. أما على القول بالصحة واللزوم فظاهر لا غبار عليه. وأما
على القول بالفساد فلأن الثمن في البيع الفاسد ليس بدين للمشتري
في ذمة البائع في الحال. فكيف وإنما أعطاه للبائع بدلاً عما وجب له
عليه من عوض المبيع الذي دخل في ملكه بالقبض. وإنما هو عرضة
أن يصير ديناً في المال، وذلك عند التفاضل ولهذا صرّحوا بعدم صحة
الكفالة بمال الوفاء إلأّ مضافة لوقت الفسخ، لأن صحة الكفالة
مشروطة بكون المكفول به ديناً. وهذا لا يكون كذلك إلأّ عند الفسخ
وكانهم إنما أطلقوا القول بوجوب زكاة مال الوفاء على المشتري
الموهوم أنه متمش على كل قول فيه مع أنك عرفت أن تمشيته ليست
إلأّ على أنه رهن لأن المختار في بيع الوفاء هو القول بالتركيب وهو
العمل بكل قول فيه ولكن في مواضع مختلفة، وتعيين تنزيل كل قول
في موطن يتبع المصلحة فيما يظهر. ولا شك أن اعتبار مصلحة
الفقراء في موطن الزكاة يقتضي اعتباره هنا لتجب على المشتري. وأما
إذا هلك في يد البائع قبل الحول على الوجه المعروف فأما البائع
فعدم الوجوب عليه أظهر من أن ينه عليه، وأما المشتري فتجب عليه
بالوجه الذي مرت الإشارة إليه. حرره كاتبه الفقير محمد بن محمد
بيرم كان الله تعالى له. ر.

إن لمشتري الوفاء بعد فسخه حبس المبيع عن [٤٢٤] البائع حتى يدفع له ثمنه

* أما الأولى فأما عن البائع (٣٧٠) في الصورة الأولى فله حبسه إلى أن يوفيه بثمن وفائه وإن كان ذلك بعد انفساخ عقده، لأن الذي تحصل في الحبس بعد الفسخ من كلام/ العمادية في فصل التصرفات الفاسدة (٣٧١) أنه يثبت للمشتري في البيع الصحيح مطلقاً، وفي البيع الفاسد والرهن صحيحاً كان أو فاسداً لا مطلقاً، بل إذا لم يبيع ولم يرهن بدين كان عليه قبل عقدهما بل بما هو مقابل بهما (٣٧٢).

فإن قلت: وأين هذا مما نحن فيه؟ إذ هذا في حبس المبيع والمرهون صحيحين أو فاسدين بعد الفسخ، وكلامنا في حبس المبيع وفاء بعده.

قلت: وهل يخرج بيع الوفاء عن كونه بيعاً صحيحاً أو فاسداً أو رهناً على ما سمعت من المذاهب فيه. ومال الوفاء ليس بدين سابق على عقده فيما هو الغالب. بل لم يترتب بذمة المشتري إلا بعقده. فللمشتري حبسه بعد الفسخ فيما إذا كان ماله كذلك على سائر الأقوال. * وأما (٣٧٣) عن المشتري الذي أجاز هذا المشتري شراءه فلا، وإلاً لم يكن لإجازته معنى، إذ معنى توقف البيع على الإجازة

(٣٧٠) أي أما حبسه عن البائع. ب.

(٣٧١) راجع الفصل التاسع والعشرين في التصرفات الفاسدة وأحكامها

وما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون. العمادية. نخ.

اليوسفية: ١٥٢ ب؛ وفي الفصل الثلاثين في الجامع: ٤٧/٢.

(٣٧٢) وفي الهداية: ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يسدّد

الثمن لأن المبيع مقابل به فيصير محبوباً كالرهن. العمادية نخ.

اليوسفية: وسط ١٠٤ ب؛ نور العين: ٧٣ أ.

(٣٧٣) أي حبسه. ب.

إجازته هو عدم ترتب مقتضاه الآن عليه من اختصاص مشتريه به
لمانع تعلق حق الآخر به قبل شرائه فإذا أجاز زال المانع فعمل
المقتضي عمله، فمن أين يكون له حق الحبس بعد ما أسقطه
بالإجازة؟

* وأما هل له أخذ الثمن من المشتري وحبه عن البائع؟ له أخذ الثمن عن
فنعم له ذلك ففي اختصار والدنا رحمه الله لأنفع لوسائل^(٣٧٤) المشتري
المسمى ببغية السائل عند الكلام على مسألة بيع المرهون: وإذا
نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله وهو الصحيح، لأن
حقه متعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل، فصار كالعبد المأذون
إذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل، لأنهم رضوا/
بالانتقال دون السقوط رأساً. فكذا هذا.

[٤٢٥]

اختصاصه بئمن
* وأما اختصاصه بئمنه في الصورتين فنعم، إذ المفهوم من المبيع.
كلام الفصول أن الاختصاص يتبع حق الحبس* فأينما يثبت له
حقه يثبت الاختصاص، وأينما ينتفي ذلك ينتفي هذا.
وقد عرفت أنه يثبت للمشتري حق حبس المبيع في الصورة
الأولى، وئمنه في الثانية عن البائع فيهما، فيختص بئمن المبيع من
بين غرماء البائع.

وأما مطالبة المشتري البائع بئمنه في غير بلده، أو بعد
غضب المبيع من يده، فالمسألان في الحكم متعاكسان، إذ تثبت

(٣٧٤) هو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل في الفروع للقاضي برهان الدين
إبراهيم بن علي الطرطوسي. حظي بعناية جمع من الفقهاء. وممن
لخصه محمد بن محمد الزهري وأسماء كفاية السائل من أنفع
الوسائل. الكشف: ١٨٣.

له المطالبة في الأولى، وتنتفي في الثانية على ما ذكره في الفصول من قوله في الأولى نقلاً عن جده: (وسئل رحمه الله إذا أخذ^(٣٧٥) البائع المشتري في البيع الجائر في بلد آخر^(٣٧٦) وقد طلب الثمن بعد الفسخ، هل له ذلك؟

للمشتري مطالبة البائع بالثمن في غير بلده * أجاب رحمه الله: له ذلك قياساً على مسألة الرهن إذا كان له حمل ومؤنة وأخذه في بلد آخر له أن يطالبه بدينه^(٣٧٧).

وقوله في الثانية واقعة الفتوى: (رجل باع داره بيعاً جائزاً ثم إن رجلاً آخر غصب الدار من يد المشتري شراءً جائزاً، * والمشتري لا يقدر على استرداد الدار من يد الغاصب [هل ليس له طلب مال الوفاء والمبيع في يد غاصبه] للمشتري أن يطالب بائعه بمال الوفاء قبل فسخ البيع واسترداد المبيع من يد الغاصب]، فعلى^(٣٧٨) قياس مسألة (غصب) المرهون ينبغي أن لا يملك المطالبة بمال الوفاء بل أولى لما ذكرنا (أن) ههنا مال الوفاء ليس بثابت في ذمة البائع ما دام البيع قائماً^(٣٧٩).

ويظهر لي أنهما لو تفاسخا الوفاء فنفي مطالبة المشتري البائع بالثمن ما دام المبيع مغضوباً على حالها لأن قصارى هذا الفسخ أن يصير به مال الوفاء ثابتاً بذمة البائع.

وقد سمعت في الرهن الذي الدين فيه ثابت مع قيام عقده/

[٤٢٦]

عدم مطالبة المرتهن الراهن بالدين ما دام المرهون مغضوباً. وهذا

(٣٧٥) أي طلبه. ب.

(٣٧٦) ط. غير الذي وقع فيه العقد. ب.

(٣٧٧) العمادية: ١٠٦ أ؛ الجامع: ١/٢٤٢.

(٣٧٨) ففي بدل فعلى. العمادية.

(٣٧٩) العمادية: ١٠٨ أ؛ الجامع: ١/٢٤٥.

لأن قبض الرهن، على ما صرحوا به، قبض استيفاء، فيصير به المرتهن مستوفياً دينه حكماً. وفي الاستيفاء الحقيقي لا يملك المطالبة، فكذا في الحكمي، وقد بلغك غير مرة أن الوفاء له حكم الرهن في غير انتفاع المشتري بالمبيع، وهذا من ذلك الغير.

التَّحَاتِمَةُ فِي اخْتِلَافِ الْمُتَعَاقِدِينَ فِي الْعَقْدِ الَّذِي يَسْتَنْهَمَا أَهْوَيْعَ بَاتٍ أَوْ يَبِّعَ وَفَاءً (٣٨٠)

ذكر صاحب الفصول: (أن جده سئل إذا ادعى بيعاً جائزاً والمشتري بيعاً باتاً أو ادعا على العكس، فالقول لمن يكون؟

(و) أجاب: لِمَنْ يَدْعِي الْبَاتَ. وقال: وكنت أفتي في الابتداء أن القول قول من يدعي بيعاً جائزاً وله وجه حسن، إلا أن أئمة بخارى هكذا أجابوا فوافقتهم^(٣٨١).

أقول: لعل الوجه الحسن الذي أشار إليه في كون القول قول من يدعي البيع الجائز هو أن المدعي البتات يدعي خلاف الظاهر.

(٣٨٠) انظر شهادة البحر فإنه نقل الكلام في هذه المسألة عن الغنية. محمد ابن الخوجة الأكبر ج. ر؛ وفي مجمع التوازل. اختلف المتبايعان فقال المشتري شريته باتاً، وقال البائع بعقد وفاء. فالقول للبائع (قياساً) إذ المشتري يدعي زوال عينه عنه وهو ينكر فيصدق. الجامع: ٢٤٦/١.

(٣٨١) بتصرف قليل. العمادية: وسط ١٠٨ ب؛ الجامع: ٢٤٦/١. والذي يتحصل من القنية والملتقط أن الاستحسان في الاختلاف في البيئنة ترجيح بيئنة الوفاء، وفي الاختلاف في القول ترجيح قول مدعي البات وهذا ما حرره الرملي. ابن عابدين. رد المحتار: ٢٤٨/٤.

(أما إذا كان مشترياً فلأنه يدعي على البائع زوال ملكه عن المبيع وهو ينكر، والأصل عدم الزوال)^(٣٨٢).

وإن كان بائعاً فهو يدعي على المشتري لزوم الثمن بذمته والمشتري ينكر، والأصل عدم اللزوم^(٣٨٣).

فإن قلت: هذا إنما يظهر فيما إذا كان اختلافهما قبل قبض البائع الثمن من المشتري، إذ هنا يجيء كون البائع طالباً من المشتري الثمن من دعواه^(٣٨٤) لزومه عليه بدعواه بتات البيع، والمشتري ينكر اللزوم بادعائه الوفاء الذي هو غير لازم.

أما إذا كان الاختلاف بعد القبض فالبائع هنا لا يدعي على المشتري شيئاً ليكون المشتري بدعوى الوفاء منكرًا له ليجعل القول قوله لإنكاره، وإنما الأمر في ذلك بالعكس: وهو أن المشتري هو الذي يدعي عليه وجوب رد الثمن الذي قبضه منه لكون البيع غير لازم، والبائع ينكر ذلك لكون البيع لازماً فلا يلزمه رده.

وكان هذا هو وجه رجوع صاحب الهداية عما كان يُفتي به من كون القول قول مدعي الجائز إلى ما أفتى به البخاريون من كون القول قول مدعي البتات لا مجرد موافقته لهم في الجواب.

(٣٨٢) العمادية: وسط ١٠٨ ب؛ انظر اللآلي الدرية في الفوائد الخيرية: ٢٤٦/١؛ رد المحتار: ٢٧٩/٥.

(٣٨٣) والذي استقر عليه الرأي عند الفقهاء في هذه المسألة أن البيّنة تكون على مدعي الوفاء لأنه يدعي خلاف الظاهر والقول لمدعي البات يمينه استحساناً إلا إذا قامت قرينة على خلافه كما إذا ادعى المشتري البيع باتاً وكان في الثمن غبن فاحش فإنه حينئذ لا يقبل قوله بيمينه لأن الظاهر مكذب له إلا أن يدعي تغير السعر. شرح المجلة: ٢٢٣.

(٣٨٤) نخ. لدعواه.

قلت: لا يصلح هذا وجهاً للرجوع لثبوت مثله في المرجوع إليه، إذ يقال فيه كون القول قول مدعي البتات إنما يظهر فيما إذا كان الاختلاف بعد قبض البائع الثمن، إذ هنا يجيء كون المشتري طالباً رد الثمن عليه بدعواه لزومه عليه بادعائه كون البيع وفاء، والبائع ينكر هذا اللزوم بادعاء البتات.

[٤٢٧]

أما إذا كان الاختلاف/ بعد القبض فالمشتري هنا لا يدعي على البائع شيئاً يكون البائع بدعواه البتات منكرأ له ليجعل القول قوله لإنكاره، وإنما الأمر في ذلك بالعكس: وهو أن البائع هو الذي يدعي عليه لزوم دفع الثمن بدعوى البتات والمشتري ينكر هذا اللزوم بادعاء أن العقد وفاء. فالأظهر في وجه الرجوع ما وجه به صاحب الخانية^(٣٨٥) كما نقله عنه في الخيرية^(٣٨٦) القول بكون القول لمدعي البتات، وهو أن الأصل في البياعات هو البتات، والوفاء خلاف الأصل فيها^(٣٨٧)، والأصل هو الظاهر، فمدعي البتات هو المدعي للظاهر لتمسكه بالأصل وأبداً يكون القول قول مدعي الظاهر فيكون القول قول مدعي البتات.

(٣٨٥) في الدعوى والبيوع. محمد ابن الخوجة. ج. ر. ونص كلامه كما نقله الرملي: إن ادعى أحدهما بيع الوفاء والآخر بيعاً باتاً كان القول لمن يدعي البتات والبيئة بيئة الوفاء. اهـ.

(٣٨٦) الخيرية: ٩١/٢.

(٣٨٧) قال ابن المؤلف عفا الله عنهما: يلوح لي أن محل هذا الكلام ما إذا اتفقا على التعبير بالبيع واختلفا ذلك الاختلاف دون ما إذا ادعى أحدهما بيعاً بتاً والآخر رهن انتفاع، كما هو الواقع في ديارنا، إذ ليس في هذا اعتراف بالبيع حتى يقال الأصل فيه البت، بل الأصل بقاء الملك حتى يثبت النقل. فمع التعبير بالرهن لا يظهر فرق فيما نحن بصده بين كونه رهن انتفاع أو رهنأ محضاً فتأمل. اهـ. ر.

نعم إذا أقام مدعي الوفاء بينة بأنه وفاء تقبل منه لإثباتها/
خلاف الظاهر، وما شرعت البينة إلا لإثباته، وكذلك ترجح بينته
على بينة البتات لذلك.

وهذا^(٣٨٨) أعني كون القول قول مدعي البتات هو الذي
اقتصر عليه قاضيخان مع كثرة اختلاف أصحابنا في هذه المسألة،
* وأنه الراجح فيها كما ذكر ذلك كله صاحب الخيرية.

الراجح أن القول
لمدعي البتات

ثم قال: (واعترض بأنه رهن في الحقيقة، وبينه البيع مقدمة
على بينة الرهن).

وأجيب بما حاصله: صورته صورة الرهن^(٣٨٩) وفيه
شرط^(٣٩٠) زائد بخلاف الرهن^(٣٩١). فاغتنم هذا التحرير^(٣٩٢) فقد
قل من تعرض له. والله أعلم.

وقد تفاءلنا باختتام الكلام بالأمر لهذا التحرير بالاغتنام، لما
فيه من الإشارة له بحسن الانتظام. ختم الله تعالى لنا بأحسن
الأحوال ولطف بنا في الحال والمآل، بالنبي ﷺ وعلى من تعلق
به من صحب وآل. وكان الفراغ من تحريره يوم ٢٣ الجمعة الثالث
والعشرين من شهر أشرف الربيعين ثالث شهور عام ١٢٢٨ هـ.

(٣٨٨) من كلام الخيرية ب، مع تصرف قليل.

(٣٨٩) البيع: الخيرية.

(٣٩٠) ط. هو الانتفاع. ب.

(٣٩١) أي المحض. ب.

(٣٩٢) بالأصل نقل بالمعنى إلا أن تكون مخطوطة الخيرية التي اعتمدها
المؤلف كذلك والذي في المطبوع بين أيدينا: فإنه مفرد، وما أوردناه
بنصه من الخيرية. الرملي: ٩١/٢.

انتهى بحمد الله وحسن عونه وتوفيقه . وآخر دعوانا أن الحمد لله
رب العالمين ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ، وصلى الله
على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم .

الأعلام الواردة في المتن

- ١ - ابن أبي شجاع: ١/١٩٧.
- ٢ - محمد ابن الفضل: ١/٢٨٠؛ ١/٢٨١.
- ٣ - ابن كمال باشا: ٤/٢١١.
- ٤ - أبو شجاع: ١/١٩٧.
- ٥ - (القاضي) الأمير: ١/١٩٨؛ ٢/٢٢٩، ٧.
- ٦ - أميرنا (حمودة باشا): ١٥/٢١٥.
- ٧ - البخاريون: ١٥/٣٠٣.
- ٨ - برهان الدين المرغيناني (جدّ العمادي): ٨/٢١٠؛ ١/٢١١؛ ٤/٢٦٤.
- ٩ - البزازي: ٥/١٩٥؛ ٦/٢١٦؛ ٥/٢٢٣؛ ١٢/٢٢٧؛ ١/٢٣٥؛ ١٦/٢٤٩؛ ٤/٢٦٢، ١٤، ٢/٢٦٤، ٨، ٣/٢٧٧؛ ٣/٢٩٥.
- ١٠ - حذام: ١/٢٦٣.
- ١١ - الحنفيّة (المذهب العثماني): ١/١٨٩؛ ٢/١٩٣؛ ١/٢١٥، ١١؛ ٢/٢١٦.
- ١٢ - الديناري: ١/٢٥٦، ١٣.
- ١٣ - الزيلعي: ١٠/١٩٠؛ ٧/٢٠٤؛ ١/٢٠٩؛ ٧/٢١٠؛ ٣/٢١٣؛ ١٤/٢٨٣.
- ١٤ - الشُّغدي: ١/١٩٧.
- ١٥ - السمرقنديون: ٥/١٩٢؛ ١٨/٢٨٤.
- ١٦ - الشافعية: ٦/٢١٣.
- ١٧ - صاحب التوير: ٨/٢٠١.
- ١٨ - صاحب الخانية: ١٣/٢٤٨؛ ١١/٣٠٤.
- ١٩ - صاحب الخيرية: ١٦/٢٦٧؛ ٦/٣٠٥.

- ٢٠ - صاحب العدة: ١/٢٠٨ ؛ ٥/٢٢٢ ؛ ٢/٢٢٣ .
- ٢١ - صاحب العمادية: ١٠/٢٧٤ .
- ٢٢ - صاحب الفصول: ٢/١٩٢ ؛ ٢/٢٢٩ ؛ ٥/٢٣٥ ؛ ٥/٢٣٩ ؛ ٤/٢٥١ ؛ ١٢/٢٥٧ ؛ ١١/٢٧٠ ؛ ١/٢٨٠ ؛ ٢٤/٢٨١ ؛ ٤/٢٨٣ ؛ ١٦/٢٩٢ ؛ ٤/٣٠٢ .
- ٢٣ - صاحب الهداية: ١/١٩٤ ؛ ١٢/٢٦٠ ؛ ٦/٢٦٢ ؛ ٢٠ ؛ ٦/٢٦٣ ؛ ٩/٢٦٩ ؛ ٩/٢٧٠ ؛ ١٥/٢٧٢ ؛ ١٧/٢٨٤ ؛ ٦/٢٩٠ ؛ ١٧/٢٩٢ ؛ ١٤/٣٠٣ .
- ٢٤ - صاحب النهاية: ٣/٢١٣ .
- ٢٥ - الصدر السعيد: ٢/٢٠٩ .
- ٢٦ - الصدر الشهيد: ٣/١٩٣ ؛ ١/١٩٤ ؛ ٢/٢٠٩ .
- ٢٧ - ظهير الدين: ١/٢٠٨ .
- ٢٨ - العلاء العلامة: ١١/٢٢١ .
- ٢٩ - (شيخ الإسلام) علاء الدين: ١٥/٢٦٩ .
- ٣٠ - علاء الدين بدر: ١/٢٨٤ ؛ ٣/٢٨٦ ، ٥ .
- ٣١ - علاء الدين السمرقندي: ١١/٢٦٠ ، ١٢ .
- ٣٢ - العمادي: ٣/٢٠٩ ؛ ٨/٢١٠ ؛ ١/٢٣٧ ؛ ٧/٢٣٨ ؛ ١٣/٢٤١ ؛ ١٤/٢٧٢ .
- ٣٣ - قاضيخان: ٣/٢٠٤ ؛ ١٣/٢٠٥ ؛ ٥/٢٠٦ ؛ ٨/٢٢٠ ؛ ٥/٣٠٥ .
- ٣٤ - القدوري: ٤/٢١١ .
- ٣٥ - (أبو الحسن) الماتريدي: ١/١٩٧ ؛ ١/١٩٨ .
- ٣٦ - المالكي (إسماعيل التميمي): ٣/٢١٦ .
- ٣٧ - المالكية: ١٢/٢١٥ ؛ ١/٢١٦ .
- ٣٨ - محمد بيرم الثاني: ٦/٢٨٧ .
- ٣٩ - النسفي الكبير: ٣/١٩٣ ؛ ٦/٢٠٢ ؛ ٦/٢٠٣ ؛ ٦/٢٠٧ ؛ ٧/٢١٠ ؛ ٢/٢٢٥ .

أسماء البلدان الواردة في المتن

- ١ - بخارى: ٦/٢١٣ ؛ ٨/٣٠٢ .
- ٢ - تونس - بلدنا - ديارنا: ١١/١٩٠ ؛ ٦/٢١٨ ، ٩ ؛ ٧/٢٩٥ .
- ٣ - سمرقند: ٦/١٩٠ ، ١١ ؛ ٥/١٩٢ ؛ ١/٢٢٢ ؛ ١٠/٢٤٦ ؛ ١٠/٢٧٠ ؛ ١/٢٨٤ ؛ ١٥/٢٨٤ .
- ٤ - فرغانة: ١٥/٢٨٤ .
- ٥ - مصر: ١٠/١٩٠ ؛ ٦/٢١٣ .
- ٦ - وراء النهر: ٣/١٩٣ .

أسماء الكتب الواردة في المتن

- ١ - الأشباه: ٥/٢١٣.
- ٢ - أنفع الوسائل: ٦/٢٩٩.
- ٣ - البزازية (فتاوى): ١/١٨٨ ؛ ٨/٢٢٧ ؛ ١/٢٣٥ ؛ ١١/٢٤٧ ؛ ١١/٢٥٥ ؛
١٣/٢٥٦ ؛ ٦/٢٥٧ ؛ ١١/٢٦١.
- ٤ - بغية السائل: ٧/٢٩٩.
- ٥ - التاتارخانية: ١٠/٢٦٧.
- ٦ - الجامع: ٥/١٩٥ ؛ ٦/٢١٦ ؛ ٤/٢٩٥.
- ٧ - جامع الفصولين: ١/١٨٨ ؛ ٣/٢٧٦.
- ٨ - جواهر الفتاوى: ٩/٢٠١.
- ٩ - الحاوي للزاهدي: ١/٢٠٦ ؛ ٥/٢٢٠ ، ٩.
- ١٠ - حواشي جلال الدين: ١/٢٠٥.
- ١١ - الخانية: ١١/١٨٧ ؛ ٢/٢٠٧ ؛ ١٤/٢٤٨.
- ١٢ - الخيرية: ١/٢٠٦ ؛ ١٦/٢٦٧ ؛ ١١/٢٠٤.
- ١٣ - الذخيرة: ٩/٢٦٨ ؛ ١٠/٢٧٦.
- ١٤ - العدة: ١/٢٠٨ ؛ ٥/٢٢٢ ؛ ٢/٢٢٣.
- ١٥ - فتاوى خواهر زادة: ٣/٢٥٥ ؛ ٧/٢٥٨.
- ١٦ - فتاوى الإمام محمد بن الفضل: ١/٢٨٠.
- ١٩ - الفصول (العمادية): ١/١٨٨ ؛ ٢/١٩٢ ؛ ٢/٢٢٩ ؛ ٥/٢٣٥ ؛ ٩/٢٣٦ ؛
٣/٢٥٨ ؛ ١٢/٢٥٧ ؛ ٦/٢٥٦ ؛ ٣/٢٥٥ ؛ ٤/٢٥١ ؛ ٢/٢٤٧ ؛ ١٦ ، ٥/٢٣٩
٧ ، ١٤ ؛ ١٠/٢٦١ ؛ ٧/٢٦٥ ؛ ٨/٢٦٨ ؛ ٥/٢٧٨ ؛ ٣/٢٧٩ ؛ ١٤/٢٨٤

١٦/٢٨٧ ؛ ١/٢٨٩ ؛ ٥/٢٩٠ ؛ ١/٢٩٢ ؛ ١٦/٢٩٣ ؛ ٣/٢٩٨ ؛ ١٣/٢٩٩ ؛
١/٣٠٠ .

٢٠ - فوائد شيخ الإسلام طاهر بن محمود: ٩/٢٦٨ .

٢١ - الملتقط: ١/٢١٤ .

٢٢ - النوازل: ٥/٢٢٣ .

٢٣ - الهداية: ٢/٢٠٥ ؛ ٢/٢١١ .

٢٤ - الهندية: ٤/٢٤٦ .

ثبت المراجع

- ١ - القرآن الكريم.
- ٢ - أحمد بن حنبل: المسند. حم، بيروت، ٦ أجزاء.
- ٣ - أحمد الزرقاء: شرح القواعد الفقهية. طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ.
- جزء واحد.
- ٤ - الأشباه: انظر ابن نجيم.
- ٥ - إعلاء السنن: انظر التهانوي.
- ٦ - الإيضاح: انظر البغدادي (إسماعيل باشا).
- ٧ - البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل): ح. الجامع الصحيح.
- ٨ - البزازي (محمد بن محمد بن شهاب الكردي): البزازية = الفتاوى البزازية، الجامع الوجيز طبعة على هامش الفتاوى الهندية، بيروت، الأجزاء: ٤، ٥، ٦.
- ٩ - البغدادي (إسماعيل باشا بن محمد أمين): الإيضاح = إيضاح المكنون في الدليل على كشف الفنون على أسامي الكتب والفنون، دار الفكر، جزءان.
- ١٠ - هدية العارفين، أسماء المؤلفين، آثار المصنفين، دار الفكر، جزءان.
- ١١ - البنشانجي (محمد بن): نور العين في إصلاح جامع الفصولين. مخط. ٢١٦، مكة المكرمة. جزء واحد.
- ١٢ - البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس): كشف القناع عن متن الإقناع. طبعة مكة، ٦ أجزاء.
- ١٣ - التاتارخانية. انظر ابن العلاء.
- ١٤ - التاودي (أبو عبد الله محمد): حلي المعاصم لبنت منكر ابن عاصم، دار الفكر، يهامش البهجة، جزءان.

- ١٥ - الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة): السنن. تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، وعبد الرحمن محمد عثمان، القاهرة، ٥ أجزاء.
- ١٦ - التسولي (أبو الحسن علي بن عبد السلام): البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، جزءان.
- ١٧ - التهانوي (ظفر أحمد العثماني): إعلاء السنن. تحقيق محمد تقي العثماني، كراتشي، ٣ + ١٨ جزءاً.
- ١٨ - الجامع = انظر ابن قاضي سماونة.
- ١٩ - حاجي خليفة. الكشف = كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون. استانبول، ١٩٤٣م، جزءان.
- ٢٠ - ابن حجر الهيتمي (شهاب الدين أحمد): الفتاوى الكبرى الفقهية، بيروت، ٤ أجزاء.
- ٢١ - حسن حسني عبد الوهاب: كتاب العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين، مراجعة وإكمال محمد العروسي المطوي وبشير البكوش، بيت الحكمة قرطاج، الجزء الأول، جزءان.
- ٢٢ - حسين خوجة: ذيل بشائر أهل الإيمان بفتوحات آل عثمان. تحقيق د. الطاهر المعموري، الدار العربية للكتاب، تونس، جزء واحد.
- ٢٣ - الخطاب (محمد بن محمد المغربي): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. طبعة (٢)، ١٣٦٨هـ، ٦ أجزاء.
- ٢٤ - الحجوي (محمد بن الحسن الثعالبي الفاسي): الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. طبعة المدينة المنورة، جزءان.
- ٢٥ - الحميري (أبو عبد الله محمد بن عبد المنعم): الروض المعطار في خبر الأقطار، القاهرة، جزء واحد.
- ٢٦ - الخانية: انظر قاضيخان.
- ٢٧ - الخصاف (أبو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني): الحيل. طبعة ١٣١٦هـ، جزء واحد.
- ٢٨ - الخيرية: انظر الرملي.

- ٢٩ - الدارمي (أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن): دَيِّ. تحقيق عبد الله هاشم يمانى، القاهرة، ١٩٦٦م، جزءان.
- ٣٠ - الذهبي (شمس الدين محمد): التذكرة = تذكرة الحفاظ. بيروت، ١٩٥٥م، جزءان.
- ٣١ - رد المحتار: انظر ابن عابدين.
- ٣٢ - الرملي (خير الدين): الفتاوى الخيرية لنفع البرية. بولاق، ١٣٠٠هـ، جزءان.
- ٣٣ - اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية. حاشية على جامع الفصولين، كراتشي، ١٣٠٢هـ، مجلدان.
- ٣٤ - الزركلي (خير الدين) الأعلام. بيروت، ١٩٨٠. ٨ أجزاء.
- ٣٥ - الزيلعي (جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف): نصب الراية لأحاديث الهداية. بيروت، ١٣٩٣هـ، ٤ أجزاء.
- ٣٦ - الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي): تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. بولاق، ١٣١٤هـ، ٦ أجزاء.
- ٣٧ - سجاد حسين: مقدمة التاتارخانية. المجلد الأول.
- ٣٨ - السخاوي (شمس الدين محمد بن عبد الرحمن): المقاصد = المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، القاهرة، ١٩٥٦م، جزء واحد.
- ٣٩ - السراج (محمد بن محمد الوزير): الحلل السندية في الأخبار التونسية. تقديم وتحقيق د. محمد الحبيب الهيلة. دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٤م، ٣ مجلدات.
- ٤٠ - سليم رستم باز: شرح المجلة. دار إحياء التراث العربي، بيروت، جزء واحد.
- ٤١ - السنهوري (عبد الرزاق أحمد): الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، ١٠ أجزاء.
- ٤٢ - الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس): الأم. بولاق، ١٣٢١هـ، ٧ أجزاء.
- ٤٣ - شرح المجلة = انظر سليم رستم باز.
- ٤٤ - شلبي: حاشية على تبين الحقائق للزيلعي. ٦ مجلدات.
- ٤٥ - الشوكاني (محمد بن علي الصنعاني): نيل الأوطار شرح متقى الأخبار عن أحاديث سيد الأخيار، القاهرة، ٨ أجزاء.

- ٤٦ — الشيرازي (أبو إسحاق): المهذب. مصر، جزءان.
- ٤٧ — ابن أبي الضياف: الإتحاف = إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان. تحقيق محمد شمام، الدار التونسية للنشر، ١٩٩٠م، ٨ أجزاء.
- ٤٨ — الطبراني (أبو القاسم سليمان بن أحمد): المعجم الأوسط. تحقيق محمود بن أحمد الطحان. الرياض، ١٤٠٥هـ، جزءان.
- ٤٩ — الطرابلسي (علاء الدين علي بن خليل): معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. طبعة (٢) مصر، ١٣٩٣هـ، جزء واحد.
- ٥٠ — ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار. حاشية على شرح تنوير الأبصار للحصكفي، بيروت، ٥ أجزاء.
- ٥١ — عبد الرحمن عبد الله بكير: بيع المهدة بين مؤيديه ومعارضيه. طبعة (١)، ١٤٠٨هـ، جزء واحد.
- ٥٢ — عبد الرحمن بن محمد بن حسين باعلوي. بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، جزء واحد.
- ٥٣ — د. عبد الستار أبو غدة: الخيار وأثره في العقود. الكويت (٢)، ١٣٩٥هـ، جزءان.
- ٥٤ — د. عبد السلام ذهني بك: الحيل المحظور منها والمشروع. القاهرة، ١٩٤٦م، جزء واحد.
- ٥٥ — ابن العلاء (عالم الأنصاري الأندلسي): الفتاوى التاتارخانية. طبعة كراتشي، صدر منها ٥ أجزاء.
- ٥٦ — علي حيدر: درر الحكام. شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت وبغداد، ٤ أجزاء.
- ٥٧ — العمادي (أبو الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر المرغيناني): الفصول العمادية. فصول الأحكام لأصول الأحكام (١) مخط، ١٩٥٢م اليوسفية، دار الكتب الوطنية، تونس، جزءان (٢) مخط، الأحمدية، ٢٤٥٢. دار الكتب الوطنية، تونس، جزءان.
- ٥٨ — العياضي (محمد بن محمد الباجي). مفاتيح النصر في التعريف بعلماء مصر، النشرة العلمية للكلية الزيتونية بتونس، السنة الرابعة ١٩٧٦ — ١٩٧٧، العدد الرابع.

- ٥٩ - العيني (محمد محمود بن أحمد): البناية في شرح الهداية، بيروت، ١٠ مجلدات.
- ٦٠ - الفتاوى البزازية = انظر البزازي.
- ٦١ - الفتاوى الهندية = الفتاوى العالمكيدية. جماعة من الفقهاء، طبعة (٣) بيروت، ١٤٠٠هـ، ٦ أجزاء.
- ٦٢ - الفصول = انظر العمادي.
- ٦٣ - قاضيخان (الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندي): فتاوى قاضيخان. طبعة (١) بهامش الفتاوى الهندية الأجزاء الثلاثة، طبعة (٢) لاهور، ٤ أجزاء، مجلدان.
- ٦٤ - ابن قاضي سماونة (بدر الدين محمود بن إسرائيل): الجامع = جامع الفصولين. كراتشي، ١٣٠٢هـ، جزءان.
- ٦٥ - القرشي (محيي الدين عبد القادر بن محمد): الجواهر المضية في طبقات الحنفية. تحقيق د. عبد الفتاح محمد الحلوة، مصر، ٥ أجزاء.
- ٦٦ - الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود): البدائع = بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، ١٣٢٨هـ، ٧ أجزاء.
- ٦٧ - كحالة (عمر رضا). معجم المؤلفين = تراجم مصنفي الكتب العربية، دمشق، ١٥ جزءاً.
- ٦٨ - الكشف = انظر حاجي خليفة.
- ٦٩ - كنز الدقائق = انظر النسفي.
- ٧٠ - اللكنوي (محمد بن عبد الحي الأنصاري): الفوائد البهية في تراجم الحنفية. دلهي بالهند، ١٩٦٧م، جزء واحد.
- ٧١ - ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد): جه. السنن. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، القاهرة، ١٩٧٢م جزءان.
- ٧٢ - المجلة = مجلة الأحكام العدلية.
- ٧٣ - مجلة العقود والالتزامات التونسية = طبعة الشركة التونسية لفنون الرسم، ١٩٦٠م، جزءان.

- ٧٤ - مجمع الفقه الإسلامي = قرارات وتوصيات، ١٤٠٦هـ - ١٤٠٩هـ، جده، ١٤١٠هـ .
- ٧٥ - محمد البارودي: مسائل بيع الوفاء. مخط، دار الكتب الوطنية بتونس .
- ٧٦ - محمد البشير النيفر: ترجمة بيرم الثاني. مقال مخطوط .
- ٧٧ - محمد بيرم الثاني: التعريف بالمفتيين الحنفيين بتونس من الفتح العثماني. مخط، دار الكتب الوطنية بتونس: ٥٨، ٥٠٩، ١٨٦٧٦ .
- ٧٨ - محمد الحبيب ابن الخوجة: من المخارج الشرعية المعتمدة في المعاملات المالية. أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، ٧ - ١١ رجب ١٤٠٧هـ/ ٧ - ١١ مارس ١٩٨٧م، طبعة (١) الكويت، ١٤١٠هـ .
- ٧٩ - الحياة الثقافية بأفريقية صدر الدولة الحفصية. بحث مقدم لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، مجلة المجمع: ص ٣٠٥ - ٣٤٠. مؤتمر الدورة الحادي والأربعين: ١٣ - ٢٧ صفر ١٣٩٥هـ/ ٢٤ فبراير - ١٠ مارس ١٩٧٥م .
- ٨٠ - ديوان الورغي. تونس، جزء واحد.
- ٨١ - محمد بن الحسن الشيباني: المخارج في الحيل. طبعة ليبسك، ١٩٣٠م، جزء واحد.
- ٨٢ - محمد ابن الخوجة: تاريخ معالم التوحيد في القديم والجديد. تقديم وتحقيق الجيلاني بن الحاج يحيى وحمادي الساحلي، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٥م، جزء واحد.
- ٨٣ - صفحات من تاريخ تونس، تقديم وتحقيق حمادي الساحلي والجيلاني بن الحاج يحيى، دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٦م، جزء واحد.
- ٨٤ - محمد رشاد الإمام: سياسة حمودة باشا. منشورات الجامعة التونسية، ١٩٨٠م، جزء واحد.
- ٨٥ - محمد سعادة: قدة العين بنشر فضائل الملك حسين بن علي. مخط، رضوانية ٥٣، الزيتونة، مجلد واحد.
- ٨٦ - محمد السنوسي (أبو عبد الله بن عثمان): المسامرات = مسامرات الظريف بحسن التعريف، تحقيق محمد الشاذلي النيفر، تونس، ١٩٨٣م، مجلد واحد.

- ٨٧ - محمد الطاهر ابن عاشور: المقاصد = مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس، ١٩٨٨م، جزء واحد.
- ٨٨ - محمد مطيع حافظ، مقدمة الأشباه.
- ٨٩ - محمد النيفر: عنوان الأريب عما نشأ بالمملكة التونسية من عالم أديب، تونس، ١٣٥١هـ، جزءان.
- ٩٠ - د. محمد يوسف موسى، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، مصر، ١٣٧٣، جزء واحد.
- ٩١ - محمود مقديش: نزهة الأنظار في عجائب التواريخ والأخبار. تحقيق علي الزواري ومحمد محفوظ، دار الغرب الإسلامي، جزءان.
- ٩٢ - مخلوف (محمد بن محمد): شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، جزءان.
- ٩٣ - مسلم بن الحجاج (القشيري النيسوري): م. الصحيح، ٥ أجزاء.
- ٩٤ - المقاصد: انظر محمد الطاهر ابن عاشور.
- ٩٥ - المهذب: انظر الشيرازي.
- ٩٦ - الموسوعة الفقهية الكويتية.
- ٩٧ - ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم): الأشباه والنظائر. دار الفكر، دمشق، ١٤٠٣هـ، جزء واحد.
- ٩٨ - البحر = البحر الرائق شرح كنز الدقائق. طبعة العربية بباكستان، ٨ أجزاء.
- ٩٩ - النسائي (أحمد بن شعيب): ن. السنن الكبرى. شرح السيوطي، بيروت، ٤ أجزاء.
- ١٠٠ - النسفي (أبو البركات عبد الله بن أحمد): كنز الدقائق.
- ١٠١ - الهندية = الفتاوى الهندية.
- ١٠٢ - ياقوت (شهاب الدين بن عبد الله): معجم البلدان. القاهرة، ١٣٢٣هـ - ١٣٢٤هـ، ٨ أجزاء.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	العنوان
١٠٩	مقدمة
	البلاد التونسية من بداية القرن الثاني عشر إلى منتصف
١١٢	القرن الثالث عشر
١١٩	المجتمع الجديد
	الحياة الفكرية والعلمية من بداية الدولة الحسينية إلى عهد
١٢١	حسين بن علي الثاني
١٤٥	الشيخ محمد بيرم الثاني
١٥٠	رسالة الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء
١٥٣	تحليل الرسالة:
١٥٣	— مقدمة
١٥٤	— الفصل الأول
١٥٧	— الفصل الثاني
١٥٨	— الفصل الثالث
١٦٤	— الفصل الرابع
١٦٥	— الفصل الخامس
١٦٦	— الفصل السادس
١٦٧	— الفصل السابع
١٦٨	— الفصل الثامن
١٧٠	— الفصل التاسع
١٧٠	— الفصل العاشر
١٧١	— الخاتمة

١٧٣	تحقيق الرسالة
١٧٩	مقارنة بين النسخ المعتمدة لتحقيق رسالة الوفاء الرسالة
١٨٧	الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء
١٩٠	المقدمة في بيان اسمه ومسماه
١٩١	حقيقة بيع الوفاء
١٩٥	الفصل الأول فيما يرجع الوفاء إليه من العقود
٢٠١	الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة
٢٠٢	العبرة في الشرط المفسد بقرانه للعقد باللسان
٢٠٧	إلحاق الشرط المفسد بالعقد
٢١١	صاحب الهداية
٢١٢	الهبة بعوض يشترط لها القبض وعدم كونها في مشاع
٢١٢	الهبة في المرض تخرج مخرج الوصية من الثلث
٢١٦	تحجير الحكم في بيع الوفاء على القضاة المالكية
٢١٨	البيع بالثبنا وحكمه
٢٢٠	الوعد بالرد مطلقاً
٢٢٠	الوعد بالرد إلى أجل يفسد البيع
٢٢٠	شرط الرد مطلقاً يفسد البيع
٢٢١	شرط الرد إلى أجل يفسد البيع
٢٠١	الفصل الثاني فيما يصح عقد الوفاء فيه وما لا يصح
	حكم الوفاء في المنقول إذا عقد الوفاء في عقار ومنقول
٢٢٣	يفسد في المنقول ولا يسري في غيره
٢٢٤	فساد عقد الوفاء في المنقول يخص ما لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه
٢٢٤	العبد والدابة لا يطلق فيها القول بجواز ولا منع
٢٢٤	بيع النصبه وفاء وياتاً ووقفها وهبتها
٢٢٥	التصرفات التي لا تصح في النصبه
٢٢٦	المشاع القابل للقسمة لا يصح فيه رهن ولا هبة

- ٢٢٦ بيع الخلو والمفتاح
- ٢٢٧ الفصل الثالث فيما يجوز من فعل للمشتري وفاء في مبيعه وما لا يجوز
- ٢٢٧ المبيع وفاء لا يعار ولا يرهن
- ٢٢٧ الوفاء يعطى له حكم الرهن
- ٢٢٧ مسألة التولية في الوفاء
- ٢٢٨ المالك يتنزع المبيع من يد غير محقة ولو بغيبة المشتري
- ٢٣٠ لا يصير مال الوفاء ديناً في ذمة البائع إلاّ بفسخ الوفاء
- ٢٣١ لا تصح الكفالة بمال الوفاء منجزة
- ٢٣٢ دفع المالك مال التولية للثالث بلا إذن الثاني
- ٢٣٢ المبحث الأول في زراعة المشتري وفاء الأرض التي عقد الوفاء عليها
- ٢٣٢ الفسخ وفي الأرض زرع لمشتري الوفاء
- ٢٣٣ إذا تفاسخا بعدما كرب المشتري الأرض
- ٢٣٥ المبحث الثاني في إجارته
- ٢٣٦ التفاسخ فيما هو مستأجر قبل تمام مدة الإجارة
- ٢٣٦ فسخ عقد الوفاء الذي يتبعه فسخ عقدة الإجارة وما لا يتبعه
- ٢٣٨ التفصيل فيما إذا دفع الثمن ثم رام الاسترداد إلى تمام المدة
- ٢٣٩ أجرة ما بعد الفسخ لمن تكون؟
- ٢٤٢ عدم صحة الإجارة للبائع على القول بالتركيب أيضاً
- اعتبار بيع الوفاء في حق المشتري على خلاف الأصل بيعاً لضرورة
- ٢٤٣ تحليل الانتفاع
- ٢٤٤ لا يجوز بيع الوفاء بيع وفاء ولا رهنه ولا إيداعه
- ٢٤٥ للبائع أن يحسب ما دفعه للمشتري من أجر كراء ملكه من مال الوفاء
- ٢٤٥ حيلة توسط أجنبي بين المشتري والبائع في الإجارة
- ٢٤٦ الإجارة المرسومة بسمرقند
- ٢٤٧ دعوى البائع أن الإجارة للأجنبي تلجئة
- ٢٤٧ من لا يلزمه شيء مع الإقرار لا تتوجه إليه يمين مع الإنكار

- ٢٥٠ المبحث الثالث في الانتفاع بثمرته
- ٢٥٠ الثمرة موجودة مسكوت عنها
- ٢٥٠ الثمرة موجودة مشروطة للمشتري
- ٢٥٠ الاتفاق على أن الثمرة المشروطة للمشتري مضمونة عليه
- ٢٥١ باب الصفقة في الصفقة التي هي مفسدة
- ٢٥٣ هبة الثمر على شجر الوفاء
- ٢٥٤ حكم الزرع والثمر واحد
- ٢٥٤ طلب المشتري الفسخ ليأخذ الثمن بعد أخذه الغلة
- ٢٥٤ إذا تفاسخا قبل أخذ الغلة، الغلة تكون لمن؟
- ٢٥٤ صحة شرط الفسخ قبل السنة
- ٢٥٦ طلب البائع الفسخ قبل أخذ المشتري الغلة
- ٢٥٨ مبدأ السنة الموزعة عليها الغلة هو وقت عقد الوفاء
- ٢٥٨ المقسوم على السنة قيمة الغلة لا عينها
- ٢٥٩ البائع يضمن للمشتري قدر حصته من قيمة الغلة دراهم
- ٢٦٠ الخلاف في جريان التوزيع في الغلة المعدومة وقت الفسخ
- ٢٦٢ رجحان القول بتوزيع الغلة المعدومة وقت الفسخ
- ٢٦٤ مسألة ما يقطع من حطب الشجر
- ٢٦٥ مسألة حطب الزيتون
- ٢٦٦ الشجرة الميتة تكون للبائع
- ٢٦٦ القص مع كونه للبائع للمشتري حبسه عنه
- ٢٦٧ ليس للمشتري منع البائع من القطع
- ٢٦٧ لمؤجر الدار أن يدخلها ليصلحها
- ٢٦٧ الحرث والسقي والرم لا يجب على البائع ولا على المشتري
- ٢٦٨ السقف ملك صاحب السفلى
- ٢٦٩ الفصل الرابع في انتقاص المبيع فيه عند مشتره
- ٢٦٩ الأقوال الثلاثة في انتقاص المبيع عند المشتري

٢٧٠ المعتمد في مسألة انتقاص المبيع
٢٧١ الفرق بين ضمان الرهن وضمان الغصب
٢٧١ الفصل الخامس في بيع البائع وفاء مبيعه الوفاي قبل فسخ الوفاء فيه الفرق بين توقف بيع المبيع وفاء على إجازة المشتري والمرهون
٢٧٢ على إجازة المرتهن
٢٧٢ يبطل بيع المبيع وفاء بتعذر الإجازة لانفساخ الوفاء قولاً أو فعلاً
٢٧٢ من المسائل التي يخالف فيها الوفاء الرهن
٢٧٣ الإجازة الفعلية من مشتري الوفاء لبيع بائعه
٢٧٣ تعدد المبيع متفقاً أو مختلفاً كتوحده في التوقف على الإجازة
٢٧٤ حصول الإجازة من مشتري الوفاء بقبضه ماله من مشتري البات
٢٧٤ دفع مشتري البات لمشتري الوفاء مال وفائه بلا إذن البائع
٢٧٨ بيع المبيع وفاء لمشتريه بيعاً باتاً الفصل السادس في الشفعة بالمبيع وفاء، والشفعة فيه إذا
٢٧٩ بيع باتاً قبل الفسخ
٢٧٩ يشفع بالمبيع وفاء بائعه لا مشتريه
٢٨٠ صحة الوفاء مع الشيوع وعدم القبض بخلاف الرهن
٢٨١ الشفعة في بيع الوفاء إذا بيع باتاً
٢٨٣ لا تثبت الشفعة في المبيع وفاء إذا بيع باتاً إلا بعد الإجازة
٢٨٣ المعتبر في الطلب وقت العلم بالإجازة لا العلم بالبيع الفصل السابع في ادعاء المشتري وفاء على مشتريه وادعاء
٢٨٤ مشتريه على غيره المعتبر في بيع الوفاء جهة الملك في حق الانتفاع به خاصة
٢٨٦ وفيما سواه جهة الرهن
٢٨٧ هذا الحاصل جامع
٢٨٨ الفصل الثامن في الكفالة بمال الوفاء، والحوالة به، والصلح عنه
٢٨٨ الكفالة بمال الوفاء عن المشتري للبائع

- ٢٨٨ الكفالة به عن البائع للمشتري
- ٢٨٩ إذا كان الكفيل عن البائع به للمشتري هو الذي كان مشترياً وفاء قبله
- ٢٩٠ إذا كان المحال عليه هو المشتري
- ٢٩١ إذا كان المحال عليه هو البائع
- ٢٩١ الصلح على مال الوفاء
- ٢٩١ إذا ادعى البيع الجائز والآخر البات
- الفصل التاسع في فسخ عقد الوفاء ورجوع المشتري على البائع
- ٢٩٢ فيما إذا كان دفع خلاف ما سمي بماذا يكون منهما؟
- ٢٩٣ إذا قبض المشتري بعض مال الوفاء
- ٢٩٣ على ماذا ينبغي حمل التجزي إن تجزأ الفسخ
- ٢٩٤ إذا انفسخ عقد الوفاء فللمرتهن الذي هو المشتري حبه
- ٢٩٤ المرهون لا يزال محبوساً كله إلى تمام قبض الدين
- ٢٩٥ إن الرجوع بالمسمى لا بالمقبوض
- الفصل العاشر في حكم المبيع وفاء بعد الفسخ ومطالبة المشتري
- ٢٩٦ مال الوفاء في غير بلده، أو بعدما غصب المبيع من يده
- ٢٩٨ إن لمشتري الوفاء بعد فسخه حبس المبيع عن البائع حتى يدفع له ثمنه
- ٢٩٨ ليس له حبه عن المشتري بعد الإجازة
- ٢٩٩ له أخذ الثمن من المشتري وحبه عن البائع
- ٢٩٩ اختصاصه بثمن المبيع
- ٢٩٩ أينما ثبت للشخص حق الحبس يثبت له الاختصاص
- ٣٠٠ للمشتري مطالبة البائع بالثمن في غير بلده
- ٣٠٠ ليس له طلب مال الوفاء والمبيع في يد غاصبه
- الخاتمة في اختلاف المتعاقدين في العقد الذي بينهما أهو بيع
- ٣٠٢ بات أم بيع وفاء؟
- ٣٠٥ الراجح أن القول لمدعي البات

بَيْعُ الْوَفَاءِ
فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

إِعْتَاد

محمي الدين قادي

أستاذ الفقه ومقاصد الشريعة

بجامعة الزيتونة - تونس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أحل البيع وحرم الربا، والصلاة والسلام على سيدنا محمد مورث هديه للعلماء، وعلى آله وصحبه المتقين للشبهات، ومن تبعهم بإحسان ما دامت الأرض والسموات.

أما بعد، فالإنسان — كما قال العلامة ابن خلدون — : مدني بالطبع، ومحتاج إلى من يتبادل معه المنافع، ويتعامل معه، والمجتمعات يخدم أفرادها بعضهم بعضاً وإن لم يشعروا بذلك أحياناً كما قال حكيم المعرة:

الناس للناس من بدو وحاضرة بعض لبعض وإن لم يشعروا خدم

ومن أهم المعاملات المادية البيع الذي لم تحرمه شريعة الإسلام، ولم يرد نهى عنه في القرآن الكريم، أو السنة الشريفة، وأعني به البيع الذي أحله الله جل جلاله لعباده في كتابه فقال: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١).

ولفظ البيع عام لأنه اسم مفرد دخلت عليه «أل» فجعلته عاماً، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه فيندرج في عموم الآية الكريمة الآنف الذكر كل بيع إلا ما قام البرهان على تخصيصه، كبيع كثيرة خصت بأدلة شرعية وما خلاها من ضروب البيع وهو باق على أصل الإباحة.

وهناك من البيوع ما جرى فيه الخلاف بين الأئمة الأعلام، هل هو حلال أم حرام؟ كبيع الآجال، مذهب إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس — رحمه الله تعالى — أنها بيوع ظاهرها الصحة، ولكنها ذريعة إلى الربا، ومثل لها ابن رشد في المقدمات بقوله: (مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة إلى

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

أجل، ثم يبتاعها بخمسين نقداً فيكونان قد توصلا بما أظهره من البيع الصحيح إلى اقتراض خمسين ديناراً بمائة دينار إلى أجل وذلك حرام لا يحل ولا يجوز، وأباح الذرائع الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والصحيح ما ذهب إليه مالك — رحمه الله تعالى — ومن قال بقوله لأن ما جر إلى الحرام وتطرق به إليه حرام مثله^(١).

وممن قال بقوله المالكية الحنابلة، قال ابن قدامة في مغنيه في باب الربا والصرف: الحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق ونحو ذلك... فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة، فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه، ثم تباريا وتوصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلاً، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة، ثم وهبه الخمسة الزائدة... وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها توصلاً إلى أخذ عوض عن القرض، فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم، وبهذا قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك كله وأشباهه جائز إذا لم يكن مشروطاً في العقد وقال بعض أصحاب الشافعي: يكره أن يدخل في البيع على ذلك، لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه^(٢).

وقد أقام كل من ابن رشد وابن قدامة الأدلة على عدم جواز ما ذكره من حيل على الربا ولكن ما ساقاه من أدلة لا يفيد لأنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة وهذا مجمع عليه، وإنما يجري الخلاف في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها فالمطلوب في سنن آداب البحث والمناظرة أن تذكر أدلة خاصة بمحل النزاع، وأن قصد القياس على ما ذكره من أدلة كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدَاً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾.

(١) ٥٢٤/٢.

(٢) ٦٢/٤ - ٦٣.

وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ أَخَذُوا مِنْكُمْ فِي النَّبْتِ...﴾ الآية .

وقوله ﷺ: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها»، وقوله ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار»، رواه أبو داود وغيره، وجامع الأمة على جواز البيع والسلف متفرقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا. . وهي كلها أدلة تحريم ذرائع مجمع عليها، فيستحسن أن يكون استدلالهما بالقياس خاصة، ويتعين عليهما إبداع الجامع، وإبراز العلة المشتركة لعل الخصم يجد فارقاً فيدفع الاحتجاج بالقياس، وكان مما ينبغي أن يذكرنا نصوصاً آخر خاصة بذرائع ييوع الآجال ويقتصر عليها وهو ما فعله الشهاب القرافي حيث ذكر حديثاً^(١) نسه إلى الموطأ وهو أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها: يا أم المؤمنين: إني بعثت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء، واشتريته بستمائة نقداً فقالت عائشة - رضي الله عنها - : بثمنا شريت وبثمنا اشتريت، أخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، قالت: أرأيتني إن أخذته برأس مالي؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾^(٢) وقد

(١) راجع القرافي في كتابه الفروق: الفرق الرابع والتسعون والمائة بين قاعدة ما يسد من الذرائع وقاعدة ما لا يسد منها: ٢٧٤/٣ - ٢٧٥؛ ومغني ابن قدامة: ٦٣/٤؛ والمقدمات لابن رشد: ٥٢٥/٢.

(٢) العرف عند المالكية أنهم إذا أطلقوا لفظ «الموطأ» فالمراد رواية يحيى بن يحيى الليثي والحديث الذي ذكره القرافي وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم ليس موجوداً في الموطأ، وقد جاء في منتقى الأخبار لابن تيمية الجدة رواية الحديث المشار إليه سابقاً عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته: (أنها دخلت على عائشة) الحديث، ثم قال: رواه الدارقطني، وجاء في شرحه «نيل الأوطار» للشوكاني أن الحديث في إسناده الغالية بنت أيفع وقد روى عن الشافعي أنه لا يصح وقرر كلامه ابن كثير في إرشاده، وساق البيهوتي في كشف القناع عند كلامه على من باع سلعة بنسيئة، وقال رواه أحمد وسعيد. النيل مع المنتقى ٣١٧/٥.

ساق الحديث نفسه البهوتي في كشاف القناع عن متن الإقناع ولكن رواه عن غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية قالت: دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعثت غلاماً من زيد بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشترته منه بستمائة درهم نقداً؟ فقالت لها: (بشما اشتريت، وبشما شريت، أبلغني زيدا أن جهاده مع رسول الله ﷺ بطل إلا أن يتوب) [رواه أحمد وسعيد].

ثم عقب البهوتي على الحديث بعد أن رواه بقوله: (ولا تقول مثل ذلك إلاً توقيفاً) وقد عقب القرافي بما قاله البهوتي لكن بصورة أوضح حيث قال: وهذا التخليط العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلاً عن توقيف.

وقد عقب القرافي بما قاله البهوتي لكن بصورة أوضح حيث قال: وهذا التخليط العظيم لا تقوله رضي الله عنها إلاً عن توقيف^(١).

والذرائع الربوية عند مالك رحمه الله كما جاء ضبطها عن ابن رشد الحفيد في البداية: (هي أن يتذرع منها إلى:

- ١ - انظرني أزدك.
- ٢ - أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً.
- ٣ - أو إلى بيع ما لا يجوز نساء.
- ٤ - أو إلى بيع وسلف.
- ٥ - أو إلى ذهب وعرض بذهب.
- ٦ - أو إلى ضَعُ وتعجل.
- ٧ - أو بيع الطعام قبل أن يستوفى.
- ٨ - أو بيع وصراف، فإن هذه هي أصول الربا^(٢).

(١) الفروق: الفرق الرابع والتسعون والمائة بين قاعدة ما يسد من الذرائع وما لا يسد منها:

. ٢٧٤/٣

(٢) ٢٤١/٢ - ٢٤٢.

هذا وبيع الوفاء موضوع البحث لم يكن له وجود في عهد السلف الصالح ولكن باستثناء الفساد، واختلال المرؤات ظهر في الناس هذا النمط من التعامل وهو عبارة عن أن يقول البائع: بعث منك على أن تبعه مني متى جئت بالثمن؛ تحيلاً على الوصول إلى الربا.

وأظن أن أول ظهوره كان بسمرقند لأن أكثر الكلام فيه للسمرقنديين من فقهاء المذهب النعماني فيما وراء النهر، وكان ذلك في القرن الخامس تقريباً إذ من الذين تكلموا عليه السيد الإمام، والإمام أبو الحسن الماتريدي فقد نقل القاضي ابن سماوة في جامع الفصولين أن السيد الإمام قال: (قلت للإمام أبي الحسن الماتريدي قد فشا هذا البيع بين الناس وفيه مفسدة عظيمة...^(١))
إلخ ما سيأتي - إن شاء الله - والإمام السيد أبو شجاع والقاضي أبو الحسن الماتريدي عاشا في أوائل القرن^(٢) وصدرت لهم فتاوى في هذا اللون من التعامل الذي فشا في زمانهم، ثم تكلم فيه كل طود شامخ له في باب الترجيح قدم راسخ كالإمام النسفي الكبير والصدر الشهيد وصاحب الهداية وأبنائه شيوخ الإسلام...

وقد عرفه غربنا الإسلامي منذ قرون فتحدثت عنه كتب الفقه المالكي باسم بيع الثنيا فقد عرض له ابن رشد الجد وابن عرفة وابن عاصم وغيرهم ممن سنعرض لأنظارهم، ثم تعورف بقطرنا بيع الوفاء تحت اسم الرهن كما ذكر شيخ الإسلام أبو عبد الله محمد بيرم الثاني - رحمه الله تعالى - وأكبر الظن أنه عرف منذ دخل الأتراك تونس ومعهم المذهب النعماني وقد انضاف إليه من تحيل الناس ما انضاف، وتحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، ودخلت هذه المعاملات القوانين إلى أن جاء الأمر المؤرخ في ٢٨ شوال ١٣٢٤هـ الموافق لـ ١٥ ديسمبر ١٩٠٦م بجمع النصوص المتعلقة بالالتزامات والعقود في

(١) انظر جامع الفصولين: ٢٣٤/١.

(٢) انظر ترجمتهما في الفوائد البهية: ص ٤١ - ٦٥، وقد استنتجت أنهما عاشا في أوائل القرن الخامس من معرفة وفاة معاصرهم الإمام السغدني.

مجلة تعرف بمجلة الالتزامات والعقود فجاءت في الباب الثالث في بعض من أنواع البيوع وفي القسم الأول منه تحت عنوان بيع الثنيا من الفصل ٦٨٤ إلى الفصل ٦٩٩ وصورته أن يلتزم المشتري بعد إتمام البيع بأن يرد المبيع لبائعه عندما يرد له ثمنه، وبشكل أوضح أنهم يعقدونه بلفظ البيع خالياً عن اقرانه بشرط الرد فيه، ثم يتفقان على رد المشتري للبائع عند رده الثمن إما مطلقاً أو إلى أجل معين على وجه الوعد ويعبر عنه الموثقون بالتطوع بالثنيا أو الشرط الصريح في وجهي الإطلاق والتأجيل ووفق شعبنا التونسي يتعامل بهذا الضرب من البياعات إلى أن صدر القانون عدد ١ لسنة ١٩٥٨ المؤرخ في ٢٨ جانفي ١٩٥٨ في تحجير التعامل ببيع الثنيا وبيع السلم ورهن الانتفاع بالرائد الرسمي المؤرخ في ٣١ جانفي ١٩٥٨ كما أبطلته القوانين المدنية في مصر حسب المادة ٤٦٥ من القانون المدني الجديد، وسورية في المادة ٤٣٣ من القانون المدني السوري في الفقرتين ٢٤٦ و ٢٥٣، وليبيا في المادة ٤٥٤، وأبقي القانون المغربي ما تعورف في الغرب الإسلامي المالكي حسبما جاء في قانون الالتزامات والعقود المغربي في الباب الثالث، وفي الفرع الأول منه تحت عنوان: بيع الثنيا وصورته كما جاء في المادة ٥٨٥ بيع الثنيا هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن، وتوسط القانون المدني العراقي في المادة ١٣٣٣ فجعل بيع الوفاء رهناً حيازياً.

وبعد هذا التمهيد أسارع إلى الكلام عن المباحث فأقول ومن الله أستمد العون على بلوغ المأمول.

المبحث الأول ببيع الوفاء عند الحنفية

وينحصر الكلام في هذا المبحث في المسائل الآتية:

١ - تعريفه:

رسمه العلامة ابن نجيم ببعض خواصه فقال: وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أي متى قضيت الدين فهو لي. أو يقول البائع: بعتك هذا بكذا على أي متى دفعت لك الثمن تدفع الدين إلي، وصوره التمرتاشي فقال: صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين. وصوره خاتمة المحققين في المذهب النعماني العلامة ابن عابدين بقوله: أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين على أي متى قضيته فهو لي.

وبالتدبر في هذه الرسوم نلاحظ أن الخواص التي تضمنتها تشير إلى دوران هذا العقد بين البيع وبين الرهن فرسم ابن نجيم الأول، تضمن: بدين لك علي، وتضمن متى قضيت الدين فهو لي وهما عبارتان مشعرتان بكونه رهناً، ورسمه الثاني قد دخلا مما يشعر بالرهنية، أما رسم ابن عابدين فكرسم ابن نجيم الأول، ورسم التمرتاشي كرسم ابن نجيم الثاني.

ولعل الاختلاف في رسم بيع الوفاء ناشئ عن الاختلاف في حكمه كما سيأتي أو أنه تكيف بما تعرف به عند الفقهاء، وبما هو حقيقته عند العوام فالبايع وفاء عندما يسأل يقول: رهنت ملكي والمشتري حين يسأل يقول: ارتهنت ملك فلان فوقع الجمع في بعض الرسوم بين البيع وبين الرهن وذلك من باب التكيف مع البيئة في الاجتهاد الفقهي.

اختلفت أسماء هذا البيع باختلاف الأمصار، فبسمرقند سمي بيع الوفاء، وهو الاسم المشتهر في كتب الفقه الحنفي، وربما سماه السمرقنديون بالبيع الجائز فيشترك عندهم في الإطلاق مع البيع البات الصحيح، لكن أصبح المتعارف بسمرقند أنهم إذا أطلقوا البيع الجائز انصرف إلى بيع الوفاء، كما سموه ببيع المعاملة وسماه عامتهم بالرهن^(١)، وبمصر ذكر الزيلعي أنهم يسمونه ببيع الأمانة^(٢).

(وبتونس لدى عامتها كعامة سمرقند «الرهن» فيقولون في مقام طلبه: ارهن لي، وفي مقام الإخبار عنه: رهننت ملكي فلاناً، ورهننت ملك فلان، ولا يعرفون ارتهننت، وكذا في مقام إنشائه، حتى إذا أرادوا الرهن المحض زادوا بعض توثقه أو ما يقوم مقامه وعند خاصتها من الموثقين: «التسليم» ومن قبل كانوا يعبرون عنه بما يعبرون به عن البيع البات، فلما صار بعض شراة الوفاء يدعي في شراة البت، ويتمسك في الاحتجاج بدعواه بالرسم فيلغي بظاهره شاهداً له أحدثوا له ذلك الاسم)^(٣).

ويسمى بالشام بيع الإطاعة كما ذكر التمرثاشي في الدر المختار، وحشى العلامة ابن عابدين على كلمة الإطاعة قائلاً: كذا في عامة نسخ الدر، وفي بعضها بيع الطاعة وهو المشهور الآن في بلادنا (الشام)، وأراد أن يبين أن التسميتين لهما أصل في لغة الضاد فجلب نصاً من المصباح للفيومي يدعم ذلك فقال: وفي الصباح أطاعه أي انقاد له، وطاعه طوعاً من باب قال لغة، وانطاع له انقاد، قالوا: ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول، يقال أمره فأطاع.

(١) أبو عبد الله محمد بيرم الثاني: الوفاء بمسائل بيع الوفاء: ص ٢ ظهراً مخ بمكتبة جامعة الزيتونة.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٤/٥، طبعة أولى، مصر ١٣١٥هـ.

(٣) أبو عبد الله محمد بيرم الثاني: الوفاء بمسائل الوفاء: ص ٢ ظهراً.

كما عرض ابن عابدين لوجوه تسميته بهذه الأسماء في الفقه الحنفي فبين أن أوجه تسميته ببيع الوفاء هو: ما تضمنه من العهد بالوفاء من المشتري برد المبيع على البائع متى رد عليه الثمن، وأن وجه تسميته بالبيع الجائز مبني على أنه بيع صحيح دفعت إليه الحاجة فوقع التخلص به من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وأن وجه تسميته ببيع المعاملة أن المعاملة ربح الدين وهذا المبيع يشتره الدائن ليتفجع به في مقابلة دينه، وأن وجه تسميته ببيع الأمانة أنه أمانة عند المشتري بناء على أنه رهن أي كالأمانة وأن وجه تسميته ببيع الطاعة أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد، لأن الطاعة لا تكون إلا عن أمر^(١).

٣ - المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى:

سماه المالكية بيع الثنيا كما سموه في العصور المتأخرة بالبيع والإقالة كما سمي عند العامة بالرهن وقد وردت هذه التسميات في كتب الفقه المالكي بتسميته ببيع الثنيا. وردت في تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام للقاضي ابن عاصم حيث قال:

والبيع بالثنيا لفسخ داع والخرج بالضمنان للمبتاع
والشرح للثنيا رجوع ملك من باع اليد عند إحضار الثمن^(٢)

وإن كان ابن رشد عمم هذه التسمية في جميع الشروط المنافية للمقصود^(٣) وأما تسميته بالبيع والإقالة فقد نقل التسولي في فتوى عن المجاصي في نوازل وفي نقل عن شرحي التحفة لميارة والتاودي أن العامة عندنا (أي في المغرب) اليوم لا يعرفون معنى الثنيا وإنما يسمون ذلك البيع والإقالة^(٤).

(١) رد المحتار: ٤/٢٤٥، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.

(٢) ص ٧٥، طبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر بدون تاريخ.

(٣) المقدمات: ٢/٥٤٢، طبعة دار صادر بيروت.

(٤) البهجة في شرح التحفة: ٢/٦٧، طبعة ثانية شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده

بمصر ١٣٧٠هـ.

وأما تسميته بالرهن فقد ذكر التسولي أيضاً أنه في عصره يطلق على الرهن عرفاً ويسمونه بيعاً وإقالة فبيع الرجل بالإقالة ما يساوي الألف بخمسائة أو ما يساوي المائة بستين أو بثلاثين ونحو ذلك فلا يختلفون أنها رهن حيث اشترطت الإقالة في العقد إذ لم يسمح البائع بسلعته إلاً على ذلك وتجد البائع إذا سئل عن سلعته أو أرضه يقول: إنها مرهونة.

وسماه الشافعية بالرهن المعاد^(١)، كما سموه بيع العهدة^(٢).

وسماه بعض فقهاء الإباضية، ومنهم شيوخ جادو بيع الرهن^(٣).

وسماه الحنابلة بيع الأمانة.

مواضع ذكره عند فقهاء الحنفية:

عرض العلامة زين الدين ابن نجيم إلى مواضع ذكر بيع الوفاء عند فقهاء الحنفية فذكر أنها موضع من ثلاثة: فمنهم من ذكره في البيع الفاسد، ومثل لذلك بالزازي، ومنهم من ذكره عند الكلام على خيار النقد، ومثل له بقاضيخان، وقد سلك ابن نجيم في شرح الكنز نفس المسلك، ومنهم من ذكره في «الإكراه» ومثل له بالزيلعي في شرحه على الكنز.

واختار ابن نجيم ذكره في «خيار النقد» معللاً ذلك بأن البيع الوفايي من أفراد خيار النقد^(٤) لكن أحاه عمر ابن نجيم في شرحه على الكنز الموسوم بالنهر الفائق شرح كنز الدقائق تعقبه فقال: إنما يكون بيع الوفاء من أفراد خيار النقد بناء على القول بأنه بيع فاسد إن زاد على الثلاث، لا على القول بصحته،

(١) التمرتاشي، الدر المختار: ٤/٢٤٦، مع حاشية: «رد المحتار».

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٩/٢٦١، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

(٣) أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل: ١١/١١٩، مكتبة الإرشاد - جدة - المملكة العربية السعودية.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٦/٨، طبعة أولى بالمطبعة العلمية.

إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام، وبيع الوفاء غير مقيد بها وأنى يكون من أفرادها^(١)

ويبدو لي أن ذكره في باب الإكراه كما فعل الزيلعي أنسب إذ من مشايخ بخارى - وهم أول من تكلم فيه على ما يظهر - من جعل حكم بيع الوفاء كحكم بيع المكره^(٢) وعقد له في جامع الفصولين ابن قاضي سماوة فصلاً مستقلاً وهو الفصل الثامن عشر^(٣) وآخر ما نختم به هذه المسألة أن الخلاف في حكمه - كما سيأتي - أثر في موضع ذكره، وأن أكثر مواطن ذكره كتب الفتاوى كالبزازية والخانية ونحوهما، والمعلوم أن كتب الفتاوى والوقائع تأتي في الميزان الفقهي الحنفي في الدرجة الثالثة على حسب ما ذكره العلامة ابن عابدين ولا نتصور الكلام عن بيع الوفاء في مسائل الأصول ككتب ظاهر الرواية أو مسائل النوادر كالكيسانيات وإنما مظنة الحديث عنه كتب الوقائع والفتاوى الخانية والبزازية.

حكم بيع الوفاء عند الحنفية:

بناء على أن بيع الوفاء تحيل على الربا اختلفت في حكمه أنظار فقهاء الأحناف الذين عايشوا فشو هذا التحيل في أعصارهم وأمصارهم، من كل طود شامخ له في باب الترجيح قدم راسخ أنهى البزازي هذا الخلاف إلى تسعة أقوال، ذكر ابن نجيم في البحر منها ثمانية، واقتصر الزيلعي على أربعة منها في شرحه على الكنز وذكر أبو عبد الله محمد بريم الثاني أنها لا تتجاوز الخمسة وما زاد على الخمسة راجع بقليل التدبر إليها، والأقوال الخمسة هي:

١ - أن بيع الوفاء رهن، قال ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين: البيع الذي يتعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا، وسموه بيع الوفاء، هو رهن في

(١) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق: ٨/٦، مع البحر الرائق.

(٢) انظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٣/٥، طبعة أولى، بولاق مصر ١٣١٥هـ.

(٣) ٢٣٤/١ طبعة أولى بالمطبعة الأزهرية.

الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، لأن المتعاقدين وإن سمياه بيع الوفاء، ولكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين، إذ العاقد يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنت ملكي فلاناً، والمشتري يقول: ارتهنت ملك فلان.

ثم ذكر حجة القائلين بأنه رهن وهي تقوم على أن العبرة في شريعة الإسلام بالمقاصد والمعاني، لا الأشكال والمباني، فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة، والكفالة بشرط البراءة حوالة، وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح، والاستصناع الفاسد إذا ضرب فيه الأجل سلم ونظائره كثيرة.

ثم نقل محاورة دارت بين السيد الإمام أبي شجاع وبين الإمام أبي الحسن الماتريدي وهما فقيهان من ثلاثة فقهاء انتهت إليهم في عصرهم رئاسة الحنفية هما والقاضي علي الشُّعْدي كما جاء في الفوائد البهية، وقال السيد الإمام (أبو شجاع): قلت للإمام أبي الحسن الماتريدي قد فشا هذا البيع بين الناس وفيه مفسدة عظيمة، فتوأك أنه رهن وأنا أيضاً على ذلك فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس؟ فقال: المعتبر اليوم (أوائل القرن الخامس) فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه، وليقم دليله.

والحاصل من كلام ابن قاضي سماوه أنه رهن حكماً، وإن كان بيعاً شكلاً^(١).

وأورد أبو عبد الله محمد بيرم الثاني من فقهاء الحنفية بتونس^(٢) أنه قد رد

(١) ٢٣٤/١، بتصرف.

(٢) جاء في تاريخ ابن أبي الضياف أن وفاة شيخ الإسلام الرجل الصالح أبي عبد الله محمد ابن شيخ الإسلام أبي عبد الله محمد بن حسين بيرم كانت في السادس عشر من جمادى الأولى من سنة سبع وأربعين بعد المائتين والألف، الأحد ٢٣/١٠/١٨٣١ وتغيرت البلاد =

القول برهنيته بأن الانتفاع به مقصود، والاستيثاق به كذلك، ومن هنا تنتفي الرهنية شكلاً ومعنى، ولا وجه لترجيح جانب الاستيثاق على جانب الانتفاع، إن سلمنا بتساويهما لما في ذلك من ترجيح أحد المقصودين من غير مرجح، فكيف لو ادعينا ترجيح جانب قصد الانتفاع على جانب الاستيثاق لأنه المتبادر إلى الذهن مع مساعدة اللفظ له لم يبعد، لا يقال: قصد الانتفاع بل شرطه لفظاً لا يمنع اعتباره رهناً، إذ كل ما في الأمر أن يكون رهناً مشروطاً ومحتوياً على شرط فاسد وهو الانتفاع به، فيبطل الشرط ويصح الرهن إذ الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة.

والجواب أن هذا الاعتراض يصح لو عنون بالرهن وكلامنا منصب على المعنون بالبيع^(١).

٢ - أن بيع الوفاء بيع جائز:

قال الزيلعي في شرحه على الكنز: ومن مشائخ سمرقند من جعله (أي بيع الوفاء) بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه، منهم الإمام نجم الدين النسفي فقال: اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس إليه وتعاملهم به. قال صاحب النهاية: وعليه الفتوى. وسندهم في ذلك: حاجة الناس إليه، وتعاملهم به، والقواعد قد ترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك^(٢) وسيأتي مزيد بسط لهذه الحجة عند الكلام على القول الخامس وهو أن بيع الوفاء بيع مركب من الرهن والبيع الجائز البات.

= لوفاته، ولم يتغيب عن جنازته إلا من عاقه العجز وحضر الباي (أبو عبد الله حسين باشا ابن محمود بن محمد بن حسين بن علي) وبنوه ورجال الدولة وتبركوا بحمل نعشه ودفن بترية أبيه قرب داره. الإتحاف: ٣/١٨٠، طبعة أولى تونس ١٩٦٣.

(١) انظر الرسالة البيرومية: الوفاء بمسائل الوفاء: ص ٤ ظهراً السالفة الذكر.

(٢) راجع تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/١٨٣، ١٨٤، طبعة أولى، بولاق مصر

٣ - أن بيع الوفاء بيع جائز لازم:

وقد اختار قاضيخان هذا القول وقال: الصحيح أنه إن وقع بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم إن شرطاً فسخه، أو تلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظاً بالبيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد، وإن ذكرا البيع بلا شرط ثم شرطه على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء.

ثم عرض قاضيخان إلى حجة هذا القول فقال: وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فراراً من الربا فبلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكروم، وبخارى الإجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاءً، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه.

ويدعم ذلك ما نقل عن الإمام أبي حنيفة - رحمه الله تعالى: أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي الوفاء واحد^(١) كما يدعمه أيضاً ما ذكره الزيلعي من أن الوفاء بالمواعيد لازم لقوله ﷺ: «العدة دين»^(٢).

وأما إن شرطاً الوفاء نصاً قبل العقد أو أضمره بقلوبهم عند العقود فكمن ذكراً البيع بلا شرط، ثم شرطه على وجه المواعدة بناء على أن العبرة في الشرط المفسد مقارنته لعقد ذكراً باللسان لا أن يتقدم ذكره عليه أو أن يضمّر في الجنان ويوضح ذلك أن تزوج المرأة بنية تطليقها أثر الوطاء نكاح صحيح لأن النظر فيه منصب على شكله ولفظه لا على المقصود والمراد منه وإلاً لقلنا بأنه نكاح متعة وفاسد لا يجوز. وعلى ضوء وجهة النظر هذه أفتى النسفي مستفتياً قال له: بعت حانوتاً بأربعمائة ثم طلب المشتري إعادة المبيع ورد الثمن وهو يقول: بعني وفاءً، وأنا أقول بعتك باتاً؟ فأجاب: إن القول قولك. وقال السائل لو حلفني على ذلك، هل ينبغي أن أحلف وكان نيّتي أن آخذ الحانوت منه وأرد الثمن إليه بعد زمان وكان قصد المشتري ذلك أيضاً كما هو المعروف إلا أنني لا أقدر اليوم على أن أنقد الثمن؟

(١) انظر البحر الرائق، لابن نجيم: ٨/٦، طبعة أولى بالمطبعة العلمية.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٨٤/٥.

فأجاب: إنما ذكر ذلك قبل العقد، وما كان في القلب عند العقد لا عبرة لذلك لو لم يذكر عند العقد سوى الإيجاب والقبول، ولك أن تحلف أنك بعته بيعاً باتاً^(١).

والملاحظ هنا انبناء الأحكام على اللفظ والشكل دون نظر إلى النية ومقصد الشرع منها، وقاعدة الشريعة — كما قال العلامة ابن القيم — التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات^(٢).

٤ — أن بيع الوفاء بيع فاسد:

واختار القول بفساده ظهير الدين، وإنما يكون فاسداً إذا اقترن شرط الوفاء بالعقد.

أما إذا التحق شرط الوفاء بالعقد كما إذا عقدا البيع بدون شرط وفاء ثم ذكرا شرط الوفاء، فإن البيع يكون بيع وفاء، إذ الشرط المفسد اللاحق بأصل العقد يلتحق عند أبي حنيفة، ولا يلتحق عند الصحابين.

وهل يشترط لإلحاقه عند أبي حنيفة أن يكون الالتحاق في المجلس أي مجلس البيع أو لا يشترط؟

جرى في ذلك خلاف بين علماء الحنفية في هذه المسألة فذهب السرخسي وأبو اليسر إلى اشتراط المجلس، وذهب صاحب الإيضاح إلى عدم اشتراطه وصححه البزازي في فتاواه.

وجاء في الفتاوى الخيرية ما يلي: صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد.

وأما إذا ذكرا شرط الوفاء قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد، ولعل من

(١) ابن سماوة، جامع الفصولين: ١/١٣٥، ١٣٦.

(٢) إعلام الموقعين: ٣/١٠٧، ١٠٨، تحقيق محيي الدين عبد الحميد طبعة صيدا، بيروت

١٤٠٧ — ١٩٨٧.

الأمثلة التي توضح ما ذكره فتوى الخير الرملي - وقد سئل عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده، وعقدا البيع خالياً من الشرط؟ فأجاب: بأنه صرح في الخلاصة والفيض والتارخانية وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا بيد أنهما لو اتفقا على بناء العقد على شرط الوفاء فإن العقد يكون فاسداً^(١).

ومما ينبغي ذكره هنا أن القائلين بأنه بيع فاسد اختلفوا بالنظر إلى ما يترتب عليه من الآثار والنتائج فمنهم من أعطاه أحكام البيع الفاسد كلها حتى فوات فسخه ببيع مشتريه بيعاً باتاً. ومنهم من استثنى هذا منها وألحقه فيه ببيع المكره، وبيع المكره لا يمتنع حق الفسخ فيه بوجه من الوجوه، وللمكره أن ينقض كل تصرفات المشتري والعلة الجامعة بين الوفاء وبيع المكره عدم الرضا، ومن هنا قال هؤلاء أن بيع الوفاء لا يفوت بالبيع ولو تكرر فيه، ولهذا الإلحاق ذكره الزيلعي في باب الإكراه فقال: ومن مشائخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الإمام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين، والصدر السعيد تاج الإسلام، وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك عليّ الإسلام، على أنّي متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به، ونقض بيع المشتري كبيع المكره لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره^(٢).

٥ - القول بأن بيع الوفاء بيع مركب من الرهن والبيع الجائز البات، فهو رهن بالنظر إلى البائع، يسترد المبيع عند قضاء ما عليه من دين، ويجبر المشتري إن امتنع من ذلك كما يضمن المشتري المبيع للبائع بالهلاك والانتقاص ضمان الرهن، وهو بيع جائز بات بالنظر إلى المشتري في حق نزله، ومنافعه حتى يطيب له أكل ثمره، والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجاراً.

(١) راجع رد المحتار، لابن عابدين: ٤/١٢٠، ١٢١؛ والفتاوى البزازية مع الفتاوى الهندية: ٤/٤٠٧، إذ باعتماد على هذين المصدرين مع البحر الرائق، لابن نجيم تسنى لي تحرير المسألة كما جاء في الصلب فإن كان صواباً فمن فضل الله، وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان والله أعلم وأحكم.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٥/١٨٣.

وعلى هذا القول بتركيب بيع الوفاء من الرهن والبيع الجائر البات جرى عمل شيوخ النسفي، قال العمادي: وفتوى جدي شيخ الإسلام برهان الدين وأولاده ومشائخ زمانهم على أن الملك يثبت للمشتري شراءً جائزاً في زوائد المبيع ولا يغرم لو استهلكها وعليه استقر قول أئمة زماننا وأساتذتنا رحمهم الله - ومراد العمادي بجده البرهان: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني صاحب الهداية وهو معدود في طبقة أهل الترجيح كما ذكره العلامة ابن كمال باشا^(١).

وحجة من قال بهذا القول: احتياج الناس إلى التعامل ببيع الوفاء، والقاعدة الفقهية أن القواعد تترك بالتعامل، وعملاً بهذه القاعدة جاز الاستصناع، ولو طبقنا قاعدة امتناع بيع المعدوم لما أبيع، و(ما ضاق على الناس أمر إلاّ اتسع).

واحتياج الناس إلى الشيء، وتعاملهم به قاعدتان أساسيتان في المذهب النعماني يعلم ذلك كل من سبر خلجات أغوار هذا المذهب، وعلى ذلك يخرج ما جاء عن فقهاء المذهب الحنفي من أن المسلم إذا وقع في حرج وضيق، واضطر إلى المال، ولم يجد من يتعامل معه إلاّ بالربا ارتفعت عنه الحرمة، ويبقى تعلقها بالمقرض بالربا، وللضرورة والحاجة أحكام مقررة في الفقه الإسلامي قال في المحبية:

وجاز أن يستقرض المحتاج بالربح إن كان له احتياج

وذكر العلامة ابن نجيم في البحر الرائق حين عرض لبسط الكلام في القول بتركيب بيع الوفاء من البيع الصحيح والرهن أنه جعل ذلك لحاجة الناس إليه فراراً من الربا^(٢)، وذكر في الأشباه والنظائر في القاعدة الخامسة: «الضرر يزال» حين عرض لقاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة»، وهي إحدى القواعد الستة

(١) الوفاء بمسائل بيع الوفاء، لأبي عبد الله محمد بيرم الثاني: ص ٨ ظهراً، بتصرف.

(٢) ٩/٦.

المتعلقة بقاعدة: «الضرر يزال»، فقال: (وفي القنية والبغية: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح)^(١).

هذا ما قاله الزاهدي الغرميني في القنية والبغية في القرن السابع للهجرة وهو صاحب اليد الباسطة في الخلاف والمذهب، ولو أن ابن وهبان صرح بأنه معتزلي العقائد حنفي الفروع وتصانيفه غير معتبرة ما لم يوجد مطابقتها لغيرها^(٢)

وقد سبق أن أشرت إلى بيت المحبية وهي من المتون المعتمدة في الفقه الحنفي:

وجاز أن يستقرض المحتاج بالربح إن كان له احتياج

وهذا يدعم ما ذهب إليه الزاهدي ويكون التعامل ببيع الوفاء أخف وطأة من التعامل بالربا عند الحاجة، قال أبو عبد الله محمد بيرم الثاني: ومما لا ريب فيه أن الناس إذا كانت لهم حاجة إلى التعامل ببيع الوفاء في تلك الأعصار (أي أوائل القرن الخامس تقريباً) على فضلها فهم إليه في هذا العصر (القرن الثالث عشر) على وضوح اختلافه أحوج وقد فشا به التعامل في ديارنا فشواً خارجاً عن الحد، وبرزت به الفتاوى والأحكام ممن أدركناهم من فقهاء الحنفية، ومنهم والذي (أبو عبد الله محمد بيرم الأول) رحمه الله تعالى منذ تصدر للإفتاء إلى أن لحق بربه (يوم الأربعاء آخر شوال عام أربعة عشر بعد المائتين والألف) وذلك خمس وأربعون سنة، ممن لم ندرکه بالبلاغ عنه، فلا يفتي الآن أو يقضي فيه بغير هذا إلا من قصد الإضرار بالناس وأما منعهم من التعامل به جملة بعد هذا الفشو والحاجة الشديدة إليه فحامل لهم على الهجوم على الربا المجمع على تحريمه جهاراً لأن المضطر إذا أغلقت في وجهه الأبواب ارتكب المشاق الصعاب:

(١) ٢٩٤/١، مع شرح السيد الحموي.

(٢) اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية: ٢١٢، ٢١٣.

إذا لم تكن إلاّ الأسنة مركباً فلا يسع المضطر إلاّ ركوبها^(١)

ويبدو لي من كلام فقهاء الحنفية أن أول ظهور بيع الوفاء كان بسمرقند وهذا يعتبر عرفاً خاصاً، وجاء في الأشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم: هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام، أو مطلق العرف ولو كان خاصاً؟ المذهب الأول، قال في البزازية معزياً إلى الإمام البخاري الذي ختم به الفقه: الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص، وقيل: يثبت... وفي البزازية من البيع الفاسد في الكلام على بيع الوفاء في القول السادس من أنه صحيح قالوا: لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، فأهل بلخ اعتادوا الدين والإجارة وهي لا تصح في الكرم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ولا تمكن في الأشجار فاضطروا إلى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمر إلاّ اتسع حكمه.

وختم كلامه في هذه المسألة: (اعتبار العرف الخاص في بناء الأحكام العامة عليه أو عدم اعتباره) فقال: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)^(٢). ومن المعلوم أن الفتاوى تأتي في الدرجة الثالثة في ترتيب مسائل الفقه الحنفي كما سلف.

وجاء في رد المحتار للعلامة ابن عابدين: أن مشايخ الحنفية أهل الاختيار اختلفوا في اعتبار العرف الخاص وعدم اعتباره في بناء الأحكام العامة عليه فقال أبو الليث: النسج بالثلث والرابع لا يجوز عند علمائنا لكن مشايخ بلخ استحسوه وأجازوه لتعامل الناس به. قال: وبه نأخذ، وقال السيد الإمام الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي ﷺ إياهم على ذلك فيكون شرعاً منه، فإذا لم يكن كذلك

(١) الرسالة البيرومية: ص ٨ ظهراً و ٩ وجهاً.

(٢) ٣١٥/١ - ٣١٧، بتصرف طبعة دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان: ١٤٠٥هـ/

لم يكن فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعاً وإجماعاً حجة. ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل^(١).

هذا ما تصورته أن يذكر من الخلاف داخل المذهب الحنفي في حكم بيع الوفاء وقد حاولت أن أذكر الدليل لكل قول من الأقوال الخمسة لكن لا يفوتني هنا أن أذكر أن مجلة الأحكام العدلية ذهبت على القول بأنه بيع مركب، لكن من ثلاثة أشياء: البيع الجائر، والبيع الفاسد، والرهن وهو قول من الأقوال التي لم أذكرها لأنه لا يختلف من حيث الآثار والنتائج عن القول بأنه بيع مركب من بيع جائز ورهن. ونص المجلة ما يلي: (المادة: ١١٨ بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يرد إليه المشتري المبيع، وهو في حكم البيع الجائر بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير)^(٢). والقول الذي ذهبت إليه المجلة هو الذي قال عنه خاتمة المحققين في المذهب النعماني ابن عابدين: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر)^(٣).

هذا ولا بدع في تركيب هذا البيع فهناك أنماط من المعاملات مركبة كالهبة بشرط العوض، والهبة في حال المرض أعطي كل منهما حكم الهبة من اشتراط القبض، وعدم كونها في مشاع قابل للقسمة وأعطي للأولى حكم البيع عند القبض حتى تثبت فيها الشفعة والثانية حكم الوصية حتى كان خروجها من الثلث^(٤).

(١) ٢٤٩/٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

(٢) مجلة الأحكام العدلية: ص ٦٧.

(٣) رد المحتار: ٢٤٧/٤.

(٤) بريم الثاني: الوفاء بمسائل بيع الوفاء: ص ٨ ظهرأ، بتصرف.

وبعد الإمام بحكم بيع الوفاء عند السادة فقهاء الحنفية، وما ذكرته من الأقوال الستة فعلى أيها يصح أن يكون مخرجاً من الربا؟ وعلى أيها لا يصح؟

والجواب أن بيع الوفاء يكون مخرجاً من الربا على القول بأنه بيع جائز غير لازم أو على القولين بالتركيب لاشتراك القولين في حل الانتفاع به، وفسخه يطلب أحدهما وفائدته على القولين للبائع والمشتري واضحة، فهو صالح للبائع في التمكن من استرداد مبيعه، وصالح لصاحب المال في الانتفاع بالمبيع مدة غيبة ماله عنه.

وأما على القول بأنه رهن فهو إن حصل غرض الراهن لم يحصل غرض المرتهن والقول بأنه بيع فاسد كذلك.

وأما على القول بأنه بيع بات فهو إن حصل غرض المشتري لم يحصل غرض البائع^(١).

(١) بريم الثاني، السابق: ص ١٠ ظهراً، بتصرف.

المبحث الثاني

مَا يُجُوزُ فِيهِ بَيْعُ الْوَفَاءِ، وَمَا لَا يُجُوزُ

القائلون بأن بيع الوفاء بيع جائز قالوا: لا يخلو المبيع من أن يكون عقاراً أو منقولاً.

فإذا كان عقاراً فلا يخلو من كونه لمكلف، أو صبي أو مجنون، فإذا كان لمكلف فالاتفاق على صحة عقده فيه.

وأما إذا كان لصبي فيقول العلامة بيرم الثاني: ذهب العلاء العلامة وغيره من أئمة سمرقند إلى القول بعدم صحته فيه لما فيه من تملك الولي منافع عقار المولى عليه للمشتري بلا عوض لأن المال المدفوع ثمناً لبيع الوفاء والذي انتفع به المولى عليه سيرد بتمامه إلى المشتري الوفايي عند استرداد المبيع وفسخ العقدة، فكان انتفاع المشتري بغلته قبل فسخه تبرع من طرف الولي وهو لا يملك حق التبرع بمال مولاه.

وأجازه صاحب العدة في حالة اضطرار المولى عليه إلى ثمن المبيع وفاء كاحتياجه للنفقة على نفسه أو ماله بانهدام في عقاره تخشى الزيادة فيه إذا لم يسرع إلى ترميمه وهو عديم المال حالاً وله مال مرجو الحصول مآلاً. وبالقول الثاني جرى العمل عندنا بشرطه من الضرورة إليه، وينبغي للوصي المبادرة إلى الفسخ ما وجد إليه سبيلاً، والمجنون مثل الصبي^(١).

هذا وأشكل عليّ تعبير شيخ الإسلام مرة بالولي وأخرى بالوصي، والفرق بينَ بينهما جليّ وتعبير البزازية بالوصي ونصها: (اختلفت أئمة سمرقند في أن

(١) بيرم الثاني، السابق: ص ١١ وجهاً و ١٢ ظهراً، بتصرف.

الوصي هل يملك بيع عقار الصبي وفاء، فأكثرهم على أنه لا يملك، وفتوى صاحب الهداية على أنه يملك) وكذلك ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين للوصي بيع العقار بالوفاء وقيل لا. ولم أعثر فيما بين يدي من مصادر الفقه الحنفي على من أعطى هذا الحق لمجرد الولي وهو قل من كثر وغيض من فيض وليس هذا من باب الاعتراض على شيخ الإسلام وهو من هو في غزارة علمه وسعة اطلاعه على دقائق مذهبه فأنى يدرك الضالع شأو الضليع، لكنه طرح لإشكال على من له سعة اطلاع تنور الأبصار، وترد المحتار^(١).

وأما المنقول فالظاهر من كلام الفتاوى البزازية أنه لا يصح عقده فيه، ونصها: (وإذا جمع في البيع الجائز بين العقار والمنقول الذي لا يجوز فيه البيع الجائز بأن لم يكن تبعاً للعقار حتى فسد في المنقول لا يتعدى إلى العقار بل يجوز فيه، وهذا إشارة إلى أنه لا يجوز الوفاء في المنقول).

والنص المنقول عن الفتاوى البزازية يحتوي على نقل من إجازات «العدة»، وعلى تعليق محمد البزازي عليه بقوله: (وهذا إشارة إلى أنه لا يجوز الوفاء بالمنقول).

وهذه التفرقة مبناها وأساسها استحسان بعض المتأخرين كما ذكر ذلك البزازي ولكنه نقل عقب النص السالف أنه جاء في النوازل جواز الوفاء في المنقول^(٢) واستظهر ابن عابدين أن الخلاف جار في المنقول على القول بأن بيع الوفاء بيع جائز، أما على القول بأنه رهن فينبغي عدم الخلاف في صحته^(٣).

وعلل المنع بأن الوفاء يستلزم سلامة البدلين عند التفاضل، والمنقول يضمحل قبله فلا يجد البائع وقت الفسخ ما يسلم له.

هذا وقد ذكر أبو عبد الله بريم الثاني هذه العلة ولم يسلمها من كل الوجوه

(١) راجع الفرق بين الولي وبين الوصي في رد المحتار.

(٢) راجع الفتاوى البزازية: ٤/٤١٦، ٤/٤٠٩.

(٣) رد المحتار: ٤/٢٤٨.

فقال: وأنت خبير بأن عدم السلامة إذ ذاك لا تعم سائر أنواعه بل تخص ما لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه كالتمر والخبز واللحم دون ما ينتفع به من بقائها كالعبد والدابة فينبغي أن يخص المنع النوع الأول ولا يعم الثاني ولا يطلق القول فيها بجواز ولا منع.

وعلى هذا التفصيل يكون من النوع الثاني السيارات والشاحنات والسفن وأثاث البيوت ونحوها فلا يجري فيها المنع بل يجوز فيها الوفاء. ولكن هل يدخل في المنقول من النوع الثاني ما يعبر عنه بالسكنى لدى فقهاء الحنفية؟ الذي يبدو لأول وهلة جواز ذلك لأن فقه الأحناف يصرح بأن ما عبر عنه بالسكنى نقلي إذا كان شرط الوفاء غير مقترن بالعقد كما يجرون العقد البات عليها. لكن بعد التدبر في هذه المسألة يتضح العكس وهو عدم جواز جريان عقد الوفاء فيما يعبر عنه بالسكنى ولو مع عدم شرط القران، وذلك لأن السكنى مدخول فيها على شرط القران فصار معروفاً، والقاعدة الفقهية تقول: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. لكن سبق لنا أن النسفي يقول لمن استفتاه لا عبرة بالشرط المفسد إذا لم يذكر عند إبرام العقد باللسان وإن أضمر في الجنان وزور في النفس فهل لنا أن نجوز جريان الوفاء في السكنى تخريباً على ما قاله النسفي؟

الجواب أن ما قاله النسفي نفسه مقيد بغير المعروف عرفاً وإنما هو أمر متعلق بالعاقدين وأما المعروف عرفاً فهو مذكور في العقد حكماً.

الكفالة بمال الوفاء :

يتسنى للمتدبر في كتب الفقه الحنفي التي تناولت بالدراسة أو الإشارة «بيع الوفاء» أن يتصور المسألة بصورتين:

- ١ - أن يضمن المشتري مال الوفاء للبايع.
- ٢ - أن يضمن البايع مال الوفاء للمشتري.

وحكم الصورة الأولى أن الضمان صحيح، لأن الوفاء يترتب ديناً للبايع بذمة المشتري لمجرد العقد.

وأما حكم الصورة الثانية فالصحة أيضاً بشرط إضافة لزمن الفسخ، لا منجزة.

وعلة ذلك أن مال الوفاء ليس ديناً بذمة البائع للمشتري مدة قيام بيع الوفاء بينهما، وقبل فسخه، وإنما يصبح ديناً للبائع على المشتري بعد الفسخ لأن بيع الوفاء بالنسبة إلى المشتري يعتبر بيعاً باتاً من أجل أن يباح له نزله ومنافعه، وما دام الأمر كذلك فما دفعه المشتري للبائع يعتبر ثمناً للمبيع، وثمر المبيع لا يجوز بحال أن يكون ديناً للمشتري على البائع، وعقد البيع قائم بينهما، لأن المشتري ملك عوضاً عما دفع من الثمن وهو المبيع، فلو كان ما دفعه من ثمن مملوكاً له للزم من ذلك ملكه للثمن والثمن الذي دفعه، وذلك غير جائز.

أما إذا فسخ العقد الوفاوي بينهما فإن ما دفعه المشتري من ثمن يصبح ديناً على البائع كثمر المبيع بيعاً باتاً بعد إقالة فإن المشتري يصبح دائناً بثمر المبيع والبائع يصبح مديناً بثمره^(١).

وأما بقية المسائل المتعلقة بأحكام الضمان في بيع الوفاء فقد وقعت الإشارة إليها فيما سبق.

ما يعتبر فوتاً للمبيع وما لا يعتبر:

إن هذه المسألة تعود على ما يبدو إلى أصل الخلاف داخل المذهب الحنفي في حكم بيع الوفاء في كثير من تفريعاتها.

فمن قال بأنه رهن قال: (لا يفوت المبيع، ولا يملكه المشتري وفاء ولا يتفقع به إلاً بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام).

ولا يفوت على المشتري وفاء مال الوفاء قبل القبض فمن اشترى حقلاً

ولم يحزه وشب فيه حريق هلك على البائع ولا يسقط من الدين شيء.

(١) أبو عبد الله محمد بيرم الثاني: الوفاء بمسائل بيع الوفاء تقدم ص ٥٣ وجهاً وظهرأ، بتصرف.

ومن قال بأنه بيع جائز فلا يفوت أصل المبيع بهذا البيع لأن معناه البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات، قال النسفي: اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به، دون البعض وهو البيع لحاجة الناس إليه وتعاملهم به.

وعلى القول بأنه بيع جائز لازم كذلك، وكذلك الشأن في القول بأنه بيع مركب من الرهن والبيع الجائز.

وأما على القول بأنه بيع فاسد فقد سبق أن القائلين به اختلفوا بالنظر إلى ما يترتب عليه من الآثار والنتائج فمنهم من أعطاه أحكام البيع الفاسد كلها حتى فوات فسخه ببيع مشتريه بيعاً باتاً، ومنهم من استثنى هذا منها وألحقه فيه ببيع المكروه، وبيع المكروه لا يمتنع حق الفسخ فيه بوجه من الوجوه، وللمكروه أن ينقض كل تصرفات المشتري والعلة الجامعة بين بيع الوفاء وبين بيع المكروه عدم الرضا ومن هنا قال هؤلاء: إن بيع الوفاء لا يفوت بالبيع ولو تكرر فيه، ولهذا الإلحاق ذكره الزيلعي في باب الإكراه قال: (ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكروه) إلى آخر ما سلف. بقي أن من قال بأنه بيع بات وهو البيع القطعي فلا إشكال بأن المبيع يفوت بمجرد تمام عقد بيع الوفاء، ولعل ذلك ما يوحى به قول أبي عبد الله محمد يرم الثاني في بيان متى يصلح بيع الوفاء طريقاً للتحويل على حل الربح ومتى لا يصلح فبين أنه على القول بأنه بيع بات فإنه يحصل غرض المشتري ولا يحصل غرض البائع. والظاهر أنه يعني فواته عليه بالبيع.

ومن هنا نعلم أن ما يعتبر فواتاً ومالاً في أكثر فروعه يعود إلى الخلاف في حكم بيع الوفاء كما يعود إلى تكرر البيع له من طرف بائعه وفاء ويتأتى تصور ذلك بما يلي:

(أ) إذا باعه إلى المشتري الأول وفاء بيعاً باتاً لأنه بمجرد تمام عقد البات فسخ العقد الوفاوي وصح البات.

(ب) إذا باعه لغير المشتري وفاء الأول باتاً أو وفاءً قبل فسخ عقد الوفاء مع المشتري الأول توقف البيع الثاني وفاءً أو باتاً على إجازة المشتري وفاء الأول فإن أجاز انبرم البيع الثاني مطلقاً، وإن لم يجز بقي موقوفاً، ولكن يجب أن يعلم أن له - كما قال البارودي - الإجازة وليس فسخ البيع، لأن حقه في حبس العين المبيعة له وفاء بعدم الإجازة ولا يضطر إلى أجله لفسخ البيع فليس له.

وإجازة المشتري وفاء الأول للمشتري الثاني باتاً أو وفاءً تكون:

١ - بالقول: وأمرها جلي كما إذا جاء البائع وفاءً إلى المشتري وفاء الأول وقال له بعث مبيعك الوفاي يبعاً وفائياً أو بيعاً باتاً فأجزني فقال له: أجزتك، أو لك ذلك، أو ردّ علي ثمني أو ما شاكل ما ذكر.

٢ - بالفعل: كما إذا جاء البائع وفاءً إلى المشتري وفاءً وقال له: بعث مبيعك الوفاي وجئتك بمالك فتسلمه فأخذه، فتسلمه إياه إجازة فعلية يفوت المبيع الوفاي بها عن المشتري وفاءً الأول، وكذلك الحكم إن أتاه بماله المشتري الثاني وفاءً أو باتاً وقال له اشترت مبيعك الوفاي وجئتك بمالك فخذ، فأخذه منه اعتبر أخذه للمال إجازة فعلية للبيع الثاني مطلقاً باتاً أو وفاءً.

بقي إذا باع البائع وفاءً المبيع وفاءً إلى مشتري ثانٍ وجاء إلى المشتري الأول وسلمه مال الوفاء فتسلمه ولم يحظه خبراً بالبيع فما الحكم؟

الحكم بالتسلم لمال الوفاء انفسخ بيع الوفاء بينهما، ولم يبق له حق في الإجازة ويبطل البيع الثاني لتمامه - وعقد الوفاء منبرم - ولم تقم إجازة من المشتري الأول وفاءً. ثم إن تعدد البيوعات من البائع وفاءً قبل فسخ عقد بيع الوفاء توقف جميعها - كما قال البارودي - على إجازة المشتري وفاءً سواء كانت كلها بيوعات باثة أو كلها وفاءً أو تنوعت فكان بعضها باتاً وبعضها وفاءً، وله أن يجيز أيها شاء، وما أجازها منها مضى وما لم يجزه لم يمض، ولا فرق

فيما أجازته منها بين أن يكون الأول أو الوسط أو الآخر وبين أن يكون باتاً أو وفاء^(١) .

هذا ما تيسر في هذا المبحث بالاعتماد على ما قلت فإن كان صواباً فمن فضل الله تعالى علي وإن كان خطأ فمني ومن الشيطان .

وقبل أن أختتم المبحث فقد لفت نظري أن الإمام الأكبر محمود شلتوت رحمة الله عليه وهو الذي أفتى في جواز أخذ النصيب من أرباح صندوق التوفير للمسلم يمنع رهن الانتفاع، والحنفية يجوزونه ويقول في هذه الفتوى: (وفي الحق أنه إذا دار الأمر بين الانتفاع بالرهن على هذا الوجه وبين الفائدة للدين التي يسمح بها القانون كانت تلك الفائدة أقل ضرراً وحرمة من هذا الرهن الذي يجب منعه قطعاً لأطماع المستغلين لضرورات الناس، ومحافظة على بيوت المضطرين من الخراب)^(٢) .

(١) راجع المسألة الثامنة من رسالة البارودي المفتي الحنفي التونسي في مسائل بيع الوفاء، مخطوطة بمكتبة جامع الزيتونة غير مرقمة .

(٢) فتاوى الشيخ شلتوت: ٣٤٦، دار القلم، الطبعة الثانية .

المبحث الثالث

بيع الثنيا عند المالكية

إن بيع الثنيا عند المالكية مجانس لبيع الوفاء عند الحنفية .
وكلامنا في هذا المبحث ينحصر في المسائل الآتية:

١ - تعريفه:

لم يحده الإمام ابن عرفة - رحمه الله تعالى - بحد خاص لكن جاء في شرح الرصاع لحدود ابن عرفة عند الكلام على تعريف «بيع الخيار» وهو قوله: (بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع) فقال: هل يرد على الشيخ في بيع الخيار صورة بيع الثنيا بعد العقد إذا قال للمشتري: إن أتيتني بالثمن فالسلعة رد عليك أيها البائع، وقد نص على جوازها اصبح فيصدق فيها أنها بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع لأن الخيار للبائع في إمضاء ما وقع من المشتري... إلخ^(١) .
وعرفها ابن عاصم في متنه الموسوم بتحفة الحكام في نكت العقود والأحكام بقوله:

والشرح للثنيا رجوع ملك من باع إليه عند إحضار الثمن^(٢)

٢ - مواضع ذكره:

أصل بيع الثنايا في كتاب بيوع الآجال من المدونة قال فيه: من ابتاع سلعة على أن البائع متى ردَّ الثمن فالسلعة له لم يجز لأنه بيع وسلف^(٣) .

(١) كتاب الهداية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الموافية: ٢٦٦، ٢٦٧.

(٢) ص ٧٥، المكتبة التجارية الكبرى بمصر بدون تاريخ.

(٣) المدونة: ١٩٤/٣.

وذكره العتبي في المستخرجة في جامع البيوع الثاني^(١) .

وذكره ابن رشد في المقدمات في «بيع الشروط» إلا أنه عمم التسمية في سائر الشروط، واقتفى ابن عاصم أثره في ذكره في بيع الشروط إلا أنه ميزه فقال:

والبيع بالثنيا لفسخ داع والخرج بالضمان للمبتاع
إلخ الفصل الذي عنوانه بقوله: (فصل في بيع الخيار والثنيا) كما ذكره
الخطاب في الالتزام المعلق الذي فيه مصلحة للملتزم بكسر الزاي في الوجه
الرابع من وجوهه .

المسألة الأولى — حكم بيع الثنيا :

«الثنيا»: خيار في الحقيقة إلا أنه شرط فيه النقد، وشرط فيه أنه متى أتاه
بالثمن فبيعه مردود عليه . وهذا المعنى هو الذي خصه الأكثر بالثنيا وإن كان
ابن رشد عممه في جميع الشروط المنافية للمقصود .

والبيع بشرط الثنيا في صلب العقد كأن يقول زيد لعمرؤ: أبيعك أرضي
هذه على أني متى جئت بالثمن فهي مردودة علي غير جائز .

وتعليل منعه فيما رواه سحنون عن ابن القاسم أن ذلك غير جائز لأنه بيع
وسلف، ونص الأم في بيوع الآجال هو التالي: (قلت): رأيت لو أن رجلاً
اشترى جارية على أن البائع متى جاء بالثمن فهو أحق بالجارية أيجوز هذا في
قول مالك؟ قال: لا . (قلت): لم؟ قال: لأن هذا يصير كأنه بيع وسلف .

وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن باع أرضاً على أنه متى ما جاء بالثمن
فهي مردودة عليه أنه بيع فاسد يردان فيه إلى القيمة إن كانت قد فاتت ببناء
أو هدم أو غرس قال مالك — رضي الله عنه — : وبيع المشتري إياها يفوتها . قال

(١) ٣٣٥/٧، ٣٣٦، مع البيان والتحصيل، طبعة أولى دار الغرب الإسلامي ١٤٠٤هـ —

ابن القاسم: وطول الزمن في ذلك ليس بفوت عندي، وكذلك اختلاف الأسواق.
وقيد أصيغ قول ابن القاسم: بأن لا يطول الزمن مثل عشرة أعوام وشبهها،
فإنه لا بد أن تتغير ببعض وجوه البلاد وغيره فأراه فوتاً وإن كانت قائمة...
وقال سحنون: هو سلف جر منفعة، قال سحنون: فإن وقع البيع على هذه
الصفة فهل يكون كالرهن؟ أو كالبيع الفاسد؟

قال:

(أ) إن ضرباً لذلك أجلاً فالمنصوص لمالك وأصحابه أنه كالبيع الفاسد،
وقال أبو الحسن بن القاسمي وأبو القاسم بن الكاتب: يضمن ضمان الرهان ونحوه
لابن حبيب وسبب الخلاف هو:

١ - الالتفات للبيع ومضمونه أنه لم يأت بالثمن.

٢ - الالتفات إلى كونها محبوسة في الأجل الثاني.

فمن التفت إلى الأول أجراه مجرى البيع الفاسد، ومن التفت إلى الثاني
أجراه مجرى الرهان.

(ب) وإن لم يضرباً لذلك أجلاً فحكمه حكم البيع الفاسد.

(ج) نقل كثير من الأشياخ عن أبي الحسن بن القاسمي أنه كالرهن من غير
تفرقة بين ضرب أجل وعدمه.

ونقل ابن عبد الغفور أن بيع الثنيا إذا وقع في الصفقة مردود أبداً فات
أو لم يفت لأنه حرام وهو باب من أبواب الربا ترد فيه البياعات والصدقات
والأحباس فإن وقع إلى أجل كان فيه الكراء لأنه كالرهن وبه كان يفتي
ابن وهب. قال يحيى بن يحيى: وإن كان إلى غير أجل كان فيه الكراء أيضاً
إذ كأنه قال له: انتفع به حتى أرد عليك مالك وقاله ابن الماجشون والعتبي وفي
المجالس (للمكناسي): إذا لم يقبضه المبتاع وترك عند البائع فهو كالرهن إذا
لم يقبض وهو أسوة الغرماء، وإن قبض وأخر فذلك فسخ، وبيع في الحق إن
لم يكن معه ما يؤدي منه وهو قول شيوخ الفتيا عندهم.

وذهب كثير من خيار العلماء من أصحاب مالك وغيرهم أن بيع الثنيا إذا وقع إلى أجل فلا كراء فيه .

وقول مالك: أنه لا كراء فيه كان لأجل أو غير أجل لأنه يبيع فاسد «عندهما»^(١) .

وقول ابن عاصم: (والخرج بالضمان للمبتاع) ظاهره ضرب لذلك أجل أم لا؟ لا يرد إلى المشتري الغلة التي حدثت عنده، ولا كراء عليه في مقابل الانتفاع بالمبيع لأنه يبيع فاسد ينتقل ضمانه بالقبض ومن عليه الضمان فله الغلة . لكن إذا اشترى حائطاً مشجراً نخيلاً مثلاً وفيه ثمار مابورة يوم الشراء فإنها ليست بغلة لأن لها حصة من الثمن فيلزم ردها مع المبيع إن كانت قائمة ورد مثلها أو قيمتها إن جهلت أو جذت رطباً .

ومحل فوز المشتري بالثمرة يحصل بالزهو وهو ظهور الحمرة والصفرة في النخل وإن ظهر ذلك في نخلة واحدة من نخل كثير على المقرر في مذهب إمام دار الهجرة في ظفر المبتاع بالغلة في البيع الفاسد . وإذا طاب فمن باب أولى وأحرى .

وهذا الذي ذهب إليه ابن عاصم هو قول مالك وابن القاسم وعليه أكثر المالكية وهو الذي عليه القضاء في عصره كما ذكر ذلك المتيطي من فقهاء المالكية في عصر ابن عاصم .

(١) راجع الفائق في معرفة الأحكام والوثائق، لابن راشد القفصي: ١٧١/٢، وهما من نسخة مصورة على نسخة الصادقية من مكاتب جامع الزيتونة ضمت مخطوطاتها إلى دار الكتب الوطنية .

وعرض ابن عاصم في رجزه الموسوم بتحفة الحكام إلى بيع الثنيا وحكمه على القول الذي جرى به العمل في عصره فقال:

والبيع بالثنيا لفسخ داع	والخرج بالضمان للمبتاع
ولا كراء فيه هبه لأجل	أولا وذا به جرى العمل
والشرح للثنيا رجوع ملك من	باع إليه عند إحضار الثمن

ومقابلته أنه رهن لأنه سلف بمنفعة فالغلة للبائع لا للمشتري، نقله زروق وهو المشهور وعلله عبد الباقي بأنه ظاهر مما حصل بين البائع والمشتري من الاتفاق على رد المشتري المبيع للبائع كما علل أيضاً بأن الغلة ثمن للسلف وذلك محظور.

وجاء في وثائق ابن مغيث عن القاسي: التفرقة بين حكم ما قبل انقضاء أجل الثنيا، وبين حكم ما بعد أجل الثنيا فالحكم في الصورة الأولى أي ما قبل انقضاء أجل الثنيا حكم البيع الصحيح الغلة فيه للبائع إذ هو كالرهن. وفي الصورة الثانية أي ما بعد انقضاء أجل الثنيا بيع فاسد الغلة فيه للمشتري.

إذا تقرر هذا فحري بنا أن نعيد ما جرى من خلاف في هذه المسألة بعدم جريان عرف في شعب من الشعوب بالرهنية لأن البيع في هذه الحالة يقع بأقل من الثمن المتعارف عليه فيبيع العقار الذي ثمنه مائة ألف دينار بخمسين ألف دينار أو سبعين ألف دينار ولا يختلفون في كون العقدة رهناً ولو سموها بيعاً فأنت إذا سألت البائع عن عقاره قال: إنه مرهون ويطلب زيادة الثمن ويعرضه للبيع وهو بيد المشتري بيع ثنيا وإذا سئل المشتري عن العقار المباع قال: إنه مرهون عندي أو هو عندي بيع ثنيا فيبيع الثنيا عندهم مرادف للرهن يطلق كل منهما مكان الآخر وفي الرهن الحكم برد الغلة للراهن وعدم الفوات باتفاق وذلك كما أسلفته في التمهيد لهذا البحث من أن قاعدة الشريعة أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والاعتبارات كما هي معتبرة في التصرفات والعبادات، وكما قال الشهاب القرافي: إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور ولهذا لما سئل عيسى السجستاني حسبما جاء في نوازله عن بيع الثنيا في هذا الزمان هل يفوت بأنواع التفويت لأنه فاسد وكيف إذا جهل قصد المفوت.

فقال الذي أفني به في بياعات نواحي سوس وجبال درن أنها رهون لأنهم يعتقدون أنها على ملك بائعها ويطلبون فيها زيادة الأثمان والمبيع بيد مشتريه وإذا

كان هكذا فلا يفوت بشيء بل هي على ملك الأول إلا أن يرضى بإمضاء البيع فيها والسلام. اهـ. بلفظه.

وبعد أن أورد التسولي هذه الفتيا عقب عليها بقوله: ولا يخفى أنها في نواحي فاس وجبالها كذلك ولا يشك منصف فيه والله أعلم^(١).

هذا قيد أول قيد به الخلاف، وهناك قيد ثانٍ وهو أن الغلة إنما تكون للمشتري على القول بأنه بيع فاسد إذا قبض ملك المبيع لأن الضمان إنما ينتقل للمشتري في البيع الفاسد بالقبض. قال خليل: (وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ورد ولا غلة)^(٢).

وأما إذا لم يقبضه المشتري كما إذا اشترى منه حائطه بالثنيا وتركه بيده مساقاة أو إجارة أو ما شاكل ذلك لتكون له غلته فلا غلة للمشتري قولاً واحداً وذلك لعدم انتقال ضمانه إليه وسواء اشتراه المشتري بثمنه المتعارف أو بأقل من ذلك بقليل أو كثير ولو قبضه المشتري ورده البائع بمساقاة ونحوها لم تكن للمشتري الغلة لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مبحوث في بيوع الآجال.

هذا ولا بد من ملاحظة أنه على القول بأنه بيع فاسد إذا وقع أن أمضاه البائع للمشتري قبل فسخه فلا يصح لأنه بناء على فاسد والمبني على الفاسد فاسد ولعل ما ساقه الونشريسي في المعيار من فتوى لأبي الحسن الصغير شارح المدونة ترينا تطبيق ما ذكرت بوضوح حيث قال: وسئل عن إخوة باعوا فدادين لهم بيع ثنيا واشتروا إن لم يأتوا بالثمن إلى أجل ذكره فالبيع ماض ثم بعد ذلك مات أحدهم وترك ابناً وبتناً فلما مضى الأجل أمضى الأخوان الحيان البيع في المبيع للمشتري وتمموه له من غير أن يفسخ العقد الأول الفاسد ولا عرضوا

(١) البهجة في شرح التحفة: ٦١/٢، الطبعة الثانية شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

(٢) المختصر مع شرح عبد السمیع الأبی: ٢٧/٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

له، ثم غرس المشتري المذكور فداناً واحداً من الفدادين وبقي في يده عشرين سنة وقام الابن والبنت ولدا الميت بعد العقدة الفاسدة الأولى وقبل عقدة الإمضاء الثاني فطلبوا حصتهم فما الحكم؟

فأجاب: لا شك في فساد الأول لأنه مثل غلق الرهن وأما الإمضاء الثاني فلا يصح أيضاً لأن المنصوص في كل موضع أن البيع الفاسد لا يصح إمضاء البيع فيه إلا بعد فسخ العقدة الفاسدة وإذا فسد هذا الآخر بقي على الفساد إلى الآن إلا أنه ما غرس منه يفوت على الأخوين اللذين أمضيا وعلى ورثة الأخ الميت لأنه عقد العقدة الفاسدة وهو حي وإذا فات نظرت فإن كان وجه الصفقة المغروس أو وجه الصفقة الذي لم يغرس، أو تساويا فعلى عاقده ما إذا انفسخ البيع، وفات بعض المبيع، وحكم اللذين أمضيا حكم اللذين لم يمضيا لاشتراك جميعهم في العقد الفاسد الأول حين عقده مورثهم^(١).

المسألة الثانية — التطوع بالثنيا بعد العقد:

وتنحل هذه المسألة إلى نقاط:

(أ) جواز التطوع بالثنيا بعد العقد: ولا فرق في ذلك بين أن يكون هذا التطوع محدوداً بأجل، أو غير محدود بأجل، ومثال التطوع بالثنيا غير المحدود بأجل كقول المشتري بعد انبرام العقدة وتماهما: متى جئتني بثمان ما اشتريته رددته عليك، أو كقول البائع للمشتري بعد انبرام العقد: متى جئتك بثمان ما اشتريته منك رددت علي مبيعي فوافق على ذلك، ومثل التطوع بالثنيا إلى أجل محدود كقول المشتري للبائع بعد انبرام العقد وتماهما: متى جئتني بالثمان لسنة أو لعشرين سنة مثلاً فمبيعك مردود عليك.

وحكم المطلقة أو غير المحدودة أنه متى جاء بالثمان يجب على المشتري أن يرد المبيع إلى البائع كما يجوز للمشتري أن يفوت في المبيع ببيع أو غيره

(١) ١١١/٦، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

كالهبة ولا مقال للبائع ما لم يفوته على الفور مما يوحي بأنه ندم على معروفة وأراد قطع ما أوجبه على نفسه من معروف، والمعروف عند إمام دار السنة واجب على من أوجبه على نفسه.

وإذا قام عليه البائع حين أراد التفويت في المبيع لدى القضاء وأحضر الثمن فإن باع المشتري المبيع بعد ذلك فإن صدر عليه حكم بالمنع من البيع قبل التفويت رد بنيته وإن باعه قبل صدور الحكم عليه بذلك نفذ البيع.

وأما حكم المقيدة أو المحدودة بأجل فإنه لا يجوز للمشتري التفويت في المبيع، فإن فوت فيه ببيع أو هبة رد وجوباً واشتراط الباجي في المقيدة بأن لا يبعد أجلها بنحو العشرين سنة، فإن بعد بنحو ذلك اتفقت مع المطلقة في فوات المبيع على البائع وعدم رده وإذا جاءه البائع بالثمن في خلال الأجل أو في نهايته أو بعده بيوم ونحوه وجب على المشتري قبول الثمن ورد المبيع، وإذا زاد على ما ذكر وهو اليومان فات المبيع على البائع ولا يقبل منه الثمن.

وإذا أراد البائع القيام بالغبن وقد جاء بالثمن بعد انقضاء الأجل بيوم ونحوه هل تعتبر السنة من يوم البيع؟ أو من يوم انقضاء الأجل؟ والظاهر الثاني لأنه اليوم الذي اكتمل فيه البيع نهائياً^(١).

بقي التنبيه على أن التطوع بالثنيا بعد انبرام عقد البيع يكتب عند الموثقين في العصور المتأخرة في عقد البيع على انفراد وواضح الاستقلالية قال ابن مغيث: لأنه أبعد من من المظنة وإن وقع ذلك في عقد الاتباع أي قبل تقييد الإشهاد وبعد وصف البيع بأنه لا شرط فيه ولا ثنيا ولا خيار جاز ذلك لكن الأفضل كتابته في عقد مستقل وإلى كل ما سبق أشار العلامة القاضي ابن عاصم في تحفة الحكام بقوله:

وجاز إن وقع بعد العقد طوعاً بحد وبغير حد
وحيثما شرط على الطوع جعل فالأحسن الكتب بعقد مستقل

(١) البهجة في شرح التحفة: ٦٣/٢.

المسألة الثالثة - التنازع في عقد الثنيا :

إذا اختلف المتبايعان بالثنيا في العقد المنبرم بينهما فقال أحدهما وقعت على الطوع بعد تمام العقد وانبراه وقال الآخر بل وقعت شرطاً في أصل العقد ولولا وقوعها شرطاً في أصل العقد ما وقع البيع، وإنما كتبت طوعاً خوفاً من الفساد فالقول قول من؟

نقل ابن عرفة عن ابن فتحون: إذا ادعى أحدهما في الثنيا المنعقدة بالطوع أنها كانت شرطاً في العقد حلف الآخر على نفسه لما عرف بين الناس من العقد في الظاهر بخلاف الباطن، ولا يسقط حلفه إلاً ببينه حضرت ابتياعه .

وعقب نقادة المذهب ابن عرفة على قول ابن فتحون: (ولا يسقط حلفه... إلخ أن مجرد ذكره في وثيقة البيع لا يسقط هذه اليمين، وظاهر قول المتيطي أن ذكره في الوثيقة يسقطها والصواب الأول^(١) .

كما نقل ذلك قاضي الجماعة بتونس في عهد الدولة الحفصية ابن عبد الرفيق في «معين الحكام»، وعن ابن سلمون: فإن ادعى أحدهما أن ذلك كان شرطاً في نفس البيع والآخر أنه كان طوعاً ففني وثائق ابن العطار: القول قول مدعي الطوع مع يمينه، وقيل لا يمين عليه مع البينة التي قامت له بالطوع، وقال سحنون: إن كان متهماً بمثل هذا فعليه اليمين وإلاً فلا، وفي كتاب الاستغناء قال المشاور: ومن ادعى منهما أن ذلك كان شرطاً في نفس الصفقة حلف وفسخ البيع لما جرى من عرف الناس وبذلك الفتوى عندنا^(٢) .

وقد درج ابن عاصم على أن القول قول مدعي الطوع بعد تمام العقد تبعاً لغيره فقال:

والقول قول مدعٍ للطوع لا مدعي الشرط بنفس البيع

(١) انظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة: ١٥٥/٢، ط ١٥٦؛ ومخ دار الكتب الوطنية مخ

بدار الكتب الوطنية، بتونس تحت عدد ١٢٤٧ .

(٢) العقد المنظم للحكام: ١٩٦/١، بهامش كتاب تبصرة الحكام .

ولم يجر عليه عمل والذي جرى عليه العمل أن القول لمدعي الشرطية لضعف الوازع الديني وغلبة الفساد في العقود وقد اعترض ابن ناظم تحفة الحكام على والده قائلاً: إن ابن العطار وقف مع قولهم أن القول لمدعي الصحة دون ما قيد من قولهم: إلاً حيث يغلب الفساد يريد: وهذه المسألة مما يغلب فيها الفساد فيجب أن يكون القول فيها لمدعيه كما قال ابن الفخار، ومما يدعمه ما قاله ابن فرحون في تبصرة الحكام إذا اختلف المتبايعان في صحة العقد وفساده فالقول لمدعي الصحة إلاً أن يكون جل أهل ذلك البلد أن معاملتهم على المكروه والحرام فالقول قول مدعي ذلك مع يمينه لأن استفاضة ذلك وشهرته في البلد صار كالبيئة القاطعة والشهادة التامة وعلى مدعي الحلال البيئة وهو قول خليل: (والقول لمدعي الصحة إلاً أن يغلب الفساد).

واستظهر التسولي أن الخلاف في هذه المسألة جار ولو نص في عقد البيع أن البيع وقع بلا شرط ولا ثنيا ولا خيار ودعم استظهاره بما جاء في نوازل البرزلي ونقله عنه العلمي^(١) حيث قال:
وهو كذلك في البرزلي ونقله عنه العلمي.

ولعله يعني قوله: (وفي أحكام ابن سهل من مسائل ابن زرب: من ابتاع شيئاً وذكر في عقد ابتياعه أنه طاع البائع إن أتاه بالثمن إلى عام أو مدة ذكرها فالبيع عليه رد فانقضت المدة ولم يأت البائع بالثمن فأراد المبتاع تملك ذلك وقطع ما التزمه البائع إن لم يأت به بالثمن للمدة، فقال له البائع إنما كان رهناً، وعقدناه ثنيا تحيلاً لإسقاط الحيازة التي لا يتم الرهن إلاً بها أن اليمين على المبتاع أن ابتياعه كان صحيحاً وأنه طاع بالثنيا بعد العقد فإن نكل عن اليمين حلف البائع وأدى إليه الثمن ورجع فيما باعه. قال: ومثل ذلك الذي يبتاع المال الموضف ويعقد فالوضيف تبرأ ويذكر فيه أنه تبرأ إليه بعد انعقاد صفقة التبائع متى ادعى أحدهما أنهما علماً بالوضيف قبل البيع ويدعو إلى يمين صاحبه فإن

(١) البهجة في شرح التحفة: ٦٦/٢.

اليمين واجبة في هذا وإن قامت بينة على ما شهدا به على أنفسهما من التبري بعد العقد، قال: وإنما وجبت اليمين في المسألتين للعرف أنهم يتحيلون في الارتهان بالثنيا ومعرفة المبتاع بأنه لا يبتاع ملكاً حتى يعرف ما عليه من الوضيف قيل له: فهل ترى لموثق يطلع على معرفتهما قبل انعقاد البيع أن يعقد لهما عقد التبائع والتبري قال: لا^(١).

وبعد تقرير ما ذكر فلا معول على ما جاء في المتيطية أن وثيقة بيع الثنيا إذا تضمنت عبارة: «دون شرط ولا ثنيا ولا خيار» بالاتفاق على أن القول قول مدعي الطوع وذلك لأن الخلاف موجود فقد ذكر الونشريسي في المعيار أن ابن رشد الجدد سئل عما يكتب من الشروط على الطوع والعادة الجارية بين الناس تستلزم الشرطية فأجاب إذا اقتضى العرف الشرطية فالعمل عمل العرف ولا نظر للمكتوب لأن الموثقين يتساهلون فيه وهو خطأ ممن فعله، وأجاب ابن الحاج بأن العمل على ما في الوثيقة، وعلى فتوى ابن رشد في هذه المسألة عول الزقاق في اللامية فقال:

وشرط نكاح إن نزاع بطوعه

جرى مطلقاً فاعمل على الشرط واعدل

ونقل التسولي عن المجاصي في نوازله أنه سئل في هذه المسألة فأجاب: قد تكرر جواب بعد جواب غير ما مرة ولا أدري ما هذا ورأيي فيها تابع لرأي بعض شيوخنا رحمهم الله وأنه متى ثبت رسم الإقالة ولو بصورة التطوع فهو محمول على أنه شرط في نفس العقد، وقول المتيطي: ما لم يقل: ولا ثنيا ولا خيار... إلخ ذلك عرف وقته إذ لا تعرف عامة زماننا الثنيا بل يسمونه بيعاً وإقالة، والشهود يجرون المساطير من غير تحقيق لمعنى ما يكتبون^(٢). قال ميارة في شرحه على تحفة ابن عاصم: (وهذه المسألة مما يغلب فيها الفساد مع يمينه... ومما يدل على الدخول على الفساد كون البيع يقع بأقل من القيمة

(١) نوازل البرزلي: ١٠/٢ وجهاً، مخ مكتبة جامعة الزيتونة.

(٢) البهجة في شرح التحفة: ٦٧/٢.

بكثير مما يتحققه المتبايعان ولولا الدخول على ذلك واعتقاد البائع أن ذلك بيد المشتري كالرهن ما رضي البائع بذلك الثمن ولا بما يقرب منه). كما نبه هنا إلى أن الموثقين يكتبون الوثيقة على المسطرة الجارية من غير تعرض لفهم بعض فصولها، هذا في الكاتب فما بالك في العامي الذي يشهد عليه على أن العامة عندنا اليوم لا يعرفون معنى الثنيا وإنما يسمون ذلك البيع والإقالة^(١) وقد قال أبو محمد صالح وهو الذي في زمنه يمثل به العدل المبرز: إذا كتب الموثق طاع فقد عصى^(٢).

وإذا وجب حمل ما يبرم من عقود بيع الثنيا على الرهن جرى في ذلك على أحكام بيوع الرهان من إباحة بيعه بيد المرتهن بشروطه وعدم إضرار السكوت عنه السنين الطويلة مراعاة لحاضر البشر وشيوع الفساد فيه والله لا يحب الفساد لكن لا بد من التنبيه على أن القول لمدعي الشرط والفساد محله إذا لم يشهد في عقد الطوع بالثنيا بإسقاط دعوى الفساد وإلّا فلا التفات لدعواه لأنه قد كذبها وكذلك محله أيضاً إذا لم يبعد ما بين التطوع بها وبين البيع كالأربعة الأشهر ونحوها وإلّا فينبغي حملها على التطوع حقيقة إذا كان الثمن يساوي قيمة المبيع أو ما يقرب منها.

وجرى الخلاف بين فقهاء المالكية فيمن باع عقاراً أو غيره وطلب من المشتري الإقالة فأبدى له المشتري خوفه من بيعه لغيره عندما يقيله، فقال له البائع الطالب للإقالة: إن بعته غيرك فهو لك بالثمن الأول أو بالثمن الذي يساويه عند بيعه فأقاله المشتري على هذا الشرط، فباعها المقال فأراد المقيّل فسخ هذا البيع والأخذ بشرطه فهل له ذلك؟.

سئل الإمام المازري عن هذه المسألة فأجاب: اختلف المذهب في المشتري إذا أقال البائع من أرضه، واشترط عليه في الإقالة أنه إن باعها فهو أحق

(١) الإقتان والأحكام في شرح تحفة الحكام، دار الفكر بيروت.

(٢) التاودي: حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم: ٦٦/٢، بهامش شرح البهجة.

بها بالثمن الأول هل للمشتري شرطه متى وقع . أو لا يكون له شرط، والإقالة فاسدة والبيع فوت لها؟ .

ففي العتبية: إثبات الشرط للمقيل عند حدوث البيع في الإقالة لأنها معروف، والمشهور من المذهب فسادها لما في ذلك من التحجير، وهي بيع من البيوع فإن نزلت فسخت الإقالة، وإن طال ذلك وفاتت الأرض بالبيع مضى البيع وفاتت الإقالة به لأنه صحيح^(١) .

وقرر التسولي المسألة على الوجه التالي: إن باع عقب الإقالة أو بالقرب منها فالبايع على شرطه، وإن باع بعد طول أو لوجود داع من الدواعي إلى البيع مضى البيع . ويتقرر المسألة على هذا الوجه احتج خليل في شرحه على جامع الأمهات الموسوم بالتوضيح على أن المرأة إذا وضعت شيئاً من صداقها خوف طلاقها فإن طلقها بالقرب رجعت بما وضعت وإلاً فلا كمن باع عقب الإقالة . . إلخ ومثل قول خليل لابن عبد السلام، والمتعارف أنه لا يقع الاحتجاج بالمختلف فيه فكأن خليلاً وابن عبد السلام نزلا القول بالمنع وهو الذي شهره الإمام المازري - منزلة العدم ولو كان مشهوراً ما صح لهما الاحتجاج .

والقول الذي نقله المازري عن العتبية ولم يشهره هو الذي في سماع محمد بن خالد ومثله لسحنون في سماعه عن ابن القاسم أيضاً، وأنه قول مالك في سماع أشهب وابن القاسم أيضاً مستدلاً على جواز الإقالة المذكورة بمسألة الوضعية للطلاق، وصحح استدلاله ابن رشد، ومجموع ما ذكرته يدل على رجحانيته ولذلك اقتصر عليه ابن عاصم في تحفة الحكام في مسائل التداعي والأحكام^(٢) . في باب الإقالة فقال:

(١) أحمد الوئشيسي: المعيار المعرب: ١٠٢/٦، ١٠٣، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

(٢) تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام: ص ٩٢ .

ومشتر أقال مهما اشترطا أخذ المبيع إن بيع تغبطا
بالثمن الأول فهو جائز والمشتري به المبيع جائز^(١)
كما اقتصر عليه غير واحد من الموثقين ولا يخفى أن الاقتصار من طرف
الفقهاء الأثبات من أمارات التشهير.

المسألة الرابعة — هل يورث بيع الثنيا :

نقل أبو الحسن الصغير في تقييداته على المدونة عن أبي محمد صالح أن
الثنيا الجائزة تورث إذا مات البائع المتطوع له بها.
وأما إذا مات المشتري وهو المتطوع بالثنيا فقد جرى في ذلك الخلاف.
١ — فقال أبو إبراهيم الورياعلي: يلزم ذلك ورثته.
٢ — وقال أبو الفضل راشد: لا يلزم ذلك ورثته، واختار هذا القول
أبو الحسن الصغير.

واحتج الورياعلي على ما ذهب إليه بما نقله ابن يونس عن الموازية في
الذي يقول لجاريته: إن جتني بألف درهم فأنت حرة فمات أن العتق يلزم ورثته
إن جاءتهم بألف.

ورد أبو الحسن الصغير ما احتج به الورياعلي بأنه لا حجة فيه لأن هذه
قطاعة وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة، وفي المستخرجة للعتبي أن العتق
لا يلزمهم كما دعم ما اختاره بما ذكره ابن الهندي فيمن باع سلعة إلى أجل على
أن يبقى الدين إلى أجله وإن فلس المطلوب أو مات، فمات المطلوب ثم مات
الطالب بعده، أن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير وهو يدل على أن الثنيا لا تلزم
ورثة المشتري وقد صرح عجوز المذهب ابن رشد بأن الثنيا إذا كانت على الطوع
فهي من المعروف والمعروف يبطل بالموت والفلس^(٢).

(١) متن العاصمية: مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر بدون
تاريخ: ص ٩٣.

(٢) الخطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، بتصرف: ٢٤٥، ٢٤٦.

وهذا كله في الثنيا الجائزة كما ذكرت ذلك في أول هذا المبحث وأما
الفاصلة فيفسخ البيع كما تقدم.

وإلى هذه المسألة أشار محمد بن أحمد ميارة الفاسي في بستان فكر المهج
في تذييل المنهج بقوله:

إن مات بائع بشئنا انتقلت	لوارث والعكس قالوا بطلت
إذ بائع فيه كمهوب له	ومشتر كواهب ع أصله
وذاك في الطوع بها أما إذا	كانت بشرط الفساد انبذا

المبحث الرابع

بيع العهدة عند الشافعية

وهو ما سماه الحنفية بيع الوفاء وسماه المالكية بيع الثنيا ما حكمه عند الشافعية؟

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية نقلاً عن بغية المسترشدين بتصريف ما نصه: بيع العهدة صحيح جائز وتثبت به الحجة شرعاً وعرفاً على قول القائلين به ولم أر من صرح بكراهته وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم وحكمت بمقتضاه الحكام، وأقره من يقول به من علماء الإسلام مع أنه ليس من مذهب الشافعي وإنما اختاره ولفقه من مذاهب للضرورة الماسة إليه، ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفرع عليه لا يخفى على من له إلمام بالفقه^(١).

ولعل ذلك يرجع إلى ما أسلفت الكلام عليه في التمهيد من أن الشافعي يرى جواز الذرائع في بيوع الآجال ولا يهتم بالنيات والمقاصد.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦١/٩، نقلاً عن بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، لعبد الرحمن باعلوي مفتي الديار الحضرية. وقد رأيت في فهارس مكتبة الأستاذ امام سيدي محمد الطاهر ابن عاشور - رحمه الله - رسالة منسوبة إلى الحافظ السيوطي في بيع الوفاء ولم أتمكن من الاطلاع عليها لأنني رأيتها متأخراً.

المبحث الخامس

بيع الأمانة عند الحنابلة

المقرر عند الحنابلة منعه قال منصور بن يونس البهوتي في كتابه كشف القناع عن متن الإقناع: بيع الأمانة وهو الذي مضمونه اتفاق البائع مع المشتري على أنه متى جاءه بالثمن أعاد إليه ما اشتراه منه .

وهو عقد باطل بكل حال إذ المقصود منه إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل، ومنفعة الدار أو نحوها هي الربح فهو في المعنى قرض بعوض .

والواجب رد المبيع إلى البائع، ورد البائع إلى المشتري ما قبضه منه كما يرد المشتري ما قبضه أجره للدار وإن كان هو الذي سكن فيها حسب عليه أجره المثل فتحصل المقاصة بقدر أجره المثل ويرد الفضل^(١) .

وسئل العلامة ابن تيمية عن رجل باع زوجته داراً ببيع أمانة بأربعمائة درهم وقد استوفت الدراهم من الأجرة، فهل يجوز لها أخذ شيء آخر وقد أخذت الأربعمائة فهل يحرم عليها؟ .

فأجاب: الحمد لله وحده المقصود بهذا وأمثاله أن يعطيه المال ويستغل العقار عن منفعة المال فما دام المال في ذمة الآخذ فإنه يستغل العقار، وإذا رد عليه المال أخذ العقار، وهذا على هذا الوجه لا يجوز باتفاق المسلمين، وإن قصد ذلك وأظهر صورة بيع لم يجز على أصح قولي العلماء أيضاً، ومن صحح ذلك فلا أرى أن يكون بيعه شرعياً فإذا شرط أنه إذا جاء بالثمن أعاد إليه العقار كان هذا بيعاً باطلاً، والشرط المتقدم على العقد كالمقارن له في أصح قولي العلماء .

(١) ١٤٩/٣، ١٥٠، طبعة عالم الكتب، بيروت ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

وحيثُذِ فما حصل للمرأة من الأجرة بعد أن علمت التحريم تحسبه من رأس المال وما قبضته قبل ذلك فهو على الخلاف المذكور .
وإن اصطلاحاً على ذلك فهو أحسن ، وما قبضته بعقد مختلف تعتقد صحته لم يجب عليها رده في أصح القولين^(١) .

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٩٥/٢٩، مكتبة المعارف، الرباط المغرب.

الْبَحْثُ السَّادِسُ

بيع الرهن عند الإباضية الوهبيّة هُوَ بَيْعُ الْوَفَاءِ

ذكر الشيخ اطفيش في شرح كتاب النيل وشفاء العليل تجويز بعض الفقهاء بيع مقام الرهن وهبة مقام الرهن كما ذكر أن شيوخ جادو قالوا بهذا القول وأقاموا البيع والهبة مقام الرهن وإنما أقيما مقام الرهن ليكون للشيء المبيع أو الموهوب أجل كالرهن، وإنما جعلوه بيعاً أو هبة لينتفع به المرتهن، ويحتمل أن المراد بهذا البيع هو البيع المسمى عند غيرنا بيع العهدة وبيع الوفاء، وبيع وإقالة، ولهم عهدة ووفاء وبيع وإقالة فلا بناء على دين فيكون على أجله بل بيع مستقل^(١).

محيي الدين قادي

(١) ١١٩/١١، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة المملكة العربية السعودية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

بَيْعُ الْوَفَاءِ

إِعْدَاد

د. عَبْدُ اللَّهِ مُحَمَّدُ عَبْدُ اللَّهِ

الكويت - محكمة التمييز

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على خير الخلق سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه .

توطئة :

ظهر بيع الوفاء بصورته المعهودة إثر الكساد والديون التي تراكمت على التجار في بخارى وفي بعض البلاد الأخرى، فأظهروا التعاقدية تحت ضغط الحاجة وفي العصر الحديث مر بثلاثة أدار تشريعية :

الدور الأول: كان القانون المدني المصري القديم قبل سنة ١٩٢٣ تنقسم بعض أحكامه فقسمته باعتبار القرض المقصود منه إلى نوعين :

الأول — ما يكون الغرض منه الرهن الحيازي .

الثاني — ما يكون الغرض منه البيع الوفاي .

وتجري في كل نوع أحكامه .

الدور الثاني: عندما استغله المتعاملون بالربا أسوأ استغلال وأخذوا يتقاضون عن طريقه فوائد فاحشة أدخل المشرع بعض التعديل عليه يقضي بأنه متى اتضح أن بيع الوفاء يخفي رهناً حيازياً عقارياً فإنه يكون باطلاً ولا ينتج أي أثر سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره رهناً غاية الأمر أنه يصلح سنداً بدين عادي .

أما الدور الثالث: فهو عهد التقنين المدني الجديد الذي نص على منع بيع الوفاء وتحريم التعامل به فقد نصت المادة ٤٦٥ على أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع وقالت لجنة القانون المدني في تعليق ذلك (إن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية في التعامل

إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان قيد أستار الرهن وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس... إلخ). وهذا القول فيه إجحاف بالمشتري الذي ترك ماله في ذمة البائع دون توثيق. ولكن اعتباره رهناً يحقق مصلحة البائع في الاحتفاظ بملكه للمبيع ومنافعه ويحقق مصلحة المشتري يحفظ ما دفعه ثمناً للبائع باستيفائه عند الأجل من المبيع.

ولهذا أحسنت المجلة صنفاً عندما أخذت بالقول الذي يجعل بيع الوفاء صحيحاً في بعض الأحكام فاسداً في بعضها الآخر ورهناً في حق البعض من الأحكام على نحو ما ذكره الأتاسي عند كلامه على المادة ٣٩٨ من المجلة، التي نصت على أنه إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك).

ويترتب على هذا القول أنه يملك كل من البائع والمشتري الحق في فسخ البيع باعتبار العقد فاسداً وحل الربيع ومنافع المبيع باعتباره بيعاً صحيحاً وحفظ المبيع لصاحبه فلا يستطيع المشتري بيعه من آخر ولا رهنه باعتباره رهناً^(١). هذا وستناول الكلام على هذا العقد حسب الخطة الواردة إلينا وبالله التوفيق وهو حسبي عليه توكلت وإليه أنيب.

(١) شرح الأتاسي: ٤٢١/٢.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المحور الأول

تعريفه عند الحنفية

عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١١٨ بقولها:

بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع .

قال منير القاضي في شرحه لهذه المادة:

هو أن يبيع شخص عيناً لشخص آخر بثمن معين أو بالدين الذي عليه له بشرط أنه متى رد البائع الثمن على المشتري أو أدى دينه يرد إليه المبيع . ثم قال: وليع الوفاء نوع آخر . وهو البيع بالوجه المذكور على أن يستأجر البائع المبيع من المشتري ويسمى هذا النوع البيع بالاستقلال .

وقد عرفت المجلة في المادة ١١٩ هذا النوع بقولها:

بيع الاستغلال هو بيع المال وفاء على أن يستأجره البائع .

قال الأستاذ المحاسني في شرحه للمجلة: وهو بحكم البيع بالوفاء وأخص منه ويجوز إيجار المبيع للبائع ولغيره وهذا البيع مؤلف من البيع الوفاوي والاستئجار^(١) .

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار: ٢٧٦/٥، جامع الفصولين: ٢٣٤/١، قلائد الخرائد:

المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى :

أولاً - المالكية : عبروا عنه ببيع الثنيا .

قال في تحفة الحكام :

والبيع بالثنيا لفسخ داع والخرج بالضمنان للمبتاع
ولا كراء فيه هبة لأجل أولاً وذا الذي به جرى العمل

قال شارحه أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي :

بأن يقول في صلب العقد أبيعك هذه السلعة على شرط أنني إن أتيتك
بثمنها وقت كذا، أو مهما أتيتك بثمنها فهي مردودة علي^(١) .

ثانياً - الشافعية : أطلق الشافعية على بيع الوفاء بيع العهدة قال صاحب
قلائد الخرائد وفرائد الفوائد : بيع العهدة المعروفة بحضرموت وغيرها : وهي أن
يتفق المتبايعان أن البائع متى أراد رجوع المبيع له أتى بمثل الثمن المعقود به
وفسخ البيع، أو يفسخ عليه رضى المشتري أولاً، وكذا إن اتفقا أنه إن أراد فك
البيع فله ذلك^(٢) .

كما يسمونه أيضاً الرهن المعاد^(٣) .

ثالثاً - ويسميه الحنابلة بيع الأمانة، قال في كشف القناع : بيع الأمانة هو
الذي مضمونه اتفاقهما أي اتفاق البائع والمشتري على أن البائع إذا جاء بالثمن
أعاد إليه المشتري ملك ذلك ينتفع به أي بالملك المبيع المشتري بالإجارة
والسكنى ونحو ذلك كركوب ما يركبه أو حلبه^(٤) .

(١) البهجة شرح التحفة : ٦٠/٢ .

(٢) قلائد الخرائد وفرائد الفوائد للفقير عبد الله محمد باقشير الحضرمي : ٨٨٠ - ٩٥٨ ،

٣١٧/١ ، الموسوعة الفقهية : ٢٦٠/٩ .

(٣) رد المحتار حاشية در المختار : ٢٧٦/٥ .

(٤) كشف القناع : ١٤٩/٣ .

وقال في رد المحتار: سماه الشافعية بالرهن المعاد، ويسمى في مصر بيع الأمانة وبالشام بيع الإطاعة^(١).

حكمه:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء اختلافاً كثيراً حتى بلغت في المذهب الحنفي تسعة أقوال وخلاصة ما ذكر فيه:

أولاً: إن بيع الوفاء بيع باطل وهو رهن حقيقة يأخذ أحكام الرهن، قال في درر الحكام لملا خسرو: قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفي في فتاواه: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو في الحقيقة رهن وهذا المبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن لا يملكه ولا يطلق له في الانتفاع إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من شجره والدين يسقط بهلاكه إذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه بالزيادة إذا هلك عن غير صنعه وللبيع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام نقل ابن عابدين في حاشيته عن الخيرية: والذي عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن في حكم من الأحكام.

قال السيد الإمام: قلت للإمام الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة. وفتواك أنه رهن وأنا أيضاً على ذلك فالصواب أن نجتمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس. فقال: المعتبر اليوم فتوانا وقد ظهر بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله، واستدلوا عليه بأن المتعاقدين وإن سمياه بيعاً لكن غرضهما الرهن والاستيثاق بالدين، فإن البائع يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنتم ملكي لفلان، والمشتري يقول: ارتهنت ملك فلان والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني فإن أصحابنا قالوا: الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة والاستصناع الفاسد إذا ضرب فيه الأجل سلم ونظائره كثيرة.

(١) ٢٧٦/٥.

قال وكان الإمام السيد أبو شجاع على هذا وهو قول أبي الحسن الماتريدي^(١) : وهذا وجه من أطلق عليه بيع الأمانة لأنه أمانة عند المشتري بناء على أنه رهن أي الأمانة^(٢) .

القول الثاني: أنه بيع فاسد إن شرطاً الفسخ في البيع أو تلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظاً بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم^(٣) لأن كلا منهما عقد مستقل شرعاً لكل منهما أحكام مستقلة ويوجب الملك إن اتصل به القبض .

القول الثالث: هو بيع جائز صحيح إن ذكرنا البيع من غير شرط ثم ذكرنا الشرط على وجه المواعدة ويلزم الوفاء بالوعد لأن المواعيد قد تكون لازمة وتجعل لازمة لحاجة الناس^(٤) .

قال في درر الحكام نقلاً عن مجموع النوازل: اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته بيعاً على ما كان عليه بعض السلف لأنهما تلفظاً بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ نصاً دون المقصود فإن من تزوج امرأة ومن نيته أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد وهذا القول لقاضي خان، قال ابن عابدين: والظاهر أنه مبني على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد^(٥)

وقال في اللآليء الدرية في الفوائد الخيرية على جامع الفصولين: أقول: ذكر في الحاوي الزاهدي ما لفظه: فصل: فيما يتعلق ببيع الوفاء الفتوى على أن

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو: ٢٠٧/٢، فتاوى الأنقروي، المجلد ١ ص ٣٠٥، ٣٠٦، الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣، الدر المختار وحاشية رد المحتار: ٢٧٦/٥، جامع الفصولين: ٢٣٤/١ .

(٢) رد المحتار: ٢٧٦/٥ .

(٣) الفتاوى الأنقروية المجلد الأول ص ٣٠٥، ٣٠٦، درر الحكام: ٢٠٧/٢، ٢٠٨ .

(٤) الفتاوى الأنقروية المجلد الأول ص ٣٠٥، ٣٠٦ .

(٥) درر الحكام لملا خسرو ٢٠٧/٢، ٢٠٨، رد المحتار: ٢١٧/٥ .

البيع إذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء إلا أن المشتري وكل بعد العقد وكيلاً ينسخه مع البائع عند أداء مثل الثمن فهو بيع بات لا رهن إذا كان البيع بمثل الثمن أو بغبن يسير وإن كان بغبن فاحش فهو رهن، وشرط بعضهم أن يعلم البائع بالغبن وقت البيع، فأما إذا ظن وقت البيع بعشرين أن قيمته عشرون وهو يساوي أربعين فهو بيع بات لأنه إنما نجعل البيع بنقصان فاحش رهنًا بظاهر حاله إنه لا يقصر البيع البات مع علمه بالغبن الفاحش وإذا لم يعلم فظاهر حاله لا ينفي ذلك.

القول الرابع: نقله الشرنبلالي في حاشيته المسمى غنية ذوي الأحكام في بغية درر الأحكام^(١)، ومن الأقوال التسعة قول جامع لبعض المحققين إنه فاسد في بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ولا يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن إن دخله نقصان كما في الرهن، قال صاحب البحر بعد نقله عن البزازية: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع.

قال ابن عابدين في حاشيته: فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر، قال في البحر: ينبغي أن لا يعده في الإفتاء، عن القول الجامع.

والقولان الثالث والرابع عبر عنهما صاحب الرد المختار. وقيل: إن بلفظ البيع لم يكن رضا. قال ابن عابدين في حاشية رد المختار: هذا محتمل لأحد قولين:

الأول: أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه. قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى.

الثاني: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح في حق بعض الأحكام... إلخ.

(١) ٢٠٧/٢ هامش رد المختار: ٢٧٧/٥.

قال في الدرر: وصح بيع الوفاء في العقار استحساناً للتعامل، واختلف في المنقول قيل: يصح لعموم الحاجة، وقيل: لا يصح لخصوص التعامل^(١).

نكتفي بهذا القدر من أقوال أئمة الحنفية في هذا البيع، ونوجز القول في موقف المذاهب الأخرى من هذا العقد.

أولاً — مذهب المالكية:

قالوا في أحد القولين أنه بيع فاسد يفسخ ولو أسقط الشرط على المذهب ما لم يفت فيمضي بالقيمة، قال: ويفهم من قول الناظم (والخرج بالضمان) إن الغلة إنما تكون للمشتري على القول بأنها بيع فاسد إذا قبض ذلك المبيع، لأن الضمان إنما ينتقل للمشتري في الفاسد بالقبض، وأما إذا لم يقبض المشتري ذلك المبيع بل تركه بيد البائع بإيجاره أو اشترى منه البستان ونحوه بالثنيا وتركه بيده بمساقاة ونحوها ليأتيه بغلة، فإنه لا غلة للمشتري قولاً واحداً لأنه لم ينتقل ضمانه إليه وسواء كان الشراء بالثمن المعتاد أو بأقل بكثير أو قليل بدليل التعليل بل لو قبضه ثم رده إليه عقد إجارة أو مساقاة ونحوها لم تكن له غلة لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الآجال.

ويترتب على القول بأنه بيع فاسد إذا وقع الإمضاء قبل فسخ العقد الفاسد فإنه لا يصح لأنه تتميم للفساد.

قال أبو الحسن: المنصوص في كل موضع أن البيع الفاسد لا يصح إمضاء البيع فيه إلا بعد فسخ العقدة الفاسدة وإذا لم يتعرض لفسخها فسخت الثانية وبقيت الأولى على فسادها^(٢).

القول الثاني: إنه رهن قاله الشيخ أحمد زروق وهو المشهور قال

(١) حاشية رد المحتار: ٢٧٧/٥، درر الأحكام شرح غرر الأحكام: ٢٠٨/٢، الموسوعة الفقهية: ٢٦٠/٩.

(٢) البهجة شرح التحفة: ٦١/٢، ٦٢.

عبد الباقي: وهو ظاهر من جهة المعنى وهو توافقه مع المشتري على أن يرد له المبيع^(١).

ونقل عن وثائق ابن مغيث عن القاسبي: أن حكمه قبل انقضاء أجل الثنيا حكم البيع الصحيح فالغلة فيه للبائع لأنه بمنزلة الرهن، وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة، أي: فالغلة فيه للمشتري.

ثم نبه على أنه يجب أن يقيد الخلاف المذكور بما إذا لم يجر العرف بالرهنية كما عندنا اليوم ولذا يقع بأقل من الثمن المعتاد بكثير ويسمونه بيعاً وإقالة، فيبيع الرجل بالإقالة ما يساوي الألف بخمسمائة أو ما يساوي المائة بستين أو بثلاثين ونحو ذلك فلا يختلفون أنها رهن حيث اشترطت الإقالة في العقد إذا لم يسمح البائع بسلعته إلا على ذلك، وتجد البائع إذا سئل عن سلعته أو أرضه يقول: إنها مرهونة ويطلب زيادة الثمن فيها ويعرضها للبيع وهي بيد مشتريها، وإذا سئل المشتري عنها أيضاً قال: إنها مرهونة عندي أو عندي فيها بيع وإقالة وإن البائع لم يكمل البيع فيها ونحو ذلك فالبيع والإقالة عندهم مرادف للرهن يعبر بأحدهما عن الآخر.

مفرق الناس اليوم ومقصودهم في هذا البيع إنما هو الرهنية كما هو مشاهد بالعيان وإذا كان العرف فيها الرهنية فيتفق على رد الغلة وعدم الفوات لأن الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس، ومن أدل دليل على الرهنية كونه بأقل من الثمن المعتاد بكثير إلى غير ذلك. وقد قالوا: كما للقرافي وغيره إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ الجور^(٢).

ثانياً — مذهب الشافعية:

قال صاحب فرائد الخرائد: بيع العهدة المعروفة بحضرموت وغيرها، وهي

(١) البهجة شرح التحفة: ٦٠/٢، ٦١.

(٢) البهجة شرح التحفة: ٦١/٢.

أن يتفق المتبايعان أن البائع متى أراد رجوع المبيع له أتى بمثل المعقود به وفسخ البيع، أو يفسخ عليه، رضي المشتري أو لا، وكذا إن اتفقا أنه إن أراد فك البعض فله ذلك كما صرح به بعض الفقهاء، وهو فاسد إن وقع الشرط في نفس العقد أو بعده في زمن الخيار.

فإن وقع قبل العقد بالمواطأة، ثم عقدا مضمريّن ذلك فهو وعد لا يلزم على مذهب الشافعي رحمه الله، ولكن رأى جماعة من أهل العلم تنفيذه بناء على وجوب الوفاء بالوعد، كما هو مذهب مالك وغيره، وأقاموا ذلك مقام الحقوق اللازمة حتى ينوب الحاكم في الفسخ أو قبوله حيث غاب المشتري أو امتنع فلو شرطاً أنه لا يفك إلا بعد سنتين أو أقل أو أكثر: فلم أر من ذكرها، غير أن من المعلوم أن الوعد يكون مطلقاً ومقيداً بشرط أو بزمن.

وعلى ذلك عمل أهل الجهة من غير تكبير أعني أنه إذا شرط أنه لا يفك المعهد إلا بعد مدة معينة اعتبر نصبها للزوم الفكك.

ومثل ذلك لو شرط أن لا يفك إلا بعد أن يستغل المتعهد طريقاً أو موسماً في الزرع أو أكثر^(١).

وقال صاحب بغية المسترشدين: لم أر من صرح بكراهة بيع العهدة المعروف بين الناس فإن نص أحد على الكراهة فلا يبعد أن يكون وجهها إما إخلاف الوعد إن عزم عليه لأنه مكروه أو الاستظهار على المشتري لغير ما علّوه به كراهة بيع العهدة.

ثم قال: بيع العهدة المعروف صحيح جائز وتثبت به الحجة شرعاً وعزماً على قول القائلين به، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم وحكمت بمقتضاه الحكام وأقره من يقول به من علماء الإسلام مع أنه ليس من مذهب الشافعي وإنما اختاره من وفقه من مذاهب للضرورة الماسة إليه ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفريع عليه لا يخفى على من له إمام باللفق.

(١) فلاتد الخرائد وفرادى الفوائد: ٣١٧/٢، ٣١٨.

ثم قال: وصورته أن يتفق المتبايعان على أن البائع متى أراد رجوع المبيع إليه أتى بمثل الثمن المعقود عليه، وله أن يقيد الرجوع بمدة فليس له الفك إلا بعد مضيها ثم بعد المواطأة يعقدان عقداً صحيحاً بلا شرط إذ لو وقع شرط العهدة المذكور في صلب العقد أو بعده في زمن الخيار أفسده، فليتنبه لذلك فإنه مما يغفل عنه^(١).

قال في نهاية المحتاج: والحاصل من كلامهم: إن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطله إذا وقع في صلبه أو بعده قبل لزومه من خلاف ما لو تقدم عليه ولو في مجلسه^(٢).

ثالثاً — مذهب الحنابلة:

جاء في كشاف القناع: بيع الأمانة هو الذي مضمونه اتفاقهما أي البائع والمشتري على أن البائع إن جاء بالثمن أعاد المشتري إليه ملكه ذلك ينتفع أي بالملك المبيع المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك كركوب ما يركبه أو حبله وهو أي البيع عقد باطل بكل حادث. ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدار ونحوها هي الربح فهو في المعنى قرض بعوض. والواجب رد المبيع إلى البائع وأن يرد البائع إلى المشتري ما قبضه منه لكن يحسب للبائع في ما قبضه المشتري من المال الذي سموه أجرة وإن كان المشتري هو الذي سكن حسب عليه أجرة المثل فتحصل المقاصة بقدره^(٣).

الأصل المستند إليه في التحليل أو المنع:

ذكر الأستاذ المحاسني في شرحه على المجلة: إن بيع الوفاء حدث اعتباره والقول به بين العصر الخامس والسادس في ديار بخارى، وقد جوز للاحتياج في تلك الديار التي تراكمت فيها الديون على أصحاب العقارات بدرجة كادت تذهب

(١) بغية المسترشدين: ص ١٣٣، الموسوعة الفقهية: ٢٦١/٩.

(٢) نهاية المحتاج: ٤٣٤/٣، ٤٣٥.

(٣) كشاف القناع: ١٤٩/٣، ١٥٠.

بها، وقد تعامل عليه أهل اليمن وسموه بيع الرجاء وكذلك أهل طرابلس الغرب ويسمونه بيع الوعدة^(١) .

وقال ابن عابدين: جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما كما علل آخرون الجواز بأنه من قبيل المواعدة وأنه يلزم الوفاء بالوعد^(٢) .

هذه وجهة من قال بالتحليل أما من قال بالمنع قال في البهجة واختلف في علة الفساد فعلمه في بيوع الآجال منها بالبيع والسلف أبو الحسن معناه تارة يكون بيعاً وتارة يكون سلفاً أي لأنه خيار بشرط النقد، وجعلاً مدته أكثر من مدة الخيار إن حداه بأجل أو لمدة مجهولة إن لم يحداه:

وعلمه سحنون وابن الماجشون وغيرهما بأنه سلف جر نفعاً وبه عللت المدونة بنصها المنقول عند قوله (والثنيا)^(٣) .

ثم قال فهو بيع فاسد يفسخ ولو أسقط الشرط على المذهب... وعلى الثاني فهو رهن يفسخ أبداً ولا يفوت بشيء بهدم ولا غيره ويرد المشتري فيه الغلة ولو طال الزمان^(٤) . وقال في فتاويه الأنقروية: وذكر في فتاوى مشايخ سمرقند أن بيع الوفاء فاسد وأنه بيع بشرط^(٥) . قال والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع، وإن لم يذكر ذلك في البيع وتلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظاً بالبيع الجائر وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك^(٦) ونحوه في الفتاوى الهندية وكذلك علل الشافعية من قال بفساده. قال في بغية

(١) شرح المحاسني على المجلة: ص ٣٣٣.

(٢) حاشية رد المحتار: ٢٧٦/٥، الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣، فلائد الخرائد: ٣١٧/١.

(٣) البهجة شرح التحفة: ٦٠/٢، ٦١.

(٤) ذات المصدر.

(٥) فتاوى الأنقروية، المجلد الأول ص ٣٠٥.

(٦) الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣.

المسترشدين: إذ لو وقع شرط العهدة المذكور في صلب العقد أو بعده في زمن الخيار أفسده فليتنبه لذلك^(١).

وعلل الحنابلة المنع بقولهم هو عقد باطل بكل حال ومقصودهما: إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدار أو نحوها هي الربح فهو في المعنى قرض بعوض^(٢).

قال ابن رشد: وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لا يجوز عند مالك لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف. إن جاء بالثمن كان سلفاً، وإن لم يجيء كان بيعاً.

واختلف في المذهب، هل يجوز ذلك في الإقالة أم لا؟ فمن رأى أن الإقالة بيع فسخها عندما يفسخ سائر البيوع، ومن رأى أنها فسخ فرق بينهما وبين البيوع.

واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى يتصرف من الثمن فقبل عن مالك، يجوز ذلك، لأن حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره.

وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب أن يمنع صحة البيع، ولذلك قال ابن المواز: إنه جائز في الأمد القصير^(٣).

(أثر فوت المبيع ما يعتبر فوتاً وما لا يعتبر):

فوات المبيع قد يكون بهلاكه أو بعبثه أو بالتصرف فيه:

فإن كان الفوات بسبب الهلاك:

(١) بغية المسترشدين: ص ١٣٣.

(٢) كشاف القناع: ١٤٩/٣، ١٥٠.

(٣) بداية المجتهد: ١٦٠/٢.

فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٩٩ على أنه إذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته .

قال شارحه علي حيدر: يعني إذا هلك المال في يد المشتري أو أتلفه سقط من الدين بقدر قيمة المال الهالك أو المتلف .

فإن لم يتلف المال بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه، فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه .

مثلاً — إذا اشترى إنسان داراً قيمتها ألف قرش بمئة قرش وفاء وتسلمها فطراً عليها خراب أنزل قيمتها إلى خمسمائة قرش فيسقط من ذلك الدين خمسون قرشاً .

قال: وقد قيدت القيمة في هذه المادة وفي المادتين الآتيتين بالقيمة يوم القبض، لأن سبب الضمان هو القبض فيجب أن تعتبر القيمة وقت القبض^(١) .

وقال الأتاسي في شرحه عند كلامه على المادة ٣٩٩ هذه المادة وما بعدها إلى آخر الفصل مفرعة على كون المبيع وفاء له حكم الرهن . لكنه ذكر أن بيع الوفاء يخالف الرهن في الأحكام التالية:

١ — القبض شرط جواز الرهن في الأصح حتى لا يصح الارتهان ولا يترتب عليه حكم بمجرد الإيجاب والقبول، كما في الأنقروية وغيرها . بخلاف بيع الوفاء فإنه لا يشترط لجوازه قبض المبيع، حتى صحت إجارته قبل قبضه عند البعض .

٢ — رهن المشاع غير صحيح ولو من الشريك سواء احتمل القسمة أو لا، بخلاف المبيع وفاء، فإن بيعه صحيح إذا كان مشاعاً مطلقاً كما صرحوا به .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٦٦/١ .

٣ - من حيث التأجيل فإن الأجل في الرهن مفسد له، لأن حكمه حبس مستدام، بخلاف الأجل في بيع الوفاء، فإنه صحيح فإن بيع الوفاء بالنسبة لهذه الأحكام ملحق بالبيع الصحيح^(١).

ونصت المادة ٤٠٠ على ما إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري، فإنه يسقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع. ونصت المادة ٤٠١ على ما إذا كانت قيمة المال من المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، وأما إن كان بلا تعد فلا يلزم المشتري إذا تلك الزيادة.

جاء في شرح الأتاسي تعليقاً على المواد سالفه البيان أنه إذا باع وفاء ما قيمته عشرة عشرة فهلك عند المشتري سقط الدين، ولو قيمته خمسة رجع على البائع بخمسة أخرى. ولو خمسة عشر، فالفضل أمانة لا يضمن إلا بالتعدي. ثم إن قيمته تعتبر يوم القبض لا يوم الهلاك لكن إذا كان هلاكه بالتعدي من المشتري تعتبر قيمته يوم الهلاك لا يوم القبض لوروده على العين المودعة.

أما لو أتلفه أجنبي فيضمن قيمته يوم هلك باستهلاكه وتكون القيمة في يد المشتري إلى أن يأخذ دينه^(٢).

أما فواته عن طريق التصرف فيه:

فقد نصت المادة ٣٩٧ من مجلة الأحكام العدلية: على أنه ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر.

قال الأتاسي في شرحه: لكن لو صدر من أحدهما لا ينفذ بل يتوقف على إجازة الآخر لكونه في حكم الرهن، أما البائع فلأن المرهون وإن يكن ملكه لكن تعلق به حق للدائن وهو الحبس الدائم إلى أن يستوفي دينه، والرهن وثيقة في

(١) شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي: ٤٢٥/٢.

(٢) شرح الأتاسي: ٤٢٦/٢.

الدين فيتوقف على إجازة المرتهن أو إبرائه من الدين، فإن أجاز صار ثمناً رهناً، وإن لم يجز وفسخ لا يفسخ بفسخه في الأصح بل يبقى موقوفاً، والمشتري بالخيار إن شاء صبر إلى فكاك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ البيع، وأما الدائن فلائنه ليس مالكاً للرقبة فيتوقف على إجازة المديون المالك، فإن باعه المديون فأجازه المشتري الدائن وله حق الشفعة بطلت شفيعته بخلاف إجازة المستأجر^(١).

وعند المالكية كما في المقدمات الممهديات لابن رشد الجد المتوفي سنة ٥٢٠هـ، القسم الرابع وهي بيوع الشروط التي يسميها أهل العلم بيوع الغنيا... فهذا النوع من البيوع اختلف فيه إذا وقع شيء منها على قولين:

أحدهما: أنه يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه وإن ترك الشرط صح البيع وإن فاتت السلعة كان فيها الأكثر من القيمة أو الثمن.

وقيل: إنه يرجع البائع على المشتري إذا فاتت بمقدار ما نقص من الثمن بسبب الشرط على كل حال ولا ينظر في ذلك على هذا القول أن تقوم السلعة بشرط وما كان بين القيمتين من الأجزاء رجع البائع على المبتاع بذلك من الثمن فهذا الباب: على هذا القول وهو المشهور في المذهب إلا في مسألة واحدة وهي شراء الرجل السلعة على أن فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه فإنه يفسخ فيها البيع على كل حال ولا يمضي ولو رضي مشترط الخيار بترك الشرط لأن رضاه بذلك ليس تركاً منه للشرط وإنما هو مختار للبيع على الخيار الفاسد الذي اشترط.

القول الثاني: إن حكم هذه البيوع كلها حكم ما فسد من البيوع للإخلال بشروط ضمنها فتفسخ على كل حال كانت قائمة أو فائتة شاء المتبايعان أو أبا ولا خيار في ذلك لواحد منهما، فإن كانت السلعة قائمة ردت بعينها وإن كانت

(١) شرح الأناسي: ٤٢٠/٢.

فائتة ردت قيمتها على البائع بلغة ما بلغت ورد الثمن على المشتري^(١) .

وقال في البهجة: على اعتباره بيعاً فهو بيع فاسد يفسخ ولو أسقط الشرط على المذهب ما لم يفت فيمضي بالقيمة، وفوات الأصول بالهدم والبناء والغرس لا بحوالة الأسواق، وهل يفوت بطول الزمان كالعشرين سنة؟ قولان:

أرجحها على ما قاله في (تحفة الإخوان) فواته بذلك وقال في المهذب الرائق: ولا يفوت الأصول حوالة الأسواق ولا طول الزمان، وبه القضاء، قال ابن زفين: إلا ما كان مثل عشرين عاماً ونحوها.

وعلى اعتباره سلفاً فهو رهن يفسخ أبداً ولا يفوت بشيء ولا غيره ويرد المشتري فيه الغلة ولو طال الزمان، والناظم درج على الأول لأنه المشهور المعمول به في وقته ولذا قال (والخرج... البيت)^(٢) .

الشافعية:

قال صاحب الخرائد: إذا تلف المال المعهد بيد المشتري بلا سبب من جهته ولو من غيره سقط حق العهدة فيه، ولا يلزم المشتري بذلك شيء لأنه إنما وعد بقبوله الفكك ما لم تغب عينه أو بدلها، وإن كان بسبب منه أو من غيره. فالظاهر تعلق الحق ببذله، فإذا أراد البائع الفك بذل الثمن ورجع إلى بدل المبيع. وإن تلف بعضه أخذ الباقي وبذل المتلف إذ لا أرش هنا، كما هو قضية قواعدهم أما إذا تغيب بنفسه أو بفعل فسيأتي في المسألة ٣٩٦^(٣) .

وإن باع المشتري عهدة ما اشتراه فأبطل جمع البيع الثاني، ومثله: لو وقفه أو أعتقه أو وهبه ونحوه^(٤) .

قال: وجوزه الأكثر وهو الأصح الذي أفتى به غير واحد، وعليه عمل

(١) المقدمات الممهدة: ٥٤٢/٢ .

(٢) البهجة شرح التحفة: ٦٠/٢، ٦١ .

(٣) قلائد الخرائد: ٣٢١/١، ٣٢٢ .

(٤) ذات المصدر .

الناس لتتمام ملكه من غير حجر، وليست كل علفة مانعة من التصرف، كحق الشفعة وحق الرد بالعيب ثم اختلفوا، فمنهم من قال: له أن ينقضه وإن كان وفقاً أو عتقاً. وإذا قبض الثمن العائد بالفسخ كان كتمن الشفعي المشفوع إذا فك بعد أن بيع أو وقف.

ويشتري به في الوقف شيء يجعل مكانه. وقال بعضهم في الوقف تعود القيمة للمتعهد ملكاً إن شاء^(١).

حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري للوفاء ببيع الوفاء:

جاء في شرح علي حيدر على المادة ٣٩٨: إذا لم تشرط المنافع للمشتري واستهلكها بدون إذن فعلية الضمان لأن المشتري لا يملك ما ينتج من المبيع ببيع وفاء.

لكن ذهب الأتاسي في تعليقه على المادة سألقة البيان: ونصها ٣٩٨ (إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك، مثلاً لو تقاول البائع والمشتري وتراضيا على أن الكرم المبيع ببيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الوفاء بذلك على الوجه المشروح).

قال: ولو لم يشترط ذلك لكان للمشتري جميع منافع المبيع، لأن بيع الوفاء له حكم البيع الجائر بالنظر إلى انتفاع المشتري به، كما صرحت به المادة (١١٨) ولما صرح به في البزازية وجامع الفصولين وذكره في البحر ورد المحتار من أن القول الجامع لبعض المحققين إن بيع الوفاء فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال^(٢) ومنافع المبيع، رهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه... إلخ، وقد علمت أن المجلة اختارت هذا القول فاتضح بما ذكرنا أن منافع المبيع ثابتة للمشتري وفاء بدون اشتراط بالنظر لكونه رهناً في حق بعض

(١) ذات المصدر.

(٢) معناه الربع.

الأحكام صح الاشتراط حصته من المنافع للمشتري وبقاؤها للبائع لأن منافع الرهن لا يملكها المرتهن بدون إذن الراهن .

قال: ثم رأيت في جامع الفصولين ما نصه: واقعة: باعه كرمه وفاء حتى استحق المشتري كل غلته ثم بعد البيع شرط أن يكون للمشتري ربع الغلة أو نحوه يأخذ كل الغلة أو ما شرطاه بعد البيع؟ ينبغي أن يكون له المشروط خصوصاً على قول أبي حنيفة رحمه الله إن الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد، فكأنه شرط وقت العقد عنده .

قال: وهو صريح فيما قلناه والحمد لله .

وأما ما ذكره في الهندية وغيرها من أن المشتري وفاء لا يملك الانتفاع بالمبيع إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره... إلخ، فهو مفرع على القول بأن بيع الوفاء في حكم الرهن لا يختلف عن الرهن بشيء من الأحكام وهو قول آخر غير ما مشت عليه المجلة من الأقوال التسعة المذكورة في البحر والبنازية^(١) .

وقال المحاسني في شرحه وإذا لم يتقاولا على شيء تكون المنافع إلى البائع وإذا استهلكها المشتري يضمنها^(٢) .

وقال منير القاضي في شرحه للمادة السابعة: لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع بدون إذن البائع. فإذا انتفع به بدون إذنه فهلك ضمنه بقيمته يوم هلاكه إن كان مثلياً لاعتباره حينئذ متعدياً^(٣) .

(١) شرح الأتاسي: ٤٢٣/١، ٤٢٤ - شرح علي حيدر: ٣٦٦/١ .

(٢) شرح المحاسني: ٣٣٤/١ .

(٣) شرح منير القاضي: ٢١٢/١ .

المحور الثاني

بَيْعُ الْوَفَاءِ وَعَقْدُ الرَّهْنِ: العلاقة بين العقدين ووجه التظاير بينهما

قد يعقد بيع الوفاء بين بائع ومشتري دون أن يكون عندهما نية القرض والرهن، وفي هذه الحالة يختلف بيع الوفاء عن الرهن مع أن البائع وفاء لا يكون منهما. وله الحق في أن يرد الثمن ليسترد ملكية المبيع، أما الراهن فيكون مديناً بالمبلغ الذي يرهن له ويجبر على سداه.

كما أن البائع وفاء لا تبقى له ملكية المبيع، غاية الأمر أن له أن يسترد هذه الملكية إذا رد الثمن في الأجل المعين، أما الراهن فيظل مالكا للعين المرهونة.

ويتفق بيع الوفاء والرهن في الفقه الحنفي في أن كلاهما يفسده الشبوع الأصلي والشبوع الطارئ فيجب أن يكون المبيع في البيع الوفاوي غير مشاع فلا يجوز بيع نصف العقار وفاء بخلاف الشافعي، فإنه يجوز رهن المزارع عندهم وكذلك الحنابلة، قال في المغني: وإن رهنه سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه وبينه سواء حضر الشريك أو لم يحضر وإن كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك، فإن رضي الشريك تناولها، وإن امتنع الشريك قرض المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما^(١).

(١) شرح المحاسني على المجلة: ٣٣٣/١. شرح علي حيدر: ٦٧/٢، حاشية الشراوي على التحرير: ١٢٣/٢ - المغني: ٢٩٧/٤، ٢٩٨.

وإن الرهن لا يتم ولا يقوم إلا بالتسليم فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم عملاً بالمادة ٧٠٦ من مجلة الأحكام العدلية وكذلك البيع بالوفاء، فإنه لا يتم إلا بالتسليم ولا تسمع دعوى المشتري يطلب تسليمه جبراً من البائع^(١).

كذلك يتفق العقدان أنه إذا مات البائع والمشتري في البيع بالوفاء أو الراهن والمرتهن في الرهن فورثتهم يقومون مقامهم.

وإن البائع والمشتري ببيع الوفاء ليس لهما بيع المبيع أو رهنه من آخر فالراهن والمرتهن ليس لهما بيع المرهون أو رهنه من آخر.

ويصح اشتراط بعض منافع البيع بالوفاء إلى المشتري يصح اشتراط بعض منافع المرهون وإباحتها للمرتهن (المادة ٧٥٠) من المجلة، وإن المشتري بالبيع بالوفاء والمرتهن أحق من سائر الغرماء في المبيع والمرهون ينظر المادة ٧٢٩ والمادة (٤٠٣).

وإن مصاريف تعميم المبيع بالوفاء والمرهون على البائع والراهن (المادة ٢٢٤) من المجلة.

ويفترقان أيضاً في الوجوه التالية:

١ - إذا أجر المشتري المبيع بالوفاء من البائع بعد التسليم فالإيجار صحيح والأجرة لازمة، وإذا أجر المرتهن الرهن إلى الراهن فالإيجار باطل ويبقى الرهن مرهوناً.

٢ - إذا أجر المشتري المبيع بالاستغلال من البائع بعد التسليم فالإيجار صحيح والأجرة لازمة أما مقاوله الاستغلال في الرهن وإيجاره فغير جائزة^(٢).

انتفاع الراهن أو المرتهن بالعين المرهونة، بالنسبة للراهن:

(١) شرح المحاسني على المجلة: ٦٥/٢، بيع الوفاء د. إبراهيم دسوقي الهاوي بحث في مجلة الأزهر ذو القعدة ١٣٩٣هـ - ديسمبر ١٩٧٣ م.

(٢) شرح الأناسي: ٩٣/٢.

يقول الشيخ أحمد إبراهيم: الراهن مالك للرهن والمرتهن متعلق حقه به فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في الرهن تصرفاً يفوت حق الآخر إلا بإذنه . وتفصيله :

إذا باع الراهن الرهن أو آجره أو وهبه أو أعاره أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات المحتملة للفسخ . فإن نفاذه يقف على رضا المرتهن فإذا أجازته المرتهن أو فض الراهن دينه نفذت هذه التصرفات وخرج المرهون عن عهدة المرتهن، ولكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن بخلاف غيره من التصرفات الأخرى، وذلك لأن البدل في البيع في مقابلة المبيع نفسه فيقوم مقامه عند المرتهن لاستوائهما في المالية، وعن أبي يوسف أن المرتهن إن شرط عند الإجازة أن يكون الثمن رهنأً كان رهنأً وإلا فلا لأنه بإجازته نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنأً إلا بالشرط .

وأما بدل الإجارة فهو في مقابلة المنفعة، وحق المرتهن إنما هو في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجارته إسقاطاً لحقه في حبس الرهن .

والتصرفات الأخرى ليس بمقابلها بدل حتى يقوم مقامها . وكذلك المرتهن لا يجوز له بيع الرهن إلا إذا أوكله الراهن ببيعه وليس له إيداءه ولا إجارته بلا إذن الراهن فإن فعل ذلك كان متعدياً فيضمن قيمة الرهن بالغة ما بلغت وعند الشافعي الرهن أمانة بيد المرتهن لا يلزمه ضمانه ولا يسقط تبليغه شيء منه الدين لخبر: الرهن من رهنه أي من ضمانه له غنمه وعليه غرمه (رواه ابن حبان والحاكم وقال: على شرط الشيخين إلا في مسائل)^(١) .

ونصت المادة (٧٥٠) من المجلة على أنه ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن دون إذن الراهن . قال الأتاسي: لا باستخدام ولا سكنى ولا بلبس ولا بأخذ ثمرة ولا لبن ولا بإجارة ولا بإعارة، ولو فعل فهلك الرهن في تلك الحالة ضمنه ضمان الغصب^(٢) .

(١) المعاملات الشرعية المالية: ١٨٧، ١٨٨ — حاشية الشرقاوي على التحرير: ١٢٧/٢ .

(٢) شرح الأتاسي: ١٩٣/٣، ١٩٤ .

وقال ابن جزى: المنفعة في الرهن للراهن، فإذا اشترطها المرتهن جاز إن كان الدين من بيع أو شبهه ولم يجز إن كان سلفاً، لأنه سلف جر منفعة، فإن لم يشترطها المرتهن ثم تطوع له الراهن بها لم يجز لأنها هدية بديلة^(١).

وقال ابن رشد: والجمهور على أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن، وقال قوم: إذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد وإسحاق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (الرهن محلوب ومركوب)^(٢).

وفي المغني: ليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غيرهما وبغير رضا المرتهن، وبهذا قال الثوري: وأصحاب الرأي، لأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه.

وقال مالك وابن أبي ليلي والشافعي وابن المنذر: للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم فيه، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه^(٣).

ثم قال: فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافعتها معطلة، فإن كانت داراً أغلقت، وإن اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك^(٤). أما بالنسبة للمرتهن، فقد قال: إن ما لا يحتاج إلى مؤونة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال، لا نعلم في هذا خلافاً لأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه

(١) القوانين الشرعية: ص ٢١٣.

(٢) بداية المجتهد: ٢٧٣/٢.

(٣) المغني: ٣٤٩/٤.

(٤) ذات المصدر.

فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن إذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز لأنه يحصل قرضاً يجر منفعة وذلك حرام.

قال أحمد: أكره قرض الدور والربا المحض، يعني: إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع به المرتهن، وإن كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك.

روى ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال إسحاق.

فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة. وإن حاباه في ذلك فحكمه الانتفاع بغير عوض، ولا يجوز في القرض ويجوز في غيره^(١).

شرط الانتفاع في عقد الرهن:

قال أما إن اشترط في الرهن أن ينتفع به فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى الرهن. وعن أحمد أنه يجوز في المبيع.

وقال مالك: لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين، وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض.

أما ما يحتاج إلى مؤنة:

قال في المغني: إن أذن في الإنفاق والانتفاع بقدره جاز لأنه نوع معاوضة، أما عدم الإذن فإن الرهن ينقسم إلى قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما.

فأما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحريراً للعدل في ذلك.

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وهو قول لأحمد لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء لقول النبي ﷺ: «لا يغلِق الرهن من

(١) المغني: ٤/٣٤٤.

راهنه له غنمه وعليه غرمه» ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن^(١) ، وأما غير المحلوب والمركوب: كالدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته. فإن عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه، فإن فعل كان متبرعاً^(٢) .

وقال: إنه إذا انتفع المرتهن بالرهن حسب من دينه بقدر ذلك، قال أحمد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك، لأن المنافع ملك الراهن فإذا استوفاه فعلياً قيمتها في ذمته للراهن فيتقاض القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان^(٣) .

الصور التي يمكن للاقتصاد أن ينتفع بها من بيع الوفاء:

بيع الوفاء وثيق الصلة بخيار النقد حتى أن بعضهم أدخل بيع الوفاء في خيار النقد وأنه فرد من أفراد مسائله كابن نجيم.

وخيار النقد له صورتان كما أن لبيع الوفاء صورتين:

الأولى: أن يشترط المشتري إذا لم ينقد الثمن إلى مدة معلومة فلا عقد بينهما ومستعمل الخيار في هذه الصورة هو المشتري وإن كانت فائدته ترجع إلى البائع. ووصفوا هذه الصورة أنها بمنزلة اشتراط خيار الشرط للمشتري.

والصورة الأخرى: أن يتعاقد الطرفان وينقد المشتري الثمن ويتفقان على أن البائع إذا رد العوض في مدة معلومة فلا عقد بينهما ومستعمل الخيار هنا البائع وهو وحده المنتفع بالخيار وهذه الصورة ذات شبه تام ببيع الوفاء^(٤) .

وإن في بيع الوفاء مندوحة عن الربا المحرم حيث يصح اشتراط بعض

(١) المغني: ٣٤٥/٤ .

(٢) المغني: ٣٤٦/٤ ، ٣٤٧ .

(٣) ذات المرجع .

(٤) الموسوعة الفقهية: ١٨١/٢٠ ، ١٨٣ — المجلد: ٢٦٠/٩ ، ٢٦٢ .

منافع المبيع بالوفاء إلى المشتري كما يصح اشتراط بعض منافع المرهون وإباحتها للمرتهن .

وإن له أن يؤجر المبيع بالوفاء من البائع بعد التسليم وتكون الأجرة لازمة .

هذا ما يسر الله إليه في هذه العجالة والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على خاتم النبيين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أَخْلَاصَةُ لِبَيْعِ الْوَفَاءِ

أولاً — بيع الوفاء بصورته المعهودة:

ظهر أثر الكساد والديون التي تراكمت على التجار في بخارى وبعض البلاد الأخرى فأظهروا التعاقد به تحت ضغط الحاجة .

وقد أخذت به مجلة الأحكام العدلية التي كانت تطبق على بلاد كثيرة في الدولة العثمانية .

وقد أخذت المجلة المذكورة بالقول الذي يقضي بصحته في بعض الأحكام وفساده في بعض الأحكام واعتباره رهناً في بعض الأحكام وذلك طبقاً للمادة ٣٩٨ من المجلة وشروحها .

ثانياً — بيع الوفاء له صورتان:

الأولى: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع طبقاً للمادة ١١٨ من المجلة .

الثانية: هي بيع المال وفاء على أن يستأجره البائع طبقاً للمادة ١١٩ من المجلة .

ثالثاً — المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى:

(أ) يقول في صلب العقد: أبيعك هذه السلعة على شرط أنني إن أتيتك بثلثها وقت كذا أو مهما أتيتك بثلثها فهي مردودة عليّ .

(ب) وأطلق الشافعية عليه بيع العهدة .

(ج) ويسميه الحنابلة بيع الأمانة .

رابعاً — حكمه :

اختلف الفقهاء فيه على أقوال و خلاصته :

(أ) أنه بيع باطل وهو رهن ويأخذ أحكام الرهن .

(ب) بيع جائز صحيح من غير شرط ثم يذكر الشرط بعد ذلك على وجه المواعدة ويلزم الوفاء بالوعد .

(ج) بيع فاسد إن شرط الفسخ من البيع لكنه يوجب به الملك إن اتصل به القبض .

(د) إنه يأخذ أحكام البيع الصحيح والفاقد والرهن وقد سبق بيانه .

خامساً — الأصل المستند إليه في المنع والتحليل :

من منعه قال : إنه سلف جر نفعاً وإنه بيع بشرط ومن أجازته ، قال : إنه جوز للحاجة أو إنه من قبيل المواعدة وأنه يلزم الوفاء بالوعد .

أثر فوت المبيع وما يعتبر فوتاً وما لا يعتبر :

قالوا : إنه إذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته أما إذا لحقه عيب أنقص قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه .

أما إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري فإنه يسقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي .

وأما إذا كانت قيمة المال زائدة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة .

أما لو أتلفه أجنبي ضمن قيمته يوم هلك وتكون القيمة في يد المشتري إلى أن يأخذ دينه .

وقال المالكية: إن فاتت السلعة كان فيها الأكثر من القيمة والثلث .

أما الفوات عن طريق التصرف، فإنه لا ينفذ بل يتوقف على إجازة الآخر .

سادساً — حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري :

إذا نص في العقد على أن يكون قدر من منافع المبيع بيع وفاء للمشتري صح ذلك إذ لو لم يشترط لكان جميع منافع المبيع للمشتري وهذا على القول بأنه حكم المبيع وفاء حكم البيع الجائر .

سابعاً — العلاقة بين بيع الوفاء وعقد الرهن

ووجه التطابق بينهما :

قد يعقد بيع الوفاء بين بائع ومشتري دون أن يكون عندهما نية القرض والرهن ومن هذه الحالة يختلف بيع الوفاء عن الرهن وله الحق في أن يرد الثلث ليسترد ملكية المبيع، أما الراهن فيكون مديناً بالمبلغ الذي يرهن له ويجبر على سداه . وإن البائع وفاء لا تبقى له ملكية المبيع . غاية الأمر أن له أن يسترد هذه الملكية إذا رد الثلث .

ويتفق الرهن وبيع الوفاء عند الحنفية في أنه يفسده الشروع بخلاف الشافعية والحنابلة، فإنه يجوز رهن المشاع .

ويتفق العقدان في أن كلاً منهما لا يتم إلا بالتسليم، وأنه ليس لهما بيع المبيع أو رهنه من آخر، كذلك الراهن والمرتهن ليس لهما بيع المرهون أو رهنه من آخر .

كما يصح اشتراط بعض منافع المبيع وفاء للمشتري كاشتراط بعض منافع المرهون وإباحتها للمرتهن .

وإن مصاريف تعمير المبيع وفاء والمرهون على البائع والراهن، هذا وقد اعتبر بعض الفقهاء أن بيع الوفاء وثيق الصلة بخيار النقد وأنه فرد من أفراد مسأله، كابن نجيم.

وأن في بيع الوفاء مندوحة عن الربا المحرم. اهـ.

الدكتور عبد الله محمد عبد الله

أَحْكَامُ الرِّهْنِ
وَحُكْمُ الْإِنْتِفَاعِ بِالرِّهْنِ

إِعْتِدَادُ

الدُّكْتُورِ مُحَمَّدَ عَطَا السَّيِّدِ أَحْمَدَ

عَضُوَ مَجْمَعِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

(السُّودَانِ)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الرهن وقد ثبت هذا الجواز بالكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤْوِرِ الَّذِي أَوْثِقَ مِنْ أَمْنَتِهِ وَلِئِنْ أَلَّ اللَّهُ رَبِّي وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آيْمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٢٣﴾ (١) .

وروى البخاري في صحيحه عن محمد بن مقاتل عن عبد الله بن المبارك عن زكريا عن الشعبي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

«الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدرّ يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» (٢) .

وروى البخاري عن قتيبة عن جرير عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: (اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً ورهنه درعه) (٣) .

قال القرطبي في تفسيره:

(قال جمهور من العلماء: الرهن في السفر بنص التنزيل وفي الحضر ثابت بسنة الرسول ﷺ، وهذا صحيح .

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٣ .

(٢) صحيح البخاري «كتاب في الرهن في الحضر»، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع:

١١٥/٣ - ١١٦ .

(٣) المصدر السابق نفسه .

وقد بيّنا جوازه في الحضر من الآية بالمعنى، إذ قد تترتب الأعدار في الحضر، ولم يرو عن أحد منعه في الحضر سوى مجاهد والضحاك وداود متمسكين بالآية. ولا حجة فيها، لأن هذا الكلام وإن كان خرج مخرج الشرط فالمراد به غالب الأحوال وليس كون الرهن في السفر مما يحظر في غيره^(١). ثم أورد الأحاديث الصحيحة التي أوردناها أعلاه.

وأصل الرهن في اللغة هو الثبوت والدوام كقولهم وأرهنتم لهم الطعام والشراب أي أدمتمه لهم وهو طعام راهن وكذلك يطلق على الحبس كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٢).

﴿كُلُّ أُنثَىٰ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ﴾^(٣).

أي كل محبوس بكسبه بحيث لا ينفك عنهما عند الله تعالى سواء كان خيراً أو شراً. وأما معنى الرهن في الشرع فهو احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفى الحق من ثمنها أو من ثمن منافعتها عند تعذر أخذه من الغريم. هكذا حدّه العلماء^(٤). والمراد بقولهم وثيقة أي شيء متوثق به وذلك لأن الدين أصبح بحبس هذه العين محكماً لا يسع المدين أو تضييع عليه هذه العين كلها أو بعضها بحسب ذلك الدين. وفي الاصطلاح تسمى العين المرهونة رهناً وصاحبها الذي رهنها يسمى راهنأً وصاحب الدين مرتهنأً.

ومن شروط صحة الرهن أهلية التصرف من الجانبين وتفاصيل هذا الشرط متفق عليها إلا أن الفقهاء اختلفوا في رهن الصبسي المميز. فرأى الجمهور أن الصبسي المميز يصح أن يكون راهنأً أو مرتهنأً لأنه يعرف معنى المعاملة ويدرك ما يترتب عليها من منافع ومضار ومع هذا فإن عقده متوقف على إقرار الولي

(١) الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي: ٤٠٧/٣.

(٢) سورة المدثر: الآية ٣٨.

(٣) سورة الطور: الآية ٢١.

(٤) تفسير القرطبي: ٤٠٩/٣.

وذلك لضمان سلامة تصرفه من الخسارة. وخالف الشافعية وقالوا رهن الصبي لا يصح ولو كان مميزاً ولو أذن وليه.

وفي الشروط عند الحنفية أن لا يكون المرهون مشاعاً سواءً أكان عقاراً أو عروض تجارة أو حيواناً وخالفهم المالكية وقالوا بجواز رهن المشارع. قال القرطبي:

(لما قال تعالى: ﴿مقبوضة﴾ قال علماؤنا: فيه ما يقتضي بظاهره ومطلقه جواز رهن المشاع. خلافاً لأبي حنيفة وأصحابه، لا يجوز عندهم أن يرهنه ثلث دار ولا نصفاً من عبد ولا سيف، ثم قالوا: إذا كان لرجلين على رجل مال هما فيه شريكان فلهنهما بذلك أرضاً فهو جائز إذا قبضاها. قال ابن المنذر: وهذا إجازة رهن المشاع، لأن كل واحد منهما مرتهن نصف دار. وقال ابن المنذر: رهن المشاع جائز كما يجوز بيعه^(١).

ومن الشروط التي اختلف فيها الفقهاء هي أن تكون العين التي يراد رهنها موجودة وقت العقد فقد رأى الحنفية والشافعية والحنابلة عدم صحة الثمرة التي لم توجد لأن المالك لا يقدر على التسليم وقت العقد.

وخالف في ذلك المالكية حيث قال بعضهم: إذا كان المرهون معروفاً وقت العقد بالكلية فإنه لا يجوز رهنه وذلك كثمر الحديقة قبل بروزه، أما إذا برز ولو كان صغيراً فإنه يجوز رهنه باتفاق عندهم، وذهب بعضهم إلى جواز رهن المعدوم بالكلية كثمر الحديقة أو ولد الناقة أو نتاج القطيع لسنين قادمة إذا علق الرهن على عقد آخر من عقود البيع أو القرض^(٢).

(١) تفسير القرطبي: ٤١١/٣.

(٢) ويجب أن لا يختلط هذا باتفاقهم على عدم صحة بيع الثمار قبل أن تبرز ويبدو صلاحها... وحكمة الشارع في ذلك بالغة إذ من الواضح الجلي أن الشجر قد لا يثمر أو قد تسلط عليه آفة تعدم ثمره قبل أن يستوي. وللأسف تساهل بعض المسلمين في الاستمساك بهذه القاعدة الشرعية متبعين في ذلك القوانين الوضعية.

واختلف العلماء في رهن ما في الذمة ومثاله رجلان تعاملتا لأحدهما على الآخر دين فرهنه دينه الذي عليه. أجاز المالكية هذا الرهن وخالفهم بعض العلماء. قال القرطبي:

(قال ابن خُوَيْرَمَنْدَار: وكل عرض جاز بيعه جاز رهنه ولهذه العلة جوزنا رهن ما في الذمة لأن بيعه جائز ولأنه مال تقع الوثيقة به فجاز أن يكون رهناً قياساً على سلعة موجودة.

وقال من منع ذلك: لأنه لا يتحقق إقباضه والقبض شرط في لزوم الرهن، لأنه لا بد أن يستوفي الحق منه عند المحل ويكون الاستيفاء من ماليته لا من عينه ولا يتصور ذلك في الدين^(١) .

وقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، يقتضي حقيقة القبض عند الشافعي لأن الله تعالى لم يجعل الحكم إلا برهن موصوف بالقبض فإذا عدت الصفة يجب أن يعدم الحكم وهذا ظاهر جداً. وقالت المالكية يلزم الرهن بالعقد ويجبر الراهن على دفع الرهن ليجوز المرتهن لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهذا عقد، وقوله: ﴿بالمهد﴾ وهذا عهد. وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا شرط، فالقبض عندنا شرط في كمال فائدته^(٢) .

وقوله تعالى: ﴿مقبوضة﴾ كذلك يقتضي بينونة المرتهن بالرهن، ولا خلاف في صحة قبض المرتهن ولا في قبض وكيله ولكن اختلفوا في قبض عدل يوضع الرهن على يديه: (فقال مالك وجميع أصحابه وجمهور العلماء: قبض العدل قبض، وقال ابن أبي ليلى وقتادة والحكم وعطاء: ليس بقبض ولا يكون مقبوضاً إلا إذا كان عند المرتهن ورأوا ذلك تعبداً. وقول الجمهور أصح من جهة المعنى لأنه إذا صار عند العدل صار مقبوضاً لغة وحقيقة لأن العدل نائب عن صاحب الحق ويمتزلة الوكيل وهذا ظاهر)^(٣) .

(١) تفسير القرطبي: ٤١١/٣ .

(٢) تفسير القرطبي: ٤١٠/٣ .

(٣) تفسير القرطبي: ٤١٠/٣ .

وعند المالكية أن الرهن يبطل إذا خرج من يد المرتهن إلى الراهن بوجه من الوجوه لأنه فارق ما جعل له وهو قول أبي حنيفة غير أنه قال: إن رجع بعارية أو ودیعة لم يبطل. وقال الشافعي: إن رجوعه إلى يد الراهن مطلقاً لا يبطل حكم القبض المتقدم.

ولا يجوز غلق الرهن لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن ولصاحبه غنمه وعليه غرمه»^(١). وغلق الرهن هو تملك المرتهن الرهن إذا لم يؤد الراهن ما عليه في الوقت المعين وهذا من فعل الجاهلية الذي أبطله الإسلام.

قال القرطبي: (ورهن من أحاط الدين بماله جائز ما لم يُفلس ويكون المرتهن أحق بالرهن من الغرماء، قاله مالك وجماعة من الناس.

وروى عن مالك خلاف هذا - وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة - أن الغرماء يدخلون معه في ذلك وليس بشيء لأن من لم يحجر عليه فتصرفاته صحيحة في كل أحواله من بيع وشراء، والغرماء عاملوه على أنه يبيع ويشترى ويقضي، لم يختلف قول مالك في هذا الباب، فكذاك الرهن، والله أعلم^(٢).

حكم الانتفاع بالمرهون:

أما حكم الانتفاع بالمرهون فيجب التنبه إليه لعلاقته الظاهرة بالربا ويجب أن يكون محل عناية ونظر دقيقين. وفي الوجوه الظاهرة في هذه المعاملة هي أنه يعطي شخصاً شخصاً آخر مبلغاً من المال في نظير أن يحبس قطعة من الأرض أو حيواناً أو عربة أو منزلاً ويكون للمرتهن بمجرد العقد أن يتصرف في الرهن كيف يشاء فإما أن يؤجرها إلى الراهن ويضم قيمة الإيجار إلى المبلغ الأصلي وبذلك يزداد رأس مال الدين باطراد كل سنة، وإما أن يؤجرها إلى غير الراهن

(١) رواه الدارقطني من حديث سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن

المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنهم.

(٢) تفسير القرطبي: ٤١٤/٣.

ويأخذ قيمة الإيجار لنفسه بدون أن يخصمها من أصل المبلغ وإما أن يزرعها هو
ويأخذ الزرع من غير أن يكون للراهن أي نصيب فيه وفي جميع الحالات تبقى
الأرض تحت يده على سبيل الرهن .

كل هذه الصور من الانتفاع بالمرهون حرام فقد دل الكتاب والسنة وإجماع
الامة على تحريم الربا بسائر أنواعه وأقسامه واتفق العلماء من السلف والخلف
على أن فيها ربا القرض وقد اشتهر في ذلك قولهم: (كل قرض جر نفعاً فهو رباً)
بحيث صار كالضروي بين أهل العلم . واشترط مثل هذا الانتفاع بالمرهون
باطل لأنه ينافي مقتضى القرض إذ هو تمليك مال على أن يُرد مثله فقط احتساباً
للأجر من الله تعالى وكذلك ينافي مقتضى الرهن وهو كما عرفناه سابقاً جعل عين
متمولة تحت يد الدائن بدينه يستوفي منها عند تضرر الوفاء . . . وبذلك يكون
الانتفاع حراماً لأنه زيادة لا حق للدائن فيها والربا في الأصل الزيادة وفي الشرع
الزيادة في المال بغير وجه حق .

اتفق الفقهاء على أن ورود شرط للانتفاع بالمرهون في صلب عقد الرهن
إن كان من قرض حرام ومبطل للعقد واختلفوا فيما إذا لم يرد الشرط في العقد
ولكن اتفق عليه المتعاقدان شفاة . فرأى كثير من الشافعية أن لا حرمة على هذا
التواطؤ بين الراهن والمرتهن ولكن قال محققون منهم: هذا من حيث الظاهر
وأما من حيث الباطن فحرام، «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» .
وهو الذي يوافق قول الشافعي: والمرتهن لا ينتفع بشيء في الرهن خلا الإحفاظ
للوثيقة .

ورأى كثير من الحنفية أن الانتفاع بالرهن يمكن أن يفارق الفوائد الربوية،
فيصبح الانتفاع بالمرهون متى أمكن أن يفارق عقد الربا وذلك بأن يرهن له العين
ويأذن له في الانتفاع بها بشرط أن لا يذكر ذلك في عقد الرهن . ومتى أذن له
بالانتفاع فإنه لا يصح الرجوع بعد ذلك، وقالوا إن لذلك نظيراً وهو ما إذا اقترض
من شخص قرضاً ثم أهدى له هدية، فإنها إذا لم تكن مشروطة في العقد كانت
جائزة وهذا الرأي جدير بالاعتبار فقد تكون فيه سعة لأن الناس يصعب عليهم أن

يتركوا أموالهم بدون استثمار خاصة في هذا الزمن الذي غلبت فيه المادة وقد علمنا أيضاً ما فيه من متزلق في حرمة الربا. ونماء الرهن داخل معه إن كان لا يتميز كالسَّمَن أو كان نسلًا كالولادة والنتاج، وفي معناه فسيل النخل وما عدا ذلك من غلة وثمره ولبن وصوف فلا يدخل فيه إلا أن يشترطه. هذا وقول الحنفية نماء المرهون يتبعه ليس معناه أن المرتهن يستحقه ملكاً كما قد يتوهم بعض الناس، بل المعنى أن النماء يكون مرهوناً كالأصل.

قال الإمام ابن رشد في بداية المجتهد:

(والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن... وقال قوم: إذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه. وهو قول أحمد وإسحاق بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ: (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة).

وذكر بعض الفقهاء تحذر الجمهور من العمل بهذا الحديث وقالوا إنه يخالف أصولاً مجمعة عليها وأثارة ثابتة لا يختلف في صحتها. ولذلك رأى بعضهم أن الحديث كان قبل تحريم الربا وذكروا حديث ابن عمر رضي الله عنهما عند البخاري وغيره.

«لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه...» وذهب أكثرهم إلى التأويل وحملوا الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون فيباح حينئذٍ للمرتهن وهو قول الأوزاعي والليث وأبي ثور رحمهم الله تعالى.

واستند هذا الفريق من العلماء على حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنته: له غنمه وعليه غرمه».

ومعنى له غنمه وعليه غرمه أن له زيادته ونمائه وإذا نقص أو تلف فعليه. والحديث روي من طرق مختلفة - منها صحيح ومنها ضعيف وإنه روي مرفوعاً

وموقوفاً ومرسلاً^(١) . وتجدر الإشارة هنا إلى أن عدداً من الفقهاء نسب إلى الأئمة جواز الانتفاع بالحيوان المرهون من لبن وركوب ونحو ذلك في نظير أكله كما هو منصوص عليه في الحديث ومن غير ذكرٍ للتفصيل السابق من نسخ وتأويل للحديث .

أما المالكية فإنهم أجازوا الانتفاع بثمرة المرهون ونتاجه بثلاثة شروط :

١ - أن يكون الدين بسبب البيع لا بسبب القرض مثال ذلك أن يبيع شخص لآخر داراً أو أرضاً زراعية أو عروض تجارة أو نحو ذلك بضمن مؤجل فيرهن له في نظير ذلك عيناً لها فائدة فإن لصاحب الدين وهو المرتهن في هذه الحالة أن ينتفع بفائدة هذه العين المرهونة .

٢ - أن يشترط المرتهن «صاحب الدين» أن تكون منفعة العين المرهونة له، فإن تطوع له بها الراهن فإنه لا يصح .

٣ - أن تكون مدة المنفعة التي يشترطها معينة .

ويتضح هذا الأمر بإعطاء مثال: إذا أقرض شخص شخصاً مبلغاً من المال ورهن له بها منزلاً وانتفع بغلته، كان ذلك فائدة ربوية لأن الفائدة في هذه الحالة تكون في نظير القرض . أما إذا باع له المنزل بضمن مؤجل فهذا الثمن يكون دين بيع لا قرضاً . فإذا رهن منه عربية في نظير ذلك وانتفع بها فإنه يجوز لأن المنفعة ليست مقابلة للقرض، وإنما هي مقابلة لدين البيع، وذكر أن الحنابلة يوافقون المالكية في هذا المنحى فقالوا إن كان سبب دين الرهن قرضاً فإنه لا يصح الانتفاع بالمرهون، وإلاً فإنه يصح .

والخلاصة أن تحريم الانتفاع متفق عليه إجماعاً إذا نص عليه في عقد رهن في مقابلة قرض ورأى الحنفية الجواز إذا اتفقا عليه ولم ينصا في العقد ورأى

(١) قال في منتقى الأخبار: رواه الشافعي والدارقطني وقال: إسناد حسن متصل . وقال شارحه: إنه رواه أيضاً الحاكم وابن حبان في صحيحه .

فريق من الشافعية عدم الجواز في الحالتين وروي عن بعضهم جواز ذلك .

واختلف الفقهاء إذا كان المرهون شيئاً محتاجاً إلى النفقة كالعلف أو التشحيم أو النظافة فرأى كثير منهم الانتفاع به فيما يساوي قيمة النفقة فقط للحديث المذكور .

ورأى بعضهم أن لا ينتفع الدائن إلا إذا أبى صاحب العين الإنفاق عليها وهو ما تأولوا به الحديث .

ورأى المالكية والحنابلة جواز الانتفاع إذا كان الرهن في مقابل دين بيع واشترطها المرتهن لمدة معينة .

وبعد فالمؤمن راهناً كان أو مرتهناً ينظر لنفسه ويستفتي قلبه وإن أفتاه المفتون ويدع ما يريبه إلا ما لا يريبه وعلى الذين وسع الله عليهم في الرزق وأعطاهم أن يقرضوا ابتغاء وجه الله وقد أجاز لهم الشارع الكريم أن يستوثقوا بالرهن فلينزها أنفسهم وأموالهم عن الانتفاع به ما استطاعوا إلى ذلك سبيلاً .

خلاصة البحث

تناول البحث بيان معنى الرهن والنصوص التي تتعلق به وشروط صحته ثم حكم الانتفاع بالمرهون سواء كان أرضاً أو داراً للسكن أو حيواناً أو غير ذلك . أما كون الرهن جائزاً فذلك مما لا خلاف فيه فقد ثبت ذلك بالسنة الصحيحة والإجماع ومن أهم شروط صحته أهلية الراهن والمرتهن في التصرف كما هو معلوم في جميع العقود . ونخص بالذكر من هذه الشروط البلوغ فلا يصح أن يكون أحدهما صبيّاً غير مميز لأنه في حكم المجنون باتفاق أيضاً أما الصبي المميز فإنه يصح أن يكون راهناً أو مرتهناً لأنه يعرف معنى المعاملة ويدرك ما يترتب عليها من مضار ومنافع ومع هذا فإن عقده لا ينفذ إلا إذا أقره الولي .

اتفق الأئمة على هذا ما عدا الشافعية وعندهم لا يصح رهن الصبي ولو كان مميزاً ولو أذن وليه . ومما اختلف فيه العلماء رهن المشاع فمنعه الحنفية وأجازته غيرهم وكذلك وجود العين المرهونة وقت العقد وقد رأى الحنفية والشافعية والحنابلة عدم صحة رهن الثمرة التي لم توجد لأن المالك لا يقدر على التسليم وقت العقد وأجازته المالكية إذا برز الثمر وذهب بعضهم إلى جواز رهن المعدوم .

واختلفوا أيضاً في رهن ما فيه الذمة كالدين فأجازته المالكية وخالفهم آخرون بأن ما في الذمة لا يتحقق إقباضه والقبض شرط في لزوم الرهن . وقال الشافعية أن لا بد من حقيقة القبض وقالت المالكية يلزم الرهن بالعقد ويجبر الراهن على دفع الرهن ليحوزه المرتهن .

وقال العلماء ببينة المرتهن بالرهن واختلفوا في قبض عدل يوضع الرهن على يديه فأجازته الجمهور وخالفهم آخرون . وعند المالكية أن الرهن يبطل إذا

خرج من يد المرتهن إلى الراهن بوجه من الوجوه ووافقهم الحنفية وخالفهم الشافعية الذين قالوا إن رجوعه إلى يد الراهن مطلقاً لا يبطل حكم القبض المتقدم.

وبينا أن الإسلام ألغى عمل الجاهلية في غلق الرهن للحديث الوارد في ذلك وأخيراً ذكرنا رهن من أحاط الدين بماله وجواز ذلك ما لم يفلس ويكون المرتهن أحق بالرهن من الغرماء على خلاف في ذلك.

أما الانتفاع بالمرهون أرضاً أو حيواناً أو منزلاً أو غير ذلك فالحكم أنه حرام باتفاق إذا نص عليه في عقد الرهن لأنه قرض جر نفعاً. ورأى أكثر الحنفية وبعض الشافعية أن لا بأس بالانتفاع إذا اتفق عليه الطرفان ولم ينص عليه في العقد وشبهوه بأمر الهدية في الدين.

واختلف العلماء فيما إذا كانت العين المرهونة محتاجة إلى نفقة كعلف أو تشحيم أو نظافة دورية فرأى كثير منهم الانتفاع به فيما يساوي قيمة النفقة فقط لورود النص بذلك. ورأى بعضهم أن لا ينتفع الدائن إلا إذا امتنع صاحب العين من الإنفاق عليها وهو ما تأولوا به النص الوارد في ذلك.

وهناك تعامل آخر بين الناس أساسه عقد إيجار أو عقد بيع، فقد يشتري الرجل أحياناً عقاراً أو غيره، ويبقى من ثمن المبيع في ذمته مقدار ما، فيرهن المشتري للبائع بما بقي في ذمته من ثمن المبيع أرضاً زراعية مثلاً، ويذكر في صلب العقد أن هذه العين رهن في باقي الثمن، وأن للبائع حق الانتفاع بها مدة معينة.

فانتفاع صاحب الدين في مثل هذه الحادثة حلال عند المالكية والشافعية وكذلك حلال في رواية عند الحنابلة وحرام عند الحنفية.

والله أعلم.

الدكتور محمد عطا السيد سيّد أحمد

بَيْعُ الْوَفَاءِ وَحِكْمُهُ

إِعْدَاد

فَضِيلَةُ الشَّيْخِ شَرِيفِ مُحَمَّدِ عَبْدِ الْقَادِرِ

Handwritten text, possibly a signature or a name, written in a cursive script. The text is dark and appears to be written on a light background.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي كرمنا بقوله: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾، وشرفنا بالهداية إلى الحلال والحرام. والصلاة والسلام على محمد الذي كشف النور عن الظلام وعلى آله وأصحابه وفقهاء أمته إلى يوم القيامة.

أما بعد فإن بيع الوفاء عند الحنفية هو أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك عليّ من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي كما في قواعد الفقه للمفتي عميم الإحسان، وبين علاء الدين الحصكفي في كتابه الدر المختار صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين.

وسماه الشافعية بالرهن المعاد ويسمى بمصر بيع الأمانة وبالشام بيع الإطاعة ووجه تسمية بيع الوفاء أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن. وبعض الفقهاء يسميه بيع الجائز ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه - وبعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتره الدائن ليتفجع به بمقابلة دينه [كذا في رد المحتار: ٣٤١/٤].

وبيع الوفاء هو الرهن حقيقة في صورة البيع وهو الصحيح كما نقله ابن العابدين في رد المحتار على الدر المختار عن جواهر الفتاوى قال في الخيرية والذي عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن في حكم من الأحكام. قال السيد الإمام قلت للإمام الماتريدي قد فشا هذا البيع بين الناس. وفيه مفسدة عظيمة وفتواك أنه رهن وأنا أيضاً على ذلك فالصواب أن يجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس، فقال المعبر اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله. وبه صدر في جامع الفصولين فقال رامزاً لفتوى

النسفي: البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة وللبيع استرداده إذا قضى دينه. لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام. اهـ، ثم نقل ما مر عن السيد الإمام وفي جامع الفصولين ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشتري لأن بيع المعاملة والتلجنة حكمهما حكم الرهن وللراهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن. اهـ... [رد المحتار: ٣/٣٤٢].

إذا ثبت بأن بيع الوفاء والرهن سواء في الأحكام فلتشرع في بيان أحكام بيع الوفاء باسم الرهن والراهن والمرتهن والمرهون وذلك لأن اسم بيع الوفاء اسم جديد لا يرى استعماله في المصطلحات القديمة من عهد الصحابة والتابعين ولا في زمان فقهاء الدور الأول.

اختلف الأئمة في الجواز وعدم جواز الانتفاع بالمرهون للمرتهن أو للراهن، فرأى أبو حنيفة أنه لا يملك الراهن الانتفاع به، وقال الشافعي (رح) للراهن أن ينتفع به ما لم يضر المرتهن وأنكر أبو حنيفة ومالك والشافعي انتفاع المرتهن به خلافاً لأحمد (رح).

والأصل في الباب في حديث الظهر يركب إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب نفقته.

أخرج أبو داود عن أبي هريرة وابن ماجه عنه مرفوعاً قال: قال رسول الله ﷺ: «لبن الدر يحلب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يحلب ويركب النفقة». قال أبو داود هو عندنا صحيح. نقل صاحب المشكاة هذا الحديث عن صحيح البخاري. وروى الشافعي مسلماً عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» وروى مثله ومثل معناه لا يخالفه عنه عن أبي هريرة متصلاً. والعمل على هذا عند بعض أهل العلم وهو قول أحمد وإسحاق وقال بعض أهل العلم ليس له أن ينتفع من الرهن.

قال ابن حجر في تلخيص الحبير في تخريج أحاديث شرح رافع الكبير في هذا الحديث بأنه أعلّ بالوقف وأشار ابن أبي حاتم إلى رفعه .

فهذا الحديث بظاهره يدل على جواز الانتفاع بالمرهون، وبه أخذ أحمد وغيره للمرتهن، وحمله الشافعي على الراهن وجواز الانتفاع له، قال السيوطي في مرقاة الصعود شرح سنن أبي داود: تأوله الشافعي على الراهن وأحمد على المرتهن، وفي إرشاد الساري احتج به الإمام أحمد حيث قال: يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بمصلحة ولو لم يأذن له المالك، وأجمع الجمهور على أن المرتهن لا ينتفع من الرهن بشيء. قال ابن عبد البر: هذا الحديث منسوخ عند جمهور الفقهاء، ويرده أصول مجمع عليها وآثار لا يختلف في صحتها على نسخة حديث ابن عمر لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه، وقال: عن الشافعي ما يشبه أن يكون المراد لم يمنع الراهن من درها وظهرها فهي محلوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن، وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد في رواية عنه ليس للراهن ذلك لأنه ينافي حكم الرهن وهو الحبس الدائم وفي الجامع الصغير للسيوطي وشرح للعزيري: الرهن أي الظهر المركوب يركب بنفقته ويشرب لبن الدر، قال العلقمي: يجوز للمرتهن ذلك بإذن الراهن وإذا هلك لا ضمان عليه، وقال أحمد وإسحاق وطائفة يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون إذا قام بمصلحة وإن لم يأذن له المالك، ومنه أيضاً الظهر أي ظهر الدابة المرهونة مركب بنفقته إذا كان مرهوناً أي يركبه الراهن وينفق عليه عند الشافعي ومالك لأن له الرقبة، وليس للمرتهن إلا التوثق، أو المراد المرتهن له ذلك بإذن الراهن واستدلت طائفة بالحديث على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون إذا قام بمصلحة وإن لم يأذن له المالك، وحمله الجمهور على ما تقدم، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة، وهو الراهن وكذا عليه نفقته وإن لم ينتفع به، وبظاهر الحديث عمل أحمد بن حنبل، قال غيره لا يجوز الانتفاع به لكن منافعه كاللبن ونحوه يكون للراهن عند الشافعي ويكون رهناً كالأصل عندنا انتهى .

وأطال أبو جعفر الطحاوي في كتابه شرح معاني الآثار بحث الرهن والانتفاع بالمرهون للمرتهن أو الراهن، وقال: وقد ظهر من هذه العبارات وغيرها من كلمات الثقات أنهم اختلفوا في الحديث المذكور على أقوال، أحدها: حمله على انتفاع الراهن وهو مسلك الشافعية، وثانيها: حمله على المرتهن مطلقاً وإن لم يأذن له الراهن وهو مسلك الحنابلة وثالثها: حمله على انتفاع المرتهن بإذن الراهن وهو مسلك جمهور علماء الأمة ورابعها: كونه منسوخاً بتحريم القرض مع جر المنفعة، ولا يخفى على المنصف غير المتعصب أن أولى الأقوال فيه: حمله على انتفاع المرتهن عند إذن الراهن، لكن بشرط أن لا تكون مشروطاً حقيقة أو حكماً كما سيأتي، أما حمله على جواز انتفاع المرتهن مطلقاً يخالفه الأصول الشرعية والقواعد الممهدة النقلية الثابتة: - لا يجوز الانتفاع بملك الغير بدون إذنه صريحاً أو دلالة فإنه لا شك أن المرهون مملوك للراهن وليس للمرتهن إلاّ حق حبس التوثيق، فكيف يجوز له التصرف بغير إذن الراهن وإليه أشار ابن عبد البر المالكي في إرشاد السالك - وحمله على انتفاع الراهن يخالف تصريح ما ورد في بعض طرقه من ذكر المرتهن.

وقال صاحب الهداية وشرحها: إن حكم المرتهن عندنا صيرورة الرهن محتسباً بدين المرتهن حسباً دائماً بإثبات يد الاستيفاء منه فحسب، ولهذا لا يجوز عندنا انتفاع الراهن واسترداده لأنه يفوت موجه وهو الحبس الدائم، ويجوز عنده لعدم كونه منافياً لموجه وهو تعيينه للبيع، وأما إبداء احتمال أنه منسوخ كما ذكره الطحاوي فيخذه أن النسخ لا يثبت بالاحتمال، أن هذا الحكم كان في زمان إباحة الربا وإباحة القرض الذي جر منفعة وحكم بمنع كل ذلك لا يحكم بنسخه، نعم يصح أن يقال إنه معارض لخبر النهي عن القرض الذي جر منفعة، ومن المعلوم أنه عند التعارض بين الحل والحرمة ترجح الحرمة، والخبر المذكور هو ما ذكره صاحب الهداية وغيره في بحث الكراهية أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر نفعاً وهو وإن كان متكلاً فيه سنداً لكنه مؤيد بآثار الصحابة وعمل الأئمة.

وحقق عبد الحي اللكنوي بأن أصحاب الحنفية بعدما اتفقوا على أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن، اختلفوا في جوازه بالإذن على أقوال عديدة كما دلت عليه عباراتهم المختلفة، الأول: أنه جائز. الثاني: أنه ليس بجائز. والثالث: أنه جائز قضاء غير ديانة والرابع: أن الإذن إن كان مشروطاً فهو غير جائز وإلاً فهو جائز. والخامس: إن كان الإذن مشروطاً فهو حرام وإن لم يكن مشروطاً فهو مكروه وذكر عبارات مشاهيرهم الدالة على تفرقهم.

ثم قال وأولى الأقوال المذكورة وأصحها وأوفقها برواية الحديث هو القول الرابع، ما كان مشروطاً يكره وما لم يكن مشروطاً لا يكره، أما كراهة المشروط فلحديث كون القرض الذي جر منفعة ربا، وأما عدم كراهة غير المشروط فلحديث الظهر يركب ولبن الدر يشرب، والمراد بالكراهة التحريمية كما يفيد تعليقه بأنه ربا وهو المراد من الحرمة في قول من تكلم بحرمة المشروط فإن المكروه التحريمي قريب من الحرام بل كأنه هو... إلخ.

وملخص ما ذكر في الموسوعة الفقهية: ص ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٣:

حكم بيع الوفاء: اختلف الفقهاء في الحكم الشرعي لبيع الوفاء فذهب المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء فاسد، لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام، وفي هذا الشرط منفعة للبائع ولم يرد دليل معين يدل على جوازه فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشرطه فيه.

ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم وهو إعطاء الحال إلى أجل ومنفعة البيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته.

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد

لبعض أحكامه وهو انتفاع المشتري بالمبيع دون بعضها، وهو البيع من آخر. وحثهم في ذلك أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه فراراً من الربا فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشرطه فيه وإن كان مخالفاً للقواعد لأن القواعد تترك بالتعامل كما في الاستصناع.

وذهب أبو شجاع وعلي السغددي والقاضي أبو الحسن الماتريدي من الحنفية إلى أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع، فيثبت له جميع أحكام الرهن، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به ولو استأجره لم تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد عليه - وإذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وحثهم في ذلك أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وأمثال ذلك كثير في الفقه.

وهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند رد الثمن كان رهناً لأنه هو الذي يؤخذ عند أداء الدين.

قال ابن عابدين: في بيع الوفاء قولان الأول: أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك المشتري بيعه، قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى. الثاني: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ - صحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه، وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقرة والنمر، جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما، قال في البحر: وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع، وفي النهر: والعمل في ديارنا على ما رجحه الزيلعي.

وقال صاحب بغية المسترشدين من متأخري الشافعية: بيع العهدة صحيح جائز وتثبت به الحجة شرعاً وعرفاً على قول القائلين به، ولم أر من صرح بكرهته، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم،

وحكمت بمقتضاه الحكام وأقره من يقول به من علماء الإسلام مع أنه ليس من مذهب الشافعي وإنما اختاره من اختاره ولفقه من مذاهب للضرورة الماسة إليه ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفرغ عليه لا يخفى على من له إلمام بالفقه.

شرط بيع الوفاء عند من يجيزه :

لتطبيق أحكام بيع الوفاء شرطان عند من يجيزه لا بد من توافرها وهما :

(أ) أن يُنصَّ في العقد على أنه متى ردَّ البائع الثمن رد المشتري المبيع .

(ب) سلامة البدلين ، فإن تَلَفَ المبيع وفاءً وكانت قيمته مساويةً للدين (أي الثمن) سقط الذي في مقابلته ، وإن كانت زائدة على مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين ، وهو في هذا كالرهن عند الحنفية .

الآثار المترتبة على بيع الوفاء :

هناك آثار تترتب على بيع الوفاء عند من يجيزه من متأخري الحنفية وغيرهم نجملها فيما يلي .

أولاً – عدم نقله في الملكية :

إن بيع الوفاء لا يسوغ للمشتري التصرف الناقل للملك كالبيع والهبة عند من يجيزه ويترتب على ذلك عدة مسائل :

(أ) عدم نفاذ بيع المبيع وفاءً من غير البائع – وذلك لأنه كالرهن والرهن لا يجوز بيعه .

(ب) لا يحق للمشتري في بيع الوفاء الشفعة وتبقى الشفعة للبائع – ففي الفتاوى الهندية نقلاً عن فتاوى أبي الفضل أنه سئل عن كرم بيد رجل وامرأة باعت المرأة نصيبها من الرجل واشترطت أنها متى جاءت بالثمن رد عليها نصيبها – ثم باع الرجل نصيبه هل للمرأة فيه شفعة؟ قال أبو الفضل إن كان البيع

بيع معاملة ففيه الشفعة للمرأة، سواء كان نصيبها من الكرم في يدها أو في يد الرجل.

(ج) الخراج في الأرض المبيعة بيع الوفاء على البائع.

(د) لو هلك المبيع في يد المشتري فلا شيء لواحد منهما على الآخر.

(هـ) منافع المبيع بيع الوفاء للبائع كالإجارة وثمره الأشجار ونحوها، فلو باع داره من آخر بثمن معلوم ببيع وفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الأجر؟ قال: لا، فبين أن الملك لم ينتقل للمشتري إذ لو انتقل أوجبت الأجرة، وكذلك ثمر الشجر للبائع دون المشتري، فإن المشتري لو أخذ من ثمر الأشجار شيئاً فإن أخذه بإذن البائع برئت ذمته وإن أخذه بغير إذنه ورضاه ضمنها.

(و) انتقال المبيع وفاء بالإرث إلى ورثة البائع، فلو باع رجل بستانه من آخر بيع وفاءً وتقابضا ثم باعه المشتري من آخر بيعاً باتاً وسلم وغاب، فللبائع وورثته أن يخاصموا المشتري الثاني ويستردوا منه البستان، وكذا إذا مات البائع والمشتريان ولكل ورثة فلورثة المالك أن يستخلصوا من أيدي ورثة المشتري الثاني، ولورثة المشتري الثاني أن يرجعوا بما أدي من الثمن إلى بائعه في تركته التي في أيدي ورثته، ولورثة المشتري الأول أن يستردوه ويحسبوه بدين مورثهم إلى أن يقضوا الدين.

ثانياً — حق البائع في استرداد المبيع:

يحق للبائع أن يسترد مبيعه إذا دفع الثمن للمشتري في حالتي التوقيت وعدمه.

ثالثاً — أثر موت أحد المتعاقدان في بيع الوفاء:

سبق قريباً أنه إذا مات المشتري أو البائع بيع وفاء فإن ورثته يقومون مقامه في أحكام الوفاء نظراً لجانب الرهن.

رابعاً - اختلاف المتعاقدين في بيع الوفاء :

من أهم الأحكام التي تتعلق باختلاف المتعاقدين في بيع الوفاء ما يلي :
(أ) إذا اختلف المتعاقدان في أصل بيع الوفاء كأن قال أحدهما كان البيع باتاً أو وفاءً فالقول لمدعي الجد والبتات إلاً بقرينة الوفاء، وهناك قول آخر عند الحنفية أن القول لمدعي الوفاء استحساناً.
(ب) إذا أقام كل من المشتري والبائع البينة تقدم بيينة الوفاء، لأنها خلاف الظاهر.

(ج) إذا لم يكن لأحدهما بيينة فالقول قول مدعي البتات.

قال ابن عابدين: فتحصل أن الاستحسان في الاختلاف في البينة ترجيح بيينة الوفاء، وفي الاختلاف في القول ترجيح قول مدعي البتات، ومن القرائن الدالة على الوفاء نقصان الثمن كثيراً، وهو ما لا يتغابن فيه الناس عادة إلاً أن يدعي صاحبه تغير السعر.

المحور الثالث :

الانتفاع للاقتصاد بأوجه بيع الوفاء :

أما مسألة انتفاع الاقتصاد المعاصر من البيع بالوفاء فمعقدة للغاية نظراً إلى تعقيد المسائل الاقتصادية والمعاملات المالية والتجارية الحديثة والمتداولة على المستوى الدولي، وتتم معظم هذه المعاملات عن طريق البنوك التجارية التي تتعامل بالربا المحرم. ومن أجل التخلص من لعنة الربا في هذه المعاملات التي لا مفر منها للاقتصاد، يتوجب على طائفة من علماء العصر وفقهاء الأمة التفرغ للبحث في أوجه هذه المعاملات بكل تفاصيلها وتعقيداتها لإيجاد بدائل إسلامية لهذه المعاملات، ومن الممكن الاستفادة في هذا المجال بأوجه البيع بالوفاء الشرعية باعتبار البنك وسيطاً بين طرفي المعاملة، فيكون البنك راهناً لطرف ومرتهناً لطرف آخر ويبيع بالوفاء مع الطرفين على حدة بحيث يحقق البنك ربحه بدون ربط الثمن بنسبة مئوية من الفائدة.

الشيخ محمد عبد القادر

بَيْعُ الْوَفَاءِ

إِعْدَاد

فَضِيلَةُ السَّيِّدِ الْمُفْتِيِّ مُحَمَّدِ رَفِيعِ الْعِثْمَانِيِّ

رئيس الجامعة لدار العلوم كراتشي والمفتي بها
باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وشفيعنا ومولانا
محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين. أما بعد:

تقديم:

فقد أرسل الله تعالى الإنسان إلى الأرض، وخلق له ما في الأرض جميعاً،
وأباح له تملك الأشياء بأسباب شتى شرعها الله تعالى من البيع والشراء والهبة
والميراث والوصية وما إليها. وكان البيع والشراء من أهم أسباب التملك
وأوسعها نطاقاً، وأكثرها وقوعاً، لاغنى للإنسان عنهما، فالحياة تدور بهما،
وبهما تتم. ولذلك أباح الله تعالى البيع وأعلن بذلك في كتابه المبين، فقال:

﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

لبيع صور شتى، وأقسام متنوعة تسمى بأسماء مختلفة، تختلف أحكامها
من الصحة والفساد، والإباحة والحرمة وما إليها في ضوء الشريعة الإسلامية.

ومن أقسام البيع، قسم حادث من البيوع يسمى «بيع الوفاء» وهو بيع
استحدث بعد القرون الأربعة، لم يرد فيها نص صريح في القرآن والسنة بإباحته
أو حرمة. ولذلك اختلفت فيه آراء الفقهاء رحمهم الله، وهو الذي نحن بصدد
تحقيقه.

وقبل أن نخوض في بيان حكمه وآراء الفقهاء في ذلك نريد أن نبين أولاً
تعريفه بما يوضح صورته، وأساميه المختلفة، ثم بيان حكمه واختلاف الفقهاء
في ذلك.

وجدير بالذكر أن سادة الفقهاء الحنفية المتأخرين رحمهم الله أكثروا من

ذكره في كتبهم وفتاواهم، بعنوان واضح، وعبارات طويلة، بينما لم نجد عند غير الحنفية ذكر بيع الوفاء بعنوان واضح، إلا أن المالكية رحمهم الله ذكروه باسم «بيع الثنيا» كما سنذكره إن شاء الله تعالى. ولذلك نبدأ بموقف الأحناف في ذلك ثم المالكية ثم الشافعية والحنابلة. ونسأل الله تعالى أن يوفقنا للسداد، ويرينا الحق حقاً ويرزقنا اتباعه، ويرينا الباطل باطلاً ويرزقنا اجتنابه. إنه الموفق للحق والسداد.

تعريفه:

جاء في المجلة:

(بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يردَّ المشتري إليه المبيع)^(١).

قال الشامي:

(لا فرق بين أن يقول البائع على أن تردّه عليّ أو أن تبيعه مني)^(٢).

من صور بيع الوفاء:

- ١ — أن يبيعه العين بألف على أنه إذا ردَّ عليه الثمن ردَّ عليه العين^(٣).
- ٢ — أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بمالك عليّ من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي^(٤).
- ٣ — أو يقول: بعث منك هذا العين بكذا على أني إن دفعت إليك الثمن تدفع العين إليّ^(٥).
- ٤ — أن يقول: بعث منك على أن تبيعه مني متى جئت بالثمن^(٦).

(١) المجلة، مادة (١١٨).

(٢) ابن عابدين، رد المحتار: ٢٧٦/٥.

(٣) علاء الدين، الدر المختار: ٢٧٦/٥.

(٤) العناية على الهداية بهامش فتح القدير: ١٦٩/٨.

(٥) الفتاوى الهندية: ٢٠٩/٣.

(٦) جامع الفصولين: ٣٣٤/١.

أسماء أخرى لبيع الوفاء ووجوه التسمية :

١ - بيع الوفاء . قال الشامي :

(وجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين ردّ الثمن)^(١) .

٢ - البيع الجائر . قال الشامي :

(ولعله مبنيّ على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشتري أكل ريعه)^(٢) .

٣ - بيع المعاملة . قال الشامي :

(وبعضهم يسمي بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتره الدائن لينتفع به بمقابلة دينه)^(٣) .

٤ - بيع الأمانة . قال الشامي :

(ووجهه أنه أمانة عند المشتري بناء على أنه رهن أي كالأمانة)^(٤) .

٥ - بيع الإطاعة . وبيع الطاعة . قال ابن عابدين الشامي رحمه الله تعالى :

(وهو المشهور الآن في بلادنا، ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد)^(٥) .

مظان ذكر بيع الوفاء :

فقهاء الحنفية يذكرون هذا البيع في موضع من ثلاثة، فمنهم من ذكره في البيع الفاسد، كالبزازي، ومنهم من ذكره عند الكلام على خيار النقد من كتاب

(١) ردّ المختار: ٢٧٦/٥ .

(٢) ردّ المختار: ٢٧٦/٥ .

(٣) ردّ المختار: ٢٧٦/٥ .

(٤) ردّ المختار: ٢٧٦/٥ .

(٥) ردّ المختار: ٢٧٦/٥ .

البيوع كابن نجيم وقاضي خان، ومنهم من ذكره في كتاب الإكراه كالزليعي والمرغيناني صاحب الهداية وأصحاب شروح الهداية.

الفرق بين عامة البيوع وبيع الوفاء :

يفترق بيع الوفاء عن عامة البيوع من ناحية خاصة، ولذلك سُمِّي باسم خاص، ففي عامة البيوع حينما يتم البيع بين البائع والمشتري، ويقبض المشتري على المبيع والبائع على الثمن، ولم يكن لأحد خيار، يستبد كل واحد منهما بالتصرف في مملوكه كيف يشاء. يستبد البائع بالتصرف في الثمن المملوك، والمشتري بالتصرف في المبيع الذي تملكه بالبيع، بخلاف بيع الوفاء، فإن المشتري يلتزم فيه أنه لا يبيع المشتري ولا يخرج عن ملكه، بل يقيه في ملكه إلى أن يجيء البائع، ويردّ الثمن على المشتري، فبرّد المشتري المبيع إلى البائع، ولذا يجتمع في بيع الوفاء ثلاثة محظورات :

١ - بيع الوفاء بيع شرط فيه شرط لا يقتضيه العقد، وهو شرط ردّ المبيع إلى البائع إذا ردّ الثمن، فيلزم أن يكون بيعاً فاسداً. ويكون فسخه واجباً عند الأحناف، وكأنّ البائع في بيع الوفاء يحجر على المشتري، فيمنعه عن بيع المبيع لآخر مع أنه ملكه بالاشتراء، فكان حجراً على المالك من أجنبي، ولا عهد لنا به في الشرع.

٢ - بيع الوفاء بيع شرط فيه إقالة، وكل بيع شرط فيه إقالة يكون فاسداً^(١) فلزم أن يكون بيع الوفاء فاسداً.

٣ - حينما تتأمل في بيع الوفاء نجد أنه أشبه بالرهن من البيع، فكما أن في الرهن يأخذ الراهن الدين من المرتهن، ويعطيه المرهون، حتى إذا قضى دينه يأخذ المرهون من المرتهن كذلك البائع ههنا يأخذ المبلغ من المشتري ويعطيه المبيع حتى إذا ردّ عليه الثمن استردّ منه المبيع. فكان بيع الوفاء رهناً في

(١) راجع الهداية، باب خيار الشرط، المسألة الأولى دليل الإمام زفر: ١٩/٣، طبع ايج ايم سويد، كراتشي.

الحقيقة. ومن حكم الرهن حرمة الانتفاع بالمرهون للمرتهن عند جميع الفقهاء. وههنا ينتفع المشتري وهو المرتهن حقيقة بالمشتري الذي هو المرهون، فيلزم أن يكون حراماً. ولكن تعارفه بعض الناس احتيالياً للربا كما ذكره ابن عابدين في ردّ المحتار وغيرهم من الحنفية في كتبهم.

متى حدث هذا البيع :

لا نجد ذكر بيع الوفاء في كتب المتقدمين من فقهاء الحنفية وأئمتهم في القرون الأربعة الأولى، ولذلك نرى أن هذا البيع حدث بعد القرن الرابع في أوائل القرن الخامس الهجري، فقد أظهر رأيه في هذا البيع الإمام القاضي الحسن الماتريدي والسيد الإمام أبو شجاع والإمام علي السغددي، وهم من فقهاء القرن الخامس.

لماذا حدث هذا البيع :

نقل القاضي ابن سماوة عن بعض الفقهاء :

(البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالياً للربا وسمّوه بيع الوفاء، وهو رهن في الحقيقة... لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام، لأن المتعاقدين وإن سمّياه البيع، ولكن عرفهما الرهن والاستيثاق بالدين)^(١).

وقال ابن نجيم بعد ما ذكر موقف قاضي خان في ذلك :

(جاز البيع ولزم الوفاء، وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فراراً من الربا، فيلخ (أي أهالي بلخ) اعتادوا الدين والإجارة، وهي لا تصح في الكروم، وبخارى (أي أهالي بخارى) الإجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه)^(٢).

يظهر من كلام الفقهاء ومن العبارتين اللتين ذكرناهما آنفاً، أنه احتيج إلى

بيع الوفاء لأمر:

(١) جامع الفصولين: ١/٢٢٤.

(٢) البحر الرائق: ٨/٦.

الأول: كان الناس يريدون أن يأخذوا الديون لحاجاتهم، ويرهنوا أراضيهم لذلك. وكان المرتهن الدائن يأبى عن مبرّة الإقراض المستحب إلاّ بأن يأخذ عليه منفعة لنفسه، وبما أن الشرع حرّم على الدائن أن يأخذ على الدين ربحاً، لأن كل قرض جرّ منفعة فهو ربا. وبما أن الشرع حرّم على المرتهن أن ينتفع بالمرهون، لكونه ربا. احتال الناس إلى بيع الوفاء، لكي ينتفع المرتهن بالمرهون، فإن المرتهن يصير بهذه الحيلة مشترياً وللمشتري أن ينتفع بمملوكه كيف يشاء، إلاّ أنه وعد أن يرد على المشتري المبيع إذا ردّ عليه الثمن.

الثاني: (كما فهمته من عبارة البحر الرائق) أن أهالي بلخ كانوا يأخذون القرض من أحد، وكانوا يجيرون في مقابلته إلى الدائن بستان الكروم على أن العنب للمستأجر، ولكن إجارة الكروم على هذا الشرط لا يجوز عند الفقهاء، فاحتالوا ببيع الوفاء مكان الإجارة، لكي يكون هذا العقد تحت ضابط شرعي.

الثالث: أن أهالي بخارى كانوا يأخذون القرض ويدفعون في مقابلته أشجار البستان إجارة، على أن الثمرة للمستأجر، ولكن إجارة الأشجار^(١) على هذا الشرط لا يجوز عند الفقهاء، فاحتالوا ببيع الوفاء، ليكون هذا العقد تحت أصل كلي مباح.

حكم بيع الوفاء عند فقهاء الحنفية:

اضطربت آراء فقهاء الحنفية في حكم بيع الوفاء. وذكر ابن نجيم في البحر الرائق، وابن البزاز الكردي في الفتاوى البزازية أن لفقهاء الحنفية في بيع الوفاء

(١) في الفتاوى الهندية: ولا تجوز إجارة الشجر على أن الثمر للمستأجر، وكذلك لو استأجر بقرة أو شاة، ليكون اللبن أو الولد له، كذا في محيط السرخسي. [الفتاوى الهندية: ٤٤٢/٤، كتاب الإجارة].

وقال ابن عابدين في باب المساقاة تحت قول الماتن: (وإذا انقضت المدة ترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر، وفي المزارعة بأجر) (قوله ترك بلا أجر) أي للعامل القيام عليها إلى انتهاء الثمرة، لكن بلا أجر عليه، لأن الشجر لا يجوز استئجاره (قوله وفي المزارعة بأجر) أي في الترك والعمل، لأن الأرض يجوز استئجارها. [رد المحتار: ٢٨٦/٦].

ثمانية آراء. [راجع لتفصيل تلك الآراء: البحر الرائق: ٨/٦ و ٩؛ والفتاوى
الجزايرية على هامش الهندية: ٤/٤٠٥؛ وجامع الفصولين: ١/٢٣٤]. لكن
العمدة في بيع الوفاء أربعة أقوال:

الأول: قال بعض الفقهاء أنه رهن في الحقيقة، لا يملكه (أي المشتري)
ولا يتفجع به إلا بإذن مالكة^(١)، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق بينه وبين
الرهن في حكم من الأحكام، لأن المتعاقدين وإن سمياه البيع، ولكن عرفهما
الرهن والاستيثاق بالدين، إذا العاقد يقول لكل أحد بعد هذا العقد: رهنتم ملكي
فلاناً، والمشتري يقول: ارتهنتم ملك فلان، والعبرة في التصرفات للمقاصد
والمعاني، لا للألفاظ والمباني، فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة والكفالة
بشرط البراءة حوالة. وهذا هو مذهب الإمام الحسن الماتريدي، والسيد
أبي شجاع وابنه، والإمام علي السغددي^(٢).

الثاني: أنه بيع غير صحيح، واختاره صاحب الهداية وأولاده أعني لا يملك
المشتري عندهم بيعه من الغير كما في بيع المكروه، لا كالبيع الفاسد بعد
القبض^(٣).

الثالث: ما اختاره قاضيخان وهو من طبقة المجتهدين في المسائل عند
الأحناف، فقال:

(والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا،
ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وإن لم يذكر ذلك في البيع

(١) قلت: هكذا ذكره ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين: ١/٢٣٤؛ وابن عابدين في رد
المحتار: ٥/٢٧٦ مطلقاً، ولكن المتأخرين من الحنفية لم يبيحوا انتفاع المرتهن
بالمرهون، وإن كان بإذن الراهن، لأن العرف قد جرى بالانتفاع بالرهن، والمعروف
كالمشروط. ولذلك ذكر ابن عابدين نفسه في رد المحتار في كتاب الرهن أنه لا يحل
للمرتهن ذلك ولو بالإذن، لأنه ربا. [راجع رد المحتار: ٦/٤٨٢، ٦/٥٢٢].

(٢) الفتاوى الجزايرية: ٤/٤٠٥؛ وجامع الفصولين: ١/٢٣٤؛ ورد المحتار: ٥/٢٧٦.

(٣) راجع الهداية وشروحها من العناية والكفاية وفتح القدير، كتاب الإكراه.

وتلفظا بلفظة البيع بشرط الوفاء، أو تلفظا بالبيع الجائز، وعندهما هذا البيع عبارة عن عقد غير لازم فكذا، وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد لأن المواعدة قد تكون لازمة فتجعل لازمة لحاجة الناس^(١).

الرابع: القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد في حق بعض الأحكام، حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في حق بعض الأحكام، كحلّ الإنزال ومنافع المبيع، ورهن في حق البعض، حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه، وسقط الدين بهلاكه، فهو مركب من العقود الثلاثة، جوز لحاجة الناس إليه، بشرط سلامة البدلين لصاحبهما. قال ابن نجيم:
(وينبغي أن لا يعدل في الإفتاء عن القول الجامع)^(٢).

والذي نراه أن القول الثالث والرابع لا يتنافيان، بل يجتمعان في أن القول الثالث يبيّن كيفية صحة هذا العقد، والقول الرابع يبيّن الأحكام التي تنبّي على صحة هذا العقد.

ما هو الراجح من تلك الأقوال:

قد تبين مما حررنا سابقاً أن المقصود من بيع الوفاء كان في الحقيقة رهناً غيروه إلى بيع حتى ينتفع الدائن بمقبوضه. فلو نظرنا إلى المعنى والمقصود لوجب لنا أن نقول بما قاله أصحاب القول الأول، ونُجري عليه أحكام الرهن، أما إذا نظرنا إلى الألفاظ والمباني نجد أن القول الثالث الذي اختاره قاضي خان هو الراجح، وبه أفتى مشائخ الحنفية من المتأخرين.

فالترجيح للقول الثالث كما يظهر مما يلي:

١ - ذكر ابن قاضي سماوة في جامع الفصولين:

(قال النسفي: اتفق مشايخ زماننا على صحته بيعاً على ما كان عليه بعض

(١) الفتاوى الخانية بهامش الهندية: ١٦٥/٢.

(٢) البحر الرائق: ٩/٦؛ وردّ المختار: ٢٧٧/٥.

السلف، لأنهما تلفظا بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه، والعبرة للملفوظ دون المقصود، فإن من تزوج امرأة على نية أن يطلقها بعد ما جامعها، صح العقد. أقول أن الانتفاع به مقصود كما أن الاستيثاق به مقصود، فلا وجه لجعله رهناً مع رضاه بالانتفاع، فعلى هذا لا يكون رهناً لا لفظاً ولا غرضاً^(١).

٢ - قال علاء الدين الحصكفي في كتابه الدر المختار في شرح تنوير

الأبصار:

(وقيل إن بلفظ البيع لم يكن رهناً، ثم إن ذكر الفسخ فيه أو قبله، أو زعماء غير لازم كان بيعاً فاسداً، ولو بعده على وجه الميعاد جاز، ولزم الوفاء به، لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس، وهو الصحيح كما في الكافي والخانية، وأقره خسرو هنا والمصنّف في باب الإكراه، وابن الملك في باب الإقالة)^(٢).

٣ - وفي مجلة الأحكام العدلية:

(الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة أو خاصة، ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء، فإنه لما كثرت الديون على أهالي بخارى مسّت الحاجة إلى ذلك، فصار مرعياً)^(٣).

٤ - وبه أفتى المشايخ من أهل الفتاوى في شبه القارة الهندية (باكستان والهند) منهم فضيلة الشيخ أشرف علي التهانوي^(٤) وفضيلة والدي الشيخ المفتي محمد شفيع^(٥) وغيرهم من العلماء والمفتين.

الأصل المستند إليه في التحليل أو المنع:

ربما يتوهم ظاهراً من تحليل بيع الوفاء أن هذه حيلة لأخذ ما كان ربا.

(١) جامع الفصولين: ٢٣٥/١.

(٢) الدر المختار: ٢٧٧/٥.

(٣) مادة: ٣٢.

(٤) إمداد الفتاوى: ١٠٦/٣ - ١٠٩.

(٥) إمداد المفتين: ٨٣٨/٢.

ولكن حينما نتأمل نجد أن هذا الوهم ليس في محلّه، فإنه لو أخذ المرتهن من الراهن الشيء المرهون، وانتفع به لكان ربا وحراماً داخلاً في قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ لأن كل قرض جرّ منفعة فهو ربا. أما إذا اشترى رجل أو مرتهن ذلك الشيء من رجل أو راهن، وتملكه ببيع وانتفع به فهو بيع داخل في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.

أما كون هذا من الحيل فليست كل حيلة ممنوعةً شرعاً. فقد ذكر أخي العزيز الشيخ المفتي القاضي محمد تقي العثماني في كتابه «تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم» تحت حديث «قاتل الله اليهود، حرم الله عليهم الشحوم، فباعوها وأكلوا أثمانها» ما نصه:

(والحق كما قال الآلوسي في تفسير روح المعاني: ٢٣/٢٠٩، تحت قوله تعالى: ﴿فَأَضْرِبْ يَدَيْهِمْ وَلَا تَحْنُتْ﴾ [ص: ٤٤].

إن الحيلة كلما أوجبت إبطال حكمة شرعية لا تقبل، كحيلة سقوط الزكاة وسقوط الاستبراء. وأما إذا توصل بها الرجل إلى ما يجوز فعله، ودفع المكروه، بها عن نفسه وعن غيره فلا بأس بها. وقال السرخسي رحمه الله في كتاب الحيل من المبسوط: ٣٠/٢١٠، (فالحاصل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن، وإنما يكره ذلك أن يحتال في حق الرجل حتى يبطله أو في باطل حتى يموهه، أو في حق حتى يدخل فيه شبهة، فما كان على هذا السبيل فهو مكروه، وما كان على السبيل الذي قلنا أولاً فلا بأس به) واستدل على جواز الحيلة المشروعة بقوله تعالى: ﴿وَأَضْرِبْ يَدَيْهِمْ وَلَا تَحْنُتْ﴾ [ص: ٤٤].

فإن ذلك تعليم حيلة، ويقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِمَهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رِجْلِ أَخِيهِ﴾ [يوسف: ٧٠].

فإنه حيلة. وجاء السرخسي رحمه الله تعالى بعدة أحاديث وآثار تدل على جوازها.

قال العبد الضعيف عفا الله عنه: ومن أقوى ما يدل على جواز الحيلة المشروعة ما أخرجه الشيخان والنسائي عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خبير، فجاءهم بتمر جنيب، فقال: أكل تمر خبير هكذا؟ قال: إنا لنأخذ الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاث، قال: لا تفعل، بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً. الحديث.

هذا هو حيلة للتوصل إلى طريق حلال، فما كان من هذا القبيل فهو جائز قطعاً، وأما حيلة اليهود في تحليل السبت وبيع الشحوم وأكل ثمنها، فكانت من قبيل إبطال الحكمة الشرعية، فإن الشريعة قصدت منعهم عن الصيد يوم السبت وعن أكل الشحوم وبيعها، ففعلوا ما حصل منه ذلك بعينه، وإنما غيروا الطريق أو التعبير، وقدمنا أن مجرد تغيير الاسم لا يؤثر في حل الشيء وحرمة حتى تتغير حقيقته^(١).

وفي مسألتنا أي مسألة بيع الوفاء تغيرت حقيقة العقد، فإن حقيقة بيع الوفاء كانت رهنأ في الأصل، ثم غيروا الرهن إلى البيع. ولا شبهة في جواز البيع فكان جائزاً كما ذكرنا أولاً. والله سبحانه أعلم.

أحكام بيع الوفاء:

إذا ثبت أن القول الثالث والرابع من أقوال الفقهاء هو مختار الحنفية المتأخرين، نريد أن نذكر جملة من أحكامه، ونوزعها على قسمين:

- ١ - صحة هذا العقد.
- ٢ - الأحكام التي تنبني على صحة هذا العقد.

صحة هذا العقد:

يمكن تصوير هذا العقد على أربع صور:

(١) تكملة فتح الملهم بشرح صحيح مسلم: ٥٦٥/١.

الصورة الأولى:

تبايعا بيعاً بدون شرط، وأضمرا في القلب بأن البائع إذا جاء وردَّ الثمن يرد المشتري إليه المبيع ويأخذ الثمن، فلا نزاع في جوازه.

الصورة الثانية:

تبايعا بيعاً، وذكرنا شرط الفسخ في صلب البيع، أو ذكرنا لفظه بيع الوفاء أو البيع الجائز، أراداً به عقداً غير لازم يكون بيعاً فاسداً. لأن هذا بيع شرطت فيه إقالة فاسدة، لجهالة المدة، ولو شرطت الإقالة الصحيحة في البيع يكون فاسداً، فكان فساد هذا أولى.

الصورة الثالثة:

تبايعا بيعاً بدون شرط، ثم ذكرنا الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع ويلزمهما الوفاء بالعهد.

التفصيل: يجب هنا (في الصورة الثالثة) أن نبحث عن أمرين لا بد من ذكرهما، وإيراد ما يرد عليهما.

الأول: جواز البيع، يرد عليه أنه كيف جاز هذا البيع عند الحنفية مع أن ذكر الشرط بعد العقد يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو بعد مجلس العقد، فيصير بيع الوفاء كأنه شرط في العقد، وإن ذكره بعد انتهاء المجلس.

والجواب أن هذا مذهب الإمام أبي حنيفة، وقد خالفه أصحابه (الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن) في ذلك، وهو رواية عن الإمام أبي حنيفة أيضاً. فعندهما لا يلتحق الشرط بعد العقد، وهو الراجح عند الأحناف.

قال الشامي: قيل يلتحق عند أبي حنيفة، وقيل لا، وهو الأصح كما في جامع الفصولين في الفصل رقم ٣٩، لكن في الأصل أنه يلتحق عند أبي حنيفة، وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس. وتماهه في البحر. قلت: هذه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة، وقد علمت تصحيح مقابلهما، وهي قولهما^(١).

(١) شامي، رد المحتار: ٨٤/٥.

الثاني: مسألة لزوم الوعد والوفاء بالعهد.

قال الطيبي:

(واعلم أن الوعد أمر مأمور الوفاء به في جميع الأديان، حافظ عليه الرسل المتقدمون، قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَهَيِّئُ الَّذِينَ الَّذِينَ وَوَقَّ﴾ ومدح ابنه اسماعيل يعني جد نبينا عليهم السلام بقوله عز وجل: ﴿إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ﴾ يقال: إنه وعد إنساناً في موضع، فلم يرجع إليه فأقام عليه حتى حال عليه الحول^(١).

فكان إيفاء الوعد أمراً مأموراً به في جميع الشرائع، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾.

— وهذا كله ديانة، ولكن اختلف الفقهاء في أنه هل يجب على الواعد الوفاء بالوعد قضاءً أيضاً، فالمشهور أن الوعد عند فقهاء الحنفية لا يكون ملزماً في القضاء، ولكن قد صرح كثير من متأخري فقهاء الحنفية أن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس. قال قاضي خان رحمه الله تعالى:

(وإن ذكرا البيع من غير شرط، ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع، ويلزم الوفاء بالوعد، لأن المواعدة قد تكون لازمة، فتجعل لازمة لحاجة الناس)^(٢).

وقال الشامي:

(وفي جامع الفصولين أيضاً: لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد، جاز البيع، ولزم الوفاء بالوعد، إذ المواعدة قد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس)^(٣).

وهناك فرق آخر ذكره فضيلة والدي الشيخ المفتي محمد شفيع في تفسيره

(١) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لملاً علي القاري، المكتبة الإمدادية، ملتان (باكستان).

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الهندية: ١٦٥/٢.

(٣) رد المحتار: ٨٤/٥.

المعروف «بمعارف القرآن» بين الوعد وبين العهد، أو بلفظ آخر بين الوعد وبين المواعدة، وملخص ما ذكره الشيخ أن هناك وعداً يعد به إنسان لآخر من تلقاء نفسه، فهذا وعد يجب عليه الوفاء به ديانة (إلاً لعذر شرعي) ولكن لا يجبر الواعد على الوفاء به قضاء .

وهناك عهد، أو عقد، أو مواعدة يتفق عليه رجلان ويتعهدان به، فهذا عهد وعقد يجب على الواعد الوفاء به ديانة وقضاء، فلو لم يف به الواعد يسمح لآخر أن يذهب إلى المحكمة، ويُجبر الآخر على الوفاء بذلك^(١) .

الصورة الرابعة :

تواضع البائع والمشتري قبل العقد على بيع الوفاء، ثم تباعاً بيعاً خالياً عن الشرط، جاز البيع، ويلزمهما الوفاء بالوعد .

التفصيل : اختلف فقهاء الحنفية في ذكر الشرط قبل العقد، هل يلغو الشرط؟ أم يكون هذا البيع فاسداً؟ أم يكون البيع صحيحاً، ويلزم الوفاء بالعهد؟ قال البعض: يلغو الشرط، ولا عبرة بالمواضعة السابقة على العقد. قال ابن عابدين ناقلاً عن جامع الفصولين :

(وكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء، فالعقد جائز، ولا عبرة بالمواضعة السابقة)^(٢) .

وذكر البعض أن البيع يكون فاسداً في هذه الصورة، قال العلاء الحصكفي :

(ثم إن ذكر الفسخ فيه أو قبله أو زعماه غير لازم كان بيعاً فاسداً، ولو بعده على وجه الميعاد جاز، ولزم الوفاء به)^(٣) .

ورجح البعض أن في هذه الصورة الرابعة يكون البيع صحيحاً، ويلزمهما

(١) راجع تفسير معارف القرآن: ٤٦٨/٥ .

(٢) رد المختار: ٢٧٦/٥؛ وجامع الفصولين: ٣٣٦/٢ .

(٣) الدر المختار: ٢٧٧/٥ .

الوفاء بالعهد. وإليه مال حكيم الأمة فضيلة الشيخ أشرف علي التهانوي^(١) ناقلاً
عن ابن عابدين الشامي رحمه الله ما نصه:

(وقد سئل الخير الرملي عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده،
وعقدا البيع خالياً عن شرط، فأجاب بأنه صرّح في الخلاصة والفيض والتاريخانية
وغيرها بأنه يكون على ما تواضعا)^(٢).

وناقلاً عن الدر ما نصه: (إنه صحيح لحاجة الناس، فراراً من الربا، وقالوا
ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه)^(٣).

وقال القاضي ابن سماوة في جامع الفصولين:

(شرطاً شرطاً فاسداً قبل العقد، ثم عقداً، لم يبطل العقد، ويبطل
لو تفارقاً)^(٤).

إزاحة الشبهة:

وربما تقع ههنا شبهة ذكرها أخي العزيز الشيخ القاضي محمد تقي العثماني
— حفظه الله تعالى — وأجاب عنها بما يثلج الصدور في مقالته القيمة (الطرق
المشروعة للتمويل العقاري) ونقل عبارته بلفظها:

(وربما يقع ههنا إشكال، وهو أن المواعدة إذا وقعت قبل العقد، فالظاهر
أنه ملحوظة عند العقد لدى الفريقين، ولو لم يتلفظ بها صراحة عند الإيجاب
والقبول، وأنهما لا يبنيان العقد المطلق إلا على أساس ذلك الوعد السابق. فلم
يبق هناك فرق بين هذا العقد المطلق الذي سبقه مواعدة من الفريقين وبين العقد
الذي شرط فيه العقد الآخر صراحة. وينبغي أن يكون الحكم دائراً على حقيقة
المعاملة دون صورته، وأن تكون المواعدة السابقة في حكم الشرط في البيع في
عدم الجواز.

(١) إمداد الفتاوى: ١٠٩/٣.

(٢) رد المحتار: ٨٤/٥.

(٣) الدر المختار: ٢٨٠/٥.

(٤) جامع الفصولين: ٢٣٧/٢.

والجواب عن هذا الإشكال على ما ظهر لي - والله سبحانه أعلم - أن الفرق بين المسألتين ليس في الصورة فحسب، بل هناك فرق دقيق في الحقيقة أيضاً، وذلك أن العقد الواحد إن كان مشروطاً بالعقد الآخر، والذي يعبر عنه بالصفقة في الصفقة لا يكون عقداً باتاً، وإنما يتوقف على عقد آخر، بحيث لا يتم العقد الأول إلا به، فكان في معنى العقد المعلق أو العقد المضاف إلى زمن مستقبل. فإذا قال البائع للمشتري بعثك هذه الدار على أن تؤجر الدار الفلانية لي بأجرة كذا فمعناه أن البيع موقوف على الإجارة اللاحقة، ومتى توقف العقد على واقع لاحق خرج من حيز كونه باتاً، وصار عقداً معلقاً، والتعليق في عقود المعاوضة لا يجوز. ولو حكمنا بمقتضى هذا العقد وامتنع المشتري من الإجارة، فإن ذلك يستلزم أن يرتفع البيع تلقائياً، لأنه كان مشروطاً بالإجارة، وعند فوات الشرط يفوت المشروط. فالعقد إن شرط معه عقد آخر، كان ذلك في معنى تعليق العقد الأول على العقد الثاني، وصار كأنه قال: إن أجرنتي الدار الفلانية بكذا، فداري بيع عليك بكذا. وهذا مما لا يجيزه أحد، لأن البيع لا يقبل التعليق.

وهذا بخلاف ما لو ذكرنا ذلك على سبيل المواعدة في أول الأمر، ثم عقدا البيع مطلقاً عن شرط فإن البيع ينعقد من غير تعليق بيعاً تاماً، ولا يتوقف تمامه على عقد الإجارة، فلو امتنع المشتري من الإيجار بعد ذلك، فإنه لا يؤثر على هذا البيع البات شيئاً، فيبقى البيع تاماً على حاله. وغاية الأمر أن يجبر المشتري على الوفاء بوعده على القول بلزوم الوعد، لأنه أدخل البائع في البيع بوعده، فلزم عليه أن يفي بذلك الوعد قضاء عند المالكية، وهذا شيء لا أثر له على البيع البات الذي حصل بدون أي شرط، فإنه يبقى تاماً ولو لم يف المشتري بوعده.

وبهذا تبين أن البيع إذا اشترط فيه العقد الآخر يبقى متردداً بين التمام والفسخ، وإن هذا التردد يورث فيه الفساد، بخلاف البيع المطلق الذي سبقه الوعد بالشيء، فإنه يتم في كل حال، وغاية الأمر أن يكون الوعد السابق لازماً على المشتري على قول من يقول بلزوم الوعد^(١).

(١) الطرق المشروعة للتمويل العقاري، للقاضي محمد تقي العثماني.

الأحكام التي تنبني على صحة هذا العقد :

منها ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية :

(مادة: ١١٨) بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائر بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى اقتدار كل من العاقدين على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير.

(مادة: ٣٩٦) كما أن البائع وفاء له أن يردّ الثمن، ويأخذ المبيع كذلك للمشتري أن يردّ المبيع، ويسترد الثمن.

(مادة: ٣٩٧) ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر.

(مادة: ٣٩٨) إذا شرط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صحّ ذلك مثلاً لو تقاوى البائع والمشتري وتراضيا على أن الكرم المبيع يبيع الوفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صحّ ولزم الوفاء بذلك على الوجه المشروح.

قال الشارح خالد الأتاسي :

(لما صرح به في البزازية وجامع الفصولين، وذكره في البحر وردّ المحتار من أن القول الجامع لبعض المحققين أن بيع الوفاء فاسد في حق بعض الأحكام، حتى ملك كل منهما الفسخ، صحيح في بعض الأحكام، كحل الإنزال، ومنافع المبيع رهن في حق البعض، حتى لا يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه... إلخ، وقد علمت أن المجلة اختارت هذا القول، فاتضح بما ذكرنا أن منافع المبيع ثابتة للمشتري وفاء بدون اشتراط، لكن بالنظر لكونه رهناً في حق بعض الأحكام، صحّ اشتراط حصته من المنافع للمشتري، وباقبها للبائع، لأن منافع الرهن لا يملكها المرتهن بدون إذن الراهن)^(١).

(١) شرح المجلة: ٤٢١/٢.

(مادة: ٣٩٩) إذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين، وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته .

(مادة: ٤٠٠) إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين، وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته، واسترد المشتري الباقي، وأخذه من البائع .

(مادة: ٤٠١) إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين، وهلك المبيع في يد المشتري، سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين، وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي . وأما إن كان بلا تعدٍ، فلا يلزم المشتري أداء تلك الزيادة .

(مادة: ٤٠٢) إذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث .

(مادة: ٤٠٣) ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء ما لم يستوف المشتري دينه .

المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى :

عند المالكية :

فقهاء المالكية رحمهم الله يسمّون هذا البيع ببيع الثنايا . فقد قال الإمام الحطاب :

(بيع الثنايا، هو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أن آتيك بالثمن إلى مدة كذا، أو متى آتيك به، فالبيع مصروف عني)^(١) .

ثم قال :

(تنبيه: الأكثر على أن بيع الثنايا هو ما تقدم . وقال ابن رشد في المقدمات أن بيوع الشروط كلها تسمى بيوع الثنايا . وقال ابن عرفة: عمم ابن رشد لفظ بيع

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص ٢٣٣ .

الثنايا في بيعات الشروط، وخصصه الأكثر بمعنى قولها في بيوع الآجال من ابتاع سلعة على أن البائع متى ردَّ الثمن فالسلعة له لم يجز^(١).

وقال أحمد بن يحيى الوَنْشَرِيْسِي في المعيار المُعْرَب تحت عنوان «لمن تكون الغلة في بيع الثنِيا»:

(وسئل عن رجل باع أرضاً على أنه متى أتاه بالثمن، ردَّ عليه أرضه، فبقي مدة، هل له غلة أم لا؟ فأجاب: الغلة للذي للأرض في يده على مذهب ابن القاسم في كتاب الآجال الذي هو عنده بيع فاسد، وبه جرت الفتيا. وعلى قول سحنون الذي يراه كالرهن الفاسد له الغلة)^(٢).

وفي المدونة الكبرى:

(قلت: أرأيت لو أن رجلاً اشترى جارية على أن البائع متى ما جاء بالثمن، فهو أحق بالجارية، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا. قلت: لم؟ قال: لأن هذا يصير كأنه بيع وسلف)^(٣).

وقال الخرشي على مختصر سيدي خليل:

(وكبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع عموماً، أو إلا من نفر قليل أو لا يهب أو لا يخرج به من البلد، أو على أن يتخذها أم ولد، أو يعزل عنها أو لا يجيزها البحر، أو على الخيار إلى أمد بعيد، أو على أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن، ولا ينافي هذا جواز الإقالة التي وقع فيها شرط المبتاع على البائع أنه إن باعها من غيره كان أحق بها، لأنه يغتفر في الإقالة ما لم يغتفر في غيرها. تأمل). وقال الشيخ علي العدوي في حاشيته (لعل المراد تأمل وجهه، ونقول وجهه أنه باب معروف)^(٤).

(١) تحرير الكلام: ص ٢٣٦.

(٢) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب: ١١٦/٧.

(٣) المدونة الكبرى: ١٣٣/٩.

(٤) الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٨٠/٥، دار صادر، بيروت، وبمثله في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٦٦/٣، دار الفكر.

وقال الحطاب:

(وقال الرَّاجِرَاجِي: اختلف في بيع الثنايا، هل هو بيع أو رهن، على قولين، وفائدة الخلاف في ذلك الغلة، فمن رأى أنه بيع، قال: لا يردُّ الغلَّةَ، وقد قال مالك في العُتْبِيَّة: الغلة للمشتري بالضمان، فجعله بيعاً وأنه ضامن، والغلة له. ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلة، وأنه ضمان البائع في كل عيب ونقص يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضمان له، وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها فيما يعاب عليه. ونقله ابن سلمون، قال ابن عبد العزيز قد قيل: إن بيع الثنايا فاسد مردود أبداً، فات أولم يفت، لأنه حرام محرم، وهو باب من أبواب الربا، ترد فيه البياعات والصدقات والأحباس، فإن وقع إلى أجل كان فيه الكراء، لأنه كالرهن، وإن وقع إلى غير أجل فلا كراء فيه، والذي عليه أكثر العلماء، وهو مذهب مالك وابن القاسم أنه لا كراء فيه كان إلى أجل أو إلى غير أجل، لأنه بيع فاسد عندهم، وبذلك العمل).

قال في المتبعية:

(وإن علم أن أصل الشراء كان رهناً، وإنما عقدا فيه البيع لتسقط الحيازة فيه، وثبت ذلك بإقرارهما عند الشهود حين الصفقة أو بعدها، وقبض المبتاع الملك وغلته ثم عثر على فساده، فإنه يفسخ، ويرد الأصل مع الغلة إلى صاحبه، ويسترجع المبتاع ثمنه). اهـ. قلت: ومثله بل أخرى منه ما إذا علم أن قصد المتبايعين إنما هو السلف بزيادة وتحيلاً ببيع الثنايا على ذلك من غير قصد إلى البيع، وثبت ذلك بإقرارهما كما قال حين الصفقة أو بعدها. وهذا ظاهر، وهذا كله إذا قبض المشتري المبيع واستغله إما بكراء أو بسكنى، وأما ما يقع في عصرنا هذا، وهو مما عمّت به البلوى. وذلك أن الشخص يبيع الدار مثلاً بألف دينار، وهي تساوي أربعة آلاف أو خمسة، ويشترط للمشتري أنه متى جاء بالثمن ردها إليه، ثم يؤجرها المشتري لبائعها بمائة دينار في كل سنة قبل أن يقبضها المشتري وقبل أن يخليها البائع

من أمتعته، بل يستمر البائع على سكنها إن كانت محل سكنه أو على وضع يده عليها وإجارتها، وأخذ منه المشتري الأجرة المسماة في كل سنة، فهذا لا يجوز بلا خلاف، لأن هذا صريح الربا. ولا عبرة بالعقد الذي عقده في الظاهر، لأنه إنما حكم بالغلة للمشتري في البيع الفاسد لانتقال الضمان إليه، والخراج بالضمان. وهنا لم ينتقل الضمان، لبقاء المبيع تحت يد بائعه فلا يحكم له بالغلة، بل لو قبض المشتري المبيع، وتسلمه بعد أن أخلاه البائع، ثم أجره المشتري للبائع على الوجه المتقدم، لم يجز، لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو، كما هو مقرر في بيوع الآجال، وآل الحال إلى صريح الربا وهذا واضح لمن تدبره^(١).

هذه عبارات فقهاء المالكية التي تدل على أن بيع الوفاء عندهم يسمى ببيع الثنايا، واختلفوا فيما إذا دخل الشرط في صلب العقد، هل هو بيع فاسد، أو رهن فاسد؟ وكأنهم اتفقوا على عدم جوازه، إذا كان الشرط مشروطاً في نفس العقد. أما إذا تباع المتبايعان بيعاً بدون شرط الرد، ثم تواعدا على أن البائع متى جاء بالثمن رد المشتري إليه المبيع، فقد ذكر بعض فقهاء المالكية أن هذا البيع يجوز، ويكون هذا الوعد ملزماً قضاء وديانة.

قال الحطاب:

(أن العقد إذا سلم من الشرط وكان أمراً طاع به بعده على غير رأي ولا مواطأة فذلك جائز، لأنه معروف أوجبه على نفسه، والمعروف عند مالك واجب لمن أوجبه على نفسه)^(٢).

وذكر في المعيار المعرب:

(سئل أبو الفضل عن رجل اشترى داراً أو أرضاً بثمن معلوم، وانتقده

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص ٣٣٨.

(٢) تحرير الكلام: ص ٢٤١.

البائع، ثم أتى البائع المشتري يستقبله فقال له المشتري: متى أتيتني بالثمن فقد أفلتتك أو رددتها عليك، وشبه هذا من الألفاظ، ولا يوقت وقتاً أو يوقت وقتاً ستة أو بعشر سنين أو أكثر، فيقول: متى أتيتني بالثمن إلى أجل أو بعد أجل كذا على ما تقدم مما يدل على الإيجاب هل ترى ذلك لازماً للمشتري بعد حصول شرطه، وهو نضوض الثمن أم لا؟

فأجاب أن ذلك جائز في جميع الأشياء، ما عدا الفروج التي تتراد للوطء ما دامت السلعة قائمة بيده، ولم تخرج من يده ببيع أو هبة أو صدقة وشبه ذلك من وجوه الفوت، قال محمد بن رشد: إنما قال يلزم المشتري ذلك إذا جاءه البائع بالثمن، لأن ذلك معروف أوجبه على نفسه، والمعروف عند مالك لازم لموجبه على نفسه^(١).

وقال الشيخ محمد عليش المالكي:

(فالوفاء بالعدة مطلوب بلا خلاف، واختلف في وجوه القضاء بها على أربعة أقوال حكاه ابن رشد في كتاب جامع البيوع وفي كتاب العارية، وفي كتاب العدة. ونقلها عنه غير واحد، فقليل يقضي بها مطلقاً، وقيل لا يقضي بها مطلقاً، وقيل يقضي بها إن كانت على سبب، وإن لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء، كقولك أريد أن أتزوج... فأسلفني كذا... والرابع يقضي بها إن كانت على سبب، ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال)^(٢).

وقال القرافي رحمه الله تعالى:

(قال سحنون: الذي يلزم من الوعد اهدم دارك، وأنا أسلفك ما تبني به، أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتر سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، وأما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به

(١) المعيار المعرب والجامع المغربي عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب:

٣٩٦/٦

(٢) فتح العليّ المالكي، للشيخ محمد عليش: ٢٥٦/١، مسائل الالتزام.

عند فقهاء الشافعية :

لم نجد نصاً صريحاً عند سادتنا الشافعية إلا ما ذكره ابن حجر الهيثمي المكي في فتاواه، ونقل عبارته بلفظه :

(وسئل رضي الله عنه في «بيع الناس» الآن ما حقيقته على كل من المذاهب الأربعة، وهل يلزم ذلك؟ وهل يلزم بالنذر في مذهب السادة الشافعية؟ وهل يجوز للناذر أن ينقل المبيع يبيع أو غيره؟ وهل يلحقه النذر أم لا إذا نقله؟ أفتونا مأجورين أثابكم الله تعالى الجنة .

فأجاب رضي الله عنه، إن أريد ببيع الناس ما اعتيد من أنهم يتفقون على بيع عين بدون ثمن مثلها، وإن البائع إذا جاء بالثمن ردّ إليه عينه من غير أن يقع بينهم شرط في صلب العقد يفسده فالبيع حينئذٍ صحيح عند الشافعي رضي الله عنه، وإذا جاء البائع بالثمن تخير المشتري بين أن يقبله وأن لا يقبله، لكن يبقى عليه إثم الغش والغرر، فإن البائع إن علم أنه لا يقبله لم يكن يبيعه له بذلك الثمن، ومتى نذر المشتري بعد لزوم البيع أنه متى جاءه البائع بقدر الثمن الذي اشتري به، فسخ عليه البيع، أو أن يقبله متى جاء طالباً للإقالة لم ينعقد النذر على الأوجه من خلاف طويل وقع من جماعة متأخري اليمن، لأن ما التزمه ليس بقربة مطلقاً، أما الفسخ فواضح، وأما الإقالة فإنها لا تكون سنة إلا في النادم، ومن ثم لو علق النذر بالندم كأن قال: إن ندمت في البيع المذكور، وطلبت مني الإقالة فيه، فله عليّ إقالتك فيه، فينعقد النذر حينئذٍ وكذا لو قال: إذا ندمت فيه وطلبت مني الفسخ فيه، فعليّ فسخه، فينعقد النذر أيضاً، لأنه التزم به قربة، فلزمه، وبهذا يعلم الجمع بين من أطلق الإفتاء بانعقاد النذر نظراً إلى أن إقالة النادم سنة، ومن أطلق عدم انعقاده محتجاً بأن الناذر لا يستقل بالفسخ وإن طلب خصمه، إذ العبرة به، فإطلاق الانعقاد محمول على ما ذكرناه آخراً، وإطلاق

(١) الفروق، للقرافي: ٢٥/٤، الفرق الرابع عشر بعد المائتين .

عدمه محمول على ما ذكرناه أولاً، ومتى علق النذر بصفة، ثم باع العين المنذور بها قبل وجود الصفة، صحَّ البيع^(١).

يتضح من فتوى ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى أن بيع الوفاء صحيح عند الإمام الشافعي رحمه الله تعالى لو لم يقع شرط في صلب العقد، أما إيفاء الوعد برد المبيع فلازم ديانة، لا قضاء عنده.

عند الحنابلة رحمهم الله تعالى:

أما فقهاء الحنابلة رحمهم الله تعالى فلم يلقبوا هذا البيع بلقب خاص، لا بلقب بيع الوفاء كما ذكره الحنفية رحمهم الله، ولا بلقب الثنيا، كما ذكره المالكية رحمهم الله تعالى، بل حينما يذكر الحنابلة بيع الثنيا فالمراد عندهم بيع مع الاستثناء^(٢).

ولكن ذكروا هذه المسألة مسألة بيع الوفاء في كتبهم، واختلفوا أن البيع في هذه الصورة صحيح أم فاسد، والاختلاف عندهم مبني على أن البيع بشرط واحد صحيح عندهم، وأن البيع بشرطين فاسد عندهم، فاختلفوا في أن هذه الصورة من البيع (بيع الوفاء) تتضمن شرطاً واحداً أم شرطين؟ فأولاً نذكر عبارات فقهاء الحنابلة رحمهم الله تعالى، ثم نذكر ما يستنبط منها.

قال ابن قدامة في المغني:

(إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن، فلا خيار فيه، لأنه من الحيل. ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار، ولا التصرف فيه. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول: لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار، قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله، ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه

(١) الفتاوى الكبرى الفقهية، لابن حجر الهيتمي: ١٥٣/٢، المكتبة الإسلامية، تركيا.

(٢) راجع الشرح الكبير: ٢١٠/٤.

بهذه الحيلة، فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس. قيل لأبي عبد الله: فإن أراد إرفاقه أراد أن يقرضه ما لا يخاف أن يذهب، فاشترى منه شيئاً، وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة. فقال أبو عبد الله: هذا جائز، إلا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به إلا بإتلافه، أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار، لئلا يفضي إلى أن القرض جرّ منفعة^(١).

وفي الشرح الكبير:

(وإن شرط البيع إن هو باع، فالبائع أحق به بالثمن، فروى المروزي عنه أنه قال في معنى حديث النبي ﷺ: «لا شرطان في بيع» يعني أنه فاسد، لأنه شرط أن يبيعه إياه. وأن يعطيه بالثمن الأول، فهما شرطان في بيع نهي عنهما، ولأنه ينافي مقتضى العقد، لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلاً. وروى عنه إسماعيل بن سعيد البيع جائز، لما روي عن ابن مسعود أنه قال: ابتعت من امرأتي زينب الثقفية وشرطت لها إن بعثها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به. فذكرت ذلك لعمر، فقال: لا تقربها لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة، ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد. فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به. وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته، والقياس يقتضي فساده. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط، وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعه، وقول أحمد (لا تقربها) قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعه ولا يهبها، أو شرط عليه ولاءها، ولا يقربها والبيع جائز، واحتج بحديث عمر (لا تقربها) ولأحد فيها مثوية. قال القاضي: وهذا على الكراهة لا على التحريم، قال ابن عقيل: عندي أنه إنما منع من الوطاء لمكان الخلاف في العقد، لكونه يفسد

(١) المغني، لموفق الدين ابن قدامة ٣/٥٩٢؛ والمغني مع الشرح الكبير: ٤/١١٦، ١١٧، والروض الندي، لأحمد البعلبي: ص ٣١٢.

بفساد الشرط في بعض المذاهب^(١) .

وفي شرح منتهى الإرادات:

(ويصح تعليق فسخ غير خلع بشرط كقوله: (بعتك على أن تنقذني الثمن إلى كذا) أو (بعتك على أن ترهنيه أي المبيع بثمنه وإلاً تفعل ذلك، فلا بيع بيننا، فينقذ البيع بالقبول، وينفسخ إن لم يفعل، أي ينقذه الثمن إلى الوقت المعين أو يرهنه المبيع بثمنه لوجود شرطه، ومثله لو باعه بثمن وأقبضه له وشرط إن رده بائع إلى وقت كذا فلا بيع بينهما، ولم يكن حيلة ليربح في قرض)^(٢) .

وفي كشف القناع للبهوتي:

(وإن شرطه أي الخيار بائع حيلة ليربح فيما أقرضه حرم نصاً، لأنه يتوصل به إلى قرض يجزّ نفعاً، ولم يصح البيع لثلاث ذريعة للربا. فإن أراد أن يقرضه شيئاً وهو يخاف أن يذهب بما أقرضه له فاشترى منه شيئاً بما أراد أن يقرضه له، وجعل له الخيار مدة معلومة، ولم يرد الحيلة على الربح في القرض، فقال الإمام أحمد جائز، فإذا مات فلا خيار لورثته، يعني إذا لم يطالب به قبل موته، وقوله أي الإمام جوائز محمول على مبيع لا ينتفع به إلاً باتلافه كنقد وبرز ونحوهما، أو محمول على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع مدة الخيار، لكونه بيد البائع مدته، فلا يجزّ قرضه نفعاً، فلا حيلة يتوصل بها إلى محرم، ولا يصح الخيار مجهولاً مثل أن يشترطه أبداً أو مدة مجهولة... كقوله بعتك ولك الخيار متى شئت أو شاء زيد أو قدم... فيلغو الشرط، ويصح البيع مع فساد الشرط)^(٣) .

وفي الكافي:

(فإن شرط في البيع إن باعه فهو أحق به بالثمن، ففيه روايتان: إحداهما لا يصح، لأنه شرطان في بيع، لأنه شرط أن يبيعه وأن يعطيه إياه بالثمن، لأنه

(١) الشرح الكبير مع المغني، لشمس الدين ابن قدامة: ٤/ ٢١٢، طبع بيروت.

(٢) شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى بشرح المنتهى للفقير منصور بن يونس

البهوتي: ٢/ ١٦٣، طبع دار الفكر.

(٣) كشف القناع، للبهوتي: ٣/ ١٩٠، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ١٣٩٤هـ.

شرط ينافي مقتضى العقد، لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره. والثانية يصح، لأنه يروى عن ابن مسعود أنه اشترى أمة بهذا الشرط، وإن قلنا بفساده فهل يفسد البيع؟ فيه وجهان^(١).

وفي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:

(وعنه فيمن باع جارية، وشرط على المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن، أن البيع جائز، ومعناه - والله أعلم - أنه جائز مع فساد الشرط)^(٢).

وقال ابن مفلح في كتاب الفروع:

(وقد نقل علي بن سعيد فيمن باع شيئاً، وشرط إن باعه فهو أحق به بالثمن، جواز البيع والشرطين، وأطلق ابن عقيل وغيره في صحة هذا الشرط ولزومه روايتين، قال شيخنا عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط، وأنه يحرم الوطاء لنقص الملك)^(٣).

وملخص ما فهمنا من هذه العبارات أن بيع الوفاء بصورته كان فاسداً عند الحنابلة في أصل المذهب، لكونه حيلة لجلب الربح في القرض، ولكونه يتضمن شرطين في البيع، ولكن الراجح عندهم جواز البيع مع فساد الشرط، أي يكون البيع جائزاً، ويفسد هذا الشرط، أي شرط رد المبيع.

الملخص من المذاهب الأربعة:

إذا نظرنا إلى ما ذكره أجلة الفقهاء من المذاهب الأربعة، وجدناهم متفقين على أن بيع الوفاء لو كان خالياً عن شرط الرد في صلب العقد يكون جائزاً، أما إذا شرط رد المبيع في صلب العقد يكون البيع فاسداً عند الأحناف والمالكية

(١) الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، لموفق الدين ابن قدامة: ٣٩/٢، بيروت.

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين المرادوي: ٣٥٣/٤، وذكر مثله

القاضي أبو يعلى في المسائل الفقهية: ٣٥٣/١، الرياض.

(٣) كتاب الفروع، لشمس الدين المقدسي ابن مفلح: ٦٢/٤، طبع عالم الكتب.

والشافعية . أما الحنابلة فيرون البيع صحيحاً والشرط فاسداً، فإذا كان البيع خالياً عن ذكر شرط الرد فالراجح في المذاهب الأربعة أنه جائز، وذلك لكونه بيعاً خالياً عن شرط، وهل يجب الرد على أحد المتعاقدين إذا اتفقا على رد المبيع عند رد الثمن، وكان ذلك الاتفاق قبل عقد البيع أو بعده بصورة المواعدة، فنرى الراجح أنه يجب عليهما الرد إذا تواعدا على ذلك، ويكون الوعد ملزماً ديانة وقضاء . أما وجوب لزوم الوعد ديانة فظاهر بقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَتْ مَسْئُولًا ﴾ .

وبالنصوص التي تدل على إيفاء الوعد . وأما لزومه قضاء، فالأمر عند الإمام مالك ظاهر، كما تقدم، وفقهاء الحنفية أيضاً اختاروا في هذه المسألة لزوم الوعد قضاء لحاجة الناس . فهو الراجح عند الإمامين الجليلين، ويفهم من مذهب الإمام الشافعي لزوم الوعد ديانة لا قضاء، كما هو الظاهر من فتوى الشيخ ابن حجر الهيتمي . فلا مانع لدينا من أن نفتي بجواز بيع الوفاء إذا كان خالياً عن الشرط في صلب العقد وجوب رد المبيع على المشتري إذا وعد به البائع بعد انعقاد البيع أو قبله بصفة مستقلة .
والله سبحانه وتعالى أعلم .

الشيخ محمد رفيع الصماني

المراجع (بترتيب حروف الهجاء)

- ١ - إمداد الفتاوى، (ست مجلدات)، لفضيلة الشيخ حكيم الأمة محمد أشرف علي التهانوي رحمه الله تعالى (م: ١٣٦٢هـ) طبع مكتبة دار العلوم كراتشي، ١٣٩٥هـ.
- ٢ - إمداد المفتين، لفضيلة الشيخ مولانا المفتي محمد شفيع رحمه الله تعالى، المفتي الأكبر في ديار باكستان (م: ١٣٩٦هـ) طبع دار الإضاءة، كراتشي، باكستان.
- ٣ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للفقهاء علاء الدين المرادوي (م: ٨٨٥هـ).
- ٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي (م: ٩٧٠هـ) مطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
- ٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، (م: ٥٨٧هـ) طبع ايج ايم سعيد كراتشي، الموافق بطبع محمد أسعد باشا، سنة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م.
- ٦ - البيان والتحصيل، لابن رشد المالكي (م: ٥٢٠هـ) طبع دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- ٧ - تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المالكي (م: ٩٥٤هـ) طبع دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- ٨ - تفسير معارف القرآن، للشيخ المفتي محمد شفيع، المفتي الأكبر في ديار باكستان (م: ١٣٩٦هـ) طبع إدارة المعارف، كراتشي، باكستان.

- ٩ - تكملة فتح الملهم بشرح صحيح الإمام مسلم، للشيخ القاضي المفتي محمد تقي العثماني حفظه الله تعالى، طبع مكتبة دار العلوم كراتشي، ١٤٠٥هـ.
- ١٠ - جامع الفصولين، للشيخ بدر الدين محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي (م: ٨٢٢هـ) طبع إسلامي كتب خانة كراتشي، باكستان.
- ١١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي (م: ١٢٣٠هـ).
- ١٢ - الخرشي على مختصر سيدي خليل، أبو عبد الله محمد بن علي الخرشي المالكي (م: ١١٠١هـ) طبع دار صادر، بيروت.
- ١٣ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للعلامة محمد علاء الدين الحصكفي الحنفي (م: ١٠٨٨هـ) طبع شركة مصطفى البابي وأولاده، مصر. ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٤ - ردّ المختار على الدر المختار، العلامة محمد أمين ابن عابدين الشامي (م: ١٢٥٢هـ) طبع شركة مصطفى البابي وأولاده، مصر. ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
- ١٥ - الروض الندي، أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي الحنبلي (م: ١١٨٩هـ) طبع مطبعة سلفية، قطر.
- ١٦ - شرح المجلة، للعلامة محمد خالد الأناسي مفتي حمص. طبع مطبعة حمص ١٣٤٩هـ - ١٩٣٠م.
- ١٧ - شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى بشرح المنتهى، للفتية منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (م: ١٠٥١هـ) طبع دار الفكر، بيروت.
- ١٨ - الطرق المشروعة للتمويل العقاري، للشيخ القاضي المفتي محمد تقي العثماني حفظه الله (مخطوط).
- ١٩ - العناية شرح الهداية، للشيخ أكمل الدين محمد بن محمود البابرّي الحنفي (م: ٧٨٦هـ) طبع المكتبة الرشيدية، كوثة، باكستان.

- ٢٠ - الفتاوى البزازية، الشيخ محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الحنفي (م: ٨٢٧هـ) طبع المكتبة الإسلامية محمد أزدمير، تركيا.
- ٢١ - الفتاوى الخانية، للإمام القاضي فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغانی الحنفي (م: ٥٢٩هـ) طبع المكتبة الإسلامية محمد أزدمير، تركيا.
- ٢٢ - الفتاوى الكبرى الفقهية، للعلامة ابن حجر الهيتمي الشافعي. طبع المكتبة الإسلامية أزدمير، تركيا.
- ٢٣ - الفتاوى الهندية، لجماعة من علماء الهند الأعلام. طبع المكتبة الإسلامية محمد أزدمير، تركيا، بطبع بولاق ١٣١٠هـ.
- ٢٤ - فتح القدير شرح الهداية، للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام. (م: ٦٨١هـ) طبع المكتبة الرشيدية، كوتة، باكستان.
- ٢٥ - الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، لموفق الدين ابن قدامة الحنبلي (م: ٦٢٠هـ) طبع المكتبة الإسلامي، بيروت.
- ٢٦ - كتاب الفروع، للفتية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح القدسي (م: ٧٦٣هـ) طبع عالم الكتب، بيروت.
- ٢٧ - كشاف الفناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (م: ١٠٥١هـ) طبع عالم الكتب، بيروت.
- ٢٨ - المدونة الكبرى، للشيخ ابن القاسم العتقي المالكي. طبع مطبعة السعادة، مصر ١٣٢٣هـ.
- ٢٩ - مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للشيخ ملاً علي القاري الحنفي (م: ١٠١٤هـ) طبع المكتبة الإمدادية، ملتان، باكستان.
- ٣٠ - المسائل الفقهية، للقاضي أبي يعلى الحنبلي (م: ٤٥٨هـ).

- ٣١ - المعيار المُعرب والجامع المُعرب عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب،
للشيخ أحمد بن يحيى الوَنشَريسي (م: ٩١٤هـ).
- ٣٢ - المغني، للعلامة موفق الدين ابن قدامة (م: ٦٢٠هـ) طبع مكتبة الرياض،
الرياض.
- ٣٣ - المغني مع الشرح الكبير، للعلامة شمس الدين ابن قدامة (م: ٦٨٢هـ) طبع دار
الكتب العربي، بيروت.
- ٣٤ - الهداية مع حاشية النانوتوي، للشيخ أبي الحسن علي بن أبي بكر الفرغاني
المرغيناني (م: ٥٩٣هـ) طبع ايچ ايم سعيد، كراتشي، باكستان.

بَيْعُ الثَّنِيَا أَوْ بَيْعُ الْوَفَاءِ

إِعْدَاد

الْأَسَاذِ مُحَمَّدِ شَمَام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والصلاة والسلام على رسوله محمد بن عبد الله الأمين وآله وصحبه
الميامين وعلى كل من تبعه بإحسان إلى يوم الدين ﴿ قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي ﴿٢٥﴾ وَيَسِّرْ
لِي أَمْرِي ﴿٢٦﴾ ﴾ [طه: ٢٥، ٢٦].

بيع الثنيا، أو عقد بيع الوفاء :

(عقد أحدث تحيلاً لتحصيل الأرباح من طريق مباح).

طالما دعت الضرورة قديماً وحديثاً الإنسان إلى الاقتراض رجاء حصول
الميسرة لسداد هذا الدين .

وقديماً كان المعسر المحتاج يجد من يمد إليه يد الإعانة ويقرضه المال
قاصداً من وراء ذلك الثواب الذي وعد الله به عباده المحسنين .

فالمقرض يقصد النفع الأخروي والعمل الخيري والثواب الجزيل وابتغاء
مرضاة الله سبحانه وتعالى وتحصيل الأجر العميم ليوم عظيم وتقوية الزاد ليوم
الميعاد .

وقد كانت عقود القروض تقع في طي الخفاء وتحت ستار الكتمان وفي
السر المطلق . فالمقرض يرجو قضاء حاجته والخروج من مأزقه دون فضيحة
أو عار . والدافع المقرض صاحب المال يرجو رحمه الله وحسن ثوابه والشكر له
على ما أنعم به عليه من بسطة في الرزق ووفرة في المال .

ولذا قيل : (إنه لم يكن لهذا العقد وجود في دائرة الشهود).

وامتدت الأيدي إلى الإخوان المحتاجين فنال أصحاب الأموال الثواب

وقضى الآخرون حاجاتهم وتخلصوا من عنائهم وضيقتهم وخرجوا سالمين من معاناتهم حامدين الله على ما أنعم به عليهم .

وشكر الله سعي هؤلاء المقرضين وزادهم بسطة من فضله .

ثم مرت الأيام وتطورت الأمور وأصبح القرض عملاً يلجأ إليه صاحب التجارة والمعمل لإنشاء المصنع وتعمير المتجر وتكوين سبل الربح . كما يلجأ إليه الموظف والعامل لإنشاء المسكن وعمارة عش الزوجية والانصراف إلى العمل دون عسر وعناء بل في راحة ورخاء .

واتجه المسلم إلى دينه وقواعده ومقاصده ومبادئه السامية فوجد أن الله حرم الربا تحريماً قاطعاً لا يتطرقه شك .

وكان صاحب المال يطمع في نفع مالي وأرباح مادية تنمي مكاسبه، وكان التاجر والصانع والموظف وإن لم يكن أحدهم في ضائقة يسعون إلى توسيع دائرة العمل وبسط ساحات التجارة وإنشاء المسكن والمأوى .

والتفت الناس إلى هذا العقد الذي هو بيع وفيه مواصفات تصلح لإرضاء شهوات ورغبات كل الأطراف فهذا ينمي ماله في يسر وسهولة والآخر يقضي حاجته ويدرك غايته .

فهل يدخل تحت سقف عقود القرض ويشمله ما يشملها من أحكام قد تدفع إلى الحرمة والإثم إذا صاحبها التعامل الربوي المنهي عنه أم لا يدخل في ذلك ويخط لنفسه الطريق الحلال الذي يرضي كل الأطراف خاصة وإن هذه التكتلات المالية تسد الطرق أمام النمو الاقتصادي إذا لم يتعامل معها الناس حسب ما ترسمه لهم من مواصفات وتخطه من مخططات ومناهج قد تتحرف عن مبادئ ومناهج وقيم المتمسكين بدينهم الساعين إلى المحافظة على تطبيقه والسير في حدوده دون انحراف أو تجاوز .

ومن هنا جاء التدارس لموضوع بيع الثنيا أو بيع الوفاء وتحديد موقف الفقهاء منه .

بيع الوفاء في المذهب الحنفي :

نلاحظ أولاً أن هذا العقد لا وجود له قديماً عند كافة المذاهب ومنهم الحنفية . يقول الزيلعي^(١) :

(ومن مشائخ سمرقند من جعله بيعاً جائزاً منهم الإمام نجم الدين النسفي الذي يقول اتفق مشائخنا في هذا الزمن فجعلوه بيعاً جائزاً).

تعريفه :

قال الإمام العلامة الشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين في حاشيته (رد المحتار على الدر المختار):

(صورة بيع الوفاء كما في العناية وفي الكفاية هو أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بمالك عليّ من الدين على أني متى قضيته فهو لي).

ويسمى عند علماء الشافعية بالرهن المعاد وعند أهل مصر ببيع الأمانة وعند أهل الشام ببيع الطاعة .

وقد عرفه بعضهم بقوله: (إنه عقد وضع للتوثيق للدين والانتفاع بالعين).

ويقول عنه شيخ الإسلام الحنفي محمد بيرم الثاني في رسالته له عن بيع الوفاء:

(إنه عقد أحدث تحيلاً لتحصيل الأرباح عن طريق مباح).

حكمه :

حصل الاختلاف بين مشائخ الحنفية على أقوال أربعة حول حكمه .

الأول: أنه رهن، وهذا ما نقله صاحب جواهر الفتاوى وقال هو الصحيح .

وقال صاحب الخيرية إن الذي عليه أكثر الفقهاء أنه رهن لا يفترق عنه في

حكم من الأحكام .

(١) كتاب تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ١٨٤ .

قال ابن عابدين: وبه صدر صاحب الفصولين فقال:

(البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالياً للربا وسموه بيع الوفاء، هو رهن في الحقيقة لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره. وللبيع استرداده إذا قضى دينه. فلا فرق حينئذٍ عندنا بينه وبين الرهن في حكم من أحكامه).

يقول الزيلعي:

(من الفقهاء من جعله رهناً منهم السيد الإمام أبو شجاع والإمام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما اشترط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لأنه هو الذي يؤخذ ويسترد ويرجع عند قضاء الدين. والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الأجل سلباً. فإذا كان رهناً لا يملكه ولا ينتفع به. وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترد عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن).

القول الثاني: أنه بيع فاسد. وينسب هذا القول إلى مشايخ بخارى كما ذكر الزيلعي، وإنما كان فاسداً عندهم لاشتماله على شرط الفسخ عند قدرة البائع على الإيفاء بالدين وهو شرط فاسد فيؤثر في عقد البيع بالفساد فلا يفيد الملك للمشتري إلا عند اتصاله بالقبض وينقض بيع المشتري كبيع المكروه لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكروه.

القول الثالث: أنه بيع جائز لا شبهة عليه وينسب هذا القول لمشايخ سمرقند منهم الإمام نجم الدين النسفي الذي يقول:

(اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جعل بيع الوفاء بيعاً جائزاً مفيداً لبعض أحكامه كحل الانتفاع بالمبيع كما أنه لا يملك المشتري بيعه وإنما كان جائزاً لحاجة الناس إليه والقواعد قد تترك بالتعامل مثل جواز الاستصناع وهي جواز ما ليس عند الإنسان).

وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى. ذكر ذلك الإمام الزيلعي في كتاب الإكراه في كتابه تبين الحقائق.

وقال صاحب النهر العمل في ديارنا على ما رجحه الإمام الزيلعي أي القول الثالث.

وقد علق أحمد الشلبي في حاشيته على شرح تبين الحقائق بقوله: والأهم عندي أنه بيع فاسد وحكمه حكم سائر البيوعات الفاسدة لأنه بيع بشرط لا يقتضيه العقل وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط.

لكن شيخ الإسلام الحنفي بيرم الثاني يضيف وجهاً آخر للجواز فيقول:

إنه بيع جائز لازم فيما إذا عقد بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه لا فرق بينه وبين البيع البات الصحيح في حكم ما حتى أنه لا يفسخ إلا بالتراضي على وجه الإقالة وهو الذي نقل غير واحد عن النسفي اتفاق شيوخه في زمنه عليه.

وحجتهم أن متعاقديه تلفظاً بلفظ البيع من غير شرط الفسخ فيه. وإن أضمره بقلبيهما إذ ذاك أو اشترطه نصاً قبل العقد بناء على أن العبرة في الشرط المفسد بقرانه للعقد ذكراً باللسان دون تقدمه عليه ذكراً عليه ولا قرانه به مضمراً في الجنان.

ولهذا كان تزوج المرأة على نية تطليقها أثر الوطاء نكاحاً صحيحاً نظراً للفظه لا فاسداً على أنه نكاح متعة باعتبار قصده. وبناء على هذا أفتى النسفي من عقد بلفظ البيع مضمراً رد المبيع عند رد الثمن بأنه يسعه أن يحلف أن البيع كان بتاً مع ذلك الإضمار.

القول الرابع: أنه فاسد في بعض أحكامه لأنه يتركب من بيع فاسد وبيع جائز ورهن، وهذا القول يتفرع إلى قولين: أحدهما أنه فاسد في بعض الأحكام مثل ملك كل من المتعاقدين الفسخ. صحيح في بعض الأحكام مثل حل منافع المبيع للمشتري. وثانيهما أنه رهن في حق البعض الآخر مثل عدم ملك المشتري المبيع وأنه يسقط الدين بهلاكه.

فهو إذاً مركب من العقود الثلاثة: بيع جائز وبيع فاسد ورهن. وهذا القول رجحه بعضهم للفتوى.

وقد أطنب شيخ الإسلام بيرم الثاني في شرح هذا القول ويذكر: أنه مركب من رهن وبيع جائز بات. فهو بالنسبة للبائع رهن يسترد العين عند قضاء ما عليه من الدين والمشتري ضامن للهلاك أو الانتقاص ضمان الرهن.

وهو بيع بات صحيح بالنسبة للمشتري في حق نزله ومنافعه حتى يطيب له أكل ثمرة والانتفاع به سكنى وزراعة وإيجاراً. وعلى هذا استقر عمل شيوخ النسفي ومنهم صاحب الهداية علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني^(١).

الأصل المستند إليه في المذهب الحنفي:

إن هذا العقد وضع توصلًا لإقرار حلية ما تعارف الناس عليه وتعاملوا به وكانوا في حاجة إليه حتى لا يقعوا في محذور الربا، والضرورات قد تبيح المحظورات.

وكان هذا الوضع اعتماداً على المبدأ العام للاستحسان والمصلحة العامة والمقصد العام للشريعة من أنه لا ضرر ولا ضرار.

ثم إن القواعد الناهية قد تترك بالتعامل المستمر.

وقد ذكر النسفي اتفاق فقهاء عصره عليه.

وذكر شيخ الإسلام بيرم (أن احتياج الناس الشيء وتعاملهم به أصلان كبيران في المذهب وفي قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة من الأشباه، ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء.

ومما لا ريب فيه أن الناس إذا كانت لهم حاجة إليه في العصور السابقة على فضلها فهم إليه في هذا العصر على وضوح اختلاله أحوج).

(١) المرغيناني هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني نسبة إلى مرغينان في نواحي فرغانة من أكابر فقهاء الحنفية: له رتبة الاجتهاد من مؤلفاته الهداية في شرح البداية، مطبوع في مجلدين، وله مؤلفات أخرى، توفي ٥٩٣هـ / ١١٩٧م.

من رسالة محمد بيرم الثاني في بيع الوفاء، مخطوطة^(١).

الحيلة في بيع الوفاء :

قد رأينا أن بعض الفقهاء يعرفون بيع الوفاء بأنه عقد أحدث تحيلاً لتحصيل الأرباح من طريق مباح. وقال عنه آخرون هو بيع تعارفه أهل هذا الزمان احتيالياً للربا.

فالحيلة إذا موجودة في عقد بيع الوفاء تكسوه سماحة الحلية وتبعده عن شبهة الحرمة وتبعد الطرق طرق الفتوى لتسهيل حركية التعامل به.

والحيل التي حفل بها تاريخ الفقه الإسلامي والتي يسميها اليوم علماء القانون الحيل القانونية هي فتاوى يطلقها الفقهاء إزاء حدوث مشاكل ونزول قضايا يصعب حلها وقد توقع أصحابها في ضيق وحرَج. فيقع السعي للتخلص منها بالطرق والمسالك الملتوية ويفزع إليها الفقهاء لإيجاد الفتوى فيما يطرح عليهم من أسئلة.

وقد أُلّف فيها أبو بكر أحمد بن عمر بن مهير الشيباني الخصاص الفقيه

(١) شيخ الإسلام محمد بيرم الثاني ولد ١٦ ذي القعدة الحرام ١١٦٢هـ الملاقى ٢٨ من شهر أكتوبر ١٧٤٨م.

عالم جليل، فقيه كبير اشتهر بالتعمق العلمي مع الصلاح والتقوى تولى قضاء تونس والإفتاء بها.

له من التأليف رسالته في بيع الوفاء، ورسالة في الوصية، وأخرى في تراجم المفتيين بتونس، ورسالة في تراجم سلاطين آل عثمان وبيات تونس.

توفي في ١٦ جمادى الأولى سنة ١٢٤٧هـ الملاقى ٢٣ أكتوبر ١٨٣١م.

ورسالته عن بيع الوفاء اعتمدت كتباً في المذهب الحنفي ثبت لها الاصطفاء كالخانية والعمادية وجامع الفصولين والبزازية وغيرها.

رتبها على مقدمة وعشرة فصول عنوان فصلها الأول بما يرجع الوفاء إليه من العقود.

وأما المقدمة فحوت اسمه ومسماه والتعريف به وبحكمه واختلاف الفقهاء في شأنه.

وهذه الرسالة المخطوطة من أجل ما أُلّف في موضوع بيع الوفاء.

الحنفي المتوفى ٢٦١هـ/ ٨٧٥م بعداد كتاباً مطبوعاً سماه «الحيل والمخارج».

كما خصها شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ بحديث طويل الذيل في كتابه «إعلام الموقعين» ج ٥ من صفحة ٣٤٠، وهو يقسم الحيل إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول حيل محرمة من كبائر الإثم وأقبح المحرمات وهي من التلاعب بالدين، فهي حرام في نفسها لكونها كذباً وزوراً وحرام من جهة المقصود بها وهو إبطال حق أو إثبات باطل، وأبرز مثال لها نكاح المحلل «التياس».

والقسم الثاني أن تكون الحيلة مشروعة وما تفضي إليه مشروعاً وتكون بسلك واتخاذ الأسباب المشروعة توصلاً إلى الكسب الحلال وهذا القسم قد لا يعد من الحيل على حد تعريف الفقهاء.

والقسم الثالث أن يحتال توصلاً للحق أو توصلاً لدفع مظلمة بطريقة مباحة لم توضع في الأصل موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره فتتخذ طريقاً لهذا المقصد الصحيح.

والفرق بين هذا القسم والذي قبله أن الوسيلة في الأول وضعت موصلة إلى نفس الغاية فسالكها يسلك الطريق المعهود وفي الثاني الوسيلة كانت تفضي إلى غيره فيقع التوصل بها إلى من توضع له.

والعبارة الجامعة أن الحيل منها ما هو من نوع يعد هدماً لمقاصد الشريعة في التحليل والتحرير وهذه محرمة قطعاً، ومنها ما هو من النوع الذي يسهل المقاصد ويسررها للوصول إلى الحقوق الشرعية من غير أن تقف القيود والشروط الفقهية في سبيل ذلك.

فالاحتيال للوصول إلى الحقوق الشرعية أو دفع المظالم والمضار قد يكون مباحاً إذا سلك طرقاً مباحة. ولذا فإن الحيل لا يمكن مطلقاً أن تقع في العبادات وإنما تقع في المعاملات.

نعم قد تقع في الأيمان كما لو حلف شخص أن لا يشتري ثوباً من فلان التاجر ثم تعلق غرضه بشرائه منه فإنه يوكل غيره على الشراء. فالعقد حينئذ يضاف للوكيل لأن الحالف أراد عدم مباشرة البائع لأمر ما حدث بينهما. فالتعامل معه بواسطة الوكيل لا يتنافى مع القسَم إلا إذا كان الحالف ممن لا يشترون عادة بأنفسهم ولا ينزلون إلى الأسواق لقضاء مآربهم بل يعهدون بذلك إلى غيرهم. وقد أفتى محمد بن الحسن صاحب الإمام أبي حنيفة الخليفة هارون الرشيد وقال له: أما أنت فلا. ضرورة أن الرشيد كان يقصد عند القسم أنه لا يشتري منه بواسطة غيره وأن لا يكلف أحداً بالشراء منه كما هي عادته في معاملاته إذ أنه لا يباشر هذه الشراءات بنفسه.

والصاحب القاضي أبو يوسف يرى أن التحايل لإسقاط حق الشفعة جائز بشرط أن يكون قبل الشفعة أي قبل طلبها من الشفيح لأن التحايل هنا يقصد به دفع الضرر ورفع المشقة ولا بأس بذلك لأنه أخذ العقار واشتراه وأصبح مالكا له فانتزاعه من يده مضره عليه حاصلة محققة بخلاف الشفيح فمضرته مظنونة وغير محققة وقد يكون الشريك الجديد أفضل من القديم ومن هنا فالصاحب القاضي أبو يوسف لا يرى مانعاً في الالتجاء إلى الكمشة المجهولة المعروفة لأنها سعي لمنع الشفعة قبل الأخذ بها بل هي سعي لدفع مضره وتحصيل منفعة.

وعلى كل فهل يجوز وهل يسمح باتخاذ الحيل وحبكها وصنعها وانتشائها وتكييفها توصلاً إلى المقصد المطلوب إذا كان المقصد حلالاً في نفسه؟.

وأين محل عقد بيع الوفاء في كل تلك الأجواء؟ وهل أن الحيلة هي التي صنعتها وكونته أم أن جلب المصلحة ودفع المضره هو الذي مهد الطريق لإنشائها؟.

والملاحظ أن كلام الإمام أبي يوسف إنما يتعلق بالحرمة والحلية والمنع والجواز والثواب والعقاب أما إذا اعترف الخصمان عند النزاع بالحيلة وتزويقها امتطاء إلى الهدف فإن القاضي سوف لا يقضي إلا بإبطال مفعولها ورد سعيهما.

والقاضي إنما يحكم بالظاهر فإذا انكشفت أمامه الحقيقة اتبعها وطبق أصول الأحكام عليها غير ملتفت إلى صحة الهدف من مرضه.

* * *

المذهب المالكي:

يعرف هذا العقد في كتب الفقه المالكي ببيع الثنيا بضم الثاء المثناة وسكون النون كما يعرف ببيع وشرط.

قال ابن عرفة التونسي الفقيه المالكي:

عمم ابن رشد لفظ الثنيا في بياعات الشروط المنافية للبيع، وقال في المقدمات بيع الشروط المسماة عند الفقهاء ببيع الثنيا كالبيع على أن لا يبيعه ولا يهبه قال إنه لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً. — انتهى شرح الرصاع على حدود ابن عرفة — .

وقال القاضي الفقيه ابن عبد الرفيع التونسي في كتابه معين الحكام^(١):
(لا يجوز بيع الثنيا وهي أن يقول له: أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى أتيتك بالثمن فالبيع مصروف علي ويفسخ ذلك ما لم يفت بيد المبتاع فتلزمه القيمة يوم قبضه).

وهو يقول في حديثه عن الرهن ٨١١/٢: (ومن ارتهن شجرة واشترط ثمرتها ذلك العام فإن كان الدين من سلف لم يجز وإن كان من بيع والثمرة قد أزهت جاز وإن كان على غير ذلك لم يجز).

ويتعرض ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد إلى بيع الثنيا فيقول:

(في صحيح مسلم عن جابر: قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاقرة والثنيا ورخص في العرايا)^(٢).

(١) ٤٢٠/٢، كتاب معين الحكام، طبع دار الغرب، تحقيق محمد بن عباد.

(٢) هذا حديث صحيح أخرجه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة وغيره عن ابن عيينة.

قال ابن رشد وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت علي المبيع فإنه لا يجوز عند مالك لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف إن جاء بالثمن كان سلفاً وإن لم يجيء كان بيعاً.

ومن المسموع نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف^(١) واتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة) حتى يقول: (إن التحريم جاء من أجل اقتران البيع بالسلف).

وإذا لحق الفساد البيع من قبل الشرط هل يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا؟

وذلك بناء على أصل معروف وهو هل أن الفساد حكمي أو معقول فعلى الأول لا يرتفع بارتفاع الشرط وعلى الثاني يرتفع.

ومالك يراه معقولاً خلافاً للجمهور الذي يتمسك بأن الفساد حكمي.

وهذا غير مهم في بحثنا لأننا ندرس موضوع الحلية والحرمة بصرف النظر عن الرجوع والعدول ونتائج ذلك.

وابن عاصم يتعرض إلى موضوع بيع الثنيا تعريفاً وحكماً وتقسيماً فيقول معرفاً:

والشرح للثنيا رجوع من باع إليه عند إحضار الثمن

ومن هنا نفهم أن بيع الثنيا خلافاً لتعميم ابن رشد هو اشتراط البائع في صلب عقد البيع استرداده للمبيع عند إرجاعه للثمن.

وابن عاصم مثل سائر فقهاء المالكية يرى فساد هذا النوع من البيوعات والنهي عنها متبعاً في ذلك الإمام مالك وابن القاسم وغيرهما من الفقهاء:

(١) حديث النهي عن بيع وسلف في الموطأ: ٦٥٧/٢؛ وأبي داود: ١٣٩/٢؛ والنسائي؛ ٢٢٦/١؛ والترمذي: ١٦٠/١.

والبيع بالثنيا لفسخ داع والخرج بالضممان للمبتاع
ولا كراء فيه هبه لأجل أو لا وذا الذي جرى به العمل

لكن إذا وقع البيع باتاً ثم حصل الاتفاق بين المتعاقدين تطوعاً على استرداد المبيع حين إحضار الثمن فهذا جائز يسوغ للمشتري الفوز بالغلة وعلّة ذلك أن العقد كان صحيحاً جائزاً ثم حصل التطوع من المشتري على وجه المعروف الذي التزم بالإرجاع وإلى كل هذا يشير ابن عاصم بقوله:

وجاز إن وقع بعد العقد طوعاً بحد أو بغير حد
وحيثما شرط على الطوع جعل فالأحسن الكتب بعقد مستقل
والقول قول مدع للطوع لا مدعي الشرط بنفس البيع

وهذا الاستثناء يرشد إلى تنازل المشتري وأن التزامه برد المبيع عند إرجاع الثمن إليه كان بعد حصول عقد البيع بعقد جديد التقت فيه الإرادتان بعد عملية البيع البات غير المشروط ثم حدث التطوع بالثنيا وأنشئ له كتب خاص به وعند الخلاف فالقول قول من ادعى التطوع بالشرط لا أنه حصل عند البيع مقارناً له.

وما أشار إليه ابن عاصم وامتطاه كثير من الفقهاء لتحليل هذا الصنف من العقود هو أمر يندر حدوثه ويعز وقوعه فالمتبايعان المتعاقدان كانا يرميان إلى نوع من الرهن الانتفاع فيه مواصفات هذا العقل وفيه مواصفات أخرى تجعله كبيع عند انتهاء الأجل وعدم حصول التراجع بين الطرفين فلا يقع الالتجاء للحاكم لبيع المرهون وخلاص الدين.

وحيثئذ فلا يمكن القول بانفصالهما واستقلالهما عن بعضهما بإرادتين واتفاقيين وعقديين وكتبيين. ولا يمكن أن يطمئن البائع صاحب الشيء للتفويت في متاعه بكتب صحيح له جميع مواصفات البيع القائم على أمل أن يقع بعد ذلك كتب آخر يمنحه حق الاسترجاع والتمتع بالثنيا فالمشتري قد يفوت عليه هذا الأمل فتضيع بضاعته وتخسر تجارته وتتحطم آماله.

ولا أحسب أن أحداً الآن لا يضيّق بهذه النظرية المبينة على الاحتياط ونكران الواقع هذا الواقع الذي يقتضي أن الاتفاق حاصل من أول الأمر على بيع الثنيا واستغلال ما فيه من منافع للطرفين بصرف النظر عن حليتها من حرمتها وأن الكتاب والإشهاد إنما تأتي للإثبات لا للإنشاء فلا يهم إطلاقاً جعل كتيبن ينفرد أحدهما بالبيع ويخصص الآخر للتطوع بالثنيا.

وعلى كل فإن هذه الصورة حدوث التطوع بالثنيا بعد عقد البيع تبعدنا عن بيع الثنيا الذي يشترط فيه البائع في صلب العقد وفي بند من بنوده استرداد مبيعه حين يرد هو الثمن وهو العقد الذي يرى المالكية فساده وعدم جوازه.

وإذ كان المقصود من بيع الثنيا هو أن يسترد البائع العين بعد استغلاله لما قبضه من ثمن وأن يفوز المشتري بغلة المبيع مدة غيبة ماله عنه فهذا ظاهر في كون العملية إنما هي من باب الربا المحرم شرعاً لقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ومن ثمة فالمالكية يحرمون هذا العقد ويكشفون عنه غطاء الحيل التي يكسوه بها بعض المتأخرين لتسويغها وتحليله وهي حيل مكشوفة ظاهرة جلية لا ينكرها حتى أصحابها. يقول الحطاب^(١): (وأما ما يقع في عصرنا هذا وما عمت به البلوى وذلك أن الشخص يبيع الدار بألف دينار - مثلاً - وهي تساوي أربعة آلاف أو خمسة ويشترط على المشتري أنه متى جاء بالثمن ردها إليه ثم يؤجرها المشتري لبائعها بمائة دينار في كل سنة قبل أن يقبضها المشتري وقبل أن يخليها البائع من أمتعته بل يستمر البائع على سكناها إن كانت له مسكناً أو على وضع يده عليها أو إيجارتها ويأخذ منه المشتري الأجرة المسماة في كل سنة. فهذا لا يجوز بلا خلاف لأنه صريح الربا ولا عبرة بالعقد الذي عقده في الظاهر لأنه إنما حكم بالغلة للمشتري في البيع الفاسد لانتقال الضمان إليه. وهنا

(١) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب ولد سنة ٩٠٢هـ / ١٤٩٧م، ومات ٩٥٤هـ / ١٥٤٧م. ففيه مالكي له عدة كتب منها كتاب مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبوع في ست مجلدات.

لم ينتقل الضمان لبقاء المبيع تحت يد بائعه فلا يحكم له بالغلة بل لو قبض المشتري المبيع وتسلمه بعد أن أخلاه البائع ثم أجره المشتري للبائع على الوجه المتقدم لم يجوز لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الآجال وآل الحال إلى صريح الربا وهذا واضح لمن تدبره، والله أعلم^(١).

* * *

بقية المذاهب :

قد علمنا أن المالكية والحنابلة والمتقدمين من الحنفية والشافعية يرون فساد بيع الوفاء لأنه يرمي إلى الربا المحرم شرعاً.

فالمذاهب حينئذٍ تتفق في هذه الناحية على فساد هذا البيع وعدم جوازه لأن ما بني على فاسد محرم فهو فاسد محرم ولا يمكن التعامل به ولا الإفتاء بجوازه رغم تعامل بعض الناس به والتجائهم إليه وتحيلهم بامتطائه للتحصيل على القرض ولو كانت له فوائد هي عين الربا الذي حرم لمضار وخسائر ظاهرة وخفية ومحققة ومتوقعة فالمقترض يضع عقاره توثقة في مال يأخذه وليستغل الدائن منافع ذلك العقار استغلالاً يفضي إلى الربا الفاحش أحياناً ثم إذا عجز المدين عن الخلاص والوفاء بالشرط ضاع عليه عقاره بجرة قلم.

* * *

القوانين الوضعية :

نشير بادئ ذي بدء إلى أن هذه القوانين بصرف النظر عن مآخذها وأساسانها ومراجعتها واعتماداتها الفقهية تنظر إلى هذه الصفقات بعين الحرمة والمنع ومن زاوية التشريع الصرف.

وقد أردنا أن نضيف إلى هذا البحث الفقهي حسب المنهج السابق كلمة تشرح نظر هؤلاء الفقهاء في القانون خاصة وأن بعض البلاد الإسلامية نسجت

(١) شرح ميارة على التحفة : ٥/٢ ، طبع المطبعة العامرة ١٣١٦ هـ.

على منوال الدولة العثمانية وقنت قوانينها المدنية مقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية السمحة.

وأحسب أن الاطلاع على ذلك إذا لم يكن فيه إيضاح وشرح لم تكن فيه مضرة ويمكن أن يناله الطرح. خاصة وأن الاطلاع على الواقع واجب تفرضه كل الظروف ويحتمه فهم الرأي الآخر لتدبر معانيه وفهم مرامييه ودحض ما به من اعوجاج والحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ونضع عينات توضح هذه الحرب التي حاربت بها القوانين الوضعية تلك العقود المعبر عنها ببيع الوفاء وبيع الثنيا وبيع العهدة وبيع الأمانة وبيع الطاعة وبيع المعاملة وهي كلها أسماء لمسمى واحد اختلفت حسب اختلاف المذاهب والأماكن وهو عقد أحدث تحيلاً للوصول إلى المرابيح المالية من طريق تكسوه الصفة الشرعية وتبعده عن المعاملات الربوية.

ننقل أولاً ملخص المناقشات حول هذا الموضوع من طرف اللجنة البرلمانية المصرية حسب مجموعة الأعمال التحضيرية.

يقول التقرير: (تناولت اللجنة بيع الوفاء وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً برهن وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس).

والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد ولكنه قل أن يحسن التقدير فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبناً ينبغي أن يدراه القانون عنه. ولذا رؤي أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء وأن يستعاض بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا اللجوء إلى الوسائل التي نظمها القانون).

لهذا جاءت المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري الموضوع في أكتوبر ١٩٤٩ قائلة:

(إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً).

أما القانون التونسي المدني الذي استمد أحكامه من الفقه الإسلامي والموضوع حوالي سنة ١٣١٧هـ / ١٨٩٩م وهو من أقدم القوانين المدنية هذا القانون كان يرخّص في هذا الصنف المعروف ببيع الثنيا وقد عرفه بالفصل ٦٨٤ بقوله:

(بيع الثنيا هو أن يلتزم المشتري بعد إتمام البيع بأن يرد المبيع لبائعه عندما يرد له ثمنه).

ونلاحظ هنا أن التقنين التونسي اقتفى في هذا ما جاء به الفقه المالكي من أنه إذا تم البيع باتاً صحيحاً ثم اشترطت الثنيا على سبيل التطوع جاز ذلك وهو ما أشار إليه ابن عاصم في التحفة:

«وجاز إن وقع بعد العقد» ضرورة إن عقد البيع كان صحيحاً لا شائبة منه أو جاء عقد آخر عقبه اتفق فيه الطرفان على استرجاع المبيع إذا رجع الثمن.

ومع ذلك فإن هذه العقود التي تقع تفضي غالباً إلى حيل وخزعات تضعيع معها حقوق الضعفاء المساكين وتجر الربح الوفير إلى أرباب المال. ولذا فقد تدارك القانون المدني التونسي هذا الأمر وحجر عقد بيع الثنيا أو بيع الوفاء وذلك حسب قانون مؤرخ في ٧ رجب سنة ١٣٧٧هـ الملاقي ٢٨ جانفي ١٩٥٨ نشر بالرائد الرسمي عدد ٩ لنفس العام.

وكان القانون المدني الفرنسي القديم يمنع التعامل بمثل هذا العقد ثم أجازته حسب الفصل ١٦٥٩ ونصه:

(إمكانية استرجاع المبيع هو اتفاق يمكن البائع من استرجاع مبيعه على شرط إرجاع ما يقبضه طبق ما ورد بالفصل ١٦٧٣).

وهذا الفصل الأخير حدد شروط ذلك والإجراءات المتبعة .

وقد لاحظ عبد الرزاق السنهوري^(١) أن القوانين العربية حرمت هذا الصنف من العقود وجعلته من العقود الباطلة طبق المادة ٤٦٥ من القانون المدني المصري . وضرب مثلاً لذلك بالتقنين المدني السوري المادة ٤٣٣ والقانون المدني الليبي المادة ٤٥٤ والقانون المدني العراقي المادة ٤٥٤ .

لكن هناك في التقنينات العربية التي أبقى عليه مثل القانون اللبناني المادة ٤٧٣ وما بعدها .

والقانون المغربي المادة ٥٨٥ وما بعدها في أحكام بيع الثنيا وشروطه .

لكن نلاحظ أن كلاً منها يجعل بيع الثنيا يقع التطوع به بعد انعقاد البيع الصحيح التام فالمادة ٤٧٣ لبناني تقول: إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفايي هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن .

والمادة ٥٨٥ من القانون المدني المغربي تنص على:

(البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع أو بيع الثنيا هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن).

وهكذا نرى أن القوانين الوضعية في غالبها لا تنظر بعين الرضا إلى هذا الصنف من العقود ولذا فقد حجرتها وأبطلتها .

* * *

المحور الأخير: هل ينتفع الاقتصاد من بيع الوفاء :

للجواب عن هذا التساؤل نقول إن الاقتصاد نوعان نوع حر لا يخضع في معادلاته إلاً لقيود قليلة لا مفعول لها سلبياً عن اتساع دائرته وأهم شيء فيه هو عدم تحريمه للربا وحتى إذا أقلقته أمره حيناً فإنه يحد من ارتفاعه فيرضى رب

(١) الوسيط: ١٤٣/٤ وما بعدها .

المال والمستهلك. وهذا موضوع نتجنب الخوض فيه إذ لا ناقة لنا في ساحته ولا جمل.

والظاهر أن هذا النوع من الاقتصاد في غير حاجة إلى تقنين بيع الوفاء والتعلق بأهدابه وامتطائه وصولاً إلى المرباح والفوائد.

أما إذا راجعنا اقتصادنا الإسلامي وهو نوع آخر له طرقه وأخلاقياته وأساليبه وقبوده وشروطه وحدوده فإننا سوف نخضع إلى قواعدنا الإسلامية العامة ومقاصد شريعتنا السمحة التي لا تقبل التغيير والتبديل لانبثاقها على أسس ثابتة متينة تصلح لكل زمن (والله سبحانه حد حدوداً فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها).

والقرآن دستورنا وأساس نظام حياتنا الذي نبنى عليه كل الأحكام التفصيلية التي جاءت بها قواعده العامة.

ولا بد حينئذٍ من نبذ كل ما يخالف أحكامه ونصوصه الواضحة بصرف النظر عن المنافع والمرباح التي تهز الأسواق وتضفي عليها لوناً من الازدهار يعم طائفة ويقضي على غيرها والقرآن حرم الخمرة رغم منافعها الاقتصادية وانتفاع جماعة من أرباحها المالية (وحق يضر خير من باطل يسر). والأمر بعد ذلك موكل إلى الاجتهاد الصحيح الصادر عن رجال العلم والفقهاء.

فمن قرأ الكتب المعتمدة وتفقه وفهم معاني ذلك وعرف الأحوال التي بنيت عليها مسائلها من الكتاب والسنة وأحكم وجهة النظر ولم يخف عليه ناسخ القرآن من منسوخه ولا سقيم السنة من صحيحها إذا نظر فيها وكان معه من اللسان ما يفهم به معنى الخطاب جاز له أن يفتي دون حيل ولا خزعبلات فيما ينزل ويحدث من القضايا التي لا نص فيها.

والله الموفق للصواب.

محمود شمام
عفى عنه

عَقْدُ الرَّهْنِ وَأَوْجُهُ الشَّبْه
بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَقْدِ الْوَفَاءِ

إِعْدَادُ

الدُّكْتُورِ صِدْقِ شَيْبَانَا مَاوَالْعَيْنِينَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ستتناول هذا الموضوع من خلال المحاور التالية :

المبحث الأول: تعريف الرهن وأحكامه .

المبحث الثاني: أحكام الرهن .

المبحث الثالث: شروط الرهن .

المبحث الرابع: هلاك المرهون وتصفية الرهن .

المبحث الخامس: أوجه الشبه بين عقد الوفاء وبين الرهن .

خاتمة مقارنة موجزة بين عقد الرهن في الشريعة الإسلامية وبين القوانين

الوضعية .

تقديم

سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع والكتب السماوية إلى سن أحكام كثيرة في المعاملات التي تتم بين بني الإنسان، وذلك بصفة متقدمة، ومدققة، تراعي مصالح جميع أطراف التعامل على نمط يكفل احترام حقوق الطرفين دون تحيز ولا تمييز. فأحكام الشريعة الإسلامية عامة ومجردة وسهلة التطبيق لكون الناس أمامها سواسية كأسنان المشط، ومن خلال هذا الواقع الذي تتجذر أحكامه عبر الزمن من خلال تطور المعاملات وتجدد حاجات الإنسان، وتنوع مصادرها واختلاف آياتها، برزت الشريعة الإسلامية كل يوم وهي أكثر قابلية لاحتواء كل طموحات القانونيين، وكل المشرفين على تسيير أي نظام يخدم الفرد والجماعة خدمة مخلصنة ونزيهة.

وإذا كانت الأمثلة كثيرة ومتنوعة على صدق هذا القول فإن تنظيم مختلف صور عقد الرهن في الشريعة الإسلامية خير شاهد على مدى ارتباط أحكام هذه الشريعة بحياة الناس ومماتهم.

فمن خلال الكتاب والسنة وأصول نظريات الفقه الإسلامي وفرعها تبرز السابقة الحضارية لهذه الشريعة والتي ستبقى بحول الله صالحة لكل زمان ومكان. وعليه فسنحاول دراسة بعض المبادئ العامة لهذا الموضوع بإيجاز من خلال المباحث المبينة قبل وهي:

المبحث الأول

تعريف الرهن وأصله وأحكامه

التعريف اللغوي :

الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون «بضمين» ورهين ورهنه عنده الشيء حبسه، ورهن كمنع، وأرهنه جعله رهناً وارتهن منه أخذ منه رهناً... إلى آخر المادة من القاموس المحيط لمجد الدين الفيروزبادي.

ومعناه اصطلاحاً هو احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها، أو من ثمن منافعتها عند تعذر أخذه من الغريم ومن أحسن التعاريف له حكماً تعريف السرخسي ونصه :

(الرهن عقد وثيقة بمال مشروع للتوثق في جانب الاستيفاء فالاستيفاء هو المختص بالوفاء لمال لأن موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى وملك اليد فموجب العقد الذي هو وثيقة الاستيفاء)^(١).

وأصله في الكتاب قول الله عز وجل : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِيَ مِنْهُ الْوَعْدَ إِلَىٰ رَبِّهِ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَاهُ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

قال القرطبي لما ذكر الله الندب إلى الإشهاد والكتب، لمصلحة حفظ الأموال، والأديان، عقب على ذلك بذكر الأعدار المانعة من الكتب، وجعل لها الرهن ونص من أحوال العذر على السفر الذي هو غالب الأعدار في ذلك

(١) المبسوط، للسرخسي: ٦٣/٢١.

الوقت، ويدخل في ذلك كل وقت لم يوجد فيه الكاتب في الحضر كأوقات أشغال الناس والليل والخوف على خراب ذمة الغريم.

وعلى هذا فالرهن في السفر ثابت بكتاب الله تعالى، وفي الحضر ثابت بفعل النبي ﷺ.

ففي البخاري قال: حدثنا مسدد حدثنا عبد الواحد حدثنا الأعمش قال تذاكرنا عند إبراهيم في الرهن والقبيل يعني السلف فقال إبراهيم حدثنا الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه.

هذا إضافة إلى حالات كثيرة تهتم أنواع الرهن تعرضت لها كتب السنّة.

أما حكم الرهن فهو ينقسم إلى نوعين الرهن الحيازي، وهذا لا جدال في جوازه والقسم الثاني وتعرفه القوانين الوضعية الرهن الرسمي وفيه خلاف والراجح جوازه، كما سيأتي ومن خلال نصوص الكتاب والسنّة أسهب الفقهاء في تحليل مختلف صور الرهن وأركانه وشروطه وأحكامه ولذا يحسن تقسيم هذا المبحث إلى الفقرات التالية:

أولاً للرهن أركان أولها الراهن فلكي يكون لعملية الرهن مفعول شرعي يلزم أن يكون الراهن متمتعاً بكامل أهليته، وأن لا يكون محجوراً عليه، واستعمل ابن رشد في بداية المجتهد كلمة من أهل السداد في حق الراهن وهو تعبير عميق الدلالة يجعلنا نحتاط كثيراً في حالة الراهن حتى أنه إذا كان متمتعاً بأهليته فإن أهل السداد دائماً حالهم أكثر حيطة من العاديين من الأفراد.

وعند مالك الوصي يقدم الرهن من مال من يلي أمرهم، إذا كان ذلك سيجر إليهم نفعاً مادياً، ويرهن عند مالك المكاتب، والصبي المأذون، أما الشافعي، فقد شدد على ضرورة توفر المصلحة الظاهرة في عملية التعاقد التي يمكن أن يقدم عليه الوصي رهناً من مال من تحت وصايته إذ لا يجوز له ذلك إلا إذا تأكد من النفع الظاهر لفائدة من يتولى الوصاية عليه.

واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه، وقال أبو حنيفة يجوز رهنه، وذلك قبل أن يفلس.

أما الشروط المطلوبة في المرتهن فهي نفس الشروط الواجب توفرها في الراهن.

قال خليل بن إسحاق: (الرهن بذل من له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق).

أما الركن الثاني وهو الرهن فقالت الشافعية بأنه يصح بثلاثة شروط هي:
الأول: أن يكون عيناً، وعندهم أنه لا يجوز رهن الدين.

الثاني: أن لا يتمتع إثبات يد الراهن عليه كالمصحف، أما مالك فقد أجاز رهن المصحف على أن لا يقرأ فيه المرتهن. وخلافهم مبني على جواز أو عدم جواز بيع المصحف.

الثالث: أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع والثمر الذي لم يبد صلاحه، على أن لا يباع لأداء الدين إلا إذا بدا صلاحه، ولو حل أجل الدين، وللشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كاللدنانير والدراهيم إذا طبع عليها.

وليس من شرط الرهن أن يكون ملكاً للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي، بل يجوز عندهما أن يكون مستعاراً على أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الراهن وعند مالك يمكن رهن المغصوب ويتنقل من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه، وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلى أن يقبضه ومنع أبو حنيفة رهن المشاع وأجازه مالك والشافعي، وخلافهم أساسه هل يمكن القبض والتسليم في المشاع أم لا؟

وانطلاقاً من قول المختصر «نقل من له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق» تتسع مجالات محل الرهن لتشمل كل الأشياء الصالحة محل عقده، وحتى ما فيه قليل من الغرر يجوز بناء على هذا النص رهنه عند جمهور المالكية، ويكون الرهن وثيقة عند المرتهن.

ويجوز أن يرهن الأب أو الوصي أو الحاجر على محجوره، فيما يرجع عليه بنفع عن طريق الرهن.

وإذا رهن داراً هي وقف عليه على أنها ملك له بشرائها ثم تبين أنها وقف عليه فهل يبطل الرهن أم لا؟ وهل ينتقل الرهن إلى منفعتها وكرائها، لإنماء ماله منها في هذا قولان: أحدهما ينقل الرهن إلى المنفعة والآخر أبطل الرهن لوقوعه على شيء ليس ملكاً للراهن، ولا يستطيع تسليمه للمرتهن وصح رهن الشيء المأجور قبل انتهاء مدة الإجارة.

وإذا كان المرتهن تفوق قيمته قيمة الدين الموثوق بالرهن جاز للراهن أن يرهن الزائد عن القيمة بشرط أن يعلم بذلك المرتهن ويقبل به ويصبح حائزاً للرهن الثاني.

وصح رهن المستعار لقول مالك من استعار سلعة ليرهنها جاز له ذلك.

ويبطل بشرط منافع لطبيعته كان يشترط عليه عدم القبض أو أن يشترط عليه عدم بيع المرهون عند انتهاء الأجل لاستيفاء الدين.

وإذا كان البيع فاسداً ودفع فيه المشتري رهناً ظاناً أنه يلزمه، فإن الرهن فاسد لأنه تابع لعقد البيع الفاسد.

وإذا دفع القاتل خطأ رهناً في الدية ظاناً أنها تلزمه وحده حلف على جهله بلزومها للعاقلة وفسخ الرهن.

وبطل بدفع رهن جديد على دين قديم مضمون برهن، وبقي سارياً في حدود الدين الجديد.

وبطل بموت الراهن قبل الحوز لأنه لم يخرج من ملكه، ولم يستلمه الدائن المرتهن فالرهن يلزم بالقول ولا يتم إلا بالحوز.

وإذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن وسلمه له فإنه يبطل ولا يقبل قول المرتهن.

ويبطل الرهن إذا أعاره المرتهن للراهن أو لغيره بإذنه عارية مطلقة إن لم يقيدتها بزمان لأن ذلك يدل على أنه أسقط حقه.

ولا ين القاسم أن الراهن إذا طالب بوضع الرهن عند أمين وطالب المرتهن بأن يبقى تحت يده فالمشهور والذي اختاره جمهور المالكية هو وضعه عند أمين خشية ضياعه.

وإذا سلمه الأمين للمرتهن دون قبول الراهن وضاع عنده ضمن الأمين قيمة الرهن للراهن وكذلك إذا سلمه للراهن دون قبول المرتهن ضمن أيضاً وإلى ذلك أشار المختصر بقوله: (وإن سلمه دون إذنهما للمرتهن ضمن قيمته وللراهن ضمنها أو الثمن) مع تحمل من أذن منهما تبعة تصرفه في حال الهلاك الذي نجم عن وضع الرهن في مكان غير المكان المتفق عليه.

ويصبح الرهن على الجعل ويلزم الواعد أداء ما وعد به أو تتبع إجراءات تصفية الرهن، لأداء الدين المعروفة.

ويجوز للمرتهن اشتراط منفعة الرهن لنفسه بشرطين هما:

١ - أن تكون المنفعة موقته بمدة معينة، للخروج من الجهالة في الإجارة.

٢ - أن يكون الرهن في عقد بيع لا من عقد قرض لأنه في البيع بيع وإجارة وهو جائز وفي القرض سلف وإجارة وذلك غير جائز.

وتابع الخرخشي ابن رشد في أحكام هلاك الرهن. والحالات التي اختلف فيها الحكم بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه.

وإذا التزم الدائن أثناء إجراءات عقد البيع بتقديم رهن أجبر على الوفاء بالتزامه، وإذا هلك الرهن أو استحق قبل القبض أخبر المرتهن وبقي دينه بدون رهن.

وإذا أذن الراهن للأمين في بيع الرهن عند تمام الأجل أصبح الأمين وكيلًا على البيع يجوز له أن يباشر إجراءاته وإليه أشار المختصر بقوله: (وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيها).

ولا يمكن للأمين أن ينيب غيره في استعمال إجراءات تفويت الرهن عند انقضاء الأجل ولا أن يوصي بذلك لأن الراهن والمرتهن لم يرضيا إلا بأمانته لا بأمانة غيره.

وإذا قضى الراهن الدين ثم أتاه المرتهن بالدين ثم قال الراهن اتركه عندك، فهلك بعد ذلك فلا شيء على المرتهن لأنه أصبح في هذه الحالة أميناً وإذا سقط الدين في جزء منه بهبة أو إرث أو شراء، فإن الرهن يبقى وثيقة فيما تبقى من الدين ومعنى ذلك أن الرهن لا تتجزأ قيمته ليأخذ الراهن منه جزءاً مقابل ما آلت إليه ملكيته من الدين وإلى ذلك أشار المختصر بقوله: (وإذا قضى بعض الدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقي)^(١).

فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن.

وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن يكون اليمين على الراهن تطبيقاً لظاهر السنة المشهورة.

أما مالك فيرى أن المرتهن وإن كان مدعياً فله ههنا شبهة ينقل اليمين إلى غيره وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين حجة.

(١) لقد لخصت هذه الحالات من شرح المختصر المعروف بالخرشي: ٣٣٥/٥ - ٣٦١ دون تتبع ألفاظه؛ ومن بداية المجتهد: ٢٧٢/٢ - ٢٧٩.

أما الركن الثالث فهو الشيء المرتهن، وعند مالك يجوز الرهن في الأشياء المأخوذة من جميع البيوعات، إلاّ الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة لأن الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز رهنه قبل القبض.

وقال بعض أهل الظاهر عكس ذلك تماماً، فعندهم لا يجوز أخذ الرهن إلاّ في السلم خاصة، لأن آية الرهن واردة في الدين وهو السلم عندهم فجعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن.

إذاً فعند مالك الرهن يجوز في كثير من الحالات كالسلم والقرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الأموال في جراح العمد التي لا قود فيها فليخرج جواز أخذ الرهن في الدية ويجوز عنده في العارية، التي تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز أخذه في الإجازات ويجوز في الجعل بعد العمل، ويجوز في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة.

وعند الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاثة:

- ١ - أن يكون ديناً، فإنه لا رهن في عين.
- ٢ - أن يكون واجباً، فلا رهن قبل الوجوب.
- ٣ - أن لا يكون لزومه متوقفاً بأن يجب أو لا يجب، كالرهن في الكتابة.

والشافعي هنا قريب من مذهب مالك إذ أهم خلاف بينهما يتجلى في أن الشافعي منع الرهن قبل الوجوب وأجازة مالك.

هذا عن الأركان التي قسم الفقهاء الرهن إليها أما الشروط ففصلوها على الشكل التالي: شروط صحة، وشروط فساد. الأولى شرطان هما:

— شرط متفق عليه بالجملة وهو القبض مع اختلاف في الجهة التي هو بها شرط فعندما قال الله عز من قائل: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فقد تم الاتفاق على قبض الرهن لكنهم اختلفوا في شأن القبض هل هو شرط تمام أو صحة؟

فإذا اعتبرناه شرط صحة لم يتم العقد إلا إذا تم القبض، وإذا اعتبر شرط كمال تم العقد بدونه لكن لا يتم كاملاً إلا إذا تم القبض وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن جبر الراهن على تسليم الرهن إذا تراضى عمداً في ذلك ولا يحول بينه مع ذلك سوى تراضي المرتهن في طلب التسليم حتى تم تفليس الراهن، أو دونه أو تم مرضه مرضاً أعجزه عن إدارة أمواله.

وفي اختلافهم على هاتين الصورتين قال مالك: إنه من شروط التمام اعتبر عند الشافعي، وأبو حنيفة وبعض أهل الظاهر التسليم شرط صحة لا يتم الرهن بدونه.

وفي القبض يرى مالك أن امتداد القبض من شروط استمرار الرهن وأنه متى عاد إلى يد الراهن، بإذن المرتهن بعارية أو ودیعة أو غير ذلك، فقد خرج من اللزوم، وقال الشافعي، ليس استدامة القبض من شروط الصحة وفي هذه الحالة مالك عمم الشرط على ظاهره فألزم من قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وجود القبض واستدامته، والشافعي يقول إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع.

وقد عقب ابن رشد على هذه المواقف بقوله، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقدان يشترط الاستدامة ومن لا يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة.

ثم إنهم اتفقوا على جوازه في السفر لقول الله: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، واختلفوا عليه في الحضر فذهب الجمهور إلى جوازه، وخالفهم أهل الظاهر ومجاهد، فقالوا بعدم جوازه في الحضر، لظاهر النص على السفر في الآية الكريمة التي هي أصل الرهن من باب دليل الخطاب.

وقال ابن رشد بالحرف وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهناً على أنه إن جاء بحقه عند أجله، وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ.

المبحث الثاني أحكام الرهن

هذه الأحكام تهم حالات كثيرة نلخصها فيما يلي:

ما للمرتهن وما عليه :

إن من حق المرتهن أن يمسك المرهون عنده حتى يستوفي حقه، وإذا لم يف الراهن بما عليه لجأ المرتهن إلى القضاء لبيع المرهون وسداد ما بذمته للراهن من ثمنه إن كان يفي به وإلا أخذ ما وصل إليه الرهن، وبقي باقي الدين ديناً عادياً، لأن الرهن زالت عينه بالبيع، الذي دعا إليه المرتهن وكره مالك توكيل المرتهن على بيع الرهن وأخذ دينه من ثمنه وأجازته الكل مع أن الكراهة ليست هي المنع.

والرهن يتعلق بجملة المرهون فلكل جزء منه ضامن لعموم الدين إذا لا يتجزأ ذلك بمعنى أن الراهن إذا أدى بعضاً من الدين لا يجيز له ذلك أخذ جزء من المرهون إذا كان قابلاً للتجزئة، بل يبقى الرهن بذمة المرتهن ما بقي جزء من الدين في ذمة الراهن حتى ولو مات، فإن الورثة لا يمكنهم استلام المرهون وضمه إلى التركة قبل سداد الدين المقدم الرهن عنه واختلفوا في نتائج الرهن أثناء مدة الرهن فقال الشافعي إن النماء المنفصل مثل فصيل الدابة وثمر الشجرة لا يدخل شيء منه في الرهن، قال آخرون ومنهم أبو حنيفة والثوري: أن ذلك كله داخل في الرهن.

أما مالك فقد فرق بين المتصل بالرهن فجعله منه وبين المنفصل عنه فجعله خارجاً عن الرهن وعله التمييز عنده هنا هي ما كان على صورته وخلقه

يعد منه كولد الجارية، وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن ولو كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام، فإنه لا يدخل في الرهن ووجه الخلاف في هذا أن أبا حنيفة رأى أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل.

وأما من حكم بعدم التبعية إطلاقاً فاعتماده أحاديث منها قول النبي ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب» ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله: «مركوب ومحلوب» أي يركبه الراهن ويحلبه، لأنه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنًا فإن الرهن من شروطه القبض قالوا أيضاً ولا يصح أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه، فلم يبق إلا أن المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقتة عليه واستدلوا أيضاً بعموم قوله عليه السلام «الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه» ثم أضافوا أيضاً بأنه نماء راكد على ما تم الاتفاق عليه فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد.

وعمدة مالك أن الولد حكمه حكم أمه في البيع فهو تابع لها بينما الشمر لا يتبع الشجر إلا إذا نص على ذلك وولد الجارية يتبع عنده بغير شرط والجمهور على أن المرتهن ليس له أن ينتفع بشيء من الرهن.

ولا نستطيع إلا أن نقول بأن حجة الجمهور هنا أقرب إلى الصواب في نظرنا من التبعض الذي اختاره إمامنا مالك رضي الله عنه. واختلفوا في ضمان الرهن يهلك عند المرتهن فممن ضمانه؟ الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث قالوا بأن الرهن أمانة، فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه.

أما أبو حنيفة وجمهور الكوفيين فقالوا الرهن من المرتهن ومصيبته منه فأبو حنيفة وجماعة قالوا إن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين.

وعزت جماعة لعلي بن أبي طالب أنه مضمون بقيمته قلت أو كثرت، وإن بقي للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن.

وفرق مالك وجماعة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه فقال هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه، وأضاف مالك أنه إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فإنه لا يضمن، وقال الأوزاعي بل يضمن.

أما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الرهن فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك^(١).

(١) انظر هذه الأقوال مفصلة في بداية المجتهد: ٢/٢٧٠.

المبحث الثالث

شروط الرهن

يرجع الفقهاء شروط الرهن إلى عدة حالات منها ما يتعلق بعقد الرهن نفسه ومنها ما يرجع إلى الراهن والمرتهن ومنها ما يرجع إلى المرهون كما أن بعضها أيضاً يرجع إلى المرهون به .

١ - أما الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقاً بشرط ولا مضافاً إلى وقت .

٢ - وما يرجع إلى الراهن والمرتهن فيجب أن يكونا عاقلين فلا يقبل من مجنون ولا من الصبي الذي لا يعقل^(١) .

ويجوز الرهن في السفر والحضر إذ النبي ﷺ استقرض بالمدينة طعاماً من يهودي ورهنه درعه .

٣ - والذي يرجع إلى المرهون فأنواع منها :

(أ) أن يكون محل الرهن قابلاً للبيع فلا يجوز عند الحنفية رهن ما ليس موجوداً وقت إبرام عقد الرهن وفي هذه المسألة أقوال كثيرة تحاشيناها تجنباً للتطويل الممل ولا يجوز من المجهول ولا ما يمكن تسليمه .

(ب) أن يمكن تسليمه للمرتهن أو من ينوب عنه في ذلك وعند الكاساني من الحنفية أن القبض شرط وليس بركن لذكر القبض مع الرهن في الآية الكريمة .

(١) يجوز من الصبي المأذون والعبد . وعنده أن السفر ليس بشرط للرهن .

وللرهن شروط صحة ملخصها:

— أن يكون بإذن الراهن فلا يصح بدون القبض .

— ومنها الحيازة فلا يصح رهن نصف المشاع وبقاء النصف الآخر غير مرهون، وعند الشافعي هذا ليس بشرط وزيادة الرهن مرهونة مثل الأصل، وزيادة الدين بنفس الرهن فغير جائزة عند أبي حنيفة ومحمد وجائزة عند أبي يوسف .

— يجب أن يكون المرهون فارغاً، أي خالياً مما ليس مرهوناً .

٤ — وفي المرهون أنواع منها:

(أ) أن يكون مضموناً وذلك من حيث أصل اشتراط الضمان والثاني في صفة المضمون والهدف من ذلك هو صلاحية الإئتين معاً لضمان حق الدائن وفق مسطرة الرهن .

(ب) أن يكون محتمل الاستيفاء من الرهن فإن لم يحتمل لم يصح الرهن لأن الارتهان استيفاء .

أما أحكام الرهن عند الحنفية فهي:

— حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكك أو ملك العين في حق الحبس .

— اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان عند الحنفية^(١) .

وجوب تسليم المرهون عند الافتكك، قال الشافعي في هذا الصدد الحكم الأصلي للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأحق بثمنه من سائر الغرماء .

(١) البدائع: ١٤٥/٦، وهذان الشرطان سارت عليهما القوانين الوضعية حتى الفرنسية منها .

وأما حق حبس الرهن فليس بحكم لازم عند الحنفية حتى أن المرهون إن كان شيئاً يمكن الانتفاع به دون هلاك عينه، كان للراهن أن يسترده من المرتهن فينتفع به فإذا فرغ من الانتفاع أرجعه للمرتهن، هذا على رأي الكاساني وإن كان لا يمكن الانتفاع به إلاً بهلاك عينه فليس للراهن استرداده.

المبحث الرابع

هلاك المرهون وتصفية الرهن

أما أمور الضمان والكفالة واستحقاق المرهون من يد المرتهن فإن الأحكام تكاد تتشابه فيها عند جميع الفقهاء فلا نطيل بسرد تفاصيلها في بحث كهذا يهتم بذكر المبادئ العامة.

ومن هلاك المرهون إذا هلك المرهون ففيه خلاف قال الشافعي يهلك أمانة واحتج بالحديث الشريف لا يغلُق الرهن وكررها عليه الصلاة والسلام ثلاثاً وقال لصاحبه الذي رهنه عليه له غنمه وعليه غرمه ولذا يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة ويبقى عليه قضاء الدين أما إذا هلك مضموناً كان غرمه على المرتهن وضعف الكاساني هذا القول، إذ قال: (وهذا خلاف النص ولأن عقد الرهن شرع بوثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهيناً لا توثيقاً فيقع تعريض الحق للتلّف)^(١).

وقال النبي ﷺ: «الرهن بما فيه وفي رواية الرهان بما فيها» وفي السنة قضية الرجل الذي رهن فرساً لآخر فمات الفرس فاختصم إلى الرسول الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام للدائن: «ذهب حقك» والراجح أن هلاك العين عند المرتهن تطبق عليه أحكام هلاك الأمانة في يد الأمين.

والبينة عند الاختلاف بينة الراهن لأنها بينة مثبتة تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تثبت نفي الاستيفاء فالمثبتة أولى وكل الزيادات في المرهون لا تكون مضمونة فلو هلك شيء منها لم يسقط في مقابله شيء من الدين «إلا الأرش

(١) البدائع: ١٥٤/٦.

خاصة» بخلاف الزيادة على الرهن فإنها مضمونة مقصوداً لا تبعاً فإذا صحت ألحقت بأصل العقد لأنها وقعت بطريق الأصالة عن طريق التبعية للمرهون، وإن عين شيئين لرهن واحد قسم الدين على قيمتهما عند الحاجة ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان، كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع وأيهما هلك يهلك بالأقل من قيمته .

ولا يجيز أبو حنيفة وأبو يوسف الدين بالجعل وعندهما يضمن القيمة ولا يجوز الرهن بمحل آل إلى الراهن عن طريق عقد فاسد، حتى لا يثبت عن طريق ذلك حق بواسطة عقد سيهدم من أساسه .

وفي الرهن ملك الرقبة دائماً للراهن وللمرتهن حق الحبس .

وإذا اختلفا في مبلغ الدين المقدم عليه الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه وعن أبي حنيفة في بعض الروايات يتحالفان ويتدان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشتبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن .

بهذه الأقوال من كتاب بدائع الصنائع للكاساني في باب الرهن تتوصل إلى ضيق شقة الخلاف بين أصحاب أبي حنيفة وبين المالكية في شأن المبادئ العامة للرهن .

وأما هلاك الرهن فللفقهاء فيه خمسة أقوال :

قالت طائفة: يترادان الفضل وتفسير ذلك أن الرهن إن كانت قيمته وقيمة الدين سواء فقد سقط الدين عن الذي كان عليه ولا ضمان عليه في الرهن فإن كانت قيمة الرهن أكثر سقط الدين بمقداره من الرهن وكلف المرتهن أن يؤدي إلى الراهن مقدار ما كان تزيده قيمة على قيمة الدين وإن كانت قيمة الرهن أقل سقط من الدين بمقداره وأدى الراهن إلى المرتهن فضل ما زاد على قيمة الرهن^(١) .

(١) المحلى: ٩٦/٨ .

المبحث الخامس ببيع الوفاء

هذا إجراء أجازته فقهاء الحنفية وغير جائز عند بقية المذاهب، وهو بيع من حيث نقل ملكية العين إلى الشاري بثمن معلوم، غير أن حق الملكية في هذا النوع يعتبر مؤقتاً لاتفاق الطرفين على أن يرجعا إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد البيع، ومن هنا أفتى فقهاء المذاهب الأخرى بعدم جوازه لأن المبيع من خصائصه نقل حق الملكية إلى من دفع الثمن، ويكون بإمكان الشاري أن ينقل ذلك الحق إلى من أراد، إذ من مسلمات البيع تمكين الشاري من حق التصرف، والتفويت في العين المبيعة دون عائق، وكل شرط ينافي هذا الحق يبطل حق البيع، وقد أشارت المجلة إلى هذا النوع من البيع، وبينت أوجه الشبه بينه وبين الرهن في المادة ١١٨ بقولها:

(بيع الوفاء هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع وهو في حكم الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى اقتدار كل من المتعاقدين على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير).

قال سليم رستم باز في شرحه لهاته المادة، بأن بيع الوفاء صحيح في العقار على الإطلاق، أما في المنقول فعلى الخلاف ولعله يقصد بكلمة الإطلاق الحكم عند الأحناف، لأن بقية فقهاء المذاهب غير جائز عندهم في العقار وفي غيره.

وقال حيدر أفندي أن مشايخ الإسلام كانوا يفتون بعدم الجواز، وعندما وردت المسألة في المجلة أجازوه، وأيضاً أن مشايخ الإسلام هنا يعني بها مفهوم

المذهب الرسمي عند العثمانيين، لأن غير فقهاء الأحناف لم يسكتوا عن المسألة ولم يقبلوا بها، قبل المجلة ولا بعدها.

وبيع الوفاء يشابه الرهن من عدة وجوه منها:

- ١ - كون المشتري لا يقدر على تفويت العين محل البيع.
- ٢ - وهو كالرهن لأن بيع الوفاء لا يتم إلاً بالقبض.
- ٣ - إذا هلك المحل قبل القبض لم يسقط من الدين المعبر ثمناً أي شيء.
- ٤ - إن هلك البائع قبل القبض استوى المشتري مع بقية الغرماء.

لذا ومن حيث المبادئ العامة حسب نص المجلة نستطيع القول بأن بيع الوفاء نوع من الرهن، ولكن من حيث وجهة نظر المذاهب الأخرى هو إجراء غير جائز إطلاقاً.

ولقد تأرجح هذا الإجراء بين البيع والرهن لكنه استقر من تاريخ وضع المجلة على أنه بيع^(١).

(١) انظر ما قاله صديقنا العلامة وهبة الزحيلي في الموضوع في كتابه: ج ٤، هامش: ص ٤٨ ثم ذكره في صفحات ٢٤٢ و ٤٨٥ و ٥١٤.

الخاتمة

يتضح من كل ما سبق أن حق الرهن من الحقوق العينية التبعية. ويشتهر اشتباهاً كبيراً بين الفقهاء الإسلامي والغربي. فكونه حقاً عينياً يبين أنه لا يتعلق إلاً بأعيان الأشياء، وكونه تبعياً يعني بأنه لا يقوم وحده، بل لا يترتب إلاً إذا سبقه حق أصلي يأتي هو ليعطيه ميزة تخوله الأسبقية عن جميع الديون التي ليست مضمونة برهن، كما يخول التتبع وحق التقدم، ويرى السنهوري أن حق التتبع في الرهن عند فقهاء الإسلام أقوى منه في الفقه الغربي، ذلك أن الراهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن وتصرف الراهن لا ينفذ، أما في الفقه الغربي، فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتج بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الراهن، وينفذ البيع بإذن من المرتهن^(١).

ففي الفقه الغربي الرهن الحيازي يقع إما على منقول وإما على عقار. أما رهن المنقول فهو عقد ضمان يستلم به الدائن عيناً من المدين ضماناً لدينه، وتفضيلاً له على بقية الدائنين، وهذا الحق يخول الدائن حق حبس العين المرهونة حتى يتم سداد الدين بكامله ويتميز رهن المنقول عن رهن العقار بكونه لا يقع إلاً حيازياً إذ لا مجال للرهن الرسمي في مجال رهن المنقول، وأكثر حالات رهن المنقول في العمليات التجارية، إذ كثيراً ما يلجأ التجار إلى رهن ما لديهم من بضائع وسندات وأسهم للحصول على ما يلزمهم من اعتمادات وبهذا أصبح الرهن التجاري أكثر انتشاراً في الحياة اليوم وأهم خصائص الرهن الحيازي في القوانين الوضعية هي:

(١) مصادر الحق، لعبد الرزاق السنهوري: ٣٥/١.

رهن المنقول حق عيني تبعي يولي الدائن حق التتبع وحق الأولوية فهو بهذه الحالة يتطلب وجود حق أصلي في ذمة الراهن يقدم المرهون ضماناً له، كما يصبح للمرتهن حق تتبع المرهون في الأيدي التي انتقل إليها، وأيضاً يولي الأولوية: ثم إن هذا الحق بتبعيته للحق الأصلي ترتب عليه جميع الحالات التي ترتب على الحق الأصلي في الانعدام والوجود.

ويشترط في المرهون ما يلي:

١ - أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً فإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال كان حق الرهن مثل ذلك.

٢ - أن يكون الالتزام الأصلي قابلاً للتنفيذ جبراً، لأن الرهن عند عدم الوفاء بالدين يباشر بيعه ليؤدي الدين من ثمنه.

٣ - يشترط لإنشاء رهن المنقول أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً بأداء مبلغ من النقود، مع أن التشريع السوري أجاز رهن المنقول لضمان وفاء التزام ما لا فرق بين التزام بأداء مبلغ أو الامتناع عن عمل بينما القانون المغربي لا يجوز عنده لضمان التزام بعمل شيء أو عدم عمله، وإنما يجوز عقد لضمان أي التزام يكون محله وفاء مبلغ من النقود.

أما شروط المرهون فهي:

- أن يكون المنقول صالحاً للتداول حتى يتمكن المرتهن من اتباع إجراءات تصفيته وسداد الدين منه عند عدم الأداء.

- أن يكون قابلاً للتسليم لأن الرهن يستلزم تسليم المرهون ولا يجوز من وجهة نظر القوانين التي اشترطت هذا الشرط أن يكون المرهون من الديون.

أما الشروط التي تتعلق بالراهن مالكاً للمرهون وأن يكون أهلاً للتصرف.

وبهذا نرى أن القوانين الوضعية أخذت أحكام الرهن الحيازي من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما الرهن العقاري ففيه الرهن الحيازي وأحكامه موحدة تقريباً، أما الرهن الرسمي فهو حق عيني أيضاً تبعية يولي صاحبه حق تتبع العقار فهو حق عقاري لا يقبل التجزئة وهو لا يتطلب خروج العقار من يد صاحبه.

ولقد اقتبسته جل القوانين العربية من المادة ٢١٥٤ من القانون الفرنسي وإليه أشارت المادة ١٧٥ من ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ هـ المغربي، والمادة ١٠٥٤ من القانون المصري.

وهذا النوع من الرهن أصبح متداولاً في العالم بشكل عام، وساعد على إبرام كثير من العمليات والصفقات، وإذا نظرنا إلى أن بعض الفقهاء أجاز رهن الوثائق، وبعض الحالات التي لا تتعارض مع هذا الرهن تمكنا من القول بأنه لا يشكل خروجاً على أحكام الشريعة، وأن على الفقهاء دراسته من جديد لإخراج أحكام بارزة لمختلف صورته من الأقوال التي يتشابه معها. والله الموفق للصواب.

الدكتور محمد ربيح شبيها ما والعينين

المناقشة



بَيْعُ الْوَفَاءِ

الرئيس:

الحمد لله، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
موضوع هذه الجلسة الصباحية هو «بيع الوفاء» العارض هو فضيلة الشيخ
خليل الميس والمقرر الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي.

الشيخ خليل محيي الدين الميس:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله والصلاة والسلام على النبي المصطفى
رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد.

بين يدي البحث هنالك ملاحظة: إن أي مسألة لم يضع لها الأئمة الأعلام
عنواناً حار بها من بعدهم، واختلفوا فيها أيما اختلاف وإنها لحكمة، هذه
الحكمة أن الله سبحانه وتعالى قد منَّ على هذه الأمة بعد سلفها الصالح بمجموعة
خيرة أطرت الفقه الإسلامي تحت عناوين ونهل من هذا المنهل من جرى على
منهج أولئك الأئمة الأعلام.

ومن الأدلة على ما نحن بصدهه ما يوصف بـ «بيع الوفاء»، ومن العنوان
أمر عجَب وهل هنالك بيع بدون وفاء؟ إنه عنوان عجيب! وكأنهم أخذوا من
آخره لأوله ومن أوله لآخره، ومن هنا أقول أيضاً بين يدي البحث كيف تستجد
المسائل؟ وكيف تحصل الوقعات والنوازل؟ نعم، لتأمل الأرض التي نبت فوقها
هذا العنوان، قالوا: إنها بخارى وسمرقند وبلخ، يا ترى لماذا؟ قالوا: شحت
النفوس وضنت ولا بد أن يأكل المسلمون أموالهم بينهم بالحق ولا يأكلوها
بالباطل. ولما بعدُ الحق التمسوا طرقاً كي يصلوا إلى الحق ولكنها لم تكن طرقاً

معبدة، وهذا واحد منها. إنه «بيع الوفاء» الذي يعتبر من العقود المستحدثة بعد استقرار المذاهب، نعم لم يكن له وجود في عهد السلف الصالح، ولكن باستشراء الفساد واختلال المروءات ظهر في الناس هذا النمط من التعامل، قالوا: حدث في أواخر القرن الرابع وأوائل القرن الخامس الهجري إلّا ما ذُكِرَ أو وَرَدَ عن أبي جعفر الباقر - رضي الله تعالى عنه - في كتب المذهب المعتمدة، وبعبارة أخرى نقول: إن هذه المسألة من النوازل أو الواقعات، ولذلك تعددت الأقوال في تعريفه كما اختلفت أقوال الفقهاء في تصنيفه. ومما لا خلاف عليه أنه عقد مركب من عقدين يتنازع كل من الرهن والبيع على حد سواء، وعلى خلاف في صحته أو فساده لذلك دار بينهما وكأنه كالتنازع في علم النحو والصرف.

والقاعدة الفقهية تقضي (بأن المعاملات طَلَّقَ حتى يعلم المنع) لذلك بذلك الفقهاء أقصى جهدهم - كما هو شأنهم - لبيان حكم هذا العقد وبخاصة فقهاء مذهب الإمام أبي حنيفة في سمرقند وبخارى وبلخ. فإن شئنا قلنا مدرسة ما وراء النهر لأنهم سلكوا هذا المسلك تجنباً عن الوقوع في الربا لأن الصيغة بيع والحقيقة رهن.

فالقول بحل الانتفاع بالعين يكون هذا العقد بيعاً، ومن حيث الالتزام أو إلزام المشتري برد العين إلى البائع إذا أعاد البائع الثمن يكون رهناً، وهناك فروق واضحة ما بين الرهن وما بين البيع.

ومن هنا من أراد أن يلتمس هذه المسألة يجدها في كتب الفتاوى المطولة، ومن المعروف أن كتب الفتاوى هي في المرتبة الثالثة من كتب فقهاء الحنفية وليست من كتب الأصل.

إذن لنقل أولاً تعريف بيع الوفاء: تعددت أقوال الفقهاء في تعريف بيع الوفاء ولكنها كانت متقاربة من حيث المعنى، عرف الزيلعي بقوله: هو أن يقول البائع للمشتري بعث منك هذا العين بدين لك عليّ على أي متى قضيت الدين فهو لي، فهنا اختار عبارة (قضيت الدين). ويأتي قاضيخان ويتبعه ابن نجيم

معرفين بقولهما: بعث منك هذا العين بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إليّ، استعمل هنا كلمة (تدفع) وهنالك قضاء، ونقل في هامش جامع الفصولين عن صاحب جواهر الفتاوى قوله: بيع الوفاء أن يقول: بعثُ منك على أن تبيعه مني متى جئتُ بالثمن، وهنا جاءت كلمة (تبيع)، وأما ابن عابدين فقد قال في الحاشية: هو أن يبيعه العين بألف على أنه إذا ردَّ عليه الثمن ردَّ عليه العين، ووضح أنه استعمل كلمة (الرد). أما في المجلة: فقد عرّف الوفاء: بأنه بيع المال بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن — إنها عبارة ابن عابدين — يرد المشتري إليه المبيع. وبالجملة هنالك أربع عبارات: قضاء الدين، ودفع الثمن، والبيع، والرد. وبالتأمل في هذه العبارات نجد أن صورة هذا العقد دائرة في لسان الفقهاء ما بين البيع والرهن، بل هو رهن في صورة بيع فهو عقد أحدث تحيُّلاً لتحصيل الأرباح من طريق مباح.

المصطلح المساوي له في المذاهب الأخرى: كما تعددت أقوال الفقهاء في تعريفه كذلك تعددت أقوالهم في أسمائه. فيسميه المالكية: بيع الثنيا، والشافعية: بيع العهدة، والحنبلة: بيع الأمانة، ويسمى أيضاً: بيع الطاعة وبيع الجائز، وعند فقهاء الحنفية أيضاً له أسماء فهو: بيع الوفاء، والوجه في ذلك أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين ردَّ الثمن، وهو البيع الجائز، وبعض الفقهاء يسميه: البيع الجائز، لعله مبين على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وهو بيع المعاملة، والوجه فيه أن المعاملة ربح الدَّين، وهذا يشتري الدائن لينتفع به بمقابلة الدين، وهو بيع الأمانة، ويسمى بمصر بيع الأمانة، والوجه في اعتباره بيع أمانة، أنه أمانة عند المشتري، بناء على أنه رهن أي كالأمانة، وهو بيع الإطاعة كذا في بلاد الشام يسمى بيع الإطاعة أو الطاعة، ووجهه، أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد.

مناسبة ذكره في كتب الفقه: من الملفت للانتباه أنه تَوَزَّعَ هذا المبحث في أبواب الفقه حتى ضمن المذهب الواحد، نقول: ذكره الحطاب في باب البيوع

المنهي عنها، قال: ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة، بينما ذكره ابن رشد في بيع الشروط، وذكره صاحب الملتقط في باب الرهن، وذكره البزازي وقاضيخان في مباحث البيع الفاسد، وذكره ابن نجيم وغيره في خيار الشرط، وذكره الزيلعي في كتاب الإكراه. وهكذا نجد أن هذا البيع احتار العلماء تحت أي فئة ينسبونه من أبواب الفقه.

ما ينعقد به البيع وفاءً: قالوا: لو قال المشتري: اشتريت منك المبيع الفلاني بكذا على أن أردّه لك أو أبيعك منك متى أرجعت إليّ ثمنه، أو أديتني إياه، فقال البائع: بعته منك على تلك الصورة، انعقد البيع بالوفاء، وإذا حصل الاتفاق بين الطرفين على أن يكون العقد الذي سيجري بينهما عقد بيع ووفاء ثم عقدا البيع ولم يصرحاً فيه بأنه كذلك.

والفرق بين عامة البيوع وبيع الوفاء مُتَّصِرٌ في ثلاثة وجوه: في بيع الوفاء ثلاثة محظورات: بيع الوفاء بيع فيه شرط لا يقتضيه العقد وهو شرط ردّ المبيع إلى البائع إذا ردّ الثمن فيلزم أن يكون بيعاً فاسداً. وبيع الوفاء، بيع شرط فيه إقالة، وكل بيع شرط فيه إقالة يكون فاسداً، وبيع الوفاء رهن في الحقيقة ومن حكم الرهن حرمة الانتفاع بالعين المرهونة، وهاهنا ينتفع المشتري وهو المرتهن بالمشتري وهو الرهن.

حكم بيع الوفاء والأصل المستند إليه في التحليل أو المنع: اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء اختلافاً كثيراً حتى فيما بين فقهاء المذهب الواحد، وبخاصة فقهاء مذهب الإمام أبي حنيفة المتقدمين منهم والمتأخرين، وبالجملة: فالمالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية ذهبوا إلى أن بيع الوفاء فاسد. والوجه فيه: أن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا ردّ الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحُكْمَهُ، وهو: ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام، وبيع الوفاء إن المشتري قلق، وفي هذا الشرط منفعة للبائع، ولم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشتراطه.

حكم بيع الوفاء عند فقهاء الحنفية: استظهر صاحب الفتاوى البزازية تسعة

أقوال لفقهاء المذهب في حكم بيع الوفاء، نقول منها، القول الأول: ما أورده النسفي في فتاويه: البيع الذي يتعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه بيع وفاء هو رهن في الحقيقة، وتترتب عليه أحكام الرهن، وهي ألا يملكه المشتري، ولا ينتفع به إلا بإذن البائع، ويضمن المشتري ما أكل من ثمرة المبيع أو أتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي، ولا يضمن ما زاد كالأمانة، وللبيع استرداده عند قضاء الدين متى شاء، والوجه في هذا القول: أن المتعاقدين وإن سمياه - أي بيع الوفاء - لكنَّ عُرْفَهُمَا الرهن والاستيثاق بالدين، إذ البائع يقول: رهننت ملكي، والمشتري يقول: ارتهنت ملك فلان، والناس يسمونه الرهن، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. وقال في الفتاوى الخيرية: والذي عليه الأكثرون أنه رهن لا يفترق من الرهن في حكم من الأحكام، وفيه: قلت للسيد الإمام أبي الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن. قال: وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظيره بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر ذلك بين الناس، فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله، وفي فتاوى عماد الدين: فتوى أئمة زماننا أن حكم بيع الوفاء حكم الرهن، ويترتب عليه ما يترتب على الرهن، وقال النسفي: هذا البيع باطل وهو رهن وحكمه حكم الرهن، وقيل: هو بيع فاسد يوجب الملك إذا اتصل به القبض والأول أصح. وفي جواهر الفتاوى: لا فرق عندنا بين الرهن وبينه في حكم من الأحكام.

القول الثاني: عن علامة سمرقند صاحب المنظومة - سمرقند التي كنا ندعو دائماً أن يعيدها الله إلى ديار الإسلام، وقد عادت بحمد الله تعالى، ونرجو، إن شاء الله، أن تكون الجلسة المقبلة فيما بيننا علماء تلك المنطقة - عن علامة سمرقند صاحب المنظومة نجم الدين النسفي (٧١٠هـ) قال: اتفق مشايخ الزمان - وهو ما كان عليه بعض السلف - على صحته بيعاً وإفادته لبعض أحكامه وهي: الانتفاع به دون البعض، وهو البيع لحاجة الناس، وجَوِّزَ الاستصناع

لذلك، وقد بحث البارحة مبحث الاستصناع. وقال صاحب النهاية: وعليه الفتوى.

والقول الثالث: في فتاوى قاضيخان: الصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم ينظر، إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع، وإن لم يذكر ذلك في البيع وتلفظاً بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظاً بالبيع الجائز عندهما هذا البيع عبارة عن عقد غير لازم فكذلك، وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه المواعدة، جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد — طبعاً له دليhle ولن نذكره اختصاراً — .

القول الرابع: قاله في العدة واختاره الإمام ظهير الدين المرغيناني وغيره من مشايخ بخارى: أنه بيع فاسد كبيع المكره، ولذلك يكون للبايع حق نقض المشتري وهبته لأنه بيع بشرط فاسد. ووجه هذا القول: إن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره. وقال الاتقاني: والأصح عندي أن بيع الوفاء بيع فاسد، يوجب الملك بعد القبض كسائر البياعات الفاسدة.

القول الخامس: ما اختاره أئمة خوارزم: أنه إذا أطلق البيع ولكن وكَّل المشتري وكيلاً لفسخ البيع إذا أحضر البائع الثمن، أو عهدَ على أنه إذا أوفاه فسخ البيع، والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش.

— على أي حال نأتى للقول السادس وباختصار — القول السادس: ما اختاره البعض منهم الشيخ الإمام فخر الدين الزاهدي وبعض مشايخ سمرقند: إذا كان الوفاء غير مشروط في البيع نجعله صحيحاً في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشتري كما يحل بسائر أملاكه، ولا ضمان عليه، ونجعله رهناً في حق البائع، حتى لا يتمكن المشتري من بيعه ولا يورث عنه ولا يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره وأجبر على الرد إذا أحضر المدين لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن، على ما قال، وكثير من الأحكام له حكمان: كالهبة حال المرض، والهبة بشرط العوض. قال: وجعلناه كذلك لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، فبلخ اعتادوا الدَّينَ والإجارة الطويلة ولا يمكن ذلك في

الأشجار، فاضطروا إلى بيعها وفاء، وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه. وعقب على هذا الرأي بالقول: والفتوى في زماننا على جوازه من هذا الوجه.

وفي جامع الفصولين - نختمر - قال: والقول السابع: أجاب علاء الدين بدر: أنه لا يصح، وعلى هذا اختيار صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا، قال: وعليه الفتوى. أعني لا يملك المشتري البيع من الغير كما في بيع المكره، لا كالبيع الفاسد بعد القبض. والقول الثامن والتاسع مذكور باختصار.

والقول الرابع: قال علي حيدر في شرح المجلة مانصه: والحاصل، أن بيع الوفاء وإن وُجد في تسعة أقوال فأرجحها القول الذي اتبعته المجلة في قولها: بيع الوفاء في حكم البيع الجائر بالنظر إلى انتفاع المشتري، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدرًا على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير. وعلى كل فوجه الشبه بالرهن أبين وأرجح.

مذهب المالكية: اختلف أيضاً فقهاء المالكية في حكم بيع الوفاء على قولين: القول الأول إنه بيع باطل، والقول الثاني، إنه رهن باطل. وابن رشد قال في البداية: لا يجوز عند مالك، وعبارته: أما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت عليّ المبيع، فإنه لا يجوز عند مالك، لأنه يكون متردداً بين البيع، والسلف، إن جاء بالثمن كان سلفاً، وإن لم يجيء كان بيعاً. وفي البيان والتحصيل، قال: سئل مالك عن باع أصل حائطه من رجل أنه متى جاءه بالثمن كان أحق بحائطه وكان إليه رده فأقام في يد المشتري ست سنين يأكل ثمرته، ويزرع قصباً يأكل غلته، ثم أسير البائع بعد ست سنين فجاءه بالثمن فرده عليه وأخذ حائطه، وقد أكل المشتري ثمرته ست سنين وغلة قصب كان يزرعه، وقال مالك: أصل هذا البيع لم يكن جائزاً ولا حسناً، وأرى للمشتري ما أكل من الثمر واستغل من القصب بالضممان لأنه كان للحائط ضامناً، إلى آخر القول. وجاء في المدونة: قلت أرأيت لو أن رجلاً اشترى جارية على أن البائع متى جاء بالثمن فهو أحق بالجارية، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا، قلت: لم؟ قال: لأن هذا يصير كأنه بيع وسلف.

حكم الغلة في بيع الثنية عند المالكية: اختلف في الغلة في هذا البيع، هل هي للمشتري أو للبائع. قال الرجراجي: اختلف في بيع الثنية هل هو بيع أو رهن على قولين: وفائدة الخلاف تظهر في الغلة، فمن رأى أنه بيع قال: لا يرد الغلة، وقد قال مالك في العتبية: إن الغلة فيه للمشتري بالضمان فجعله بيعاً وإنه ضامن والغلة له، إلى آخر الكلام. وبالجمل: فإن ثمرة الخلاف بين القولين - أي في كونه رهناً أو بيعاً عند المالكية - تظهر في الغلة، فمن قال: إنه بيع، قال: لا يرد الغلة، وتكون للمشتري بالضمان، ومن قال: إنه رهن، قال: لا يرد الغلة، وإنه في ضمان البائع، وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها.

مذهب الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن بيع الأمانة (الوفاء) الذي مضمونه اتفاق المتبايعين على أن البائع إذا جاءه المشتري بالثمن، أعاد عليه ملك المبيع، وللمشتري أن ينتفع بالمبيع بالإجارة أو السكنى أو غيرها، وهو عقد باطل بكل حال. ووجه هذا القول: إن مقصود المتبايعين إنما هو الربا بإعطاء الدراهم إلى أجل ومنفعة الدار مثلاً هي الربح. والواجب فيه: ردُّ المبيع إلى البائع، وأن يرد المشتري ما قبضه من الثمن.

وأما مذهب الشافعية: اختلفت أقوال فقهاء مذهب الإمام الشافعي في حكم بيع الوفاء من المتقدمين فمنهم من ذهب إلى القول بفساده إذا كان شرط الوفاء في صلب العقد مقترناً بالإيجاب والقبول، أو في مجلس العقد، أو في زمان خيار الشرط. أما بعض المتأخرين من فقهاء المذهب قالوا: إن بيع الوفاء جائز ومفيد لبعض أحكامه، وهو: انتفاع المشتري بالمبيع، وهو البيع من آخر. ووجه هذا القول: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس هكذا وتعاملوه به لحاجتهم إليه فراراً من الربا، فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشرطه فيه وإن كان مخالفاً للقواعد، لأن القواعد تُترك بالتعامل كما في الاستصناع.

أثر فوت المبيع: إذا كانت قيمة المال المباع بالوفاء مساوية للدين وهلك المبيع في يد المشتري أو أتلفه، سقط من الدين بقدر قيمة المبيع الهالك أو المتلف - والحقيقة هذا هو قول فقهاء الحنفية في هلاك الرهن - أما إذا كانت

قيمة المال المبيع وفاءً ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذ من البائع، وسواء كان الهلاك بلا تعد ولا تقصير من المشتري، أو كان بتعدّد يد وإتلافه، وإذا كانت قيمة المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري، سقط من الدين قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، أما إن كان بلا تعدّد فلا يلزم المشتري أداء تلك الزيادة.

حكم اشتراط البائع الضمان من المشتري للوفاء ببيع الوفاء: لما كان بيع الوفاء يتراوح ما بين الرهن والبيع صحيحاً كان أو فاسداً على خلاف بين العلماء كما صحح بعضهم أن بيع الوفاء إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ولو ذكر البيع بلا شرط ثم ذكر الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد إذ المواعيد تكون لازمة فيجعل لازماً لحاجة الناس، كما ذكروا أن الشرط الفاسد إذا ألحق بالعقد يلتحق عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا عند صاحبيه، إلى آخر الكلام.

وجه التطابق فيما بين عقدي الرهن والوفاء: إن بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة وخرّج على هذا الأصل الفروع التالية:

- ١ - لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة.
- ٢ - المشتري وفاء ضامن لما أكل من ثمر المبيع أو أتلف من شجره.
- ٣ - يسقط من الدين بهلاك المشتري تحت يده.
- ٤ - لا يضمن الزيادة.
- ٥ - للبائع استرداد المبيع وفاء إذا قضى دينه.
- ٦ - لو بيع كرم بجانب هذا الكرم - الذي بيع وفاء - فالشفعة للبائع لا للمشتري.

والوجه فيه: إن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن، وللرهن حق الشفعة وإن كان في يد المرتهن.

والخلاصة: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن بيع الوفاء إن كان خالياً

عن شرط الرد في صلب العقد يكون جائزاً، وكذلك عند الإمامية، أما إذا شُرطَ ردُّ المبيع في صلب العقد يكون البيع فاسداً عند الأحناف والمالكية والشافعية. أما الحنابلة فيرون البيع صحيحاً والشرط فاسداً، وإذا كان البيع خالياً عن ذكر شرط الرد فالراجح في المذاهب الأربعة أنه جائز لكونه بيعاً خالياً عن شرط.

هل يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة؟ اتفق الفقهاء على أن عين الرهن، ومنافعه ملك للراهن، وأن المرتهن ليس له إلا حق استيفاء دينه من ثمن المرهون إذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند الأجل. كما اتفقوا على أن المرتهن لا يحل له الانتفاع بشيء من الرهون، إذا لم يأذن له الراهن، ولم يكن المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة، واختلفوا في انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن مطلقاً سواء أكان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة أم كان غير ذلك، أو لم يأذن له الراهن، وكان المرهون مركوباً، أو محلوباً، أو صالحاً للخدمة. فالخلاف بين الفقهاء في وضعين: الأول، انتفاع المرتهن بالمرهون، إذا أذن له الراهن. والثاني، إذا لم يأذن له الراهن. والأدلة مطروحة ومعروفة.

والقول المختار: هذا والمختار من الأقوال الثلاثة هو القول بعدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقاً سواء أكان الانتفاع مشروطاً في العقد، أو كان غير مشروط، وسواء أكان الرهن بدين قرض أم كان بغير دين قرض، لقوة أدلته وسلامتها مما ورد عليها، ولأنه يتفق وسماحة الدين ويسره ونبل مقاصده حيث حث على التعاون وأكده، أما تحيُّن الفرص لأكل أموال الناس بالباطل فليس في شرائع الله تعالى ما يبيحه.

انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن: الحقيقة — يعني — هي أقوال أربعة معروضة لن تأتي على ذكرها لأنه ما من جديد، لكن نعود إلى الخلاصة.

المختار: والقول المختار من الأقوال الأربعة في انتفاع المرتهن بالمرهون المركوب أو المحلوب، أو الصالح للخدمة، إذا لم يأذن الراهن للمرتهن في

الانتفاع به، هو ما ذهب إليه أبو ثور والليث والأوزاعي من حل الانتفاع بقدر المنفعة إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على المرهون، لقوة أدلته ولموافقته لروح التشريع، ولما فيه من المحافظة على حقوق الراهنين، والمرتهنين وعلى الأموال التي أمر الشارع بالمحافظة عليها ونهى عن إضاعتها وأكلها بالباطل. فإن الناظر في أدلة المذاهب المختلفة، يرى أنه قد سلم منها حديث (له غنمه وعليه غرمه) وحديث (الظهر يركب بنفقته) وحديث (فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن ثمن العلف فهو ربا) وسبيل العمل بالأحاديث المتعارضة هو الجمع بينها، وأما الأخذ وترك البعض الآخر لمجرد ما أثير حوله من أقاويل، أو تعصب لرأي معين، فبعيد عن الصواب.

والخلاصة: أن التحريم متفق عليه في غير مسألة المركوب والمحلوب، أما فيهما فقد قيل بالحل. ولكن الجمهور على خلافه ولا شك أن الأرض المرهونة ليست كالحيوان حتى تقاس عليه، فلا يجوز أن يكون القرض على رهنها سبباً في الانتفاع بها اتفاقاً فإن محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم إنما هو الحيوان كما علم.

الصور التي يمكن للاقتصاد أن ينتفع بها من بيع الوفاء: في الحقيقة خلصنا من مبحث الرهن إلى أربعة عشر ضابطاً أو قاعدة فقهية:

١ - أن بيع الوفاء ليس برهن محض، وأن ثمن الوفاء ليس بدين محض في ذمة البائع.

٢ - لو كان الثمن في بيع الوفاء ديناً لكان المبيع رهنماً ولما كان المبيع بيع الوفاء ليس برهن فلا يملك المشتري منفعه أو يملكها.

٣ - لو كان ثمن الوفاء ديناً لما جاز البيع وفاء قبل قبض الثمن لأنه يصير رهنماً بلا دين وهو لا يجوز.

٤ - لو كفل بدين فشرى الطالب به عقار المديون وفاء تبطل الكفالة ثم لا تعود بفسخها ببيع الوفاء.

٥ - لو باعه وفاء ولم يقبض الثمن لا يتمكن من بيعه من آخر قبل فسخه، والرهن كذلك.

- ٦ - إن زكاة مال الوفاء تجب على البائع ولو كان ديناً محضاً لما وجب عليه، وفي هذا الوجه لا فرق بينه وبين الرهن لأن العين المرهونة تبقى على ملك المدين الراهن على ما هو معلوم في حكم من الأحكام لأنه ملكه بقبضه على المشتري لأنه يُعدُّ مالاً موضوعاً له عند البائع أو ديناً له عليه.
- ٧ - البائع والمشتري في البيع بالوفاء مقتدران على الفسخ.
- ٨ - كون المبيع في بيع الوفاء غير مشاع شرط.
- ٩ - ليس للبائع أو المشتري بيع المبيع وفاء من آخر.
- ١٠ - يجوز أن يشترط في بيع الوفاء أن تكون منافع المبيع للمشتري.
- ١١ - إذا تلف المبيع وفاء في يد المشتري سقط من الدين بمقداره ولو كان ذلك بدون تَعَدُّ منه.
- ١٢ - إذا توفي أحد العاقدين للبيع بالوفاء قَامَ ورثته مقامه.
- ١٣ - يُمَيِّرُ المشتري وفاء عن غيره في أخذ المبيع.
- ١٤ - إن المشتري يملك زوائد المبيع وفاءً ولا يضمنها بإتلافها.

وعليه: بيع الوفاء وثيق الصلة بخيار التقد على ما قاله الدكتور عبد الله في بحثه فيأخذ أحكامه ويدخل - أي ما يستفاد من هذا العقد - البنك وسيطاً بين طرفي المعاملة فيكون راهناً ومرتهناً ويبيع بالوفاء بين الطرفين على ما ذهب إليه السيد الشريف محمد عبد القادر.

وفي الخاتمة، هذا ما أعانا الله عليه ووفقنا إليه من جهد المقل في بحثنا «بيع الوفاء»، ونعرف في النهاية أن المعاملة طَلَّقَتْ حتى يعلم المنع ولكن يقابلها التقوى فوق الفتوى، والله من وراء القصد. وصَلَّى اللهُ وَسَلَّمْ على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه. والسلام عليكم ورحمة الله.

الشيخ رجب بيوض التميمي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أريد أن أعلق ولي ملاحظات على ما ذُكِرَ بالأمس من عقد الاستصناع، إن

هذا المجمع محط أنظار المسلمين في جميع الأقطار، وعليه يعولون في حل مشاكلهم حسب الشريعة الإسلامية، ولقد أجاد إخواني العلماء الذي عرضوا وصوروا العقد، والموضوع حسب أقوال المذاهب التي ذُكرت، لكن هناك أمور كما ذكر بعضها أخي الدكتور عبد السلام العبادي، هذه الأمور تتعلق بالدولة وتتعلق بالجماعات وتتعلق بالأفراد، أما ما يتعلق بالأفراد والجماعات فهي أمور مهمة لأن طالب الاستصناع وطالب العمل يطلب عملاً له تكلفة مالية وله تكلفة فنية، فمثلاً إن أراد أن يبني عمارة أو مدرسة فعليه أن يراجع المقاولين والمهندسين والفنيين وهذا يتطلب تكلفة مالية، لكن هناك أمور تتعلق بالدولة وتتعلق ببناء المستشفيات أو المدارس أو المجمعات السكنية، هذا الأمر هو الذي يجب أن يلاحظ وأن يضع له المجمع الحلول الشرعية، لأن هذا الأمر يدخل تحت أن يقوم الممول بتقديم التمويل على مدة معينة، وبعدها يُسَلَّم ما قام به، وفي أغلب الأحيان أو في الأحوال كلها يتبع ذلك فوائد بنكية ربوية، وهذا مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية، وهنا يجب أن يعمل المجمع على إيجاد الحلول التي تخرج بها من المشاكل الربوية، والله الموفق حتى تبقى صورة المجمع الفقهي مضيئة مشرقة يتطلع إليها العالم الإسلامي، وهذا المجمع جدير بأن يكون في مكان إسلامي محترم مصان يجب أن تكون أعماله وقراراته موضع الاحترام والأخذ بها. والله الموفق.

هذا ما أردت أن أنبه إليه والله سبحانه وتعالى يهدينا إلى سواء السبيل وهو ولينا، نعم المولى ونعم النصير. والسلام عليكم ورحمة الله.

الدكتور أنس مصطفى الزرقاء:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الكريم.

في موضوع «بيع الوفاء» أريد أن أبين الموقف الذي يبدو لي أنه مناسب منه اليوم، أي أتكلم أساساً حول المحور الرابع من المحاور المطروحة في الموضوع. حقيقة إن تكاثر الفروع الفقهية المعروضة أخشى معه أن يغيب بينها

جذع الشجرة وعمود الخيمة. فالطبيعة الاستثنائية لبيع الوفاء ينبغي ألا نغفل عنها في أي لحظة.

من المسلمات الشرعية أنه في القرض لا يحل أن ينال المقرض بالمقرض منفعة وبخاصة منفعة من جنس منفعة ما يمكن إيجاره من عقار أو منقول، هذه من البديهيات المسلمة لدى الجميع والحمد لله. الآن بيع الوفاء كما ذكر غير واحد من العلماء الأكابر القدامى والمعاصرين الذين بينوا ووضحوا حقيقته، هذا البيع يؤول إلى أن يضمن للمقرض الذي هو مشتر في بيع الوفاء أن يسترد رأس ماله وينتفع من هذه العين المبيعة ببيع وفاء ينتفع بها بصورة مباشرة أو بإيجارها من أحد آخر إذن واضح تماماً أن هذا العقد كما صرح به من كتبوا وفضلوا أحكامه هو يؤدي إلى هذه النتيجة. الآن الذين أجازوه أيضاً صرحوا بأنهم لم يجيزوه إلا تحت ضغط الضرورة الماسة، هكذا بيّنه عدد من الأوراق المقدمة إلى هذا المجمع الموقر، كما بينه فضيلة الشيخ الميس الذي لخص الموضوع، وهنا أيضاً أمامي صفحات من الموسوعة الفقهية الكويتية في بند البيع، تقول: إنه للضرورة الماسة، هذا ما يقوله بعض متأخري الشافعية أيضاً ويؤكدون بذلك ما قاله من سبقهم من الحنفية الذين أجازوه، إذن الذين أجازوا هذا البيع إنما أجازوه تحت ضغط الضرورة الماسة حتى لا يقع الناس في الربا الصريح. الآن إذا احتفظنا بهذه الحقيقة في أذهاننا أمكننا أن نطرح الآن نقطتين: النقطة الأولى، أريد أن أتبه لخطورة إباحة بيع الوفاء اليوم، هذا حكم استثنائي قال به من قال به لضرورة وجدت في مجتمعات مسلمة في القرن الخامس ثم قلدهم آخرون في مجتمعات أخرى قد تكون واقعة تحت ضغط الضرورة المشابهة لما واجهه الأولون، الآن لو أخذنا به اليوم تقليداً من سبقنا دون تروٍّ فيما إذا كنا نحن أيضاً واقعين تحت ظروف الضرورة التي جعلتهم يقولون به، ربما نقع في مخاطر كبيرة أذكر بعضها. إذن أريد أن أذكر بضع نقاط عن خطورة إباحة بيع الوفاء اليوم.

أولاً: من الصعب أن نجد مبرراً شرعياً أو منطقياً لقصير بيع الوفاء على العقارات، المنطق الذي يدعو إلى القول به في العقارات يجري أيضاً في

المنقولات، إذا كنت أنا أملك سيارة وأخي يملك أرضاً أو داراً فكيف تبيع لأخي أن يبيع داره ببيع وفاء ولا تبيع لي أن أبيع سيارتي ببيع وفاء؟ وإذا قلنا في السيارة ما الذي يمنع أن أبيع ساعتني ببيع وفاء، وسجادة أيضاً في البيت عندي؟ لا نستطيع منطقياً ولا فقهاً أن نقف عند حد العقارات، هذه النقطة .

النقطة الثانية والأهم: انظروا ماذا يحصل لو قلنا ببيع الوفاء اليوم. خذوا - مثلاً - الشركات، شركات تريد أن تحصل على تمويل، بدل أن تزعج نفسها بالبحث عن بدائل شرعية متاحة - الحمد لله - الآن في كثير من البلاد من خلال مؤسسات مصرفية إسلامية بدل ذلك، كل شركة لديها بعض العقارات ولديها بعض الآلات، أفران الإسمنت، آلات النسيج، أموال استعمالية تقبل الإجارة، يبيعون هذا المبنى الذي تستعمله الشركة أو بعض مستودعاتها ببيع وفاء، ويدفعون عنه أجرة شهرية تساوي الفائدة التي يرغب ذلك المصرف في تقاضيها، ثم إذا ردوا المال شطبت الورقة التي كتب بها أن المصرف صار مالكاً لهذا العقار - هذا الملك العابر الذي لا أثر له إلاً بشكل عابر - يعود إلى الشركة .

إذن الآن أي مصرف حتى لو كان من أكبر المصارف الربوية في العالم يستطيع في ليلة واحدة أن يتحول إلى مؤسسة مالية إسلامية، كل ما يقوله من يريد أن يقترض مني بالفائدة ليكن عنده مال يقبل الإجارة شرعاً، وكل مال استعمالية يقبلها. يأتيني بهذا المال وأنا أرتب أمر القرض، علينا أن نعمل بمختلف أنحاء العالم للتخلص من بلوى الربا والخروج من حالة الضرورة إليه إلى حالة البدائل الشرعية التي لا شبهة فيها والتي تسلك إلى التمويل الطرق المباحة والتي تنتج لجميع أفراد المجتمع ومؤسساته وبسبل مشروعة .

انتقل إلى النقطة الرابعة والأخيرة، ما الموقف المناسب من بيع الوفاء اليوم؟ يبدو - والله أعلم - أنه من الضروري أن نتذكر أنه أصلاً من قال به قال به كحكم لضرورات فردية أو ما يحل محلها في الأحكام من حاجات اجتماعية ملحة لا تجد لها وفاء إلاً بالوقوع في الربا الصريح، فأخرجوا لهم شيئاً يبعدهم عن صراحة الربا، نحن اليوم لا يحق لنا لا فقهاً ولا منطقاً أن نسحب على أنفسنا

ومجتمعاتنا هذا الحكم الاستثنائي قبل أن نبين وبرهن على أننا نحن أيضاً واقعون في مثل هذه الضرورات، ويمكن أن يعترض معترض ويقول: طيب أتم بارعون، في الرفض والتحریم، ولكن ما هو البديل إذا كنتم تريدون منع بيع الوفاء فما البديل له؟ جوابي ببساطة، إن كل الجهود الفكرية والعملية التي بذلت وتبذل في تطوير وتوفير صيغ التمويل الإسلامية المعاصرة سواء أكانت جهوداً في البحث عن الحلول أو إقامة مؤسسات مالية هي البديل العام لكل صيغة تمويل محرمة ومنها بيع الوفاء، فالبديل أن نلجأ لصيغ التمويل الإسلامية التي لا تجعل الفرد في وضع يضطر فيه إلى الربا فإن أراد تجاوزه ذهب إلى مسألة فيها شبهة شديدة كبيع الوفاء.

وأختم كلامي بهذا، وأرجو من المجمع الموقر تحاشي إصدار أي قرار يجيز بيع الوفاء لما يترتب على ذلك من مخاطر، ولأنه حقيقة لا يصح إصدار قرار عام فيه ومسألته مسألة ضرورات وكل إنسان ربما يعلم الضرورة إذا واجهها، يعلم إذا كان يحل له شرب الخمر خشية أن يغص ويموت أو يصح أن يأكل الميتة لأنه في وضع ليس عنده طعام ويهلك، هو نتركه يرى الضرورة ويعرف أنه محاسب أمام الله على تخطي الحدود إذا طبقها على نفسه دون مبرر، أما أن نعطي بياناً أو قراراً عاماً بأن هذا البيع من حيث المبدأ، هكذا يصح ففي ذلك مجانبة للصواب، والله أعلم. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور علي أحمد السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

لاحظت منذ أمس ظهور اتجاه جديد إلى إنشاء اجتهادات تنفصل عن آراء السابقين واجتهاداتهم، وهذا قد يكون له محاسنه ولكن - أيضاً - قد يكون له محاذيره، والذي أرجوه أن يكون لهذا المجمع الموقر منهج واضح في الاجتهاد حتى لا يقع في التناقض. سادتنا الفقهاء الأعلام لكل منهم منهج المعروف، على سبيل المثال إذا قلنا ما قاله كثير من الإخوة بالأمس بإباحة الاستصناع كعقد

بيع مع غياب كل من العوضين، وقعنا في تناقض مع فتوانا السابقة بمنع البيع إذا غاب العوضان، وبما قلناه في بيع المرابحة، وباستدلالنا بالحديث الشريف: «لا تبع ما ليس عندك» وبمنع بيع الكالء بالكالء، وبما استقر عليه الأئمة جميعاً بل استقر عليه العمل منذ عهد رسول الله ﷺ، إذا كنا سنخرج على هذا كله فلا بد أن يكون لنا منهج معروف، لماذا سنخرج؟ ما الضرورة إلى هذا الخروج؟ وما منهجنا الجديد الذي سنبنى عليه هذه الفتاوى؟ هل هو العرف والعمل؟ العرف والعمل الآن أن الناس يتعاملون بالتأمين وقد منع المجمع التأمين، العرف والعمل الآن التعامل مع البنوك الربوية، وقد منع المجمع هذا. إذن على أي أساس سيقوم مثل هذا الاجتهاد الجديد؟.

ملحظ آخر، وهو أن المخارج التي تظهر في عصرنا قد تكون نتيجتها من حيث الناحية العملية أسوأ من الشيء نفسه الذي نبحت له عن مخرج، وأضرب هنا مثلاً، بيع الوفاء عندما انتشر في مصر ولجأ إليه من أراد ألا يتعامل بالربا كانت النتيجة أن ذهبت عقارات كثيرة وضاعت من أيدي الناس مقابل أموال أخذوها والعقارات أكبر بكثير من هذه الأموال حتى اضطر القانون المصري وهو يبيح الفوائد الربوية، اضطر إلى منع بيع الوفاء نتيجة هذه الأضرار في الواقع العملي.

وأضرب مثلاً آخر: أحد الإخوة سألني قال: أنا بعت سيارتي بأربعين ألفاً وأمهلته المشتري خمسة أشهر، فقلت له: جزاك الله خيراً، ثم قال لي: ولكن وجدت المشتري يبيع السيارة فاشتريتها منه بثمانين وعشرين ألفاً، فقلت له: أنت أسوأ من البنوك الربوية لأنك أخذت فوائد أكثر من ١٠٠٪، إذن هنا أرجو أن تنتبه إلى المحاذير - وشكر الله الأخ الدكتور أنس لما بينه هنا - المحاذير عند الخروج بمخارج نرى أنها شرعية وتمنع الحرام، ننظر إلى الواقع العملي في عصرنا.

نقطة أخيرة: مسألة البنوك الإسلامية والإيداع بفوائد ربوية، عندنا أخوان كريمان مسؤولان عن بنكين إسلاميين فإن كانا يفعلان هذا فليخبرانا حتى نقول

بأن هذه البنوك ليست إسلامية، وإن كانوا لا يفعلون هذا، فأرجو ألا نلقي الأمور على عواهنها بغير دليل، فالذي نعرفه أن البنوك الإسلامية لا تلجأ إلى هذا بل ما قامت إلاً لتحرير أموال المسلمين من الربا. وأكتفي بهذا القدر، وشكراً ومعدرة. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور علي محيي الدين القره داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أولاً، نشكر العارض الكريم على عرضه الطيب، وكان بودنا أن يلخص ما جاء في بقية البحوث ولنا بعض الملاحظات.

أولاً: أن بيع الوفاء ليس له أثر على الاقتصاد في وقتنا الحاضر بل كما قال أخي الدكتور أنس إنه ضربة قاصمة للظهر للبنوك الإسلامية.

ثانياً: أن بيع الوفاء توصل إليه بعض الفقهاء في ظل الظروف الاستثنائية، وهو يدخل ضمن الحيل في عصر ما بعد القرون الثلاثة المشهود لها بالخيرية، ولذلك فهي من الحيل كما قال علماء الحنفية أو أكثر علماء الحنفية أنفسهم.

ثالثاً: أن بيع الوفاء إضافة إلى أنه حيلة للتخلص من الربا، يتضمن شرطاً ينافي مقتضى البيع وهو البيع بشرط رده، ولذلك لم تعترف به القوانين المدنية الوضعية كما جاء ذلك في كثير من المذكرات الموضحة للقوانين المدنية بأن هذا العقد لا يمكن الاعتماد به أو اعتباره لأن الشرط الموجود فيه يخالف مقتضى العقد إضافة إلى الأضرار الاقتصادية التي حدثت في مصر كما تفضل به الدكتور علي السالوس.

رابعاً: أن بيع الوفاء في الواقع ليس بيعاً، لأن مقتضى البيع التأبيد، وليس رهناً لأنه لا يجوز بالاتفاق الانتفاع بالعين المرهونة سوى المحلوب والمركوب، كما أنه ليس بيعاً عقداً مستقلاً إذ ليس في مقوماته عقد مستقل كما سبق وأن ذكرنا في عقد الاستصناع، وعقد الاستصناع — حقيقة — عقد قال به العلماء في القرون الثلاثة، ولا يدخل في قول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» كما يقول

ابن القيم لأن هذا نفي في شيء فيه غرر، أما بيع الاستصناع فهو موجود في الذمة وابن القيم يقول: ما هو موجود في الذمة كالموجود في العين، الموجود في الذمة كالموجود والمحسوس، كما يقول ابن القيم في شرحه لحديث: «لا تبع ما ليس عندك» في شرحه لسنتن أبي داود.

خامساً: أن بعض المصطلحات التي ذكرها أخي الكريم العارض لبعض المذاهب الأخرى كالثنيا عند المالكية، والعهدة عند الشافعية، والأمانة عند الحنابلة، حسب معلوماتي بهذه المذاهب يحتاج إلى إعادة النظر من أخينا الكريم ويُفتح المناط، هل هذه المصطلحات فعلاً تساوي بيع الوفاء؟ وأنا في اعتقادي أن هذه المصطلحات لا تساوي تماماً وهناك فروق جوهرية بين هذه المصطلحات ومصطلح بيع الوفاء.

سادساً: أن بيع الوفاء إذا لم يتضمن شرط الرد لا يسمى حينئذ بيع الوفاء، وحينئذ يخرج عما نحن فيه، فالقضية قضية أنه إذا كان فيه شرط الرد، أما إذا كان واحد يبيع فعلاً وبعد ذلك طبعياً ودون أن يكون هناك نية مبيتة كما في بيع العينة وغير ذلك فحينئذ لا يمسي بيع الوفاء أبداً، فبيع الوفاء كمصطلح معروف هو ما كان فيه شرط الرد، أو ما كان معروفاً فيه الرد، لأن المعروف عرفاً - كما يقول - كالمشروط شرطاً، فالقضية إما أن يكون منصوفاً عليه أو معروفاً عرفاً، أما إذا حصل بيع عادي بعد ذلك فهذا شيء آخر.

سابعاً: أنا أضم رأبي إلى رأي الأخوين الكريمين المتداخلين أنه فعلاً لو فتح هذا الباب لفتح معه باب الحيل على مصراعيه. هذا، والله سبحانه أعلم، وأشكركم وبارك الله فيكم.

الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

لقد أعددت بحثاً حول هذا الموضوع لمقارنته بين الرهن وبيع الوفاء، بينت

فيه أحكام الرهن التي لا تحتاج إلى تبين لأنها محل إجماع من الفقهاء ومؤصل بالكتاب والسنة، ولما وضحت الصور والحالات التي يمر منها الرهن، تعرضت لبيع الوفاء، هذا الاجتهاد الذي اجتهد فيه علماء الحنفية في القرن الخامس، وعلى ما أعلم فإن كل العلماء الآخرين وقفوا منه موقف الريبة لأنه ينافي الشرط الأساسي لعقد البيع، فالغاية الأولى من عقد البيع هي نقل العين محل البيع إلى ملكية المشتري ليتمكن فيها من التصرف بأي نوع كان، بينما عقد الوفاء يحد من هذه الحرية ويحد من حق الملكية الذي هو الشرط الأساسي للبيع، وبالتالي إذا اعتبرناه بيعاً فقد يكون فاسداً حسب نظر الفقهاء الذين لم يقولوا بهذا الشرط، ومن حيث التراضي على البيع فهو يشابه عقد البيع كما قال الإخوة العلماء الذين تحدثوا عنه في بحوثهم التي بين أيدينا، لكن مرور الزمن من القرن الخامس عليه وهو يتحرك في المعاملات - وأعني في الفقه الحنفي - والحاجة الملحة إليه في هذا العصر أو الملحة إلى إبراز أحكامه، تجعل من الواجب أن ينظر إليه ولا أقول من خلال عقد البيع لأنه حتى في القوانين المدنية تقول إن حق البيع يخول الإنسان التصرف والاستغلال والتتبع، ومن حيث كونه يشابه عقد الثنايا أو الثنايا عند المالكية ففيه نظر، ذلك أن بيع الثنايا عند المالكية هو أن يستثني الإنسان سكنه سنة في الدار التي باعها، أو شهراً في الدابة التي باعها، أو استخدام الأمة في شهور معينة، أما أن يكون يستثني الرجوع عن البيع وإرجاع العين المبيعة إلى شاربيها فلا أعلم هذا في الفقه المالكي، وعليه فإننا إذ نحیی هذه السابقة لدراسته ونحیی الشيخ أستاذنا الجليل محمد الحبيب ابن الخوجة الذي أخرج لنا كتاباً مجهولاً تماماً، وأعني عندنا في المغرب أننا نجهل كل شيء عن عقد البيع إلا فيما كتبه المجلة وفي شروحها وخصوصاً حيدر أفندي الذي قال على أن علماء الإسلام أجمعوا عندما شرعته المجلة على اتباعه، وأظن أنه كان يعني بعلماء الإسلام علماء الحنفية، أرى أن هذا الكتاب فتح مجالاً للنقاش ولكن لا يمكن بحال من الأحوال في نظري أن يسمى هذا الإجراء الذي أطلق عليه عقد البيع بيعاً لمنافاته لشرط البيع وكل ما أردت قوله عنه كتبه في البحث الذي بين أيديكم.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمد نبيل غنايم:

بسم الله الرحمن الرحيم.

يبدو بعد العرض الذي استمعنا إليه من فضيلة الأخ الشيخ خليل أن بيع الوفاء يشتمل على عدة مخالفات شرعية فهو - كما تفضل بعض الإخوة الذين سبقوني في الحديث - بيع وشرط، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، كما هو حيلة للربا، ونحن نعلم أن الله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٧﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِغُوا فَكَلِمَةٌ مِّن رَّبِّهِ وَسْ أَمْوَالِكُمْ لَا تَضْلِمُونَ وَلَا تظْلَمُونَ ﴿٢٧٨﴾﴾.

والعبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، فأبي تحايل للربا قليلاً كان أو كثيراً فهو حرام قطعاً، وهو أيضاً مخالف لحقيقة الرهن حيث لا يجوز الانتفاع بالمرهون حسب الرأي الراجح عند الفقهاء، وهو أيضاً ليس تنشيطاً للاقتصاد - كما تفضل الأخ الدكتور أنس - بل قد رأت بعض اللجان البرلمانية عند مناقشة هذا النوع من المعاملات أنه لا يستجيب لأي حاجات حيوية اقتصادية في التعامل إنما هو سيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً بالرهن وتنتهي إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس، ومن هنا أرى عدم إقراره إلا إذا كانت هناك ضرورة قصوى عملاً بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» و«الضرورة تقدر بقدرها»، وهنا يجب على المجمع الموقر أن يضع ضوابط وحدوداً لهذه الضرورات ولا يترك الأمر لكل شخص حسب أي تقدير.

وبالله التوفيق. وصلى الله على سيدنا محمد. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

أحب أن أركز على أمرين اثنين فقط، اختصاراً للوقت وتنفيذاً لتوجيهات المجمع في بحث هذه الأمور.

أولاً: تعريف بيع الوفاء، ثم صورته، وبعد ذلك تكييفه بناء على الأصل الذي يعتمد عليه، فتعريفه هو (بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع). وهذا التعريف لا ينطبق مع تعريف البيع، لأن المقصود في البيع هو الملك على سبيل التأييد، وفي هذا مخالفة ومنافاة لمقتضى عقد البيع، فلا يمكن بحال من الأحوال تطبيق عقد البيع على مثل هذا البيع المذكور، أو المسمى ببيع الوفاء، أو ببيع الأمانة عند الحنابلة كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وردَّ عليه ردّاً واضحاً وقويّاً وأبطله بطلاناً نهائياً لا شبهة فيه بناء على أن القصد والاعتبار في العقود هو للمعاني وليس للألفاظ والمباني، وهذه القاعدة الشرعية التي لا يجوز هدمها وهي أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في التقربات. والاعتقاد يجعل الشيء - كما هو معلوم - حلالاً وحراماً، ويجعل الشيء صحيحاً وفاسداً، ويجعله طاعة ومعصية، ومن لم يراعِ القُصود كما قال شيخ الإسلام ابن القيم في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن لا يلعن العاصر للخمر للعنب بقصد تخميره، ويجوز له أن يعطيه أجرة على ذلك إذا ظهر منه قصد العصر للخمر، وأن يقضي له بالأجرة لعدم تأثير القصد في العقد عنده، وعلى هذا فَمَن بنى من الفقهاء هذا العقد على ظاهر ما جرى بين المتعاقدين بناء على القاعدة الأخرى المقابلة لقاعدة الاعتبار في العقود للمعاني وليست للألفاظ والمباني، حيث أن هناك قاعدة أخرى تقول: «إن العبرة للألفاظ»، فقد طبق قول العلماء في غير محله، ذلك أن الشافعي - رضي الله عنه - عندما قال هذه القاعدة لم يقصد بهذه القاعدة حيث مخالفة القصد للمعنى، وإنما قصد بذلك (حين الاحتمال) فحينما يظهر قصد يخالف كلامه يجب حمل الكلام على الظاهر، إذا لم يظهر قصد يخالف ظاهر الكلام يجب حمل الكلام على الظاهر، والأدلة على هذا كثيرة والشافعي - رضي الله عنه - إنما ذكر هذا القول حينما يكون الكلام محتملاً للظاهر ومحتملاً لقصد

آخر، أما إذا ظهر من العقد الذي يجريه المتعاقدان قصد يخالف ظاهر المعنى فكلام الشافعي لا ينطبق على هذه القاعدة عنده، ومعلوم أن النية هي روح العمل ولبه وقوامه - كما قال شيخ الإسلام ابن القيم - أخذاً بقول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، ولو أخذنا بظواهر ما يجري من الأقوال بين المتعاقدين لما حرّمنا بيع السلاح لمن يقتل به مسلماً، ولما حرّمنا عصر الخمر لمن يعصره، ولما حرّمنا الربا حين يذكر بلفظ البيع، ولما حرّمنا الزنا حينما يصير حرية، ولما حرّمنا عبادة غير الله حينما يسمى تقرباً إلى الله سبحانه وتعالى، فنقول بناء على تعريف الحنفية لهذا العقد وأن المقصود منه هو الاستفادة من أخذ المبيع مدة بقاء الدين في ذمة المدين، أنه لم يكن القصد به في حال من الأحوال تملك المبيع، فقصد البائع هو الاستفادة بالمال المرهون - هذا المال الذي أخذه - ليستمتع به، ومقصود البائع هو الاستفادة بهذا المبيع مدة بقاء الدين في ذمة المدين، وعلى ذلك لا يعتبر بحال من الأحوال بيعاً لأن البيع على التأبيد وليس مؤقتاً بحال من الأحوال، إنما هو له شبه بالرهن، والرهن يبقى الكلام فيه في المحور الثاني، وهو هل يجوز الاستفادة المرتهن بالرهن، أو لا يجوز الاستفادة المرتهن بالرهن؟ هذا خلاف مبني على ثلاثة أحاديث: «لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ» وقوله ﷺ: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»، فإذا كان الرهن فيه قرض فلا يجوز بحال من الأحوال الاستفادة بالمرهون، وإذا كان صاحب الرهن ينفق عليه إذا كان يحتاج إلى نفقة ومؤونة فلا يجوز كذلك.

يبقى الأمر في الرهن إذا كان محلوباً ومركوباً يحتاج إلى مؤونة ولم ينفق عليه صاحبه هل يجوز أن ينفق عليه؟ نص الحديث كما قال ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب بقدر ما ينفق عليه». وشكراً لكم جزاكم الله خيراً.

القاضي محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإني أشكر فضيلة أخي الشيخ خليل الميس - حفظه الله تعالى - على عرضه للموضوع واستيفائه لنصوص الفقهاء في مسألة البيع بالوفاء، والذي أريد أن أشير إليه هنا نقطتان مهمتان قبل أن نصل إلى قرار محدد في هذا الموضوع.

النقطة الأولى: هي أنه قد اشتهر على السنة الناس أن فقهاء الحنفية أجازوا البيع بالوفاء، وإن هذا التعبير - في نظري - ليس صحيحاً، إن فقهاء الحنفية لم يجيزوا البيع بالوفاء بمعناه الحقيقي، ما هو المعنى الحقيقي للبيع بالوفاء؟ المعنى الحقيقي للبيع بالوفاء هو أن يكون شرط الوفاء وشرط الإقالة مشروطاً في صلب عقد البيع، فإذا كان شرط الإقالة مذكوراً في صلب عقد البيع فلم يذهب إلى جواز هذا البيع أحد من فقهاء الحنفية، لم أطلع على فقيه من الفقهاء ذهب إلى جواز مثل هذا البيع لا من الحنفية ولا من المالكية ولا من الشافعية ولا من الحنابلة، هذا البيع مجمع على فساده، أما بعض المتأخرين من الحنفية الذين أجازوا هذا البيع، في الواقع لم يجيزوا البيع بالوفاء، وإنما أتوا له ببديل، هم حكموا على البيع بالوفاء بأنه رهن وهو في حكم الانتفاع بالمرهون ولا يجوز شرعاً، ولكنهم أتوا ببديل، ما هو البديل؟ أن يعقد البيع من غير اشتراط الوفاء كالبيع العادي دون أن يكون فيه شرط في الإقالة، ثم تقع بعد عقد البيع مواعدة بين البائع والمشتري بأنه كلما جاء المشتري بثمنه فإن البائع سيرد إليه المبيع، هكذا جاءوا له ببديل، ولا شك في أن هذا البديل - أيضاً - ليس إلاً حيلة للفرار من الربا.

فالبيع بالوفاء بمعناه الحقيقي لا يجوز، أما هذا البديل، المواعدة على الاسترداد بعد انعقاد البيع، هذا استخدموه كحيلة في بعض المعاملات، والحيلة كما تعرفون لها مكان في الشريعة، يعني الحيلة متى جاءت لإبطال مقاصد الشريعة فإنها لا تجوز وتحرم كحيلة أصحاب السبت، وأما إذا كانت الحيلة للتخلص من بعض المحرمات وللفرار من بعض المحرمات التي يلجأ إليها المجتمع في بعض الأحيان، ففي بعض الجزئيات يجوز أن تتخذ تلك الحيلة كمخرج من المحرمات.

فالذي أراه أنه ينبغي أن نركز على أن البيع بالوفاء بمعناه الحقيقي من حيث أن يشترط في صلب العقد الاسترداد أو الإقالة أن هذا يحرم شرعاً ولا سبيل إلى جوازه. أما المواعدة بعد عقد البيع فإنه بحكم أنه حيلة وليس عقداً مثالياً من العقود الإسلامية فإنه لا ينبغي أن يتخذ كأصل عام أو كمبدأ عام في المعاملات الجارية، كما ذكر الأخ الأستاذ الفاضل الدكتور أنس الزرقا أنه لو فتحنا هذا الباب لأخذت المصارف كلها هذا الطريق وأجروا بينهم المعاملات الربوية على هذا الأساس، لا لأن الحيلة لها مقام، الحيلة لا يمكن أن تتخذ كمبدأ عام وتدار عليه جميع المعاملات والعمليات في المجتمع، نعم لا ينبغي أن نقفل هذا الباب بالكلية فإنه من الممكن أن تكون هناك بعض الحالات وبعض الجزئيات يلجأ فيها الناس إلى مثل هذا البيع، مثل هذه الحيلة، ألا ترون أن المرابحة التي تجري عليها المصارف الإسلامية، لا شك أنها حيلة، والتأجير المنتهي بالتمليك لا شك أنها حيلة، ولكن أخذناها للفرار من الربا، فلو أخذنا بهذا المبدأ ونصرح بأنه لا يستخدم هذا النوع من البيع إلا في مواضع لا يمكن فيها الفرار من الربا إلا بهذا الطريق، فلو أجزنا هذا البيع وهذا الطريق للتعامل بهذا الشكل يمكن أن نجتمع فيه بين المصلحتين، المصلحة التي ذكرها الدكتور أنس الزرقا والمصلحة التي أبيع من أجلها هذا الطريق من قبل بعض الفقهاء.

هذا ما أرى، والله سبحانه وتعالى أعلم وعلمه أتم وأحكم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

سيدي الرئيس، كأنه قدر لي أن أكون المعارض دائماً لكنني الموافق دائماً
— إن شاء الله — ولا نقصد إلا الحق.

الحقيقة لو استعرضنا أدلة الموافقين وأدلة المخالفين لهذا العقد بموضوعية وكلنا — والحمد لله إن شاء الله — موضوعيون، نستطيع أن نصل إلى رؤية أوضح في هذا المجال.

قبل كل شيء تحرير محل النزاع، محور الإشكال في هذا العقد ولترك كل الذبول التابعة له، محور الإشكال هو أن يشترط بائع البيت على المشتري أن يرد له البيت - مثلاً - بعد سنتين إذا سلمه وأعاد له الثمن. شرط الرد عند الرد هو محور الإشكال في هذا العقد، المخالفون لهذا العقد محور أو عمدة أدلتهم هو أن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، هذا أولاً، ثم الدليل الثاني لهم أن المقصود بهذه العملية الفرار من الربا أو التحايل على القصد الشرعي، وهناك إشكال آخر أذكر أن الإمام الخميني - رحمه الله - ذكره في هذا العقد وذكر احتمالاً ورده وهو وجود الغرر باعتبار أن البائع يعطي المشتري أو أن المشتري يُعطى يعني في هذا العقد تُعطى فرصة لتحقق الرد عند الرد خلال سنة، فيبقى العقد قلقاً متى جاء الثمن يأتي هذا المثل، هذا المعنى أيضاً ذكر، هذه عمدة أدلة من خالف. الحقيقة - اسمحو لي - أن أقول: إن إشكال الغرر يكاد لا يأتي إذا تأكدنا تماماً من كل الشرائط الأخرى، هذا ما يبدو لي وهناك الكثير من الأمثلة المشابهة التي فيها التردد المتسامح عرفاً، على أن الغرر هنا لا ينصب على مصب العقد، والغرر الذي لا ينصب على مصب العقد لا يضر به، وهذا أيضاً من القواعد التي يجب أن نحررها هنا، فكثيراً ما نستند إلى الغرر ونحرم به المواضيع والأشياء ولكننا لم ننقح دور الغرر في هذه العقود، الغرر أحياناً يأتي في مصب العقد، وأحياناً في الفروع في أوصاف العقد، وأحياناً في نتائج العقد، هذه أمور يجب أن تنقح حتى نكون على بينة، أعتقد أن الغرر هنا لا يضر، مسألة الفرار من الربا، نعم الفرار من الربا خصوصاً وإذا كنا نتنقل إلى عقد آخر نلتزم بكل لوازمه، هذا البيت الذي يبيع ببيع الوفاء إذا تلف فمن مال من يتلف، من مال البائع أم من مال المشتري؟ انتقلت ملكيته إلى المشتري، يتلف من مال المشتري بكامله، الثمن الذي يأخذه البائع هذا الثمن يتصرف به تصرفاً تاماً، فهناك أمور يلتزم بها البيعان هنا وتختلف تماماً العملية عن عملية الربا، فلو استعنا أن نستعيض عن - يعني أن نعوض - عملية الربا بعقود هذه العقود لها كل لوازمها التي تختلف عن الربا، العرف هنا لا يشتبه، والمقياس هنا في

تشخيص المصاديق العرف، والعرف لا يقول هذه العملية عملية ربوية، نعم لو وثقنا كل الطريق وعقدنا كل المسير، لكن واضح أن هذه التعقيدات لا ترتب أي لوازم على أي من الطرفين إلا ما يرتبه القرض الربوي مهما طال الطريق فهو ربا، لكن هنا الأمر يختلف، هناك لوازم تأتي بشكل كامل، التلف له أحكامه، النماء له أحكامه. أعتقد أننا إذن علينا أن نحرم ما ذكره شيخنا العثماني - حفظه الله - التأجير المنتهي بالتملك، والمرابحة للأمر بالشراء، وحتى عقود مطمئنة مضمونة نقبلها جميعاً يتبعها الكثيرون ممن يريدون القرض للفرار من الربا. نقول قصدك هذا فتحمل نتائج.

يبقى البحث الأساسي في أدلة المانعين، هو قضية الشرط المخالف لمقتضى العقد. «المؤمنون عند شروطهم» قاعدة مسلمة لا يختلف فيها المسلمون، ولكن بالنسبة لصحة الشروط تذكر شرائط، من هذه الشرائط ألا يخالف كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، من هذه الشرائط ألا يخالف الشرط مقتضى العقد، وهنا أشير إلى ما تفضل به الأخ سعود من أن البيع والشرط ليس المراد به هذا وإلا فكل بيع تشتط فيه شرطاً يجب أن ترفضه، ليس المراد به هذا، الأمر المردود هناك. الشرط الذي يرفض هو الذي يخالف مقتضى العقد. هذا له صور، تعالوا لنعرف الشرط المرفوض من الشرط المقبول، هناك شرط يخالف مقتضى العقد بالمعنى المصدري، يقول: أبيعك هذا على ألا تملكه. هذا لا ريب في بطلانه لأنه يخالف مقتضى العقد.

هناك شرط يخالف كل آثار العقد، أقول: أبيعك هذا على ألا ترتب آثار الملكية، تكون مالكاً ولكن لا ترتب آثار الملكية، أيضاً هذا الشرط باطل.

هناك شرط يخالف الأثر الرئيس المقصود من العقد، كشرط ألا يتم المس الجنسي في الزواج، هذا محل خلاف وإن كان الأرجح ألا يكون منافياً لمقتضى العقد، لو فرضنا أن إنساناً أراد أن يتزوج زوجة لغرض أن يسكن معها في بيت، أن يتم شيء ما عدا المس الجنسي، هل لا يستطيع له أن يشترط المس؟ نقول هذا ولا ننظر إلى روايات أخرى قد تمنع، يدخل الشرط الآخر وهو ألا يخالف

الكتاب والسنة، إذن أن يخالف أهم الآثار أيضاً فيه تردد والأرجح التوقف طبعاً طبق المواد، ويبقى لدينا شرط آخر أو صورة أخرى من أنواع الشرط، وهو الشرط الذي يخالف إطلاق العقد، العقد المطلق - عقد البيع المطلق - يؤدي للملكية المستمرة المؤبدة لو تركت على حالها بكل معنى، هذا إطلاق العقد، وكل شرط يأتي في البيع يُقيدُ هذا الإطلاق بمقداره. الشرط الذي يقيد إطلاق العقد ما الذي يجيزنا أن نعتبره خلاف مقتضى العقد ويقيد إطلاق العقد؟ هنا في بيع الوفاء يتم البيع تماماً، ينتقل الثمن بشكل كامل إلى البائع، والمثمن بشكل كامل إلى المشتري، ولهما نماؤهما، ولهما التصرف إلا ما يخالف هذا الشرط الذي اشترط، انتقل بكل ما لديه. نعم الإطلاق يقتضي التأييد قيد الإطلاق وأنشئ العقد مقيداً من أول الأمر بهذا الشكل، ما المانع في هذا الشرط؟ وما هو النص الذي يمنع منه؟ هذا بالنسبة للشرط وأرجو الدقة الأصولية في هذا المعنى - نحن نحتاج إلى الدقة الأصولية في مثل هذا التحليل حتى نستند إليها أيضاً في أماكن أخرى، الأصول تنفعنا في مختلف الأبواب - أعتقد أن هذا الشرط لا يخالف مقتضى العقد ولا أكبر آثاره ولا يخالف كل آثاره، وإنما يخالف إطلاق العقد ولا مانع من أن يكون الشرط مخالفاً لإطلاق العقد، وأعتقد أن كل شرط يخالف إطلاق العقد إلا أن تنفوا أي اشتراط في عقد البيع، إذن انفوا أي أشراف في عقد الإجارة، وعلى كل حال طبقاً للقاعدة التي أشار إليها الأستاذ سعود لا ليس الأمر كذلك. إذن ننفي قاعدة «المؤمنون عند شروطهم» لأن الشروط الابتدائية مرفوضة والشروط ضمن العقود تأتي فيها القاعدة التي أشار إليها «النهى عن البيع والشرط». إذن ينتفي مفعول «المؤمنون عند شروطهم». هذه أدلة المانعين.

أما أدلة المجيزين فقد لاحظتها ووجدتها أربعة.

الرئيس:

«المسلون عند شروطهم» صحيحة يا شيخ.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:
أنا أقول لكم... أنا قلت لكم من شروطهم الصحيحة.

الرئيس:

لا، أنا قصدي أن كلام الشيخ سعود يعني لا يتناقض مع قول النبي ﷺ،
وكلام الشيخ سعود هو كلام شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وعليه كافة العلماء
على أن العبرة بالمعاني.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

سيادة الرئيس، لو تم كلام الشيخ في تفسيره لهذا المعنى لسقطت هذه
القاعدة، لأنها شروط ابتدائية أو ضمن عقود، الابتدائية مرفوضة بالإجماع
وضمن عقود يرفضها الشيخ سعود، إذن انتفت المسألة.

نعود إلى أدلة المجيزين. الواقع المجيزون استندوا إلى العرف وقالوا:
العرف هنا أقر بهذا المعنى. العرف في الواقع - قلت لكم - لا يمكن أن يكون
دليلاً إلا إذا امتد إلى عصر الرسول العظيم عليه الصلاة والسلام، ولم يصدر نهي
عنه، يصبح كاشفاً عن تقرير السنة، والعرف كما يقول القائلون به هنا امتد إلى
القرن الخامس في بلخ، وأنا أقول لكم - حقيقة - هذه الحقيقة مغلوطة تاريخياً،
لأن لدينا روايات في كتب ألفت في القرن الثالث عن الإمام الصادق تتحدث
بوضوح عن أسئلة دقيقة محددة عن هذا العقد، والإمام الصادق يجيب عنها
بالإيجاب، فالمسألة ليست مسألة في القرن الخامس، المسألة مطروحة أمام
الإمام الصادق في القرن الثاني والإمام الصادق يعطي رأيه.

الرئيس:

هذا ذكره الشيخ خليل.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

لا أنا لم أكن هنا أرجو المعذرة. فإذا هنا العرف لا يمكن الاستناد عليه.
الضرورة، الضرورة لها حالتها لا أستطيع أن - فعلاً - أتحدث فيها.

الدليل الثالث والرابع هما المهمان. الرابع، قد يلزمني ولا يلزم أحداً باعتباري أنا أو من بروايات أهل البيت وأنها حجة عليّ، روايات أهل البيت واضحة تماماً في صحة هذا العقد. ولذلك هناك إجماع كامل لعلماء الإمامية في هذا المعنى. الدليل الرابع المهم عندي هو أن هذا عقد عرفي - يعني يطلق عليه اسم العقد - يشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بشكل كامل ولا مانع منه، وقد رأيتم أن أدلة المانعين كلها لم تثبت عندي، مناقشة هذه الأدلة، بقي لي أن أشير إلى الخوف الكبير الذي تخوف منه أخي الأستاذ أنس الزرقا، لماذا هذا الخوف الكبير وقد نقلت لكم عن مصر نقل خبر أن كثيراً من المجحفين استفادوا من هذا العقد؟ ولذا فالقانون المدني المصري رفض وليرفضه القانون المدني المصري، ولا قيمة له عندي وعندكم جميعاً وكل القوانين المدنية الأخرى. الحقيقة هذا العقد يجري الآن منذ القرن الخامس، وآثاره الإيجابية كثيرة جداً، خلّصت الكثيرين. من مسائل الربا بشكل واضح جداً، ولم أسمع عن حادثة سلبية في إيران رغم شيوع مثل هذا العقد، لم أسمع عن حادثة سلبية أنا وربما لأنني لست قاضياً، ولكن لم نسمع، يعني ليس هناك شيء مطروح كنتيجة سلبية لهذا المعنى، فلا تخوف في هذا المجال.

بقي لي أن أشير إلى نقطة ذكرت هنا، وأرجو أن تكون خاتمة حديثي وتعليقي، وليعذرني السيد الرئيس إن كنت قد أطلت، الحقيقة أنا أعتقد أن هذا العقد يمكنه أن يشكل سبيلاً شرعياً للتخلص من الربا وآثاره التخريبية، فهو يحدث برغبة من كل من طرفي العقد في الانتفاع بما لدى الطرف الآخر، فالبائع بحاجة إلى التصرف في الثمن لسد حاجة من حاجاته من جهة، فيتم العقد ولا يشعر حينئذ بأنه يدفع شيئاً لقاء حصوله على الثمن، ثم هو يحتاط كثيراً في تصرفه لئلا يفقد ما باعه ببيع الوفاء ليتمكن التسديد حين سعيه لرد العين، والمشتري بحاجة للاستفادة من العين المبيعة والانتفاع بمنافعها مع ضمان تام لعودة رأس ماله المدفوع في المدة المشترطة، بل لعله - أيضاً - بتوقف استقرار البيع عليه عند انقضاء تلك المدة، وهذا مما يشكل حافزاً قوياً للإقدام على

التعامل. وهكذا نجد الدوافع متكافئة والإقدام طبيعياً على مثل هذا العقد دونما حاجة للولوج في الربا المحرم.

أرجو أن نعيد النظر كرتين قبل أن نسرع بتحريم شيء معمول به في عالمنا الإسلامي منذ القرن الخامس على الأقل. وشكراً.

الدكتور عبد اللطيف جناحي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أود أن أعلق على نقطة وهي في الواقع إقرار للحق بحكم صلتني كعضو مجلس إدارة وعضو لجان تنفيذية في تسع مؤسسات إسلامية، بنوك وشركات استثمار وغيرها، وبحكم صلتني بثلاث عشرة مؤسسة إسلامية موجودة في البحرين، وبحكم صلتني بالمؤسسات العربية ومعظم المؤسسات الإسلامية، أود أن أؤكد للمجمع بأنه لا يوجد بين هذه البنوك من يتعامل مع البنوك الربوية بالربا، هم يتعاملون مع البنوك الربوية بشروط إسلامية، وهذا انتصار للإسلام. في الواقع مرت علينا أحداث بحيث سجلت علينا أموال ربوية فرفضناها، وعندما أتى مندوب البنك ليناقدش البنك الإسلامي بأن تسجيل هذا المبلغ هو بحكم القانون في تلك الدولة قلنا له بصريح العبارة: إن القانون وضعه بشر، وضعه إنسان، أما ما نقوم به نحن فهو من وضع الله سبحانه وتعالى، ولا نستطيع مخالفته بأي شكل من الأشكال، وصدقوني أنهم رجعوا إلى بلدانهم فألغوا مثل ذلك القيد، وهذا انتصار للإسلام. فإذن هذا من قبيل التعليق على ما ذكر.

ثم من أجبر بحكم القانون بأخذ فائدة عزل هذه الأموال، وصرفها في وجوه الخير دون أن يكون له أجر، كما - طبعاً - أقر من قبل الكثير من الفقهاء، فنحمد الله سبحانه وتعالى، أن مسيرة المصارف الإسلامية مسيرة نقية، ولا أظن أنه يوجد في مصرف إسلامي من يربح العميل ويربح المساهم ويشترى بذلك جهنم، ما مصلحته؟ لا توجد لديه مصلحة.

أعود للموضوع الذي نحن بصدده: أنا في الواقع عندما تصل العملية إلى

النقود والفروج أكون متحرجاً كثيراً لأنها مسألة دقيقة وهامة، ولكن أود أن أبسط الموضوع أمامكم حتى تنظروا فيه.

مجتمع اليوم مجتمع معقد، وخربت فيه الذمم، وابتعد فيه الناس عن الإسلام، ولا بد أن نعيدهم إلى دينهم بيسر الإسلام وسماحته، ونخرجهم من ذلك الصراع القائم بين الحلال والحرام فنريحهم ونرتاح نحن معهم، هناك الآن من المسلمين من هو متورط مع بنوك ربوية يدفع لهذه البنوك الفوائد وهو قلق ويريد أن يعود لدينه، وهذا المسلم - أيضاً - له ديون هو الآخر في ذمم محترمة، ولكن سوف يحل موعدها بعد مدة، هي قابلة للتحويل، بعد هذه الصحوة الإسلامية وجدنا الكثير من عملاء البنوك الربوية يمرون علينا يريدون أن يتخلصوا من تعاملهم مع البنوك الربوية. السؤال: هل نسد الباب أمامهم؟ أم نبحث لهم عن البديل؟.

أنا أذكر حادثة لا أنساها أبداً، مر عليّ أحد العملاء وقد منّ الله عليه بالهداية، ويريد أن يتخلص من التعامل مع البنوك الربوية، وعندما بحثت موضوعه لم أجد له سبيلاً لأن باب القرض الحسن لدي محدود فخرج وهو يبكي، هذه الأحداث التي تمر علينا في المصارف، فإذا كان هناك باب ممكن أن ييسر لهؤلاء ويكون لهذا الباب ضوابط نضع له الضوابط، وتؤخذ الحالة إلى لجنة من الرقابة الشرعية لتنظر في حالة هذا الإنسان الذي يريد أن يتخلص من الحرام، ألا يكون في ذلك تيسير للمسلمين؟ النظر في هذا الموضوع بعد تشابك وتغلغل الربا ووجود هذه المصارف الربوية التي تشجع على الاقتراض، النظر فيه أمر مهم وأن يكون هذا النظر جزءاً من استراتيجية مرحلية نضعها لننحي المصارف الربوية عن مجتمعنا ونعيد المسلمين إلى معاملات إسلامية، والله من وراء القصد. وشكراً.

الشيخ عبد الله محفوظ بن بيه:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، اللهم صل وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

سأجمل تدخلتي في نقاط - إن شاء الله - مختصرة كالعادة، تعليقاً على ما سمعناه اليوم. هذه النقاط هي:

أولاً: إن هذا العقد يستند إلى الضرورة، وهذه كلمة مجملة في أذهان الناس، إلا أنها معروفة عند الفقهاء. ما هي الضرورة؟ الناس يطلقون كلمة «الضرورة» على عواهنها. والضرورة الفقهية التي تبيح المحرم هي الأمر الذي إذا لم يتناوله المضطر أو يأتيه المضطر هلك أو قارب على الهلاك، هذا هو التعريف الذي ذكره العلماء للضرورة، وهذا البيع أجازته من أجازته بناء على تنزيل الحاجة منزلة الضرورة، لم يقولوا الضرورة وإنما قالوا الحاجة، وهو أمر مختلف فيه. السيوطي ذكر أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، وذكر ذلك ابن نجيم أيضاً. ولكن من الغريب أن السيوطي قبلها بورقة واحدة قال: إن الحاجة لا تبيح حراماً ولا تسقط واجباً، عندما تكلم عن الضرورة والحاجة وقسم إلى ضرورة وحاجة ومنفعة وزينة فقال: إن الضرورة فقط هي التي تجيز المحرمات «تبيح المحرمات» كيف تبيح الضرورة المحرم عند الفقهاء؟ هي إباحة مؤقتة بمعنى أنها من باب الرخص، والرخصة هي حكم غير إلى سهولة لعذر مع قيام علة الأصل. وأعتقد أن الخلط الذي وقع عند الناس هو خلط بين الضروري عند الأصوليين وبين الضرورة عند الفقهاء، وهذا خلط عجيب، وبين الحاجي عند الأصوليين وبين الحاجة عند الفقهاء، الضروري أو الحاجي عند الأصوليين، عند من يقول بترتيب حكم على الحاجي فإنه يرتب حكماً وآثاراً حيث لا مؤثر، أي حيث لا يوجد نص شرعي، ولا عموم شرعي، يترتب هنا أثر حيث لا مؤثر، والأثر الذي يترتب هو أثر باق وليس أثراً منتقلاً، بينما الضرورة عند الفقهاء ترتب أثراً مؤقتاً وليس باقياً، يجب أن نكون دقيقين في تحديد هذه المفاهيم.

مسألة أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة ذكره جملة من علماء القواعد، ولعل أول من ذكر ذلك إمام الحرمين، لعل إمام الحرمين أول من ذكر هذه المسألة، ولكن عند الرجوع إلى نصوص الشافعي نجد أن الشافعي يقول: إن الحاجة لا تبيح محرماً وإنما الضرورة فقط، لا أدري، هذا الاختلاف هو اختلاف لغوي،

يعني في كلمة حاجة . المهم أن هذه القضية هي من باب الحاجة وليست من باب الضرورة وحينئذٍ فإنه لا يمكن أن نطلق هذه الكلمة فيجب أن نكون دقيقين .

ثانياً: هي قاعدة الألفاظ والمعاني ، هذه القاعدة الأمر فيها واضح جداً، هو أن جماعة من العلماء قالوا بالمعاني من هؤلاء مالك وأحمد بصفة واضحة، وجماعة قالوا بالألفاظ والمباني من هؤلاء الشافعي وأبو حنيفة إلى حد ما، وهذا واضح جداً، لا يمكن إنكاره، لا يمكن أن ننكر أن الشافعي يبيح العينة، يبيحها هذا لا خلاف فيه، المهم أمره واضح في هذه المسألة، وكثير من العقود، المغني مثلاً: يذكر عن الشافعي أنه لا يبطل عقد البيع إذا باع العنب لمن يعصره خمراً، إن هذا العقد ليس باطلاً عند الشافعي بل هو عقد صحيح، بينما مالك وأحمد يبطلان العقد. إذن هذه المسألة مسألة واضحة، والرجوع إليها أو محاولة القول إن الشافعي يوافق الإمام أحمد ومالكاً هو مخالف ومناقض تماماً ومنابد لأصول الشافعية وهي واضحة في العقود، في النكاح، في البيع، في سائر العقود نجد أن الشافعي يتمسك بالألفاظ وأصل مذهبه هو التمسك بالألفاظ ولا يهتم بالمعاني إلا نادراً.

ثالثاً: المواعدة ذكر بعضهم أنها عند الأحناف – ذكرها أعتقد الشيخ تقي حفظه الله تعالى – ذكر أن الأحناف يقولون بالمواعدة بعد البيع، إذا كان هذا هو المذهب الحنفي فهو مشهور مذهب مالك، ذكر ذلك البناني على الزرقاني وقال: إنه إذا وعدتُ بآلاً يبيعه إلا له إذا أتى الثمن – هذا الوعد بالإقالة – فإنه لازم قضاء . بإمكانه إذا جاء ووجده يريد أن يبيعه أن يوقفه حتى ينتهي الأجل وحتى يكون في زمن قريب . إذن هذا في المذهب المالكي أيضاً.

رابعاً: مسألة الشروط، إذا كان الشرط يكره على الماهية بالبطلان فهو شرط مبطل للعقد، وحتى عند أولئك كالمالكية الذين فصلوا بين الشرط المنافي الذي ينافي العقد وبين الشرط الذي يقتضيه العقد وبين شرط لا ينافي العقد منافية كاملة فصلوا في الشروط بحسب الأحاديث التي بنى العلماء عليها الشروط . يقول ابن رشد: إن مالكا اهتدى إلى التفصيل هو الذي فهم هذه الأحاديث وردت كل واحد منها إلى الموقع أو إلى مكانه المناسب له .

الشرط إذا كان يكره على الماهية بالبطلان فإنه يبطل العقد وهذا الشرط هو ثنياً، هو الذي فسر به مالك ثنياً الشرط المقارن الذي في أصل عقده، هو الذي فسر به مالك الثنياً التي وردت في الحديث «نهى النبي ﷺ عن الثنيا»، وهو يكره على الأصل بالبطلان لماذا؟ لأن البيع أصله ملك للذات يتصرف فيها صاحبها بما شاء من بيع وهبة وبصفة عامة بجميع أوجه التفويت، فإذا منعناه من أن يفوت المبيع فإن البيع حينئذٍ أصبح كالإجارة أو أصبح كالعارية، وهنا انتقل عن حقيقة البيع إلى حقيقة أخرى، وبها لا نعرف أن الشرط هنا كره على الماهية بالبطلان.

خامساً: بيع الوفاء هذا هو بيع مركب تركيبة ممنوعة من كل وجه فلا تصححه من وجه إلا وجدت أنه باطل من الوجه الآخر، يعني لا يوجد وجه يصح عليه وهذا بعيد عن بيع الاستصناع حقيقة لأن هذا البيع هو متردد بين بيع وسلف «قرض» لأن الذي ينتفع بهذه العين كأنه أقرض تلك الدراهم أو الدنانير ليتنتفع بالعين ثم إذا ردت إليه ردّ العين، فهو من هذا الوجه بيع وسلف، ثم إنه بين البيع الصحيح والبيع الفاسد كما يقول السيوطي: فهو بيع يمكن أن يبقى عند صاحبه فيكون صحيحاً، ويمكن ألا يبقى فيكون فاسداً، هو أيضاً متردد بين البيع وبين الرهن، وهو رهن منتفع به على خلاف سنة الرهن، إذن بيع مركب تركيبة عجيبة لا تدع مناصاً ولا تترك منفذاً لتحليله بهذه الأوجه ولأجل ذلك فإنني أقول: إنه بيع مخالف لسنن العقود وإنه بيع باطل، وأرجو أن يقرر المجمع ذلك. وشكراً. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير:

بسم الله الرحمن الرحيم.

بيع الوفاء هل هو عقد جديد كما يقول بعض الباحثين؟. الواقع إنه ليس عقداً جديداً وقد أشار إلى هذه الحقيقة الشيخ التسخيري، وأزيدها وضوحاً بما جاء في البحث الذي قدمه الشيخ خليل من فتوى الإمام مالك في هذه المسألة، الجديد هو التسمية فقط عند الحنفية، التسمية هي الجديدة أما حقيقة البيع فهو موجود منذ عهد مالك، وواضح كما فهمنا من البحوث التي قدمت أن الجمهور

على منعه، وأن الحنفية الذين أجازوه اختلفوا فيما بينهم، وبهذه المناسبة أقول: إن ما سمعته من الشيخ العثماني لا يتفق مع ما يقرره فقهاء الحنفية، والعقد عندهم لا بد فيه من الشرط حتى إذا ما اشترط فلا يسمونه عقد بيع وفاء، وعباراتهم واضحة في هذا. ابن عابدين يقول: أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين، وهذا شرط واضح وكل تعريفاتهم نحو هذا المعنى، فهذه هي الصورة التي اختلف فيها الحنفية.

الشيخ التسخيري ذهب إلى الجواز بناء على مذهبهم، وحاول الرد على أدلة المانعين، ولكن هناك دليل على المنع هو في رأسي أقوى الأدلة لم يتعرض إليه، وقد ذكره المالكية وهو: أن هذا البيع هو سلف جر منفعة، هذه هي حقيقته، سلف جر منفعة، وقال هذا سحنون في المدونة، لأنه كأن المبتاع أسلف البائع الثمن على أن ينتفع بالمبيع حتى يرد إليه ما أسلفه، فالذي يأخذ بهذه القاعدة «أن كل سلف جر منفعة فهو ربا» عليه أن يمنع بيع الوفاء هذا أو بيع الثيا على الاختلاف في تسمياته.

والشيخ التسخيري - أيضاً - في رده أراد أن يدفع الغرر عن هذا البيع بهذه الصورة، والواقع أن الغرر في هذا واضح، وهو غرر في صيغة العقد، وليس غرراً في المحل، وإنما هو غرر في الصيغة، لأن هذا العقد قد يتحقق وقد لا يتحقق، يعني قد يرد إليه الثمن ويأخذ المبيع وقد لا يفعل، وهذا هو مفهوم الغرر، ما كان مستور العاقبة، وبخاصة إذا كانت المسألة ليس فيها أجل، متى يرد؟ يكون فيه غرر من ناحيتين لأنه ليس معروفاً هل سوف يحصل هذا أو لا يحصل، وإذا حصل متى يحصل؟ وهذا كله غرر، لكن أنا اعتمادي في المنع على أنه سلف جر منفعة. والقول بأنه إنما استعمل فراراً من الربا، لا هذا ليس دليلاً والواقع أنه لم يستعمل فراراً من الربا وإنما استعمل حيلة، هو استحلال للربا باسم البيع. فلا يمكن أن نقول: إنه فرار من الربا.

يقول الشيخ التسخيري: إنه عقد عرفي يشمل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وكأنه يشير إلى قاعدة «إن الأصل في الشروط والعقود الجواز» ولكن لا بد من

الاستثناء، هذا إذا لم يرد نص بالمنع، وقد رأينا أدلة كثيرة على المنع وإن كانت بعضها قد يكون محلاً للأخذ والرد ولكن في رأيي أنه كونه سلفاً جر منفعه لا يمكن دفعه.

بعد هذا، أريد أن أتطرق إلى مسألة، وإن كان الدكتور الجناحي قد تحدث عنها كثيراً وبين الرأي فيها لكنها مسألة خطيرة ما دامت قد أثرت، وأبين لكم فيها وهي مسألة تعامل البنوك الإسلامية مع البنوك الربوية، هذه المسألة طرحت على هيئة الرقابة الشرعية عندما أنشئ بنك فيصل الإسلامي قبل أكثر من عشر سنين، وأول ما طرح عليه كيف نتعامل مع البنوك الخارجية وهي بنوك ربوية ونحن في حاجة للتعامل معها لا نستطيع أن نستغني عن ذلك، وهي تدفع فوائد على الأموال التي توضع عندها وتأخذ فوائد على الأموال التي تدفعها إذا انكشف حساب صاحب الحساب؟ فقلنا لهم: لا سبيل إلى إجازة هذا، لكن يمكننا أن نتصلوا بهذه البنوك وتتفقوا معها على أن حسابكم الذي يوضع في بنوكهم لا تطلبون منهم فائدة عليه وإذا حصل وانكشف هذا الحساب ودفعوا لكم من حسابهم لا يطالبونكم بفائدة، وحصل هذا الاتصال واستجابت البنوك الربوية إلى هذا، وهذا ما يسير عليه العمل، وهذا أيضاً كان مقيداً بأنه أي بلد فيه بنك إسلامي لا يضع بنك فيصل ماله إلا في هذا البنك الإسلامي. فهو لا يضعه أولاً في البنك الربوي إلا إذا كانت هناك حاجة حقيقية لوضعه فيه وبهذه القيود. وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور عبد السلام داود العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

لا أريد في الواقع أن أدخل فيما أثير من قضايا فقهية وتفصيلات، إنما أريد أن أرجع إلى أصل طرح هذا الموضوع على مجلس المجمع، ليس هدف المجمع في الواقع أن نعود إلى ما تقرر من صيغ فقهية لنقومها ونرجح تلك على تلك، أصل الطرح هو هل يمكن الاستفادة من هذا العقد في مجال المعاملات المصرفية الإسلامية المعاصرة؟. الإخوة الخبراء في هذا المجال أفادونا بالدليل

ونحن نتابع ذلك أن هذا في الواقع سيدمر وسيكون ضربة قاضية للعملية من حيث هي فلذلك - يعني - أصبحت القضية واضحة أمامنا، يعني هذا الموضوع ما دام أنه يسيء إلى هذا البناء الكبير الذي تتابعت لبناته لبنة إثر لبنة وجهد كبير ويفسد البناء من أساسه ويفتح مجالات واسعة للتعامل الربوي مع ما ورد من استدلالات قوية في أصل التحريم وتردد كبير حتى عند أئمة الحنفية في إجازته. فلذلك أنا أقترح على مجلس المجمع ما دام أن ما قصدناه لا يتحقق، فنكتفي بهذا النقاش وننتهي إلى هذا الحكم.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في الواقع مع كلمة الشيخ عبد السلام انتهى الوقت، هل ترون أن نختم الوضع؟ أنا عندي الآن اثنان وعشرون طالباً للكلمة، فاعذرونا - إن شاء الله تعالى - وإذا كان عندكم شيء فسجلوه في ورقة وأعطونا إياها.

حجة الإسلام محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

أنا أسأل الشيخ عبد الله بن بيه عندما يقول: الشرط الذي يكره على الماهية بالبطلان، ماذا تقولون في شرط خيار الفسخ؟ ألا يكره على الماهية بالبطلان؟ هذا أولاً. والدليل الذي ذكره شيخنا الكبير الضرير هو عين المدعى، المدعى أنه سلف، والاستدلال ضد المدعى ليس هذا دليلاً. النقاش هو: هل هو سلف أم لا؟ فليس دليلاً. وشكراً.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

في الواقع من خلال المناقشات التي جرت في الموضوع، تكاد تلتقي كلمة عامة أصحاب الفضيلة المناقشين والخبراء الاقتصاديين على المنع، والخلاف

بالجواز هو قلة من كثرة وإن كان لكل وجهة هو موليتها، وقد ترون أن يكون تأليف اللجنة من المشايخ: الشيخ الصديق، الشيخ عبد الله بن بيه، الشيخ نبيل غنايم، الشيخ خليل الميس، الشيخ القاسمي، الأستاذ أنس.

مناسب؟ وبهذا ترفع الجلسة. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه.

قرار رقم: ٧/٤/٦٨

بشأن

بيع الوفاء

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في
المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو
١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: «بيع
الوفاء».

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء، وحقيقته: «بيع
المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع».

قرر:

١ - إن حقيقة هذا البيع «قرض جر نفعاً» فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته
قال جمهور العلماء.

٢ - يرى المجمع أن هذا العقد غير جائز شرعاً.

والله أعلم.

العلاجُ الطَّبِيّ

البحوث

- بحث الدكتور محمد علي البار .
- بحث الدكتور علي محمد يوسف المحمدي .
- بحث الدكتور محمد عدنان صقال .
- بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله .
- المناقشة .
- القرار .

العلاج الطبيّ

مَبْتَحُ التَّدَاوِيّ

إِذْنُ الْمَرِيضِ وَعَالِجِ الْحَالَاتِ الْيُسُوسِ مِنْهَا

إِعْدَادُ

الدُّكْتُورُ مُحَمَّدٌ عَلِيٌّ الْبَارِ

مَسْتَشَارُ قِسْمِ الطَّبِّ الْإِسْلَامِيِّ
بِمَكْتَبَةِ الْمَلِكِ فِهْرِدُ لِلْبَحْثِ فِي الطَّبِّ
جَامِعَةُ الْمَلِكِ عَبْدِ الْعَزِيزِ - حُدَيْدَةَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله خالق الداء والدواء، ومصرف الأسباب كيف يشاء: ﴿قُلْ كُلٌّ مِّنْ عِندِ اللَّهِ فَإِذَا هُوَ لَآتٍ أَعْرِضْ عَنِ الْقَوْمِ لَا يُكَادُّونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: ٧٨].

والصلاة والسلام على نبي الرحمة والهدى والذي حثَّ أمته على التداوي فقال: «ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء» [أخرجه البخاري]. والإنسان بفطرته يبحث عما يزيل آلامه وأسقامه، ومع ذلك فلا بد أن يكون أمر التداوي والمعالجة بإذنه متى كان كامل الأهلية أو إذن وليه متى كان قاصراً أو فاقداً لعقله ورشده.

الأمر بالتداوي والحث عليه:

وقد وردت عن المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم أحاديث كثيرة في التداوي والحث عليه نذكر منها نبذة صالحة إن شاء الله تعالى:

١ - أخرج البخاري في كتاب الطب والنسائي في السنن الكبرى وابن ماجه في السنن وأبو نعيم في الطب النبوي، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء». [وأخرجه أيضاً الحاكم في المستدرک].

٢ - وأخرج الإمام مسلم (في كتاب الطب) وابن السني في الطب النبوي وأبو نعيم في الطب النبوي عن جابر رضي الله عنه يرفعه قال: (لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى).

٣ - وأخرج البزار في مسنده والحاكم في المستدرک وابن السني وأبو نعيم كلاهما في الطب النبوي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن

النبي ﷺ قال: «ما أنزل الله من داء إلا أنزل له دواء، علم ذلك من علمه وجهله من جهله إلا السام وهو الموت».

٤ - وأخرج الحاكم وابن ماجه وابن السني وأبو نعيم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أنزل الله من داء إلا وقد أنزل معه شفاء، علمه من علمه وجهله من جهله».

٥ - وأخرج أبو داود والترمذي والحاكم وصححاہ والنسائي وابن ماجه وابن السني وأبو نعيم وأحمد عن أسامة بن شريك رضي الله عنه قال: «كنت عن النبي ﷺ وجاءت الأعراب فقالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال: نعم يا عباد الله، تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد. قالوا: ما هو؟ قال الهرم».

٦ - وفي المسند والسنن عن أبي حزيمة قال: (قلت يا رسول أرأيت رقى نسترقها ودواء نتداوى به، وتقاة نتقيها، هل ترؤد من قدر الله شيئاً؟ قال: هي من قدر الله). [وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه].

٧ - وأخرج الحاكم في المستدرک وصححه، وابن السني وأبو نعيم (كلاهما في الطب النبوي) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أصيب رجل من الأنصار يوم أحد، فدعا له رسول الله ﷺ طبيبين بالمدينة فقال: عالجاه. فقالا: يا رسول الله إنما كنا نعالج ونحتال في الجاهلية، فلما جاء الإسلام فما هو إلا التوكل. فقال: (عالجاه، فإن الذي أنزل الداء أنزل الدواء ثم جعل فيه شفاء) فعالجاه فبراً.

٨ - وأخرج الحاكم وصححه عن صفوان بن عسال رضي الله عنه قال: قالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ قال: تعلمن أن الله لم ينزل داء إلا أنزل له دواء، غير داء واحد. قالوا: وما هو؟ قال: الهرم.

٩ - وأخرج مالك في الموطأ وأبو نعيم في الطب النبوي عن زيد بن أسلم أن رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ جرح فحقن الدم فدعى له رجلين من بني أنمار، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أيكما أطب. فقال

أحدهما: أو في الطب خير يا رسول الله؟ فقال: إن الذي أنزل الداء هو الذي أنزل الدواء.

١٠ - وأخرج أحمد في مسنده عن رجل من الأنصار قال: عاد رسول الله ﷺ رجلاً به جرح فقال: ادع لي طبيب بني فلان، فدعوه فجاء، فقالوا: يا رسول الله ويغني الدواء شيئاً؟ فقال: «سبحان الله! وهل أنزل الله من داء في الأرض إلا جعل له شفاء؟!».

١١ - وأخرج أبو داود والطبراني عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دخل على سعد بن أبي وقاص وهو يشتكي. قال سعد فوضع رسول الله ﷺ يده على صدري حتى وجدت بردها على فؤادي. فقال لي: (أنت رجل مفؤود، أرسل إلى الحارث بن كلدة فإنه رجل متطبب، فلتأخذ سبع تمرات من عجوة وشيئاً من قسط هندي، وشيئاً من ورس وشيئاً من زيت فلتدق التمرات بنواهن ثم تجمع ذلك والتدّد). ففعل فبريء. ذكره عبد الملك بن حبيب بهذا اللفظ في الطب النبوي].

وكتب الطب النبوي (ابن السني، أبو نعيم، عبد الملك بن حبيب، ابن القيم، الذهبي السيوطي... إلخ) مليئة بمئات الأحاديث النبوية الشريفة بدرجاتها المختلفة من صحيح وحسن وضعيف التي فيها أمر أو حث على التداوي بصورة عامة أو بصورة خاصة واستخدام الحجامة والكمأة والحبة السوداء والحناء والسنا... إلخ ومداواة المبطن والمطعون ومداواة الحمى والرمم وإطعام المريض وإدخال السرور عليه وزيارته وآداب الزيارة مما يطول ذكره ولا مجال له هاهنا.

وخلاصة القول أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قد تداوى وأمر بالتداوي. وقد ذكر الذهبي في الطب النبوي أن هشام قال: قلت لعائشة (رضي الله عنها) أعجب من بصرک بالطب؟! قالت: (إن رسول الله ﷺ لما طعن في السنّ وفدت الوفود فتنعته، فمن ثمّ عرفته) [رواه أبو نعيم]. وعنهما رضي الله عنها قالت: (إن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه وكان يقدم عليه أطباء العرب فيصفون له فنعالجه...).

قال ابن القيم في الطب النبوي: (وفي هذه الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع الجوع والعطش والحرّ والبرد بأضدادها، بل لا يتم حقيقة التوحيد إلاً بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسيباتها قدراً وشرعاً، وأن تعطيلها يقدر في نفس التوكل، كما يقدر في الأمر والحكمة، ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجزاً ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه. ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلاً كان معطلاً للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلًا، ولا توكله عجزاً.

وفيهما ردّ على من أنكر التداوي وقال: إن كان الشفاء قد قُدّر فالتداوي لا يفيد وإن لم يكن قُدّر فكذلك، وأيضاً فإن المرض حصل بقدر الله وقدر الله لا يدفع ولا يرد.

وهذا السؤال هو الذي أورده الأعراب على رسول الله ﷺ، وأما أفاضل الصحابة فأعلم بالله وحكمته وصفاته من أن يوردوا مثل هذا. (وقد أجابهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما شفى وكفى فقال: هذه الأدوية والرقى والتقى هي من قدر الله. فما خرج شيء عن قدره، بل يُردُّ قدره بقدره. وهذا الردُّ من قدره، فلا سبيل إلى الخروج عن قدره بوجه ما. وهذا كردُّ قدر الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها، وكردُّ قدر العدو بالجهاد). وأطال ابن القيم في مختلف كتبه الرد على من أنكر الأسباب. وفيما سبق غنية.

جواز عدم التداوي:

ورغم ورود الأحاديث العديدة في الحث على التداوي وأن رسول الله ﷺ وصحابته وآل بيته رضوان الله عليهم قد تداواوا، فإن الأمة مجمعة على جواز ترك التداوي بل إن بعض الأئمة ومنهم الإمام أحمد بن حنبل ذهب إلى أن ترك التداوي أفضل لمن قوي يقينه.

قال الإمام الذهبي في كتاب «الطب النبوي» فصل التداوي أفضل أم تركه؟: (أجمعوا على جوازه (أي التداوي)، وذهب قوم أن التداوي أفضل لعموم قوله ﷺ تداووا لأنه كان يديم التطيب في صحته ومرضه). ثم قال: (فالمقصود عن أحمد أن تركه (أي التداوي) أفضل، نصّ عليه في رواية المروزي فقال: العلاج رخصة وتركه درجة. وسئل أحمد عن الرجل يتداوى يُخاف عليه؟ قال: لا، هذا يذهب مذهب التوكل. وكذلك سأله إسحاق في الرجل يمرض: يترك الأدوية أو يشريها؟ فقال: إذا توكل فتركها أحبُّ إلي. والدليل عليه ما رواه ابن عباس (رضي الله عنهما): (أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ادع الله أن يشفيني. فقال: إن شئت دعوت الله فشفاك، وإن شئت صبرت ولك الجنة. قالت: يا رسول الله أصبر). [الحديث أخرجه البخاري ومسلم].

(وقال ﷺ: «سبعون ألفاً يدخلون الجنة لا حساب عليهم الذين لا يكتون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون» وفي رواية: «هم الذين لا يتطيرون، ولا يسترقون») [أخرجه البخاري].

«ونقل علاء الدين بن البيطار رحمه الله تعالى قال: أجمع المسلمون أن التداوي لا يجب وعن أحمد وجه في الوجوب نقله أحمد بن تيمية، ويحمل حديث «تداوا» على الإباحة وعن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قيل له: ألا ندعو لك طبيباً؟ قال: قد رأيته قالوا: فما قال؟ قال: إني فعّال لما أريد. وقيل لأبي الدرداء: ما تشكي؟ فقال: ذنوبي. قيل: فما تشتهي؟ قال: رحمة ربي قال: أفلا ندعو لك طبيباً؟ فقال: «إن الطبيب بطبه ودوائه لا يستطيع دفع مقدراتي».

قال الذهبي معلقاً على ذلك: (التوكل اعتماد القلب على الله، وذلك لا ينافي الأسباب ولا التسبب، بل التسبب ملازم للمتوكل، فإن المعالج الحاذق يعمل ما ينبغي ثم يتوكل على الله في نجاحه وكذلك الفلاح يحرق ويذر ثم يتوكل على الله في نمائه ونزول الغيث. قال الله تعالى: ﴿ خُذُوا حِذْرَكُمْ ﴾ وقال

عليه الصلاة والسلام: «اعقلها وتوكل». وقال ﷺ: «أغلقوا الأبواب». وقد اختفى ﷺ في الغار ثلاثاً، ثم قد تكون العلة مزمنة ودواؤها موهوم قد ينفع وقد لا ينفع.

(ومن شرب دواءً سمياً أو مجهولاً فقتله فقد أخطأ لقوله ﷺ: «من سَمَّ نفسه فسَمَّهُ في يده يتحساه في نار جهنم» متفق عليه).

والخلاصة أن التداوي مندوب إليه لفضل العافية ولعدم التعرض للبلاء إلا في حالات خاصة عند من قوي يقينه وفي حالات الأمراض المزمنة والتي يكون فيها التداوي مظنوناً موهوماً، وفي مرض الموت... إلخ.

متى يجب التداوي؟

١ - يبدو والله أعلم أن هناك بعض الحالات التي يجب فيها التداوي وذلك: مثال الأمراض المعدية التي ينتقل ضررها إلى الآخرين والتداوي منها ممكن متيقين، أو يغلب الظن على حصول البرء والشفاء. ومثال ذلك مرض السل وهو مرض خطير إذا أهمل ولا يقضي على المريض فحسب وإنما ينتقل إلى من حوله أو إلى غيرهم بسبب البصاق الذي فيه ميكروب الدرن. ومثاله أيضاً الجذام الذي يمكن القضاء على ميكروب الجذام المعدي وإيقاف انتشار المرض، ومداواته وبرؤه إن كان لم يستفحل بعد.

وهناك العديد من الأمراض التي تفرض الدول والمجتمعات القيود على المصاب بها وتفرض عليه التداوي ومثالها الدفتريا (الخناق)، التانوس (الكزاز) التيفود الكوليرا (الهيضة)، السل والجذام والأمراض الجنسية وأنواع الحميات مثل الحمى الشوكية والمalaria والتيفوس... إلخ.

ورغم أن بعض الأمراض المعدية لا علاج لها إلا أن وسائل الوقاية والتطعيم تمنع من انتشارها كما أن فرض الحجر الصحي وتقييد حرية المصاب بها أو حتى أهل البلدة التي وقع فيها الداء مثل الطاعون (منع الدخول إليها ومنع الخروج منها) تؤدي إلى تضييق نطاق انتشار الوباء.

وفي هذه الحالات جميعاً يجب التداوي للأسباب التالية :

(أ) أن عدم التداوي في مثل هذه الحالات التي توفر دواؤها هو نوع من الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر منهي عنه قال تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ .

(ب) إن الضرر سيتعدى إلى الآخرين من الأهل والمحيطين بالمرضى كما يمكن أن يتعدى الضرر إلى المجتمع بأسره. وقد ورد النهي الصريح عن الإضرار بالمسلمين في قوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار ».

(ج) إن تمييزه سيشتق على أهله أو من يقوم بتمييزه وتلبية حاجاته .

(د) خسارة المجتمع لعضو عامل منتج في المجتمع الإسلامي . وفقدان أيام العمل وإطالة أمد المرض أو انخراط أجله . وفي ذلك كله خسارة على الأمة بصورة عامة وخاصة إذا كان المصاب ممن ينتفع بهم المجتمع .

٢ - في الحالات غير المعدية والتي لها علاج ودواء ويمكن البرء من هذا المرض والشفاء منه أو يمكن التخفيف من عواقبه وما يؤدي إليه من زمانة وإعاقة، فإن التداوي يصبح واجباً لما في التداوي من منافع تعود على المرء وعلى المجتمع . ولا تجعله كلاً على الناس في قضاء حاجاته وبالتالي يشق عليهم . . . ويكون في نهاية المطاف عبئاً على المجتمع .

وهذه الحالات لا تصل إلى درجة المجموعة السابقة صاحبة الأمراض المعدية التي ينتقل المرض فيها إلى الآخرين وتعرض المجتمع نفسه لمخاطر هذه الأمراض الوييلة . حيث لا يقتصر ضررها على المريض وحده وإنما يتعدى ذلك إلى المجتمع بأكمله .

متى يجوز عدم التداوي؟

١ - الحالات المرضية التي لا دواء لها أو أن دواؤها فيه مخاطر كثيرة

وأن فائدته مظنونة موهومة لا متيقنة ولا يغلب على الظن الشفاء . ومثالها حالات السرطان والأورام الخبيثة بعد انتشارها في الجسم فإن التداوي بالجراحة أو بالأشعة أو بالمواد الكيماوية لا يؤدي في الغالب إلى الشفاء ولا إلى تخفيف المرض ولا منع الإعاقة . . وقد تكون كلفة التداوي على المريض وأهله مما يزيد في معاناتهم وحرجهم، ولا يستفيد من هذه المحاولات إلا المستشفيات وأصحابها .

٢ - الحالات المرضية التي لا تضررُ إلا صاحبها . . ولا تؤدي في الغالب إلى إعاقة وزمانة تعطل وظائف الشخص، وبالتالي لا تشق على من حوله .

٣ - أمراضُ التداوي فيها مشكوك الفائدة والاحتمالات في الشفاء ضعيفة . وكلُّ همِّ الطبيب أن يخفف من الأعراض والآلام . . ومع هذا فإن الأدوية ذاتها لها أضرار مع إدمان استعمالها . فالمرضى لا شك بالخيار في الصبر على الألم والبعد عن أضرار الدواء أو تعاطي الدواء مع توقع حدوث بعض الأضرار نتيجة الاستمرار في تعاطي الدواء لآمد طويلة، ومثالها الأمراض الرثية (الروماتيزمية المزمنة) .

من الذي يقرر التداوي من عدمه؟

١ - في الحالات المرضية التي يتعدى ضررها إلى الآخرين (الأمراض المعدية، الأمراض السارية والأمراض الجنسية) تحدد الدولة ممثلة في وزارة الصحة الأمراض التي يجب التبليغ عنها ويجب مداواتها ومتابعتها، وبعضها يحوّل إلى مستشفيات خاصة مثل الحميات (المحجر)، أو المستشفيات العقلية لبعض حالات الجنون التي يتعدى فيها الضرر إلى الآخرين أو أن المصاب قد يضر نفسه ويلقي بها إلى التهلكة دون إدراك أو بسبب حالته النفسية السوداوية الشديدة .

٢ - في الحالات المرضية التي لا يتعدى ضررها إلى المخالطين والمجتمع ويقتصر ضررها على المريض نفسه، فإن الذي يقرر قبول التداوي من

عدمه هو المريض نفسه إذا كان بالغاً عاقلاً راشداً. ولا يجوز الاعتداء على هذا الحق بأي شكل من الأشكال إلا في حالات فقدان الوعي وحالات الإسعاف (أي الحالات التي تهدد حياة المريض أو أعضائه المهمة). . أما إذا كان المريض قاصراً دون بلوغه سن الرشد (وسنناقش هذه النقطة فيما سيأتي) أو أنه كان مختلاً عقلياً أو فاقداً للوعي والإدراك فإن هذا الحق ينتقل إلى وليه .

وقد جاء في نظام مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية وزارة الصحة ما يوضح هذه النقطة :

(المادة ٢١ : يجب أن يتم أي عمل طبي لإنسان برضاه أو بموافقة من يمثله إذا لم يُعتدَّ بإرادة المريض، واستثناء من ذلك يجب على الطبيب في حالات الحوادث أو الطوارئ التي تستدعي تدخلاً طبياً بصفة فورية لإنقاذ حياة المصاب أو إنقاذ عضو من أعضائه وتعذر الحصول على موافقة المريض أو من يمثله في الوقت المناسب، إجراء العمل الطبي دون انتظار الحصول على موافقة المريض أو من يمثله. ولا يجوز بأي حال من الأحوال إنهاء حالة مريض ميثوس من شفاؤه طبياً، ولو كان بناء على طلبه أو طلب ذويه).

(المادة ٢١ - ١ - ل: تؤخذ موافقة المريض البالغ العاقل سواء كان رجلاً أو امرأة أو من يمثله إذا كان لا يعتدُّ بإرادته قبل القيام بالعمل الطبي أو الجراحي وذلك تمثيلاً مع مضمون خطاب المقام السامي رقم ٤/٢٤٢٨ م وتاريخ ٢٩/٧/١٤٠٤هـ المبني على قرار هيئة كبار العلماء رقم ١١٩ وتاريخ ٢٦/٥/١٤٠٤هـ).

(المادة ٢١ - ٢ - ل: يتعين على الطبيب أن يقدم الشرح الكافي للمريض أو ولي أمره عن طبيعة العمل الطبي أو الجراحي الذي ينوي القيام به).

ولا تكتفي معظم المراسيم والقوانين الغربية بأن يؤخذ رضا المريض ولكن ينبغي أن يكون المريض على علم بآثار وأضرار العمل الطبي (سواء كان للتشخيص أو التداوي بالعقاقير أو بالتدخل الجراحي وعلى علم بصورة عامة

بمدى نجاح هذا العمل الطبي) وأن يشرح له الطبيب ذلك شرحاً كافياً وهو ما يعرف بالموافقة الواعية والمدركة (Informed Consent). وإذا ثبت أن الطبيب لم يقم بشرح آثارالتدخل الطبي أو الجراحي بصورة كافية، فإن رضا المريض ولو كتابة مع وجود الشهود لا يعتبر كافياً. ويتحمل الطبيب المسؤولية.

هذا ما هو مقرر في الغرب أما في البلاد النامية فإن ما يحدث في الواقع يحتاج إلى إعادة نظر وإلّكم بعض الأمثلة:

١ - نشرت جريدة المدينة في عددها ٥٤٩٥ بتاريخ ١٠/٦/١٤٠٢هـ من مراسلها في الدمام أن مريضاً قد أجريت له عملية في مستشفى الخبر التعليمي دون علم المريض، مع أن العملية لم تكن مستعجلة، وكان المريض في كامل قواه العقلية بالغاً راشداً.

والغريب حقاً أن الصحيفة قد أثنت على الطبيب وعلى المستشفى لإجرائهم العملية دون علم المريض حتى لا يثيروا قلقه. فقد أخذ المريض إلى غرفة الأشعة وهناك تم تخديره ثم نقل إلى غرفة العمليات وتم إجراء العملية بنجاح!!

وليس هذا الأمر شديد الندرة بل يحدث في كثير من مستشفيات العالم الثالث.

٢ - قامت وزارة الصحة بالتنبيه على وجوب أخذ إذن المريض أو ولي أمره إذا كان لا يعتد برضاه، وأن إجراء العمليات الجراحية والتخدير يستوجب أخذ الإذن الكتابي والإشهاد على ذلك (هيئة التمريض غالباً).

والواقع المرير الذي نعرفه هو أن تُقدّم للمريض أو ولي أمره: (إذا كان لا يعتد برضاه) ورقة مذكور فيها: «أوافق على إجراء عملية وتخدير» وعلى المريض أن يوقع بإمضائه، دون أن يُكتب حتى اسم العملية أو نوعها ولا نوع التخدير (كامل، نصفي، موضعي) ولا يقوم أحد بشرح أي شيء عن هذه العملية ولا عن مضاعفاتها أو ما قد يحدث فيها.

على المريض فقط أن يوقع دون مناقشة ولا أسئلة، وإذا رفض فإن مصيره

الطرد من المستشفى. هذا ما يحدث في كثير من مستشفيات الدولة في كثير من الأقطار.

٣ - قامت الصين بتعقيم أكثر من مائة مليون شخص في عهد ماوتس تونج بالإكراه كما قامت أنديرا غاندي رئيسة وزراء الهندي في بداية السبعينات من القرن العشرين بتعقيم ١١ مليون رجل وامرأة قسراً. وكانت بعض الدول مثل مصر في عهد عبد الناصر تأمر أطباء النساء والولادة في مستشفيات الحكومة أن يضعوا في أرحام النساء المتزوجات في سن الحمل اللولب المانع للحمل متى كان لهذه المرأة عدد من الأطفال دون أن تستأذن في ذلك.

وهذه الإجراءات تمثل انتهاكات بشعة لحرية الإنسان وحقوقه على بدنه وهي تشبه ما قام به الأطباء الألمان في عهد هتلر من إجراءات التعقيم وإجراء التجارب القاسية والخطيرة على المرضى والمسجونين.

لَدَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دُونَ إِذْنِهِ :

وقد صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (لددنا رسول الله ﷺ فأشار أن لا تلدوني فقلنا كراهية المريض للدواء فلما أفاق قال: ألم أنهكم أن لا تلدوني، لا يبقى منكم أحدٌ إلا لُدَّ، غير العباس فإنه لم يشهدكم) [أخرجه البخاري ومسلم].

قال الأصمعي: اللدود ما سُقي الإنسان في أحد شقي الفم، أُخذ من لذيدي الوادي وهما جانباه وأما الوجور، فهو في وسط الفم. وقال غيره: اللدود هو الذي يُصبُّ في أحد جانبي الفم أو يدخل بالإصبع ويُحنك به. وقال عبد الملك بن حبيب الأندلسي في كتاب الطب النبوي: (وأما اللدود فبأن يعالج الذي وصفنا فوق هذا من اللدود فيجعل في ملدة ذات أنبوبة ثم يرفع اللسان فيصب تحته).

وروت أم سلمة رضي الله عنها هذه الحادثة بتفصيل أوسع قالت: (بدأ رسول الله ﷺ بمرضه في بيت ميمونة، وكان كلما خفَّ عليه خرج وصلَّى

بالناس، وكان كلما وجد ثقلاً قال: مروا أبا بكر فليُصل بالناس، واشتدَّ شكواه حتى غُمِرَ (أي أغمي عليه) من شدة الوجع، فاجتمع عنده نساؤه وعمُّه العباس (رضي الله عنهم) وأم الفضل بنت الحارث وأسماء بنت عميس فتشاوروا في لُدِّه حين أغمي، فلُدُّوه وهو مغمور، فوجد النبي ﷺ حفلاً لما أفاق. قال: من فعل هذا بي؟ هذا عمل نساء من هاهنا، وأشار بيده إلى أرض الحبشة وكانت أم سلمة وأسماء هما لُدَّتاها، فقالوا: يا رسول الله خشينا أن تكون بك ذات الجنب، قال: فبم لددتموني؟ قالوا: بالعود الهندي وشيء من ورس وقطرات من زيت. قال: ما كان الله ليعذبني بذلك الداء ثم قال: عزمت عليكم: لا يبقى في البيت أحدٌ إلَّا لُدًّا، إلَّا عمي العباس).

قال علاء الدين الكحال ابن طرخان في كتاب الأحكام النبوية في الصناعة الطبية: (قال عبد الرحمن: ولُدَّت ميمونة في ذلك اليوم وكانت صائمة، بقسم رسول الله ﷺ. قال ابن عباس رضي الله عنهما: فجعل بعضهم يُلدُّ بعضاً. وكانت أم سلمة تقول: لددت أسماء بنت عميس ولُدَّتني، وكانتا هما اللتان أمرتا بلُدِّه، ولُدَّت ميمونة زينب بنت جحش، ولُدَّت زينب ميمونة، ولُدَّت عائشة صافية بنت حُيٍّ، ولُدَّت صافية عائشة، رضي الله عنهم أجمعين).

(قال القاضي عياض في تفسير ذلك: (فيه معاقبة الجاني، والقصاص بمثل ما فعل). وقال بعض أهل العلم: فيه تعزير المتعدي بنحو فعله إلَّا أن يكون فعلاً محرماً. وفيه أن الإشارة المفهمة (حيث أشار النبي أن لا تلذوني) كصریح العبارة في نحو هذه المسألة والله أعلم).

وهذا كله يوضح أن إذن المريض البالغ العاقل ضروري لإجراء أمر التداوي فإذا صرَّح المريض أو أشار أنه يرفض نوعاً من أنواع التداوي فله الحق في ذلك ويكون إجباره على التداوي تعدياً. ويعاقب المتعدِّي تعزيراً بمثل ما فعل كما ذكر ذلك الكحال ابن طرخان إلَّا أن يكون ذلك الفعل محرماً كأن سقي المريض خمراً وهو مغمور فلا يسقى الفاعل ذلك. بل يعزَّر ويعاقب عقوبة رادعة. وقد نهى رسول الله ﷺ صراحة عن التداوي بما حرَّم الله. قال عبد الله بن مسعود رضي الله

عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» [أخرجه البخاري]. وأخرج أبو داود أنه قال: «إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام». وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن الدواء الخبيث) [أخرجه أبو داود]. وعن طارق بن سويد الحضرمي قال: (قلت يا رسول الله إن بأرضنا أعناباً نعتصرها فنشرب منها؟! قال: لا، فراجعت، قلت: إنا نستشفى للمريض. قال: إن ذلك ليس بشفاء ولكنه داء). [أخرجه مسلم]. وعن طارق الجعفي أنه سأل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن الخمر فنهاه فقال: إنما أصفها للدواء فقال ﷺ: «إنه ليس بدواء ولكنه داء» [أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي].

ولا شك أن إجراء عملية أو فحص طبي أو إعطاء المريض دواء دون إذنه يشكل اعتداءً على هذا المريض. ولو كان المقصد حسناً. وما دام المريض قادراً على اتخاذ القرار فلا يجوز مخالفة أمره أو رغبته ولو كانت بالإشارة المفهومة، كما جاء في الحديث السابق حيث لُذَّ رسول الله ﷺ وهو كاره.

مسألة هل يضمن الطبيب؟

هذه المسألة قد بحثها الفقهاء الأجلاء وأصل هذا المبحث ما ورد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن» [أخرجه أبو داود والنسائي في السنن الصغرى وابن ماجه وأبو نعيم في الطب النبوي والدارقطني كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده].

قال أبو داود (كتاب السنن باب من تطيب بغير علم) بعد أن أورد الحديث: (أيما طبيب طبَّب على قوم لا يعرف له تطيب من قبل فأعنت فهو ضامن).

قال الكحال بن طرخان في كتابه الأحكام النبوية في الصناعة الطبية بعد أن استعرض المعاني المختلفة لكلمة الطب (واعلم أن هذا الحديث فيه احتياط

وتحرز على الناس وحكم سياسي مع ما فيه من الحكم الشرعي، إذ في ذلك خطر شديد. وقوله ﷺ: «من تطبَّب ولم يقل من طبَّ، لأن لفظ المتطبِّب يدلُّ على المتعلم للطب أو المتعاطي له. وتطبَّب على وزن تفعلَّ ومعناه للتعاطي، أي تعاطى علم الطب، ولم يكن من أهله لأن تفعلَّ قد تأتي بمعنى إدخال المرء نفسه في أمر حتى يضاف إليه أو يصير من أهله كقولك تشجعت وتكرمت. قال الراجز: (وقيس عيلان ومن تقيِّسا).

(والطبيب هو العالم بالطب المتمكن الحاذق فيه. ومعناه (أي الحديث): من تعاطى فعل الطب ولم يتقدم له به اشتغال ومزاولة معالجة، وتدرَّب مع الفضلاء فيه، فقتل بطبِّ فهو ضامن، لأن غالب من هذه حاله أن يكون قد تهجَّم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه فيكون قد غرَّر بالمهج فيلزمه الضمان لذلك. فأما من سبق له اشتغال بصناعة الطب وكثرة تجارب، وأجازته علماء الطب ورؤساؤه فهو جدير بالصواب، وإن أخطأ بعد بذل الاجتهاد الصناعي أو عن قصور الصناعة نفسها فعند ذلك لا يلزمه لومة لائم. قال الخطابي: لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدَّى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدِّ، فإذا تولد من فعله التلّف ضمن الدية، وسقط عنه القوَد، لأنه لا يستبدَّ بذلك دون إذن المريض. وجناية المتطبِّب في قول عامة الفقهاء على عاقلته).

وقال ابن القيم في الطب النبوي بعد أن نقل العبارة السابقة:

(قلتُ الأقسام خمسة: (أحدها): طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده فتولَّد من فعله المأذون من جهة الشارع، ومن جهة من يطبُّه، تلف العضو أو النفس، أو ذهاب صفة. فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيه).

وهذا القسم مهم جداً فقد أوضح ابن القيم رحمه الله كي يكون عمل الطبيب مأذوناً فيه لا بد من:

١ - إذن الشارع وهي الجهة الحكومية التي تسمح للطبيب بممارسة مهنته وما تضعه فيه من لوائح وأنظمة حتى لا يدخل في هذه المهنة من ليس أهلاً لها ولم يتم تدريبه وتعلمه الطب في معاهد الطب وعلى أيدي الأطباء الأساتذة.

٢ - إذن المريض إذا كان عاقلاً بالغاً أو وليه إذا كان قاصراً أو فاقداً للوعي أو مجنوناً.

وما أحسن هذا الموقف النبيل الذي يخلي الطبيب من المسؤولية متى حصل على هذين الإذنين ومتى ما كان عمله حسب قواعد الطب المعروفة ولم يتعدَّ فيها ولم تخطيء يده وأعطى الصناعة حقها. وهو أمر لم يصل إليه الغرب إلى اليوم، حيث يعتبر الطبيب مسؤولاً ويضمن رغم أنه أعطى الصناعة حقها وكان مأذوناً له في عمله من جهة الشارع وجهة المريض. . وخاصة في الولايات المتحدة فيكون ذلك إجحافاً في حق الطبيب.

ثم يقول ابن القيم: (وقاعدة الباب أن سرية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسرية الواجب مهدرة بالاتفاق وما بينهما ففيه النزاع).

أي أن الطبيب إذا لم يكن مأذوناً له من جهة الشارع أو من جهة المريض أو وليه فإنه يكون ضامناً لأن فعله ذاك جناية. ويستثنى من ذلك حالات الإسعاف الطارئة، وحين يكون المريض فاقداً للوعي أو قاصراً أو مجنوناً ولا يوجد له ولي ليستأذن.

وإذا كان المريض قد أذن إلا أن المتعاطي للطب جاهل بالطب أو بهذا الفرع من الطب والمريض لا يعلم بحال الطبيب يضمن ما جنت يده لأنه متعدّ.

قال ابن القيم: (والقسم الثاني: متطبّب جاهل باشرت يده من يبطئه فتلف بهذا، فهذا إن علم المجنيّ عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن، ولا يخالف هذه الصورة ظاهر الحديث فإن السياق وقوة الكلام يدلُّ على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طبيب وليس كذلك. [هذا لا يمنع السلطات أن تعاقبه على

تعديه وممارسته الطب دون إذن الشارع أو المحتسب أو وزارة الصحة . . . إلخ].
(وإن ظنَّ المريض أنه طبيب وأذن له في طبيِّه لأجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله، والعليل يظنُّ أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به، ضمنه. والحديث ظاهر فيه أو صريح).

وذكر عبد الملك بن حبيب الأندلسي في كتابه الطب النبوي هذه النقطة فقال: (وإذا لم يكن معروفاً بالطب فهو ضامن لذلك في ماله ولا تحمل ذلك العاقلة، ولا قوَد عليه لأنه لم يتعمَّد قتله، وإنما أخطأ الذي طلب من مداواته بجعله ذلك. وعليه من السلطان العقوبة). وهو كلام نفيس دقيق، فلا قوَد ولا يقتل قصاصاً بالعليل الذي مات، ولكن عليه الدية كاملة في ماله لا في مال العاقلة، وإن كانت الجناية دون النفس كانت العقوبة بقدرها. ولا يعفيه ذلك من تأديب الحاكم لأنه تعدى بممارسته مهنة الطب دون إذن.

قال ابن القيم: (والقسم الثالث: طبيب حاذق أذن له، وأعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأت يده، وتعدت إلى عضو صحيح فأثلفه، مثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة. فهذا يضمن لأنها جناية خطأ. ثم إن كان الثلث فما زاد فهو على عاقلته، فإن لم يكن له عاقلة: فهل تكون الدية في ماله؟ أو في بيت المال؟ على قولين، هما روايتان لأحمد وقيل إن كان الطبيب ذميّاً ففي ماله، وإن كان مسلماً ففيه الروايتان، فإن لم يكن بيت المال، أو تعدت تحميلة فهل تسقط الدية؟ أو تجب في مال الجاني؟ فيه وجهان: أشهرهما السقوط).

وهو كلام دقيق لا يكاد يوجد به نظير لدى الأمم الأخرى. فهذا الطبيب المأذون له من جهة الشارع ومن جهة العليل، أعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأت يده (ويقرر ذلك لجنة من الأطباء المختصين في هذا الفرع) فأدى ذلك إلى تلف العضو أو النفس، فإن كانت الدية أقل من الثلث فإنها في مال الطبيب وإن كانت أكثر من الثلث ففي العاقلة. والعاقلة هي قبيلة الشخص (وهو داخل فيها) أو أهل ديوانه في العطاء. . . فهل تكون اليوم ممثلة في نقابة الأطباء أو الهيئة الطبية التي ينتمي إليها الطبيب. ذلك أقرب إلى مفهوم العاقلة حيث جعلت العاقلة في الديوان. . . ولم يعد اليوم للقبيلة وجود في كثير من المدن والبلاد.

وفي الغرب لا بد للطبيب من دفع التأمين لإحدى شركات التأمين الطبي وهو لا يستطيع أن يمارس المهنة ولا يؤذن له فيها إلا إذا دفع التأمين أولاً .
وتقوم شركة التأمين بدفع التعويض الذي تقرره المحكمة، وتكون الشركة بذلك في مقام العاقلة عندنا سواء كان المبلغ المقرر ثلث الدية أو أقل أو أكثر .

ويبدو أننا نحتاج اليوم في بلاد المسلمين عرباً وعجماً لشيء مماثل لهذا أو قريب منه حيث اختفى مفهوم العاقلة من معظم البلاد .

وقد ناقش هذه النقطة عبد الملك بن حبيب المتوفى سنة ٢٣١هـ قبل ابن القيم بأربعة قرون حيث قال: (فأما إذا أخطأ الطبيب في كيّه أو بطّه أو شقّه، فيكوي حيث لا يكوى أو يقطع عرقاً حيث لا يُقطع، أو يبسط حيث لا يُسطّ، أو يسقي ما لا يؤمن شربه أو يجاوز قدره فيموت (العليل) من ذلك، فهو ضامن، وإن كان طبيباً معروفاً بالطب وبالصر به، لأنه جنابة يده بخطأ، وذاك على عاقلته إذا جاوز ما أصاب ثلث الدية، ولا عقوبة عليه لأنه يعذر بجهل، ولم يتعمد بيد ولا بقلب حتى زلّت يده أو حديدته في سرعتها . وكذلك قال مالك: إذا كان الطبيب معروفاً بالطب فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى أو يخطيء فيكون ذلك على العاقلة إن بلغت ثلث الدية، وإن كان أقل من ذلك ففي ماله . وكذلك الخاتن يختن فيموت الصبي من اختتانه، إن كان بصيراً بعمل، معروفاً به فلا شيء عليه، وإن لم يكن معروفاً فهو ضامن من ذلك في ماله وعليه العقوبة . قال: وإن كان أخطأ أو قطع ما لا يقطع أو مضت يده إلى البيضة (المقصود الخصية) أو ما أشبه ذلك من الخطأ وتعدى الصواب فهو ضامن (سواء) كان بصيراً بعمله معروفاً به أو غير معروف . وإن كان غير معروف ففي ماله قليلاً كان أو كثيراً، وإن كان بصيراً بعمله، معروفاً به، فذلك على عاقلته إن جاوز ثلث الدية . وإنما يفترقان في العقوبة: يعاقب غير المعروف بذلك العمل (لأنه غير مأذون له من جهة الشارع وتُصرف العقوبة عن المعروف بعمله، البصير به . وكذلك قال مالك في ذلك كله) .

ثم قال: (وإن كان الطبيب نصرانياً فسقى المسلم فمات فعلى السلطان أن

يكشفه عما سقاه وإن كان طبيياً معروفاً بالطب والبصر به للمظنة التي توقعه لعداوة النصارى للمسلمين ومثل ذلك لا شك عن اليهود).

ثم ذكر ابن القيم القسم الرابع فقال: (القسم الرابع: الطبيب الحاذق الماهر بصناعته اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ في اجتهاده فقتله فهذا يخرج على روايتين أحدهما أن دية المريض في بيت المال والثانية أنها على عاقلة الطبيب).

(والقسم الخامس: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه أو ختن صبيّاً بغير إذن وليه فقتل. قال بعض أصحابنا يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه. وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن. ويحتمل أن لا يضمن مطلقاً لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل).

وهذا القسم هو مدار حديثنا. فإن كان الطبيب قد قام بعمل دون إذن في حالة من حالات الطوارئ لإنقاذ حياة المريض أو إنقاذ عضو من أعضائه فقد نصت اللوائح على أنه لا عقوبة ولا ضمان على الطبيب إن تلف العضو أو هلك العليل إلا إذا أخطأ خطأً يتيماً لا تحتمله مهنة الطب، ويقرر ذلك لجنة من الأطباء المختصين في هذا الفرع.

أما إن كان الطبيب قد قام بإجراء طبي في حالات عادية (ليست من حالات الطوارئ) دون إذن المريض العاقل البالغ أو إذن ولي القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي فإن الطبيب يقع تحت المساءلة سواء أصيب المريض أم برأ من علته. وتقع عليه عقوبة من جهة الشارع (وزارة الصحة، نقابة الأطباء... إلخ) لأنه تجاوز الإذن وقام بعمل غير مأذون فيه، ولا مبرر له فيه لإنقاذ حياة أو عضو.

وتقع عليه العقوبة بالإضافة إلى الضمان إذا أصيب العليل في بدنه أو نفسه. وتكون الدية في هذه الحال على الطبيب لأنه متعدّ سواء كانت الدية أقل من الثلث أو الثلث أو أكثر منه. ولا تحمّل العاقلة من ذلك شيئاً إلا أن تطوع.

والمشكلة تثور في تقديري متى تكون عملية الإنقاذ ضرورية حتى تجري دون إذن، فعلى سبيل المثال هناك طائفة من النصارى هم شهود ياهو (Jehova Witnesses) يرفضون تعاطي الدم مهما كان السبب. وقد وافقت المحاكم في الغرب على عدم إنقاذهم بنقل الدم إلا إذا كان المصاب قاصراً (دون سن ١٨ سنة) أو فاقداً للوعي أو مجنوناً، فإن على الطبيب في تلك الحالة أن ينقل للمصاب الدم رغم معارضة ولي أمره.

من هو الذي لا يعتدّ برضاه؟

١ - القاصر: ويختلف تعريف القاصر من بلد إلى آخر وتأخذ معظم البلاد في قوانينها بسن ١٨ عاماً بينما تجعله بعض القوانين ٢١ عاماً. فعلى سبيل المثال حدد القانون المدني الكويتي (الفقرة الثانية من المادة ٩٦) سنّ الرشد بواحد وعشرين سنة ميلادية كاملة. ومع هذا فقد أباح القانون الكويتي للشخص العاقل البالغ ١٨ سنة ميلادية كاملة أن يتبرع بإحدى كليتيه..

وهل يعتدّ برضا الإنسان البالغ (الاحتلام أو الحيض وظهور العلامات الثانوية للبلوغ مثل شعر العانة والشارب واللحية.. إلخ)؟ ومن المعلوم أن الفتاة قد تحيض في سن تسع سنوات، قال الإمام الشافعي: (أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة يحضن لتسع). وهو مذهب الإمام الشافعي، والإمام مالك وأحمد. وعند الأحناف أقل سن للحيض سبع سنوات.

فهل يعتبر رضا من بلغ كافياً ولو كان سنّه دون الخامسة عشر؟

يبدو أن هذه النقطة تحتاج إلى قرار من أصحاب الفضيلة العلماء في مجمعهم الفقهي الموقر حيث تختلف القوانين في هذه النقطة من بلد إلى آخر ولا يبدو أن هناك رأياً متفقاً عليه بين الفقهاء حولها.

٢ - المغمى عليه أو فاقد الوعي، سواء كان ذلك فقداناً مؤقتاً بنوم أو مرض أو دواء أو حادثة أو سكر أو مخدرات أو فقداناً دائماً بسبب مرض من الأمراض.

٣ - المجنون، وسواء كان ذلك الجنون وفقدان العقل والإدراك مؤقتاً أو دائماً.

وجماع ذلك كله قول المصطفى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم والنائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق».

متى يقبل أو يرفض إذن ولي أمر القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي؟ لا بد من إذن ولي أمر القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي في الحالات التي لا تستدعي تدخلاً سريعاً لإنقاذ حياة المريض أو إنقاذ عضو من أعضاء جسده. ولا يعتد بإذن ولي أمر القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي في هذه الحالات التي تهدد حياة القاصر. كما أوضحنا في حالة الحاجة الماسة لنقل الدم إلى مصاب في حادثة أو غيرها بينما يرفض ولي أمره إعطاءه الدم. وقد حكمت المحاكم في الغرب أن على الأطباء أن ينقذوا حياة المصاب ولا يعتدوا بإذن ولي أمره، أما حينما يكون المصاب عاقلاً بالغاً غير فاقد لرشده فإن الحصول على إذنه قبل أي إجراء يعتبر ضرورياً ولو كان في ذلك الأمر خطر على حياته ذاتها.

وتحدث في المستشفيات في كثير من البلاد الإسلامية عرباً وعجماً حوادث يحتاج فيها إلى توضيح هذا الأمر وما هو الموقف الفقهي منها. وسنذكرها هنا بعض الأمثلة التي ذكرها الدكتور صلاح العتقي في ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الإسلامية (الكويتية ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ / ١٨ إبريل ١٩٨٧م ص ٢١٠ - ٢١٢) وأمثلة أخرى مما نعرفه.

١ - طفل يرقد في قسم الأطفال يعاني من مرض استسقاء الرأس (موه الدماغ) (Hydrocephalus) رفض والده إجراء العملية بعد الولادة وفضل أن يتركه يموت على أن يحصل على طفل مصاب بتخلف عقلي.

٢ - بنت عمرها ست سنوات عندها فشل كلوي ونصح الأطباء بإجراء الغسيل (Haemodialysis) في مستشفى الدولة مجاناً وأن تتحمل الدولة نقل المريضة من منزلها إلى المستشفى ثلاث مرات في الأسبوع إلا أن الأب رفض

ذلك متعللاً بأنه قد سبق أنه فقد ابناً له بسبب عمليات الغسيل الكلوي .

في هذه الحالة تدخلت وزارة الصحة وأمرت بنقل الطفلة دون إذن والدها إلى المستشفى وقامت بإجراء الغسيل المتكرر للطفلة . فهل تدخل الدولة في هذه الحالة هو الصواب مع العلم بأن الغسيل الكلوي ليس علاجاً شافياً للفشل الكلوي ولكنه يسمح للمريض بضع سنوات من الحياة المعقولة رغم ما فيها من آلام ومنغصات ومضاعفات للمرض .

٣ - يحدث تعسر في بعض الولادات ويصاب الطفل قبيل الولادة وهو لا يزال في الرحم بحرج شديد يعرف طبياً باسم «حرج الجنين» (Fetal Distress) ويستدعي ذلك سرعة إجراء عملية قيصرية لإنقاذ حياة الطفل . وخاصة إذا سقط الحبل السري ونزل قبل خروج الطفل (Prolapse cord) مما يؤدي إلى انضغاط الحبل السري أثناء الولادة مؤدياً إلى وفاة الطفل أو إصابته بإصابة بالغة ويستدعي ذلك إجراء عملية قيصرية مستعجلة .

توجب بعض الأنظمة واللوائح موافقة المرأة وزوجها لإجراء هذه العملية .

فما هو الموقف : عندما يرفض الزوج؟

عندما ترفض المرأة ويقبل زوجها؟

عندما يرفضان جميعاً، المرأة وزوجها، إجراء العملية؟

مع العلم أن العملية تجري لإنقاذ الطفل لا لإنقاذ حياة المرأة التي يمكن أن تلد طفلاً ميتاً أو طفلاً مصاباً بإصابات بالغة دون الحاجة لإجراء العملية .

وهناك أسئلة أخرى مماثلة :

٤ - يرفض بعض الرجال أن يتولى طبيب فحص محارمه أو أن يجري

لهم عملية قد تكون مستعجلة ولا تحتمل التأخير، وقد لا يكون في المنطقة طبية في هذا النوع من الطب، وفي بعض المناطق قد لا توجد طبية على الإطلاق .

هل من حق الزوج أو ولي المرأة أن يرفض أن يجري الطبيب الرجل

الفحص أو إجراء العملية! وقد تكون المرأة بالغة راشدة ولا يعتبر شرعاً ولياً

لأمرها في موضوع التداوي. . وعلى فرض أنها ابنته وأنها قاصر أو أنها غير راشدة فاقدة للوعي أو الإدراك أو العقل فهل له أن يتمتع عن مداواتها بحجة أنه لا يريد أن يكشف عورتها لرجل رغم حرجة الموقف الطبي وأهمية سرعة الإجراء الذي لا يحتمل التأخير والبحث عن طيبة؟!

٥ - يتبرع ولي الطفل أو مجنون (فاقد الأهلية) بعضو من أعضاء وليه، فعلى سبيل المثال يقوم الأب (ولي الأمر) بالتبرع بكلية أحد أطفاله لطفله الآخر. ومن المعلوم أن أحسن المتبرعين هم الإخوة وخاصة إذا كانوا من التوائم المتماثلة فإن الرفض للعضو الغريب لا يحدث ويتقبل الجسم العضو الجديد وكأنه منه. . . وقس على ذلك تبرع النخاع وغيره. فهل يحق لولي أمر الطفل أن يتبرع بأحد أعضاء جسمه لينقذ حياة أخيه؟ .

وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي الموقر في دورته الرابعة القرار رقم (١) د ٤/٠٨/٨٨ (المادة الثانية) بجواز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة. ونص القانون الكويتي على أن يكون المتبرع بأعضائه قد أكمل ثمانية عشر سنة ميلادية وعليه فإن ما يحدث من تبرع الوالد نيابة عن ولده القاصر هو أمر مخالف لما عليه الفتوى وما تنص عليه القوانين .

٦ - تحدث في الغرب بعض المشاكل ومن المحتمل أن تفد علينا فيما يفد علينا، ومن ذلك: أن الفتيات اللاتي يعانين من تخلف عقلي يتعرضن للحمل دون إرادتهن. وقد ثار جدل طويل حول تعقيم مثل هؤلاء الفتيات. كما ثار جدل حول ما يفعله بعض الأطباء من وصف وسائل منع الحمل مثل الحبوب للفتيات القاصرات (أقل من ١٨ عاماً حسب القانون) دون إذن مسبق من ولي الأمر (وهو والد الفتاة أو والدتها. . . إلخ).

وهذه المشكلة موجودة لدينا بصورة مرعبة حيث أن وسائل منع الحمل وخاصة الحبوب تباع في الصيدليات بدون وصفة طبية، وبالتالي يمكن أن

تستخدمها الفتيات القاصرات أو أولئك النسوة اللاتي تضرهن أقراص منع الحمل بسبب مرض من الأمراض مثل البول السكري أو ضغط الدم أو الدوالي . . . إلخ . وتشجع الحكومات في كثير من بلدان العالم الثالث على نشر استخدام وسائل منع الحمل بكافة الطرق ومن ذلك توفير حبوب منع الحمل بأسعار زهيدة لتحملها الدولة وبيعها للجمهور دون الحاجة إلى وصفة طبية! وهو أمر مخالف للطب والعقل .

٧ - ما هو مدى إذن المريض المسجون؟ إن كثيراً من السجون وإداراتها تتعدى على التزليل وخاصة النزلاء السياسيين . وقصص التعذيب الرهيبة في داخل تلك السجون مما يشيب له الولدان . ويشترك بعض الأطباء العاملين في السجون في هذه المآسي، بشكل من الأشكال . وقد يشتركون باستخدام بعض الوسائل في انتزاع الاعترافات، أو في إيقاف التعذيب عن حدٍّ معيّن حتى لا يفقد السجين حياته . . ويكون الطبيب في ذلك شاء أم أبى ضمن جهاز التعذيب (لا يشترك هو في التعذيب، بل يحدد متى يوقف التعذيب ومتى يمكن أن يعاد ويتحمّله السجين!!).

يستخدم بعض السجناء في التبرع بالدم قسراً في كثير من الأحيان أو لقاء تخفيف قيود السجن . كما يستخدم السجناء في بعض البلاد لإجراء بعض التجارب الطبية ويتم تجريب بعض العقاقير قبل نزولها الأسواق فيهم!!

صور أخرى ينبغي فيها أخذ إذن المريض :

إن إذن المريض بالتداوي وتلقي العلاج في مستشفى أو مصحة أو عيادة يفرض تلقائياً المحافظة على سر هذا المريض وبالتالي لا يجوز إفشاء ذلك السر إلا في حالات محددة . . ولا بد من إذن المريض في معظم هذه الحالات . وقد جاء في توصية ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة في الكويت ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ / ١٨ إبريل ١٩٨٧م ما يلي: يستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها .

(أ) حالات يجب إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضرين، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

وهذه الحالات نوعان: ١ - ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

٢ - ما في درء مفسدة عن فرد.

(ب) حالات يجوز فيها إفشاء السرّ لما فيه من جلب مصلحة للمجتمع أو درء مفسدة عامة وهذه ينبغي الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وألوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والعقل والمال.

(ج) يضاف إلى ذلك حالات يكون فيها رضا صاحب السرّ بإفشائه. ويكون في حدود الإذن لأن لصاحبه الحق في إسقاطه.

(د) الاستثناءات بشأن مواطن (مواضع) وجوب الإفشاء أو جوازه ينبغي أن ينصّ عليها في قانون مزاولة المهن الصحية وغيره من القوانين واضحة ومنصوصاً عليها على سبيل الحصر مع تفصيل كيفية الإفشاء ولمن يكون؟ وتقوم الجهات المسؤولة بتوعية الكافة بهذه المواطن.

ولا بد من ضرب بعض الأمثلة: هناك مجموعة من الأمراض المعدية ومنها بعض الأمراض الجنسية التي تقرر الحكومات وجوب التبليغ عنها. ولا يكتفي في هذه الحالات بمجرد التبليغ بوجود حالة بل لا بد من أخذ تفاصيل كثيرة مثل اسم المريض وعنوانه وعمله ومن اتصل به جنسياً... إلخ.. وبالتالي فإن هذا الأمر يبلغ للسلطات المختصة ومع ذلك قد يخرج عن تلك الدائرة.

- الملفات الطبيّة التي بها المعلومات الخاصة بالمريض يتداولها عدد من الموظفين في المستشفيات وبعضهم لا علاقة له بالطب.

- الطبيب الذي يعمل لصالح شركة أو مؤسسة يقوم بإبلاغ الشركة وأصحاب العمل بأمراض موظفي تلك الشركة ويكتب عنهم التقارير، ويذكر في تلك التقارير أسراراً أفضى بها المريض إليه أو اكتشفها هو عند إجراء الفحوصات

ويبلغها للشركة مما يؤدي في بعض الأحيان إلى الاستغناء عن خدمات الموظف وقطع رزقه .

ومثله الطبيب الذي يضع تقاريره لشركات التأمين .

– يطلع الطبيب على كثير من الأسرار وقد يكون أحد مرضاه خاطباً لفتاة فيأتي أهلها ويستشيرونه حول أهلية ذلك الشخص من الناحية الصحية للزواج؟ وهل لديه أمراض معدية وبالذات الجنسية؟ وهل يعاني من أمراض قد تنتقل إلى الذرية؟

– قد يطلب الطبيب للقضاء للإدلاء بشهادته حول مريض معين، ويؤدي ذلك إلى إفشاء أسرار مريضه، وقد لا يكون السر ضرورياً لإجراء أمر العدالة ولكنه لا يستطيع هو أن يقرر ذلك، وإنما الذي يقرره القاضي .

وقد نص نظام مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان ولائحته التنفيذية في المملكة العربية السعودية (وزارة الصحة) على وجوب المحافظة على سر المهنة إلا في حالات محددة . وإليك نص المادة ٢٣ :

(يجب على الطبيب أن يحافظ على الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته ولا يجوز له إفشاؤها إلا في الأحوال التالية :

١ – إذا كان الإفشاء مقصوداً به الإبلاغ عن وفاة ناجمة عن حادث جنائي، أو الحيلولة دون ارتكاب جريمة ولا يجوز الإفشاء في هذه الحالة إلا للجهة الرسمية المختصة .

٢ – إذا كان الإفشاء بقصد التبليغ عن مرض سار أو معدٍ .

٣ – إذا كان الإفشاء بقصد دفع الطبيب لتهام موجه إليه من المريض أو ذويه يتعلق بكفايته أو بكيفية ممارسته لمهنته .

٤ – إذا وافق صاحب السر كتابة على إفشائه أو كان الإفشاء لذوي المريض مفيداً لعلاجهم .

٥ - إذا صدر له أمر بذلك من جهة قضائية .

إذن المريض في حالات النشر :

لا بد للحصول على إذن كتابي من المريض لنشر صورته . وللأسف نرى أجهزة الإعلام بالاتفاق مع بعض الأطباء تبادر إلى نشر صور المرضى . وذلك في الغالب للدعاية لمستشفى معين أو لطبيب معين أو باعتباره خبراً جديداً مثل إجراء عملية جديدة أو إجراء طبي جديد ، وقد يكون هذا الإجراء يحدث لأول مرة في تلك المنطقة في العالم مثلاً زرع الكلى أو زرع القلب أو التلقيح الاصطناعي وطفل الأنوب أو ولادة توائم متلاصقة . وفي هذه الحالات جميعاً يتم للأسف النشر في كثير من الأحيان دون إذن المريض أو وليه . وهو اعتداء على خصوصيات ذلك المريض ولا بد من إذنه أولاً وخاصة أن النشر يصحبه التصوير .

أما النشر في المجالات الطبية والمجالات العلمية فلا يحتاج إلى إذن إذا لم يكن فيه أي إشارة إلى اسم المريض أو صورته أو إذا كانت الصورة لأعضاء داخلية أو أعضاء لا يمكن تمييزها أما إذا كان النشر تصحبه صور لوجه الشخص فلا بد من تغطية عينيه بحيث لا يمكن التعرف عليه إلا في حالات موافقة صاحب الصورة على ذلك كتابة .

وكذلك الأمر بالنسبة لأفلام الفيديو التي تستخدم لتصوير المريض وتطور مرضه .

إذن المريض في حالات إجراء البحوث والتجارب الطبية :

إن الأبحاث الطبية وإجراء التجارب في الحقل الطبي أمر لا مندوحة عنه للتقدم الطبي ولا بد من توفر عدة شروط قبل إجراء هذه الأبحاث والتجارب على البشر ونوجزها فيما يلي :

١ - أن يتم بحث هذه الطريقة الجديدة في التداوي سواء كانت بالعقاقير

أو الجراحة أو الأشعة في حيوانات التجارب . وأن توضح هذه الأبحاث الفوائد المرجوة من هذا النوع الجديد من التداوي، كما توضح بصورة عامة مدى الأضرار والمخاطر .

٢ - أن لا يكون في استعمال هذه الطريقة خطر على حياة المتبرع بإجراء التجارب ولا خطر على جسمه . . أما الأخطار البعيدة والمحتملة والتي عادة ما تكون نادرة الحدوث فيمكن قبولها إذ لا يوجد دواء ولا وسيلة من وسائل التداوي بالعقاقير أو الجراحة أو الأشعة أو غيرها إلاّ ولها بعض الأضرار المحتملة وإن كانت نادرة الوقوع .

٣ - لا بد من إذن كتابي من الشخص المتبرع بإجراء الأبحاث الطبية عليه . ولا بد أن يعرف كافة الاحتمالات التي يمكن أن يتعرض لها أثناء هذه التجربة . ولا بد من شهود على موافقته .

٤ - لا بد أن يكون المتبرع بإجراء الفحوصات عليه بالغاً عاقلًا راشدًا، ولا يواجه ضغوطاً خاصة تفرض عليه القبول كأن يكون مسجوناً أو أسيراً، أو أنه في حالة عوز وفقر فيقبل إجراء التجارب على بدنه في مقابل مالي أو غيره .

٥ - لا يجوز لأحد أن يجري التجارب على القاصر أو المجنون أو فاقد العقل ولا يقبل في ذلك موافقة وليّه .

أنواع الإذن :

يكتفي بالإذن الشفوي لإجراء الفحص السريري والتحليل المخبرية العادية مثل تحليل الدم والبول والبراز والبصاق والأشعة العادية التي ليس فيها أي تدخل في جسم المريض .

ينبغي الحصول على إذن كتابي من المريض البالغ العاقل أو إذن ولي المريض القاصر أو المجنون أو المغمى عليه لإجراء الأمور التالية :

١ - أي عملية جراحية ما عدا خلع الأسنان ومعالجة الفم التي تتم في العيادة ودون الحاجة لدخول المستشفى أو إعطاء المخدر .

٢ - إعطاء أي مخدر وخاصة إذا كان التخدير عاماً أو نصفياً.

٣ - إجراء الفحوصات فيها تدخل في جسم المريض (Invasire) مثل المناظير للجهاز الهضمي أو البولي أو التناسلي، ومثل أخذ عينة من الكبد أو الكلى أو الأمعاء أو الرئتين. . . إلخ. ومثل القسطرة لشرابين القلب أو غيرها من الأوعية الدموية ومثل إجراء الأشعة التي فيها تدخل في جسم المريض.

٤ - إجراء أي علاج كيميائي لمعالجة السرطان أو علاج بالأشعة.

٥ - تصوير المريض بالآلة التصوير أو الفيديو وخاصة إذا كان التصوير يشمل الوجه أما تصوير العمليات الجراحية أو غيرها التي لا توضح الوجه الذي يستدل به على الشخص فلا تحتاج إلى إذن.

ينبغي الإشهاد على إذن المريض بائنين من الشهود ولو كانا من ضمن الهيئة الطبية. ينبغي أن يتم شرح الإجراء المراد فعله للمريض شرحاً وافياً وإذا كان المريض لا يستطيع فهم ذلك ينبغي أن يتم الشرح لولي أمره.

٦ - إذن المريض في الاستفادة من الأجزاء والأنسجة التي تمّ إزالتها في أثناء عملية أو بعد ولادة، كاستفادة من المشيمة أو من السقط الذي نزل ميتاً لاستعماله في زرع الأعضاء أو تحنيطه ووضعه في محلول الفورمالين لدراسته وتعليم طلبة الطب ليتعرفوا على أنواع الأمراض.

ولا حاجة للإذن في الأنسجة والإفرازات التي قد تشكل خطراً على الصحة العامة والتي يجب التخلص منها فينبغي الالتزام بالإجراءات التي تفرضها الأنظمة الصحية في هذه الحالة.

علاج الحالات الميثوس منها :

ذكرنا في أول المبحث جواز عدم التداوي وما ورد في ذلك من أحاديث نبوية صحيحة حتى أن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله جعل عدم التداوي أفضل لمن كمل يقينه وورد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه رفض التداوي، وكذلك

فعل أبو الدرداء رضي الله عنه . وذكرنا الحالات التي يجوز فيها عدم التداوي ومنها الحالات المرضية التي لا دواء لها معلوم أو أن دواءها فيه مخاطر كثيرة . أو أن فائدة التداوي مظنونة موهومة لا متيقنة ولا راجحة بغالب الظن .

وفي هذه الحالات والحالات الأخرى التي فصلناها هناك يحق للمريض أن يرفض التداوي متى ما كان بالغاً عاقلاً .

ولكن هل يحق لولي أمر ناقص الأهلية مثل الطفل أو المجنون أو المغمي عليه أن يقرر نيابة عن المصاب ترك التداوي؟!

وهل يحق للأطباء في المستشفيات وغيرها أن يقرروا أن هذه الحالة ميثوس منها فعلى سبيل المثال طفل مصاب باستسقاء كبير جداً في دماغه (موه الدماغ) ومصاب بأنواع من الشلل ولا أمل في إجراء العملية لأن الدماغ قد ضمّر فهل تجري لمثل هذا الطفل العملية؟ هل إذا أصيب مثل هذا الطفل بالتهاب رئوي حاد يبادر إلى علاجه ومعلوم أن الالتهاب الرئوي يمكن مداواته ولكن حالة المريض الخطيرة لا يمكن مداواتها وإذا ترك المريض دون علاج للالتهاب الرئوي فإن المتوقع وفاته بسبب ذلك الالتهاب؟ فهل إذا وافق أولياء أمر هذا الطفل يترك دون علاج؟

وهناك الشيخ الكبير المصاب بأنواع من الشلل وجلطة القلب وهبوط شديد بالقلب وفشل في وظائف الكلى فهل يدخل إلى برنامج الغسيل الكلوي؟ . . . وعدد الآلات محدود ويحتاج لها عدد ممن هم في مقتبل العمر الذين يعانون من الفشل الكلوي؟! وهل إذا أصيب مثل هذا الشخص بتوقف مفاجيء لضربات قلبه يتم إسعافه بإجراء الإسعافات المعتادة في مثل هذه الحالات والتي قد تستدعي استخدام أجهزة القلب أو التنفس الاصطناعي أم يترك مثل هذا الشخص ليلاقي حتفه؟!

وهناك المريض الذي أصيب في دماغه إصابات بالغة أدت إلى فقدان الوعي فقداناً كاملاً وهو يعيش عن طريق التغذية بالأنبوب عبر المعدة والأنابيب

ليفرز البول (القسطرة). وقد يحتاج إلى المنفسة من حين لآخر. أو يحتاج لها باستمرار ولا أمل في استعادته الوعي والإدراك ولا أمل في تحسن حالته. . ويتعرض مثل هذا الشخص لالتهاب رئوي حاد أو لجلطة في القلب وتوقف في نبض القلب فهل يتم إسعافه أو يترك؟

في كثير من المستشفيات في مختلف بلاد العالم لجان أخلاقية مكونة من الأطباء ورجال دين، ورجال بارزون في المجتمع ويوكل لهذه اللجان في كل مستشفى ليقرروا ما يفعلونه في كل حالة على حدة، لأن كل حالة تختلف عن الأخرى في تفاصيلها.

وفي بعض المستشفيات يقرر الأطباء المسؤولون عن المريض ما إذا كانوا سيقومون بإجراءات الإسعاف والمعالجة إذا حدث توقف مفاجيء للقلب مثلاً.

والأسئلة المطروحة هي:

١ - هل من حق المريض العاقل البالغ أن يقرر كتابة أنه لا يريد إجراء نوع معين من التداوي فمثلاً بعد أن يعرف المريض حالته يكتب أو يقول أنه لا يريد أي تدخل طبي إذا توقف قلبه عن النبض. . . إلخ؟ ويبدو أنه لا إشكال في هذه النقطة كما سبق تقريره.

٢ - هل من حق ولي أمر المريض القاصر أو الفاقد الوعي أو المجنون أن يقرر ذلك بالنيابة عنه؟.

٣ - هل من حق الأطباء أو لجنة منهم أو لجنة أخلاقية مكونة من الأطباء وغيرهم أن تقرر أن هذا المريض ميثوس من حالته وبالتالي لن يقوم الأطباء بإجراءات الإسعاف عند توقف قلبه عن النبض مثلاً؟

هذا مع العلم أن إنهاء حياة المريض الميثوس منه بصورة إيجابية أمر ترفضه الشريعة والقوانين ويعتبر من يجهز على المريض قاتلاً يستوجب القصاص.

وقد جاء في المادة ٢١ من نظام مزاولة مهنة الطب في المملكة العربية

السعودية ما يلي: (ولا يجوز بأي حال من الأحوال إنهاء حالة مريض ميثوس من شفائه طبيّاً ولو كان بناء على طلبه أو طلب ذويه).

فهل هناك فرق بين ما يسمى قتل الرحمة الإيجابي (Positive Euthansia) وهو قتل فعلي للمريض الميثوس منه وبين قتل الرحمة السلبي (Passive Euthanasia) وهو ترك المريض بدون دواء لما يعرض له من حالات حتى ينتهي أجله؟!!

الدكتور محمد عليّ البار

حکم التداوی فی الإسلام

إعداد

الدكتور علي محمد يوسف المحمدي

المدرس بقسم الفقه والأصول
كلية الشريعة والدرايات الإسلامية
جامعة قطر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لقد اهتم الإسلام بصحة المسلم اهتماماً منقطع النظير، وظهر هذا الاهتمام في نواحٍ شتى، فمثلاً: في الصلاة يبدأ بالطهارة التي يغسل فيها كل يوم خمس مرات الأعضاء التي تتعرض للأتربة والعرق، كما جعل من شروط صحتها نظافة الثوب والبدن والمكان فقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَابِينَ وَيُحِبُّ الْمُطَهِّرِينَ﴾^(١).

وفي الصحيح «الطهور شرط الإيمان»^(٢). ولما كان الفم ممر العبور إلى البدن أوصى بنظافته فقال: «السواك مطهرة للفم مرضاة للرب»^(٣). وأوصى بإزالة ما يساعد على تراكم الأوساخ على الجسم فقال: «خمس من الفطرة: الاستحداد والختان وقص الشارب ونتف الإبط وتقليم الأظافر»^(٤). كما دعا إلى تقوية الأبدان بالرياضة والعمل، وحذر من الكسل وأنكر على من حرم على نفسه الاستفادة من الطيبات، سواء كان تديناً أو شحاً، فقال: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾^(٥).

وفي مقابل ذلك حماه من الشره والإسراف في أنواع الملذات خوفاً من الإضرار بالبدن، فقال: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾^(٦).

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٢.

(٢) رواه مسلم، انظر صحيح مسلم: ٢٠٣/١، كتاب الطهارة.

(٣) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً، انظر فتح الباري: ١٥٨/٤؛ ورواه أحمد: ٣/١، ٤٧، ٦٢، ١٤٦؛ وابن ماجه: ١٠٦/١، ويراجع مجمع الزوائد: ٢٢٠/١.

(٤) رواه البخاري، انظر فتح الباري: ٣٣٤/١٠، ومسلم: ٢٢١/١.

(٥) سورة الأعراف: الآية ٣٢.

(٦) سورة الأعراف: الآية ٣١.

كما نهى عن إرهاق البدن، ودعا إلى الاعتدال، وقال: «أنا أعلمكم بالله وأتقاكم له، ولكنني أقوم وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»^(١). واعتنى بالرياضة، ومن صورها الصلاة التي تؤدي أركانها بأوضاع صحيحة تقي الجسم من المعصية الضارة بقوام الإنسان، إضافة إلى كونها عبادة خالصة لله تعالى.

كما اعتنى الإسلام بالصحة النفسية، لأن الإنسان في الإسلام روح وجسد، وأن كليهما يؤثر في الآخر قوة وضعفاً، وقد أشار النبي ﷺ إلى هذه القوة الروحية في قوله لعمار حينما كان يحمل حجرتين عند بناء مسجده ﷺ قال له: «إن عماراً مليء إيماناً من قرنه إلى قدمه»^(٢). وبهذه القوة الروحية كان النبي ﷺ يواصل^(٣) الصوم أياماً عديدة^(٤).

وقال الحموي: .. وكان يديم التطيب في حالة صحته ومرضه، أما في صحته فباستعمال التدبير الحافظ لها من الرياضة، وقلة المتناول، وأكله الرطب بالقيش والربط بالبطيخ، ويقول: يدفع حر هذا برد هذا، وبرد هذا حر هذا، وإكحال عينيه بالإئتمد كل ليلة عند النوم، وتأخير صلاة الظهر في زمن الحر القوي، ويقول: أبردوا بها وأما تداويه في حالة مرضه فثبت بما روي من ذلك في الأخبار الصحيحة، منها عن عروة عن عائشة قالت: (إن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه، وكان يقدم عليه أطباء العرب والعجم فيصفون له فتعالجه)^(٥).

ولكن مع هذه العناية بصحة البدن، والتي منها التداوي، لأن التداوي وسيلة من وسائل المحافظة عليه، إلا أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة

(١) رواه البخاري، انظر فتح الباري: ١٠٤/٩؛ وصحيح مسلم: ١٠٢/٢.

(٢) قال في مجمع الزوائد: ٢٩٥/٩، رواه البيهقي ورجال الصالح، وتراجع الإصابة: ٥١٢/٢.

(٣) متفق عليه، انظر جامع الأصول: ٣٧٩/٦.

(٤) بتصرف، من كتاب شيخنا الدكتور القرضاوي (فتاوى معاصرة ٥٨٧ - ٥٩٣).

(٥) الترايب الإدارية: ٤٥٥/١.

وسنعرض لبيان موقف الفقهاء من حكم التداوي مع عرض أدلتهم ومناقشتها قصدنا في ذلك الوصول إلى الحق، والوقوف في صف من يؤيده الدليل، وبما أن مسألة التداوي متشعبة فإني سأبذل قصارى جهدي في عرض جميع جوانبها مع تجنب الاختصار المخل والتطويل الممل.

التعريف بالتداوي:

رأيت أن من المناسب أن أذكر تعريف المصطلحات الطبية لتكون على علم بما يرد منها أثناء البحث.

الطب:

جاء في «المحكم» الطب: علاج الجسم والنفس، ورجل طب وطبيب، وقالوا: إن كنت ذا طِب بكسر الطاء وطَب وطَب فطب وطب لعينك، وفي الصحاح وجمع القلة: أطبة، والكثير أطباء، تقول ما كنت طبيياً ولقد طببت بالكسر، والمتطبب الذي يتعاطى علم الطب وفلان يستطب لوجعه أي يستوصف الدواء لما يصلح لدائه وفي «المحكم»: والطب والطبيب: الحاذق من الرجال، الماهر بعلمه^(١).

وقال ابن مفلح الطب بكسر الطاء في اللغة على معان:

أحدهما: السحر والمطبوب المسحور.

والثاني: الإصلاح، يقال طببته إذا أصلحته، ويقال: له طب بالأمر أي لطف وسياسة.

والثالث: الحذق، كل حاذق طبيب عند العرب، وأصل الطب الحذق بالأشياء والمهارة بها.

والرابع: يقال الطب لنفس الدواء.

والخامس: العادة، يقال ليس ذلك بطبي أي عادتي.

(١) تخريج الدلالات السماعية: ص ٦٧٨؛ والنهاية في غريب الحديث: ٣/١١٠؛ وترتيب القاموس المحيط: ٣/٥٠.

والطب بفتح الطاء العالم بالأمور وكذلك الطبيب يقال له: طب^(١).

والحاصل أن الطب بالكسر يقال بالاشتراك للمداوي وللتداوي وللدواء أيضاً فهو من الأضداد وهو علم يعرف به أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول لتحفظ الصحة حاصلة وتسترد زائلة.

وقال القسطلاني: الطب علاج الجسم والنفس والرفق والسحر، وبالكسر الشهوة والإرادة والشأن والعادة، وبالفتح الماهر الحاذق بعمله كالطبيب، والطبيب الحاذق في كل شيء، وخص بها المعالج في العرف.

والطب نوعان:

طب القلوب ومعالجتها بما جاء به النبي ﷺ عن الله تعالى.

وطب الأبدان ومنه ما جاء عن الشارع ﷺ ومنه ما جاء عن غيره، وأكثره عن التجربة.

وهو قسمان: ما لا يحتاج إلى نظر وفكر كدفع الجوع والعطش وما يحتاج إليهما كدفع ما يحدث في البدن مما يخرج عن الاعتدال.

المرض: خروج الجسم عن المجرى الطبيعي، والمرض يكون في البدن، وقد يطلق المرض على مرض القلب، إما للشبهة (في قلوبهم مرض) وإما للشهوة (فيطمع الذي في قلبه مرض)^(٢).

اللدود: بفتح اللام الدواء الذي في أحد جانبي فم المريض وهما كديدها. وجمعه ألدّه، وقد لُدّه به يُلدّه لداً ولُدوداً بضم اللام وَلَدَهُ إياه^(٣).

حكم التداوي:

اختلف الفقهاء في حكم التداوي على عدة أقوال:

(١) الآداب الشرعية: ٩٤/٣، ٩٥؛ وزاد المعاد: ١٣٩/٢؛ ومعالم القرية: ص ٢٥٤.

(٢) لامع الدراري: ٤٤٤/٩؛ وفي تعريف المرض والفواكه الدواني: ٤٣٩/٢.

(٣) تخريج الدلالات السماعية، للتلمساني: ص ٦٧٩.

القول الأول: لا يجوز التداوي وقال به غلاة الصوفية^(١).

وعملوا رأيهم: بأن الولاية لا تتم إلا إذا رضي بجميع ما نزل به من البلاء، فالواجب على المؤمن أن يترك التداوي اعتصاماً بالله وتوكلاً عليه وثقة به، وانقطاعاً إليه، فإن الله قد علم أيام المرض وأيام الصحة فلو حرص الخلق على تقليل ذلك أو زيادته ما قدروا، قال تعالى: ﴿مَا أَصَابَ مِنْ مُصِيبَةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي أَنْفُسِكُمْ إِلَّا فِي كِتَابٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَبْرَأَهَا﴾^(٢).

فما دام كل شيء بقضاء وقدر فلا حاجة إلى التداوي^(٣).

ويمكن أن يستدل لهم بما روي من قوله ﷺ: «من اكتوى أو استرقى فقد برىء من التوكل»^(٤) وبحديث المغيرة بن شعبة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «لم يتوكل من أرقى واسترقى»^(٥).

كما استدلو أيضاً بما روى ابن مسعود وغيره أن النبي ﷺ قال: «إن الرقى والتائم والتولة شرك»^(٦) وبحديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما أبالي ما أتيت إن شربت ترياقاً تميمة أو قلت الشعر من قبل نفس»^(٧).

وقد أجاب العلماء عن هذه الأحاديث بعدة أجوبة منها أن هذا فيمن فعل

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٩١/١٤؛ وطرح الثريب، للعراقي: ١٨٤/٨.

(٢) سورة الحديد: الآية ٢٢.

(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ١٩٤/١٧، ١٣٩/١٠.

(٤) تحفة الأحوذى: ٢١٤/٦، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال المباركفوري: (وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک...)، وانظر جامع الأصول: ٥١٦/٧؛ والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٤١/٩؛ والمجموع، للنووي: ٥٣/٩؛ والآداب الشرعية: ٣٥٩/٢، وقال: وإسناده ثقات.

(٥) الآداب الشرعية: ٣٥٩/٢، وقال: إسناده جيد.

(٦) جامع الأصول: ٥٧٤/٧، وقال أخرجه أبو داود رقم الحديث (٣٨٨٣).

(٧) جامع الأصول: ٥١٦/٧، وقال أخرجه أبو داود رقم الحديث (٣٨٦٩).

معتمداً عليها لا على الله أو لخطر الاكتواء، أو يحتمل أنه ﷺ قصد إلى نوع معين من الكي مكروه بدليل أن النبي ﷺ كوى أياً يوم الأحزاب على أكحله لما رمي، أو يقصد به كي الصحيح لثلا يفعل، كما يرد على الصوفية بما سبق، وبقوله تعالى: ﴿فِيهِ شِفَاءٌ لِّلنَّاسِ﴾ فهو دليل على جواز التداوي بشرب الدواء، كما أن الأحاديث التي استدلت بها القائلون بالتداوي صريحة في التداوي، وحجة على أصحاب هذا القول^(١).

القول الثاني: يباح التداوي وتركه أفضل، وهو المنصوص عن أحمد^(٢)، ونقل عنه أنه قال: أحب لمن اعتقد التوكل وسلك هذا الطريق ترك التداوي من شرب الدواء وغيره، وقد كانت تكون به علل فلا يخبر الطبيب بها إذا سأله.

وفي رواية المروزي: العلاج رخصة وتركه درجة أعلى منه^(٣)، وبنحو هذا قال النووي^(٤).

وعللوا رأيهم: بأن تركه تفضلاً واختياراً لما اختار الله ورضي به وتسليماً له.

كما استدلوها بما روي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفاً بغير حساب، وهم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون»^(٥) ولحديث ابن عباس عن الجارية التي كانت تصرع، وسألت النبي ﷺ أن يدعو لها، فقال: «إن أحببت أن تصبري ولك الجنة، وإن أحببت

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن: ١٧/١٩٤، ١٠/١٣٩؛ فيض القدير: ٦/٨٢؛ وفتح الباري: ١٣٥/١٠، ١٥٥.

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن تيمية: ٢١/٥٦٤.

(٣) الآداب الشرعية، لابن مفلح: ٢/٣٥٨؛ وكشاف القناع: ٢/٧٦.

(٤) المجموع: ٥/٩٦؛ وانظر النووي على مسلم: ٣/٩٠؛ والروضة الندية: ٢/٣٢٩، ٣٣٠؛ وإرشاد الساري: ٨/٣٣.

(٥) أخرجاه في الصحيحين، انظر فتح الباري: ١١/٣٠٥؛ واللفظ، للبخاري، وصحيح مسلم: ٣/٨٨؛ ومجمع الزوائد: ١٠/٤٠٦.

دعوت الله أن يشفيك»، فقالت: (بل أصبر، ولكنني أنكشف، فادع الله لي أن لا أنكشف، فدعا لها أن لا تنكشف)^(١).

كما استدلووا بأن خلقا من الصحابة والتابعين لم يكونوا يتداونون، بل فيهم من اختار المرض، كأبي بن كعب، وأبي ذر، ومع هذا فلم ينكر عليهم ترك التداوي^(٢).

ورد بأن ترك هؤلاء يعود - كما قال أبو طالب المكي - إلى الخشية من أن يهجس في نفوسهم أن الشفاء والنفع من فعل الدواء وذلك من الشرك^(٣).

القول الثالث: هو القول باستحباب التداوي وأن فعله أفضل من تركه وبه قال الشافعية وجمهور السلف وعامة الخلف، وقطع به ابن الجوزي وابن هبيرة وهو قول الحنفية والمالكية^(٤).

واحتج هؤلاء لرأيهم بما وقع في أحاديث كثيرة من ذكره ﷺ لمنافع الأدوية والأطعمة كالحبة السوداء والقسط والصبر وغير ذلك، وبأنه ﷺ تداوى، وبإخبار عائشة - رضي الله عنها - بكثرة تداويه، وبما علم من الاستشفاء برقاؤه^(٥)، والأحاديث الدالة على التداوي كثيرة منها:

(١) الحديث متفق عليه، نيل الأوطار: ٢٠٨/٨.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٢٦٩/٢٤؛ وقوت القلوب: ٢٢/٢.

(٣) قوت القلوب: ٢٢/٢.

(٤) الآداب الشرعية: ٣٥٩/٢؛ والنووي على مسلم: ٩٠/٣؛ والفتاوى الهندية: ٣٥٤/٥؛ والزرقاني على الموطأ: ٣٢٩/٤؛ والمجموع: ٩٦/٥؛ وكشاف القناع: ٧٦/٢؛ والتمهيد: ٢٢٧/٢، قال وفي معناها (الحجامة) إباحة التداوي كله بما يؤلم وبما لا يؤلم إذا كان يبرجى نفعه... وطرح الثريب، للعراقي: ١٨٢/٨؛ وفتاوى ابن تيمية: ٥٦٤/٢١، وقال الخطابي: وقد أثبت رسول الله ﷺ الطب وأباح العلاج والتداوي، انظر معالم السنن: ٢٢٩/٤.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: ٩٠/٣.

حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء»^(١).

صحيح مسلم: عن جابر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء برىء بإذن الله عزوجل»^(٢).

وفي الحديث أن الصحابة قالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ قال: «تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير الهرم»^(٣).

القول الرابع: هو القول بأن التداوي مباح مطلقاً وبه قال جمهور العلماء ومنهم مالك حيث نقل عنه أنه قال: (لا بأس بالتداوي ولا بأس بتركه)^(٤).

واستدلوا بما روي عن أسامة بن شريك قال: قالت الأعراب يا رسول الله ألا نتداوى؟ قال: «نعم يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء أو دواء إلا داء واحداً»، فقالوا: يا رسول الله وما هو؟ قال: «الهرم»^(٥).

وقالوا إن في هذا الحديث إثبات الطب والعلاج، وأن التداوي مباح غير مكروه قاله الخطابي، وقال العيني: (فيه إباحة التداوي وجواز الطب)^(٦).

(١) فتح الباري: ١٣٤/١٠؛ واللفظ، للبخاري والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٤٣/٩؛ وص ٣٤٩، باب ما جاء في إباحة التداوي وقال الشافعي: والأخبار... فيما تداوى به، وأمر بالتداوي به كثيرة.

(٢) النووي على مسلم: ١٩١/١٤؛ واللفظ لمسلم؛ والتاج الجامع للأصول: ١٩٨/٣؛ وجامع الأصول: ٥١٣/٧، وعنون الفصل بجواز التداوي.

(٣) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة، وقال الترمذي حديث حسن صحيح، المجموع: ٩٦/٥؛ وجامع الأصول: ٥١٣/٧؛ وتحفة الأحوذى: ١٩٠/٦، كتاب الطب.

(٤) تحفة الأحوذى: ١٩٠/٩، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٥) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ١٩٩/١٠؛ والفواكه الدواني: ٤٤٢/٢؛ وانظر فتح الباري: ١٧٤/١٠ - ١٧٨؛ والنووي على مسلم: ١٩/١٤؛ ومعالم السنن: ٢١٦/٤؛ والروضة الندية: ٣٢٩/٢.

(٦) تحفة الأحوذى: ١٩٠/٦؛ وانظر نحو هذا المعنى في فتح الباري: ٣٧٣/٧.

وقال القرطبي: دليل على جواز التعالج بشرب الدواء وغير ذلك خلافاً لمن كره ذلك من جلة العلماء، ثم أورد عدة أحاديث في الجواز... ثم ذكر تداوي بعض الصحابة، ثم قال: وعلى إباحة التداوي والاسترقاء جمهور العلماء^(١).

ويمكن حمل النقول المخالفة لهذا على حالة الاختيار، والجواز على حالة الاضطرار فيتفق النقلان^(٢).

القول الخامس: هو القول بالوجوب حيث ذهب طائفة من أصحاب الشافعي وبعض الحنابلة إلى أنه واجب.

وزاد بعضهم: إن ظن نفعه^(٣)، وبنحو هذا قال الحنفية: إن كان السبب المزيل للمرض مقطوعاً به كالماء المزيل لضرر العطش والخبز المزيل لضرر الجوع، فتركه حرام عند خوف الموت^(٤).

روى الخلال في كتاب الطب بإسناده عن عروة بن الزبير عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: (إن رسول الله ﷺ كثر أسقامه، فكان يقدم عليه أطباء العرب والعجم فيصفون له فنعالجه)^(٥).

ولحديث أنس - رضي الله عنه - (إن الله خلق الداء خلق الداء فتداواوا)^(٦).

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١٩٧/١٨ - ١٩٩.

(٢) الفواكه الدواني: ٤٤٢/٢؛ ومعالم السنن: ٢١٩/٤.

(٣) الآداب الشرعية: ٣٦١/٢؛ وفتاوى ابن تيمية: ٢٦٩/٢٤، وفيه وإنما أوجبه طائفة قليلة كما قاله بعض أصحاب الشافعي وأحمد: ٥٦٤/٢١.

(٤) الفتاوى الهندية: ٣٥٥/٥؛ إحياء علوم الدين: ٢٧٦/٤؛ والشرواني وابن القاسم: ١٨٢/٣؛ وفتاوى ابنتيمية: ٥٦٤/٢١.

(٥) تخريج الدلالات السماعية: ص ٦٧٧.

(٦) عون المعبود: ٣٣٤/١٠؛ وجامع الأصول: ٥١٣/٧، وقال رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم وتحفة الأحوذى: ١٩٠/٦، باب ما جاء في الدواء والحث عليه.

الخلاصة والترجيح :

وبعد عرض تلك الأدلة يتبين لنا رجحان قول القائلين بوجوب التداوي أو على الأقل باستجابته لورود الأمر بذلك وأقل مراتب الأمر الاستحباب .

ولا يمكن الأخذ بما ذهب إليه أصحاب القول الأول من القول بعدم جواز التداوي لأنه يخالف ما ورد عنه ﷺ من عموم الأمر بالتداوي، وترغيبه في ذلك في مواضع كثيرة، وأن الأخذ بالتداوي هو من باب الأخذ بالأسباب وحصول الشفاء بالدواء كدفع الجوع بالأكل وكدفع العطش بالشرب، وأن التداوي لا ينافي التوكل على الله تعالى لأن المسلم حين يتناول الدواء فإنه يعتقد بقلبه أن الشفاء لا يكون إلا بإذن الله تعالى وبتقديره، وإن الأدوية لا تنفع بذاتها بل بما قدره الله تعالى فيها، وإلا فكم من مريض انقلب دواؤه داء؟ .

كما أنه يمكن حمل النهي على سبيل الاحتياط والتنزيه أو عما لا يتعين طريقاً إلى الشفاء .

ومما يشهد لعدم تنافي التداوي مع الإيمان بالقدر ما روى أبو خزيمة عن أبيه قال: (سألت رسول الله ﷺ قلت يا رسول الله ﷺ أرأيت رقى نسترقئها ودواء نتداوي به وتقاءة تنقيها، هل ترد من قدر الله شيئاً؟ قال: هي من قدر الله)^(١) .

فالحديث صريح في إثبات الأسباب والمسببات، وردّ على المتعللين بمخالفته للتوكل لأن المؤمن ينطلق من معتقد أن المرض والشفاء بقدر الله تعالى وأن من أسباب الشفاء هو الأخذ بالتداوي .

وقد يكون مرد القائلين بألوية ترك التداوي إلى ما عهدوه في عصرهم حيث كان التداوي بالوسائل البدائية والطرق التقليدية التي لم تصل إلى مستوى يتق به الناس، بل أغلبها كانت ظنية، لذا جاء التردد عنهم في الأخذ بها وكذا ما ورد عن بعض السلف في تركه التداوي يعود إلى ظنه أنه وصل إلى مرحلة

(١) تحفة الأحوذني: ٢٣٣/٦، وقال: هذا حديث حسن. نيل الأوطار: ٢٠٨/٨ .

لا تجدي معها الأدوية^(١) ، أو لعلمه أن هذا المرض لم يصل فيه الطب بعد إلى دواء ناجع، أو تحمل أقوالهم على أنها قيلت كرد على من اعتقد الشفاء في الأدوية وعلق قلبه بها، وتناسى الشافي الحقيقي وهو الله فجاءت أقوالهم تذكيراً لأمثال هؤلاء أو قد يكون هذا التارك للتداوي متأماً لذنوبه أكثر من تألم بدنه بالمرض .

وهاهو الرسول ﷺ في كمال التوكل على الله، لم يقدح في توكله تعاطيه الأسباب، فقد ظاهر بين درعين، ولبس على رأسه المغفر، وخذق حول المدينة . . وتعاطى أسباب الأكل والشرب وادخر لأهله قوتهم، ولم ينتظر أن ينزل عليه من السماء وهو أحق الخلق أن يحصل له ذلك .

فبين بسنته القولية والفعلية أن الاحتراز لا يدفع التوكل .

ونجد الأمر بالتداوي والمحافظة على الدين واضحاً في قوله ﷺ تداووا لما فيه من الأخذ بالأسباب واقتداء به ﷺ ويتأكد الأمر أكثر في حق من يقومون على مصالح العباد .

ولذا قال المباركفوري بعد إيراده الحديث (تداووا) فيه إثبات الطب والعلاج وأن التداوي مباح غير مكروه كما ذهب إليه بعض الناس، ونقل عن العيني قوله: فيه إباحة التداوي وجواز الطب وهو رد^(٢) على الصوفية: أن الولاية لا تتم إلا إذا رضي بجميع ما نزل به من البلاء ولا يجوز له مداواته، وهو خلاف ما أباحه الشارع، إذ أنه لم يخلق داء إلا وضع له شفاء أو دواء، وإنزال الدواء إمارة جواز التداوي، وفي حديث زيد بن أرقم قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نتداوى من ذات الجنب بالقسط البحري والزيت^(٣) .

(١) انظر الفتاوى الكبرى الفقهية، للهيتمي: ١٠٩/٤ .

(٢) بتصرف من فتح الباري: ١٠/١٣٥، ١٣٦، ١٥٥؛ والطب النبوي والعلم الحديث:

١٨/٣؛ ونيل الأوطار: ٢٠٩/٨ .

(٣) تحفة الأحوذى: ١٩٠/٦، ٣٥٢؛ وانظر الفواكه الدواني: ٤٤٠/٢ .

ولله در النووي حينما رجح القول بالتداوي وأنه قول جمهور السلف قال:
 (وحجة العلماء هذه الأحاديث ويعتقدون أن الله تعالى هو الفاعل، وأن التداوي
 هو أيضاً من قدر الله، وهذا كالأمر بالدعاء، وكالأمر بقتال الكفار، وبالتحصن
 ومجانبة الإلقاء باليد إلى التهلكة، مع أن الأجل لا يتغير والمقادير لا تتأخر
 ولا تتقدم عن أوقاتها ولا بد من وقوع المقدرات)^(١).

ولما سئلت عائشة رضي الله عنها عن علمها بالطب قالت: (أن
 رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره فكانت تقدم إليه وفود العرب من كل
 وجه فينعت لهم الإنعات، فكنت أعالجه)^(٢).

وقد ثبت أنه ﷺ «كان يديم التطيب في حال صحته ومرضه، وأمر
 بالمداواة في عدة أحاديث صحيحة كما أمر أبي بن كعب أن يأتي الطبيب فقطع
 منه عرقاً ثم كواه عليه»^(٣).

وكان يراعي صفات الأطعمة وطبائعها، ويراعي استعمالها على قاعدة
 الطب.

وبلغ من اهتمامه بهذا الأمر أن منع ﷺ من ليس أهلاً لهذا العمل من
 التطيب وجعله ضامناً لما يحدث من ضرر بالمريض^(٤). وقد فهم الصحابة أن
 ضمان النفس مطلوبة ولذا امتنع عمرو بن العاص من الاغتسال بالماء البارد حين
 أجنب خوفاً على نفسه منه وتيمم ولما أخبر الرسول ﷺ قرر قوله^(٥).

ثم أورد ابن القيم جملة من الأحاديث الصحيحة وقال: في هذه الأحاديث
 الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل، كما لا ينافيه دفع داء الجوع

(١) النووي على مسلم: ١٩١/١٤.

(٢) صفة الصفوة، لابن الجوزي: ٣٣/٢؛ وتخريج الدلالات السماعية: ص ٦٧٧.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٩١/١٤.

(٤) الطب النبوي، لابن القيم: ص ٤٠ - ٤١.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ١٥٦/٥.

والعطش والبرد بأضدادها، بل لا يتم حقيقة التوحيد إلاً بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرأً وشرعاً، وأن تعطيلها يقدح في نفس المتوكل، كما يقدح في الأمر والحكمة ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجزاً ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه في دينه ودنياه ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب، وإلاً كان معطلاً للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلاً، ولا توكله عجزاً^(١).

وأرى أن التداوي يدخل في جملة ما أمر به المسلم من الحفاظ على بدنه، حيث أبيحت له الميتة وهي حرام - في سبيل الإبقاء على حياته حتى قال الفقهاء إن الأكل منها واجب فمن اضطر إلى الميتة ولم يأكل حتى مات دخل النار، وهذا وإن لم ينطبق على جميع الأدوية إذ لا يعلم حصول الشفاء بها، ولكن ما ثبت بالعلم والتجربة لا يجوز للمسلم أن يمتنع عن التداوي به وإلاً ارتكب ظلماً في حق نفسه بمنعها من الشفاء وعرضها فريسة للأمراض.

ولا أوافق رأي الحنفية القائلين بأنه لو امتنع فمات لا يأثم لأنه مظنون^(٢). لأن الدواء إذا تيقن طريقاً للعلاج تعين عليه حفظ صحته به، وقد يكون قولهم هذا مبنياً على ما كان عليه الطب في عصرهم حيث أن أغلب الأدوية كانت بدائية وكثيراً منها كان وصفات متوارثة لا تعطي نتيجة فعالة في أغلب الأحيان وعلى هذا فلا أوافق ابن تيمية فيما ذهب إليه من أن (قول الأطباء: أنه لا يبرأ من هذا المرض إلاً بهذا الدواء المعين. فهذا قول جاهل، لا يقوله من يعلم الطب أصلاً، فضلاً عن يعرف الله ورسوله، فإن الشفاء ليس في سبب معين يوجبه في العادة كما للشعب سبب معين يوجبه في العادة، إذ من الناس من يشفيه الله بلا دواء)^(٣).

(١) الطب النبوي: ص ١٠٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٢٤٩/٥.

(٣) فتاوى ابن تيمية: ٢٧٤/٢٤.

بل أقول إن كلامه مبني على ما كان عليه الطب في عصره، وفي قائمة الأدوية ما يقطع بكونها دواء لبعض الأمراض نتيجة التجربة والخبرة الطويلة، حتى أصبحت هذه الأدوية في حكم المقطوع بها والذي لا يعتبر تركه من التوكل، بل تركه حرام عند خوف الموت كما ذهب إليه كثير من الحنفية^(١) والشافعية^(٢)، ولذا أرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الرابع وهم بعض الشافعية والحنفية لما ذكرت وأن المسلم في كل أحواله يعتقد أن الله تعالى هو الفاعل وأن التداوي أيضاً من قدر الله تعالى ولن يكون في ملكه إلا ما يريد.

ولذا قال بعضهم: ولا ينقص التداوي توكل العبد، لأن النبي ﷺ أمر به وأخبر عن حكمة الله تعالى فيه، فقال ﷺ: «ما من داء إلا وله دواء عرفه من عرفه، وجهله من جهله إلا السام يعني الموت». وقال ﷺ: تداووا عباد الله.. وكان يحتجم ويشرب الدواء، وربما كان المتداوي فاضلاً لمعنيين أحدهما: أن ينوي اتباع السنّة والأخذ برخصة الله وقبول ما جاءت به الحنفية السمحة، وقد أمر الرسول ﷺ غير واحد من الصحابة بالتداوي والحمية.. وهو أعلى المتوكلين...

فإن قيل: إنما تداوى لغيره وليس ذلك، قلنا فلا نرغب عن سنته ولا نزهد في بغيته إذا كان فعل ذلك لنا ثلاً يكون فعلاً لغواً، وتكون الرغبة عن سنته إلى توهم حقيقة التوكل طعناً في الشرع..

والمعنى الثاني الذي يفضل به المتداوي، أنه يحب سرعة البرء للطاعة، لأن العلل قاطعة عن التصرف في العمل ومشغلة للنفس، عن الشغل بالآخرة^(٣)
...

(١) الفتاوى الهندية: ص ٣٣٥ وفيه أن الأسباب المزيلة للضرر تنقسم إلى مقطوع، وموهوم ثم قال: (أما المقطوع به فليس تركه من التوكل بل تركه حرام عند خوف الموت).

(٢) الإحياء، للغزالي: ٤/٢٧٦.

(٣) قوت القلوب: ٢/٢١.

وسأذكر عند الكلام على طرق العلاج المختلفة عشرات الأحاديث التي تحت على التداوي وتدلنا على طرق العلاج المختلفة التي اتبعها الرسول ﷺ مع أصحابه ومن ذلك أنشئت المستشفيات في حواضر العالم الإسلامي وجعلوا فيها مئات الأطباء ووقفوا الأموال الكثيرة على الأبحاث الطبية.

وقال بعضهم الطب علم نظري وعملي، أبحاث الشريعة تعلمه لما فيه من حفظ الصحة ودفع العلل والأمراض عن هذه البنية الشريفة^(١).

وكأنني بآبن تيمية يقف حكماً بين أصحاب الأقوال المختلفة حين حقق القول من أن التداوي منه ما هو محرم، ومنه ما هو مكروه، ومنه ما هو مباح، ومنه ما هو مستحب، ومنه ما هو واجب، وهو ما يعلم أنه يحصل به بقاء النفس لا بغيره^(٢).

حكم الاختلاف في الجنس أو العقيدة بين المريض والطبيب:

والحديث عن هذا الموضوع يتناول:

أولاً: عن حكم تطيب الرجل للمرأة والعكس.

ثانياً: حكم تطيب غير المسلم للمسلم والعكس وهذا ما أعني به الاختلاف في العقيدة، وسأبدأ حديثي بالكلام على النوع الأول وهو:

حكم تطيب المرأة للرجل:

رغم أن الإسلام فتح المجال أمام المرأة للتعليم وسهل لها طرق الوصول إليه بدءاً من ارتياد المساجد للصلاة وسماع القرآن ومجالس العلم، ضمن الحدود الشرعية التي تشترط سلامة الوسيلة والغاية، إلا أن المتقنات لعلم الطب وأصوله كن قلة ولعل سبب ذلك يعود إلى اندراج مهنة الطب في فروع الكفاية لذا اكتفوا بذلك العدد القليل الذي قام بها من النساء كما أن لمكانة المرأة في

(١) معالم القربة في أحكام الحسبة: ص ٢٥٣.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٤٧١/٣٧.

الإسلام دوراً كبيراً في انصرافها عن هذه المهنة. وذلك لشرف القرار في المنزل وعدم العمل ودلالة على دلال الزوج وإعزاز المزوج لها.

فهذا الوضع الاجتماعي لم يكن يسمح لها أن تعرض نفسها إلى الصعوبات الموجودة في طلب العلم، كما أن تعلم المرأة لمثل هذه العلوم المختصة كان يتم عن طريق أحد ذويها أو على يد معلم خاص، وكلا هذين الأمرين لا يتيسران للجماهرة العظمى من النساء^(١)، ومع ذلك فقد برع في صناعة الطب عدد من النساء حفظ لنا التاريخ بعضهن ووجد في عصر النبوة طبيبات مسلمات، فقد كانت عائشة على علم بالطب، كما روى لنا عروة أنه كان يقول لعائشة - رضي الله عنها - يا أمتاه لا أعجب من فقهك، أقول: (زوجة رسول الله ﷺ وابنة أبي بكر ولا أعجب من علمك بالشعر وأيام الناس، أقول ابنة أبي بكر وكان من أعلم الناس، ولكن أعجب من علمك بالطب، قالت: أي عرية أن رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره، فكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه فتتعت له الأنعات، فكنت أعالجه، فمن ثم^(٢)).

كما عرفت بالطب رقيقة الأسلمية التي كانت تداوي الجرحى، وهي التي داوت جرح سعد بن معاذ حين أصيب في أكحله^(٣)، ومن الطبيبات أيضاً الربيع بنت معوذ الأنصارية الصحابية، كانت تداوي الجرحى، وكذلك أم سنان وغيرهن كثيرات^(٤)، واستمر إسهام الطبيبات المسلمات عبر عصور الحضارة الإسلامية^(٥) إلى اليوم.

(١) الطب عند العرب والمسلمين، د. محمود الحاج: ص ٨٨ - ٨٩ نقلاً عن تاريخ التريية، للدكتور أحمد شلبي.

(٢) تخرج الدلالات السماعية، للتلمساني: ص ٦٧٧؛ والتراتب الإدارية: ٤٥٥/١.

(٣) الأكحل: عرق يبين في ذراع الإنسان، غريب الحديث لابن الجوزي: ٢٨٢/٢؛ وتهذيب التهذيب: ٤١٨/١٢ في ترجمة رقيقة.

(٤) الطب عند العرب والمسلمين: ص ٥٨.

(٥) المصدر السابق: ص ٨٨.

وأما فيما يتعلق بالأحكام الفقهية من حيث مداواة المرأة للرجل، فقد ذهبوا في الجملة إلى الجواز في ظل قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» مع اشتراط بعض القيود، كالأصل عدم جواز التداوي إلا بين المحارم، لما يترتب عليه من النظر المحرم أو الخلوة المحرمة بالأجنبية والأجنبي، لذا نص بعضهم على ذلك بقوله: (وإن لم يوجد من يطبه سوى امرأة فلها نظر ما تدعو الحاجة إلى نظره حتى فرجيه...^(١)). ويمكن أن يستدل لهؤلاء القائلين بجواز تطبيب المرأة للرجل بحديث الربيع بنت معوذ قالت: (كنا مع النبي ﷺ نسقي ونداوي الجرحى، ونرد القتلى)^(٢)، وقد بوب عليه البخاري بقوله: باب مداواة النساء الجرحى في الغزو، ثم قال: وفيه جواز معالجة المرأة الأجنبية الرجل الأجنبي للضرورة^(٣).

ويستدل لجواز مداواة المرأة للمحرم بما صح من مداواة فاطمة عليها السلام للنبي ﷺ حين أخذت قطعة من حصير فأحرقتها وألصقتها فاستمسك الدم...^(٤).

كما يستدل لهم بما روي من حديث عائشة - رضي الله عنها - (أن النبي ﷺ كان ينفث على نفسه في مرضه الذي قبض فيه بالعمودات، فلما ثقل كنت أنا أنفث عليه بهن)^(٥)، وقد بوب عليه البخاري بقوله: باب المرأة ترقى الرجل.

وكذلك بما تقدم عن ربيعة الأسلمية وأنها كانت تداوي الجرحى وتحسب بنفسها على خدمة من كان به ضيعة من المسلمين^(٦).

(١) الآداب الشرعية: ٤٦٤/٢.

(٢) فتح الباري: ٨٠/٦ كتاب الجهاد.

(٣) المصدر السابق.

(٤) فتح الباري: ٣٧٢/٧ كتاب المغازي.

(٥) فتح الباري: ٣٧٢/٧ كتاب المغازي.

(٦) فتح الباري: ٢١٠/١٠ كتاب الطب.

ومن هؤلاء المجيزين من خص ذلك بذوات المحارم، ثم بالمتجالات^(١) منهم، معللاً بأن موضع الجرح لا يلتذ بلمسه، بل يقشع منه الجلد، كما أضافوا أن تكون المداواة عند الضرورة بغير مس ولا مباشرة مستدلاً على ذلك بما اتفق عليه الفقهاء من أن المرأة إذا ماتت ولم توجد امرأة تغسلها، أن الرجل لا يباشر غسلها بالمس، بل يغسلها من وراء حائل في قول بعضهم، وفي قول الأكثر منهم^(٢).

ومنهم من لم يشترط تلك الشروط، ورد عليهم بأن هناك فرقاً بين حال المداواة وتغسيل الميت، وهو أن الغسل عبادة، والمداواة ضرورة والضرورات تبيح المحظورات قاله ابن المنير^(٣).

وذكر التلمساني في باب الرقي ما يدل على اشتغال النساء بمداواة الرجال^(٤).

(أ) مداواة المرأة للمرأة :

هناك أحاديث تدل على جواز مداواة المرأة للمرأة فمن ذلك ما رواه أبو داود عن الشفاء بنت عبد الله، قالت: دخل عليّ النبي ﷺ وأنا عند حفصة رضي الله عنها، فقال: (ألا تعلمين حفصة رقية النملة، كما علمتها الكتابة)^(٥).

وفي الصحيحين أن أسماء كانت إذا أتيت بالمرأة قد حُمّت تدعو لها، أخذت الماء فصبت بينها وبين جيبتها، وقالت: (كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نبردها بالماء)^(٦).

(١) يقال امرأة تجالّت: أسّت وكبرت، النهاية لابن الأثير: ٢٨٨/١؛ والمعجم الوسيط: ١٣١/١.

(٢) فتح الباري: ٨٠/٦.

(٣) المصدر السابق: ٨٠/٦.

(٤) تخريج الدلالات السماعية، للتلمساني: ص ٦٨٦.

(٥) سنن أبي داود — كتاب الطب — ما جاء في الرقي.

(٦) جامع الأصول: ٥٢٨/٧.

(ب) مداواة الرجل للمرأة:

وكذلك أجاز العلماء مداواة الرجل للمرأة وقد بوب عليه البخاري بقوله:
باب هل يداوي الرجل المرأة، والمرأة الرجل^(١).

ويستدل لهم بالقياس على ما سبق من حديث الربيع بنت معوذ، وإن النساء
كن يداوين الجرحى... فيؤخذ من هذا الحديث حكم مداواة الرجل المرأة منه
بالقياس كما قال البخاري^(٢).

وفي صحيح مسلم أن أم سلمة استأذنت رسول الله ﷺ في الحجامة فأمر
النبي ﷺ أبا طيبة أن يحجمها^(٣).

ومن هؤلاء من قال بجواز مداواة الأجانب عند الضرورة، وتقدر بقدرها
فيما يتعلق بالنظر والجس باليد^(٤). وقال في الفتح^(٥): يجوز كشف العورة
للمداواة، وقال ابن مفلح: فإن مرضت امرأة ولم يوجد من يطبها غير رجل جاز
له منها نظر ما تدعوا الحاجة إلى نظره حتى الفرجين، وكذا الرجل مع الرجل،
وسئل أحمد عن وضع المجبر يده على يد المرأة للعلاج، قال: هذه ضرورة،
ولم ير به بأساً، وسئل عن الكحال يخلو بالمرأة، فقال: أليس هو على ظهر
الطريق؟ قيل: نعم، قال: إنما الخلوة تكون في البيوت^(٦).

وذكر الشوكاني في أبواب سترالعورة ما يفيد استثناء الطبيب من حرمة
النظر^(٧).

(١) فتح الباري: ١٣٦/١٠، كتاب الطب، باب هل يداوي الرجل المرأة، والمرأة الرجل.

(٢) المصدر السابق.

(٣) النووي على مسلم: ١٩٣/١٤.

(٤) المصدر السابق، وقلوبوي وعميرة: ٢١٢/٣.

(٥) فتح الباري: ٣٤١/١٠.

(٦) الآداب الشرعية: ٤٦٤/٢ - ٤٦٥.

(٧) نيل الأوطار: ٦٩/٢.

وكذا الزيدية أجازوا للطبيب النظر إلى موضع المعالجة من بدنها في أي موضع كان بشرط أن لا توجد امرأة تعالجها وأن يخشى عليها التلف أو الضرر، وأن يأمن الوقوع في المحذور^(١)، وقال في البحر الزخار^(٢) : (وللطبيب نظر ما يحرم نظره في المداواة للضرورة إجماعاً فلا يتعداه، فإن وجد الجنس والمحرم، حرم غيره) وبنحو ذلك قال الحنفية^(٣) والمالكية^(٤)، وأضاف الشافعية^(٥)، أن يكون التداوي بحضور محرم أو زوج، وأن لا توجد امرأة تعالج المرأة، وأن لا يكون ذمياً مع وجود مسلم.

ونخلص مما سبق أن الفقهاء قالوا بجواز نظر الطبيب إلى الأجنبية بقصد العلاج لما سبق من حديث أم سلمة وبشروط معينة، مثل الاقتصار في الكشف على قدر الحاجة، وأن لا توجد طيبة تعالجها، وأن تتم المعالجة بوجود محرم أو امرأة ثقة، وأن لا يكون الطبيب ذمياً مع وجود مسلم وأن يكون ثقة مأموناً^(٦).

ثانياً — الطبيب غير المسلم:

للعلماء في الاستعانة بالأطباء غير المسلمين رأيان:

الرأي الأول:

ذهب أتباع هذا الرأي إلى القول بجواز أن يستطب أهل الذمة فيما لا يتعلق بالدين. وهو قول الحنفية^(٧)، والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) في رواية عندهم.

(١) شرح الأزهار: ١١٤/٤.

(٢) ٣٧٨/٥.

(٣) حاشية ابن عابدين: ١٦١/٣.

(٤) الفواكه الدواني: ٤٤١/١.

(٥) قليوبي وعميرة: ٢١٢/٣.

(٦) تربية الأولاد في الإسلام، د. عبد الله علوان: ٥٢٤/١.

(٧) ابن عابدين: ١١٦/٢.

(٨) قليوبي وعميرة: ٢١٢/٣؛ وفتح الباري: ١٩٧/١٠.

(٩) الآداب الشرعية: ٤٦٢/٢، ٤٧٩.

واستدلوا لرأيهم بأن ذلك نوع من الانتفاع بآثار الكفار والمنافقين في أمور الدنيا، وأن هذا جائز، كما يجوز السكنى في ديارهم، ولبس ثيابهم وسلاحهم، وكما تجوز معاملتهم على الأرض، كما عامل النبي ﷺ يهود خيبر، وكما استأجر النبي ﷺ هادياً خريئاً وأتمنه على نفسه وماله، كما أن المشركين وأهل الكتاب فيهم المؤمن كما قال تعالى: ﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِيَدَيْكَ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا ﴾ (١).

ولهذا جاز ائتمان أحدهم على المال، وجاز أن يستطب المسلم الكافر إذا كان ثقة، نص على ذلك أحمد وغيره، إذ ذلك من قبول خبرهم فيما يعلمونه من أمر الدنيا، وائتمان لهم على ذلك وهو جائز، ولأن كتبهم الطبية لم يكتبوها لمعين من المسلمين حتى تدخل فيها الخيانة بل هي مجرد انتفاع بآثارهم (٢). وقد روي أن الحارث بن كلدة وكان كافراً أمرهم رسول الله ﷺ أن يستطبه (٣).

وقد أيد ابن القيم اتجاه أصحاب الرأي الأول فقال بعد أن ذكر قصة استئجار النبي ﷺ عبد الله بن أريقط هادياً وقت الهجرة وهو كافر، دليل على جواز الرجوع إلى الكافر في الطب والكحل والأدوية والكتابة، والحساب والعيوب ونحوها، ولا يلزم من مجرد كونه كافراً أن لا يوثق به في شيء أصلاً، فإنه لا شيء أخطر من الدلالة في الطريق ولا سيما مثل طريق الهجرة (٤).

واستدل أبو الخطاب من قصة صلح الحديبية وبعث النبي ﷺ عيناً له من خزاعة وقبول خبره، أن فيه دليلاً على جواز قول المتطبب فيما يخبر به عن صفة العلة، ووجه العلاج إذا كان غير متهم فيما يصفه، وكان غير مظنون به الريبة (٥).

(١) سورة آل عمران: الآية ٧٥.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ١١٤/٤ - ١١٥.

(٣) مختصر الفتاوى المصرية، للبعلي: ص ٥٦٠؛ والتراتب الإدارية: ١/٤٥٧ - ٤٥٨.

(٤) بدائع الفوائد: ٢/٢٠٨، طبعة دار الكتاب العربي، والآداب الشرعية: ٤٦٣/٢.

(٥) الآداب الشرعية: ٤٦٢/٢.

وروى أبو داود في سننه أن امرأة ابن مسعود كانت تختلف إلى طبيب يهودي فيرقها من ألم في عينها^(١) ، ولذا ذهب الحنابلة في وجه إلى القول بجواز أن تستطب المسلمة ذمية إن لم تجد غيرها^(٢) .

والحنفية أجازوا للمريض أن يستطب بالكافر فيما عدا إبطال العبادة، وسئل الشافعي أيرقي أهل الكتاب المسلمين؟ قال: نعم، إذا رقوا بما يعرف من ذكر الله، وفي الموطأ أن أبا بكر قال لليهودية التي ترقى عائشة ارقها بكتاب الله^(٣) .

الرأي الثاني:

القول بالكراهة وهو مروى عن أحمد فقد روي عنه أنه كره شرب دواء المشرك، وقال المروزي كان يأمرني أن لا أشتري ما يصف له النصراني ولا يشرب من أدويتهم .

وقد علل هؤلاء لرأيهم بأنه لا يؤمن أن يخلطوا بذلك شيئاً من النجاسات^(٤) .

وبالتأمل لا نجد فرقاً بين الرأيين إذ يحمل قول القائلين بالكراهة عند عدم الضرورة إلى الاستعانة بهم، وعدم الائتمان، أما عند الحاجة وثقة الناس في طبه فلا وجه للقول بالكراهة، ولذا قال الشيخ تقي الدين: إذا كان اليهودي أو النصراني خبيراً بالطب، ثقة عند الإنسان، جاز له أن يستطب ثم ساق الأدلة السالفة الذكر من استعانة النبي ﷺ بالمشركين، كما بين أن استطباه ليس من باب ولاية اليهود والنصارى المنهي عنهما^(٥) .

(١) جامع الأصول: ٥٧٤/٧ . وانظر الحديث في عون المعبود: ٣٦٧/١٠ كتاب الطب .

(٢) الآداب الشرعية: ٤٦٢/٢ .

(٣) ذكرها الحافظ في الشرح، انظر فتح الباري: ١٩٧/١٠ .

(٤) الآداب الشرعية: ٤٦٣/٢ .

(٥) الآداب الشرعية: ٤٦٣/٢ .

التداوي والتوكل :

يرى البعض أن التداوي ينافي التوكل على الله تعالى فيرد عليه بأن التداوي لا يناقض التوكل لأن النبي ﷺ تداوى وأمر به غير واحد من أصحابه . وأخبر عن حكمة الله تعالى فيه فقال : ما من داء إلا وله دواء عرفه من عرفه وجهله من جهله إلا السام يعني الموت^(١) . وقال : «ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء»^(٢) . وقال ﷺ : تداواوا عباد الله ، وسئل عن الدواء والرقي هل يرد من قدر الله فقال هو من قدر الله^(٣) . والتداوي رخصة وسعة وتركه ضيق وعزيمة والله يحب أن يؤخذ برخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه .

وقد يؤجر المتداوي في ذلك إن نوى به اتباع السنّة والأخذ برخصة الله وطلباً لسرعة البدء للتفرغ لطاعة ربه سبحانه لأن العلل مشغلة للنفس عن الشغل بالآخرة . لأنه علم من سنته ﷺ أنه أمر أصحابه بالتداوي والحمية ، وقطع لبعضهم عرقاً وكوى آخر وقال لعلي رضي الله عنه وكان رمد العين : لا تأكل من هذا يعني الرطب وكل من هذا فإنه أوفق لك^(٤) . يعني سلقاً قد طبخ بدقيق أو شعير ، وقد تداوى رسول الله ﷺ في غير حديث من العقرب ، وكان يغلف رأسه بالحناء^(٥) من الصداع ، وهو أعلى المتوكلين وليس من شرط التوكل ترك التداوي ، بل هو كصب الماء على النار لإطفائها ودفع ضررها عند وقوعها في البيت ، وليس من التوكل الخروج عن سنة الوكيل أصلاً . . وما روي في تداويه وأمره بذلك كثير خارج عن الحصر .

ويتبين من ذلك أن الله تعالى أجرى سنته بربط المسببات بالأسباب إظهاراً

(١) نيل الأوطار : ٢٠٨/٨ ؛ ومجمع الزوائد : ٨٤/٥ ، وقال : رواه البزار والطبراني .

(٢) رواه البخاري وأحمد وابن ماجه ، نيل الأوطار : ٢٠٨/٨ .

(٣) تحفة الأحوذى : ٣٦٠/٦ ؛ ومجمع الزوائد : ٨٥/٥ .

(٤) تحفة الأحوذى : ١٨٧/٦ .

(٥) تحفة الأحوذى : ٢١٢/٦ .

للحكمة، والأدوية أسباب مسخرة بحكم الله تعالى كسائر الأسباب... وعلم السلف ذلك حتى تداولوا منهم لا ينحصرون.

لكن يشكل على هذا ما ورد من أن جماعة من العلماء تركوا التداوي مما يظن أن التداوي نقصان في الدين، ومن هؤلاء الذين تركوا التداوي جماعة من الصحابة والسلف وغيرهم، فقد روي عن الصديق أنه قيل له: لو دعونا لك طبيباً؟ فقال: الطبيب قد نظر إليّ وقال: إني فعال لما أريد، وقيل لأبي الدرداء أندعو لك طبيباً؟ قال: الطبيب أمرضني، ونحو ذلك عن أبي ذر وابن خيثم... وكذلك أحمد بن حنبل كان به علل فلا يخبر الطبيب وكان يقول: أحب لمن اعتقد التوكل وسلك هذا الطريق ترك التداوي من شرب الدواء وغيره^(١).

ووجه الجمع بين ما سبق من فعل النبي ﷺ من التداوي والأمر به، وبين أفعال هؤلاء يكون بمعرفة الصوارف عن التداوي..

وقد حصر الغزالي أسباب تركهم للتداوي في ستة أسباب نوجزها فيما يلي:

السبب الأول:

أن يكون المريض قد علم بنهاية أجله إما بمكاشفة أو برؤيا صادقة وتارة بحدس وظن ويشبه أن يكون ترك الصديق^(٢). التداوي من هذا السبب فإنه كان من المكاشفين فإنه قال لعائشة - رضي الله عنها - في أمر الميراث إنما هن أختك، وإنما كان لها أخت واحدة، ولكن كانت امرأته حاملاً فولدت أنثى، فعلم أنه كان قد كوشف بأنها حامل بأنثى فلا يبعد أن يكون قد كوشف أيضاً بانتهاء أجله وأن الدواء لا ينفعه وإلا فلا يظن به إنكار التداوي وقد شاهد رسول الله ﷺ تداوي وأمر به.

(١) إحياء علوم الدين: ٢٧٩/٤.

(٢) عارضة الأحوزي: ٢٠٥/٨ قال: وإذا تحقق العبد الموت كره التداوي، وعليه يحمل فعل الصديق.

السبب الثاني :

أن يكون المريض مشغولاً بحاله وبخوف عاقبته فينسيه ألم المرض، وعليه يحمل كلام أبي ذرٍّ إذ قال: إني عنهما مشغول، وكلام أبي الدرداء.

السبب الثالث :

أن تكون العلة مزمنة والدواء الموصوف موهوم النفع جار مجرى الكي والرقية، فيتركها المتوكل لعدم الوثوق بالدواء، وأكثر من ترك التداوي من العباد والزهاد هذا مستندهم.

السبب الرابع :

أن يترك التداوي استبقاء للمرض لينال ثوابه بحسن الصبر على البلاء، أو ليجرب نفسه في القدرة على الصبر، وقد ورد في ثواب المرض أحاديث كثيرة.

السبب الخامس :

أن يكون العبد قد سبق له ذنوب وهو خائف منها عاجز عن تكفيرها فيرى المرض إذا طال تكفيراً، فيترك التداوي خوفاً من أن يسرع زوال المرض.

السبب السادس :

أن يستشعر العبد في نفسه مبادئ البطر والطغيان بطول مدة الصحة، فيترك التداوي خوفاً من أن يعاجله زوال المرض فتعاوده الغفلة والبطر والطغيان والتسوية في تدارك الفئات وتأخير الخيرات.

فلما أن كثرت فوائد المرض رأى جماعة ترك الحيلة في زوالها، إذ رأوا لأنفسهم مزيداً فيها، لا من حيث رأوا التداوي نقصاناً، وكيف يكون نقصاناً وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ^(١).

والحاصل أن التداوي لا ينافي التوكل على الله لمن اعتقد أنها بإذن الله

(١) بتصرف من الإحياء، للغزالي: ٢٧٦/٤ - ٢٨٢، وانظر: قوت القلوب: ٢١/٢ - ٢٧؛ والفتاوى الهندية: ٣٥٥/٥؛ وزاد المعاد: ١٤/٤، ١٥.

وبتقديره وأنها لا تنجع بذواتها بل بما قدره الله تعالى فيها، والتداوي لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع الجوع والعطش بالأكل والشرب... (١) بل لا يتم حقيقة التوحيد - كما قال ابن القيم - إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدراً وشرعاً وأن تعطيلها يقدر في نفس التوكل، كما يقدر في الأمر والحكمة ويضعفها من حيث يظن معطلها: أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجزاً ينافي التوكل الذي حقيقته: اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه، ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب، وإلا كان معطلاً للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلًا ولا توكله عجزاً (٢).

ومما يدل على أن التداوي غير مناقض للتوكل - كما قال الغزالي - فعل الرسول ﷺ وقوله وأمره به... ولأن القائلين باستحباب التداوي أوجبوا على المتعالج (أن يعتقد أن الله تعالى هو الفاعل، وأن التداوي أيضاً من قدر الله تعالى، وهذا كالأمر بالدعاء وكالأمر بقتال الكفار وبالتحصين ومجانبة الإلقاء باليد إلى التهلكة مع أن الأجل لا يتغير والمقادير لا تتقدم ولا تتأخر عن أوقاتها ولا بد من وقوع المقدرات) (٣).

والحاصل أن الأخذ بالأسباب في تحصيل المنافع ودفع المضار في الدنيا، أمر مأمور به شرعاً لا ينافي التوكل على الله بحال، لأن المكلف يتعاطى السبب امثالاً لأمر ربه مع علمه ويقينه أنه لا يقع إلا ما يشاء الله وقوعه ولو شاء الله تخلف تأثير الأسباب عن مسبباتها لتخلف، ومن ذلك قصة إبراهيم عليه السلام ومحاولة حرقه بالنار وكيف تحولت إلى برد وسلام، فدل ذلك دلالة قاطعة على أن التأثير حقيقة إنما هو بمشيئة خالق السماوات والأرض، وأنه بسبب ما شاء من

(١) فتح الباري: ١٣٥/١٠، ١٣٦.

(٢) الطب النبوي، لابن القيم: ص ١٠٥، تحقيق: د. عبد المعطي قلعجي، وانظر: المنار: ١٧١/٤ - ١٧٥، ونحو ذلك في زاد المعاد: ٤٨٠/٣.

(٣) طرح التثريب: ١٨٥/٨.

المسببات على ما شاء من الأسباب، وأنه لا تأثير لشيء من ذلك إلا بمشيئته جل وعلا.

وفي القرآن الكريم نصوص كثيرة تدل على أن تعاطي الأسباب لا ينافي التوكل على الله تعالى، كما في قوله تعالى عن يعقوب: ﴿يَبْنَیْ لَا تَدْخُلُوا مِن بَابِ وَجِدٍ وَأَدْخُلُوا مِن آبْوَابٍ مُّتَفَرِّقَاتٍ﴾ [يوسف: ٦٧].

حيث أمر بنيه بتعاطي السبب خوفاً عليهم من أذى الناس لهم، ومع هذا التسبب قال: ﴿... وَمَا أُغْنِي عَنْكُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَلْحَمْتُمْ إِلَّا لِلَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَعَلَيْهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [يوسف: ٦٧].

فقد جمع بين التسبب ﴿لَا تَدْخُلُوا مِن بَابِ وَجِدٍ﴾ وبين التوكل على الله ﴿عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ...﴾.

وفي قصة مريم عليها السلام (أمرها بهز الجذع مع أنه تعالى قادر على إسقاط الرطب إليها، لكنه أمرها بالتسبب في إسقاطه بهز الجذع)^(١).

وقد حسم الطبري مسألة التوكل والتداوي بقوله: (والحق أن من وثق بالله وأيقن أن قضاءه عليه ماض، لم يقدح في توكله تعاطيه الأسباب اتباعاً لسنته وسنة رسول الله ﷺ، فقد ظاهر في الحرب بين درعين، ولبس على رأسه المغفر، وأقعد الرماة على فم الشعب، وخذق حول المدينة، وأذن في الهجرة إلى الحبشة وإلى المدينة وهاجر هو، وتعاطى أسباب الأكل والشرب، وادخر لأهله قوتهم ولم ينتظر أن ينزل عليه من السماء، وهو كان أحق الخلق أن يحصل له ذلك، وقال الذي سأله: اعقل ناقتي أو أدها؟ قال: اعقلها وتوكل، فأشار إلى أن الاحتراز لا يدفع التوكل)^(٢).

هل يكره المريض على التطبيب؟

إن هذه المسألة — كما لا يخفى — متفرعة من الاختلاف السابق بين الفقهاء

(١) أضواء البيان، للشيخ الشنيطي: ٢٥٠/٤ — ٢٥٣.

(٢) فتح الباري: ١٠/٢١٢.

في حكم التداوي، وذلك لأن من قال بحرمة التداوي، لا شك أنه يقول بعدم جواز إكراه المريض على التطبيب، ومن قال بوجوب التداوي، فحينئذ لا يحتاج إلى الإذن، إذ أن عدم تداويه يكون محرماً، وحينئذ يجب أن يعان على أداء الواجب، ومن هنا يأتي هذا السؤال على ضوء بقية المذاهب الأخرى.

ونرى من نصوص الفقهاء من يقول بعدم إكراه المريض على التداوي والتطبيب حيث يقولون: إن الأصل هو إذن المريض، ولذلك لا بد أن يكون التداوي بإذنه وأنه لا يكره على الدواء وغيره (فلو امتنع حتى مات لم يأثم)^(١). وهذا القول نابع من أن التداوي مباح أو مستحب، ولذلك لا يأثم على ترك المباح أو المستحب كما هو معروف في الأصول.

ويمكن أن يستدل لهؤلاء بما رواه البخاري ومسلم بسندهما عن عائشة - رضي الله عنها - لدنائه في مرضه، فجعل يشير إلينا: لا تلدونى فقلنا كراهية المريض للدواء. فلما أفاق، قال: (ألم أنهكم أن تلدونى؟ قلنا كراهية المريض للدواء، فقال: لا يبقى في البيت أحد إلا لدد وأنا أنظر إلا العباس فإنه لم يشهدكم)^(٢).

ويمكن أن يجاب عن هذا الحديث بأنه لا يدل على المطلوب، حيث يقول الحافظ ابن حجر^(٣): (لكن اللدود كان نهى عنه، ولذلك عاتب عليه، بخلاف الصب، فإن كان أمر به فلم ينكر عليهم، فيؤخذ منه أن المريض إذا كان عارفاً لا يكره على تناول شيء نهى عنه، ولا يمنع من شيء يأمر به)^(٤).

وقال القسطلاني: (وإنما أنكر التداوي لأنه كان غير ملائم لدائه، لأنهم ظنوا أن به ذات الجنب، فداووه بما يلائمها ولم يكن به ذلك).

(١) المجموع: ١٠٣/٥؛ والفتاوى الهندية: ٣٥٤/٥؛ وابن عابدين: ٣٨٩/٦.

(٢) فتح الباري: ١٠/١٦٦، واللدود هو الدواء يصب في أحد جانبي فم المريض، وانظر: النووي على مسلم: ١٩٩/٤.

(٣) فتح الباري: ١٠/١٦٦، ١٦٧.

(٤) إرشاد الساري: ٣٧٦/٨.

وذهب آخرون إلى أن الدواء المقطوع به محرم عند خوف الموت^(١) بناء على أنه بمثابة الانتحار المحرم الذي يمنع منه المسلم، بالإضافة إلى أنه إلقاء النفس في التهلكة دون تحقيق غرض منشود شرعاً: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

وبناء على هذا القول لا عبرة بإذن المريض.

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول بأن الإذن هو الأصل في التداوي ما دام المريض لم يصل إلى حالة الخطورة القصوى، أما إذا بلغ ذلك فلا عبرة بإذنه عملاً بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وكذلك تدل نصوص الشرع ومقاصده على حماية النفس والبدن من المهالك، وأن الإنسان لا يملك نفسه. وكذلك لا عبرة بإذن المريض في حالات كون مرضه معدياً خطيراً ينتشر، ويعدي الغير، فحينئذٍ يجبر على التداوي حماية للمصلحة العامة والمجتمع الإسلامي ودفعاً للضرر، وحسماً لمادة الأذى والضرر، وكذلك في حالات الإدمان على المخدرات إذ تستوجب إنقاذه.

هل وصفات الرسول ﷺ لازمة ومخالفتها مخالفة للسنة:

هذه المسألة فرغ عن مسألة اختلف الفقهاء فيها قديماً، وهي:

هل السنة كلها تشريعية أم لا؟ وقد اختلف العلماء فيها على قولين:

القول الأول:

وهو قول من يرى أن من السنة ما ليس تشريعاً، وقد انتصر لهذا القول جمع من العلماء منهم ابن القيم حيث بين أن كثيراً من تلك الأحاديث الواردة في الطب مخصوصة بظرف معين أو مكان مخصوص، بل ربما صدرت عنه بمحض رأيه وتجربته البشرية^(٢).

(١) الفتاوى الهندية: ٣٥٥/٥؛ والإحياء، للغزالي: ٢٧٦/٤.

(٢) انظر: تفصيل القول فيه بحث أستاذنا الجليل الدكتور القرضاوي، في حولية مركز السنة والسير، العدد الثاني: ص ٣٦٢؛ والعدد الثالث: ص ١٧ - ١٥؛ وتفسير المنار: ٢٥٧/٩؛ والشفاء لعياض: ٤١٨/٢.

والقول الثاني:

وهو قول من يرى أن السنة كلها تشريعية، إذ الحديث وحي غير متلو:
﴿ وَمَا يَطِيقُ عَنِ الْمَوْتِ ۚ إِنَّهُ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾ (١).

ولقوله تعالى: ﴿ وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ... ﴾ (٢).

وهي السنة كما قال الشافعي، وقد انتصر لهذا الرأي صديقنا العلامة
الدكتور القره داغي، وأطال النفس في الرد على المخالفين، يجمل بمن أراد
الاستفادة الرجوع إليه (٣).

(١) سورة النجم: الآيتان ٢، ٣.

(٢) سورة النساء: الآية ١١٣.

(٣) حولية مركز السنة والسيرة العدد الثاني: ص ٣١٥ - ٣٧٧.

أنواع التداوي

إن الإسلام حافظ على صحة الإنسان من طريقتين:

أحدهما: الحمية، وذلك بتجنب الإنسان ما يضر بصحته، وتتبع قواعد الصحة عملاً بالحكمة القائلة درهم وقاية خير من قنطار علاج، هذه الوقاية التي وردت في السنة بأشكال شتى، منها كما في قوله ﷺ: «لا يوردن ممرض على مصح»^(١). ومنها على شكل تحذير من مخالطة أصحاب الأمراض المعدية كما عبر عنه ﷺ بقوله: «... وفر من المجذوم فرارك من الأسد»^(٢). ومنها ما يعمل على حصر المرض في موضعه والمنع من انتشاره بشكل جماعي، والذي إليه الإشارة في قوله ﷺ: «إذا وقع وأتمم بأرض فلا تخرجوا منها وإذا سمعتم به في أرض فلا تأتوها»^(٣).

وثانيهما: أنه إذا ما قدر للإنسان أن تعتل صحته بعد تلك الاحتياجات فإنه يلجأ إلى التداوي لحماية النفس من المرض وتقصير طرقه وإعادة البدن إلى وضعه الطبيعي وذلك عن طريق التداوي، وهذا المرض الذي يصيب الإنسان نوعان^(٤).

(١) فتح الباري: ٢٤٢/١٠؛ وصحيح مسلم: ١٧٤٣/٤، كتاب السلام.

(٢) فتح الباري: ١٥٨/١٠، باب الجذام.

(٣) فتح الباري: ١٧٨/١٠ - ١٩٢؛ والمصنف: ١٤٦/١١، وانظر: الآداب الشرعية:

٣٧٩/٣ - ٣٨٦؛ وابن تيمية: ٢٨٤/٢٤، وفيه حديث قول النبي ﷺ، للمجذوم:

«ارجع فقد بايعناك» وكشاف القناع: ١٢٦/٦، وفيه لا يصح للجذماء مخالطة الأصحاء.

(٤) الطب النبوي، لابن القيم: ص ٨٥ - ٩٩؛ والمفردات، للأصفهاني: ص ٤٦٦، كما عرف المرض فإنه الخروج عن الاعتدال الخاص بالإنسان وذلك ضربان...

النوع الأول: مرض القلوب، وهو قسمان: مرض شبهة وشك وهو الذي عبر عنه القرآن الكريم بقوله: ﴿ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا... ﴾ (١) .

أما القسم الثاني منه فهو:

مرض الشهوات وإليه الإشارة في قوله تعالى: ﴿ يَنْسَاءَ النَّيِّ لَسْتَنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النَّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ ﴾ (٢) .

وعلاج هذا المرض بنوعيه موكل إلى الرسل، لأن صلاح القلوب يتوقف على ربطها بخالقها لتتوفر لها أركان الإيمان، وما يتبع ذلك من اتباع الأوامر واجتناب مساخطه ولا صحة ولا حياة البتة إلاً بذلك، فالمسلم يأخذ علاج هذا النوع بالرجوع إلى صيدلية الإيمان وهو القرآن الذي جعله الله شفاءً لما في الصدور.

فإن اتصال القلب بخالق الداء والدواء من أكبر الأدوية على دفع الداء وقهره... (٣) .

وأما النوع الثاني: من الأمراض فهو: مرض الأبدان وإليه الإشارة في قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ ﴾ (٤) .

وأما طب الأبدان فنوعان:

الأول: نوع فطر عليه الإنسان والحيوان، فهذا لا يحتاج فيه إلى معالجة طبيب كطب الجوع والعطش والبرد والتعب بأضدادها وما يزيلها.

الثاني: ما يحتاج إلى فكر وتأمل واستدعاء أهل الاختصاص لمعالجته ومن

(١) سورة البقرة: الآية ١٠ .

(٢) سورة الأحزاب: الآية ٣٢ .

(٣) إغاثة اللفهان: ٤٤/١، وفيه القرآن متضمن لأدوية القلب وعلاجه من جميع أمراضه، وانظر كذلك: ص ٩١، من نفس المصدر؛ وفتح القدير، للشوكاني: ٢٥٣/٣، طبعة الحلبي.

(٤) سورة النور: الآية ٦١ .

يتبع طريقة الرسول الله ﷺ الطبية يجد أنه ﷺ كان علاجه للمرض، ثلاثة أنواع^(١) :

أحدها: بالأدوية الطبيعية وهي التي وضعها ﷺ لأصحابها أو استعمالها لنفسه كوصف الماء البارد لعلاج الحمى^(٢) .

والثاني: بالأدوية الإلهية .

والثالث: بالمركب من الأمرين، وإليه الإشارة في قوله ﷺ: «الشفاء في ثلاثة في شرطة محجم أو شربة عسل، أو كية بنار، وأنهى أمتي عن الكي» .

ولكن ينبغي أن نعرف أن حصر طرق الشفاء في هذه الطرق الأنفة الذكر غير مراد للنبي ﷺ لأننا ضرورة نعلم أن هناك طرقاً وأدوية كثيرة جداً كما أن النبي ﷺ وصف في مناسبات أخرى غير هذه الثلاثة .

تؤيد هذا الرواية الثانية للحديث حيث وردت بلفظ: «إن كان في شيء من أدويتكم أو يكون في شيء من أدويتكم، خير ففي شرطة محجم أو شربة عسل أو لذعة بنار توافق الداء، وما أحب أن أكتوي» .

ولذا قال النووي عن بعض الأطباء في قوله ﷺ: شرطة محجم أو شربة عسل أو لذعة بنار أنه إشارة إلى جميع ضروب المعافاة^(٣) .

النوع الأول: التداوي بالشراب ونحوه:

ثبت عن النبي ﷺ أنه تداوى بالعسل، والماء والزيت وألبان الإبل وغيرها^(٤) .

ففي الصحيح عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: (كان رسول الله ﷺ يعجبه الحلواء والعسل) وقد ورد ذكر العسل في السنة كثيراً وكذا في

(١) الطب النبوي: ص ١١٥ .

(٢) المصدر السابق: ١١٧ - ١٢٨؛ وتخريج الدلالات السماعية: ص ٦٧٥ .

(٣) النووي على مسلم: ١٩٢/١٤ - ١٩٧ .

(٤) فيض الباري: ٣٦٥/٤ كما في قصة العرنين؛ والنووي على مسلم: ١٩٢/١٤ .

القرآن^(١) واعتبره الرسول الله ﷺ من أفضل الأدوية الشعبية في العرب .
وأما الأطباء فقد أجمعوا على أنه ذو فوائد علاجية في عديد من الأمراض ،
لاحتوائه على مواد مثبطة للجراثيم ومضادة للفطور العفنية^(٢) .
وقد ثبت أن رجلاً استطلق بطن أخيه فجاء إلى النبي ﷺ فقال له : «اسقه
عسلاً» فقال : إني سقيته فلم يزد إلا استطلاقاً؟ فقال رسول الله ﷺ : «صدق الله
وكذب بطن أخيك ، اسقه عسلاً فسقاه فبرأ»^(٣) .
وهذا بالنسبة لما كان موجوداً في عصره ﷺ ويقاس عليه كل دواء شراب
مما يصفه الطبيب بقصد العلاج .

ثانياً – النداي عن طريق العمليات الجراحية :

وهو ما عبر عنه النبي ﷺ بقوله أو شرطة محجم في حديث ابن عباس ،
أن النبي ﷺ قال : «الشفاء في ثلاث : في شرطة محجم ، أو شربة عسل ، أو كية
بنار وأنا أنهى أمتي عن الكي»^(٤) .

ففي قوله «شرطة محجم» إشارة إلى الحجامة (وهي عبارة عن مص الدم
بعد تشريط الجلد بالمشروط بواسطة آلة مجوفة ذات فوهتين كقرن الثور مثلاً)
وكانت الحجامة من وسائل المعالجة الشائعة عند العرب منذ الجاهلية ، ولقد أقر
الرسول الله ﷺ قومه على المعالجة بها ، فقد ثبت أنه احتجم وأوصى أصحابه بها
ولكن نبههم إلى عدم المبالغة في استعمالهم للأدوية الشعبية ، وأن تستعمل عند
وجود الدواعي والحاجة إليها^(٥) . كما روي أن جابر بن عبد الله أوصى رجلاً

(١) سورة النحل : الآيات ٦٨ ، ٦٩ ؛ وسورة محمد : الآية ١٥ .

(٢) الطب النبوي والعلم الحديث : ٧٠/٣ ، وقد أطال الكلام فيه عن فوائد العسل
واستخداماته الطبية ، وذكر أخباراً تدل على استشفاء الصحابة بالعسل .

(٣) الحديث في الصحيحين وغيرهما ، انظر : فتح الباري : ١٣٩/١٠ ؛ وصحيح مسلم حديث
رقم ٢٢١٧ .

(٤) فتح الباري : ١٥٤/١٠ ؛ ونيل الأوطار : ٢١٢/٨ .

(٥) انظر : الطب النبوي والعلم الحديث : ٩١/٣ – ١٠٤ ، وقد تحدث فيه عن أنواع الحجامة
ودواعي استعمالها في الطب في الحديث .

كان يشتكي من خُراج شق عليه فدعا له بحجام، فلما رأى تبرم الرجل من ذلك قال له: «إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن كان في شيء من أدويتكم خير، ففي شرطة محجم أو شربة من عسل أو لذعة بنار، قال رسول الله ﷺ: وما أحب أن أكتوي، قال: فجاء بحجام فشرطه فذهب عنه ما يجد^(١) .

ومن تلك العمليات الجراحية ما ثبت أن النبي ﷺ بعث إلى أبي بن كعب طبيباً فقطع عرقاً ثم كواه عليه^(٢) .

ثالثاً - العمليات: ويلحق بتلك العمليات الجراحية الكي:

وقد كان التداوي بالكي من طرق المعالجة المعروفة عند العرب حتى جاء ذكرها في أشعارهم وأمثالهم، وطريقة العلاج بالكي أنهم يأتون بقضبان حديدية منتهية بأشكال مختلفة وبعد أن تحمى هذه القضبان على النار حتى تحمر، تكوى بها النواحي المختلفة، وقد تطورت المكاوي في عصرنا حتى اخترعت المكاوية الكهربائية وهي أكثر تحكماً فيها وأسهل استعمالاً^(٣) .

وقد استعمل الكي في عهد الرسول الله ﷺ في قطع الزيف الدموي كما في قصة سعد بن معاذ الذي أصيب في أكحله؛ فكوى النبي ﷺ مكان الزيف لإيقافه^(٤) .

وكذلك بعث إلى أبي بن كعب طبيباً فقطع منه عرقاً ثم كواه عليه^(٥) .

كما استعمل أيضاً في معالجة الألم الجنبني، أو ما يسمى قديماً (بذات

(١) النووي على مسلم: ١٩٢/١٤، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي؛ وفتح الباري: ١٥٤/١٠ .

(٢) النووي على مسلم: ١٩٣/١٤ .

(٣) الطب والعلم الحديث: ١٠٦/٣ .

(٤) النووي على مسلم: ١٩٤/١٤، واختلف في تداويه هو ﷺ بالكي، انظر: فتح الباري: ١٥٦/١٠ .

(٥) المصدر السابق: ١٩٣/١٤ .

الجنب) وقد استعملها الصحابة ومنهم أنس بن مالك حيث قال: (كويت من ذات الجنب ورسول الله حي، وشهدني أبو طلحة، وأنس بن النضر وزيد بن ثابت، وأبو طلحة كواني)^(١).

ففي هذا الحديث أن ذات الجنب عولج بالكي فهو نوع من الجراحة الصغرى، كما عولجت اللقوة بالكي، وهي شلل العصب الوجهي والغالب في أحداثها هو البرد^(٢).

ومما سبق يتبين لنا أن المعالجة بالكي جائزة للحاجة لقوله ﷺ: «إن كان في شيء من أوديتكم شفاء.. أو لذعة نار..» حيث نسب الشفاء إليه. والأولى تركه إذا لم يتعين لقوله ﷺ في الحديث: «وما أحب أن أكتوي»، ولذا قال ابن حجر: وحاصل الجمع (بين أحاديث النهي والجواز) أن الفعل يدل على الجواز، وعدم الفعل لا يدل على المنع، بل يدل على أن تركه أرجح من فعله، وكذا الثناء على تاركه، وأما النهي عنه فإما على سبيل الاختيار والتنزيه، وإما عما لا يتعين طريقاً إلى الشفاء^(٣).

ونحو هذا قال الخطابي في تعليل الأحاديث التي ظاهرها النهي ومنها حديث عمران بن الحصين قال: (نهى رسول الله ﷺ عن الكي فإكتونا فما أفلحنا ولا أنجحنا)، ويَبين أن النهي يحتمل وجوهاً:

منها: أن يكون من أجل أنهم كانوا يعظمون أمره ويقولون آخر الدواء الكي ويرون أنه يحسم الداء ويبرئه، وإذا لم يفعل ذلك عطب صاحبه وهلك، فنهاهم عن ذلك، إذا كان على هذا الوجه، وأباح لهم استعماله على معنى التوكل على الله سبحانه. فيكون الكي والدواء سبباً لا علة، وبين أن كثيراً من الناس

(١) فتح الباري: ١٧٢/١٠، باب ذات الجنب وهي وجع يحدث في الصدر أو الخاصرة.

(٢) الموطأ: ٩٤٤/٢، وفيه (أن ابن عمر اكتوى من القوة...).

(٣) فتح الباري: ١٥٥/١٠، وانظر: الكي واستخدامات الطب النبوي والعلم الحديث:

١٠٥/٣ - ١٢٨؛ والطب النبوي، لابن القيم: ص ١٨٩، ١٩٠، طبعة دار الوعي، حلب

يخطئون في ظنونهم، فيقولون لو لم يخرج من بلده لم يهلك، ولو شرب الدواء لم يسقم ونحو ذلك من تجريد إضافة الأمور إلى الأسباب، وتعليق الحوادث بها دون تسليط القضاء عليها، وتغليب المقادير فيها، فتكون الأسباب أمارات لتلك الكوائن لا موجبات لها، وقد بين الله عز وجل في كتابه حيث قال: ﴿أَيُّمَّا تَكُونُوا يُدْرِكَكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّسَيَّدَةٍ﴾ (١).

وقال حكاية عن الكفار: ﴿وَقَالُوا لَا يَخُونَنَّهُمْ إِذَا صَرَبُوا فِي الْأَرْضِ أَوْ كَانُوا غُرَىٰ لَوْ كَانُوا عِنْدَنَا مَا مَاتُوا وَمَا قُتِلُوا لِيَجْعَلَ اللَّهُ ذَٰلِكَ حَسْرَةً فِي قُلُوبِهِمْ﴾ (٢).

أو يكون معنى نهيه عن الكي هو أن يفعله احترازاً عن الداء قبل وقوع الضرورة ونزول البلية، وذلك مكروه، وإنما أبيض العلاج والتداوي عند وقوع الحاجة ودعاء الضرورة إليه، ألا ترى أنه إنما كوى سعداً حينما خاف عليه الهلاك من التزف.

وقد يحتمل أن يكون إنما نهى عمران خاصة عن الكي في علة بعينها لعلمه أنه لا ينجح، ألا تراه يقول فما أفلحنا ولا أنجحنا، والكي في بعض الأعضاء يعظم خطره وليس كذلك في بعض الأعضاء فيشبه أن يكون النهي منصرفاً إلى النوع المخوف منه (٣). وعلل ابن العربي النهي لأنهم كانوا يعظمون أمره، ورأوا أنه يبرئ ولا بد، ولأنهم كانوا يستعملونه على العموم بينما الأصل أنه يستعمل في داء مخصوص (٤).

وهكذا يتضح أن الكي يعتبر طريقاً من طرق العلاج، وقد عالج به النبي ﷺ أصحابه عند الحاجة، وعندما كان يتعين طريقاً للشفاء.

(١) سورة النساء: الآية ٧٨.

(٢) سورة آل عمران: الآية ١٥٦.

(٣) معالم السنن، للخطابي: ٢١٦/٤ - ٢١٩، وهناك تأويلات أخرى، انظر: بهجة النفوس: ١٢٨/٤ منها عدم التشبه بالجاهلية وأهل الكتاب أو كرهه من طريق الفأل.

(٤) عارضة الأحوذى: ٢٠٦/٤ - ٢٠٨.

وأن النهي كان عن المغالاة في استعماله، أو أن يجري على يد غير الأطباء أو الاعتقاد بأنه يقي صاحبه من المرض أو التوهم بأنه يحسم العلة ويمنع تفاقمها، أو لاعتقاد أن الشفاء يمنع النكس، ووضح لهم أن استعماله مشروط بموافقته للداء مع الاعتقاد أن الشفاء بإذن الله تعالى^(١)، وبهذا الاعتبار أجازته الجميع^(٢).

وقد أحسن ابن القيم في التوفيق بين أحاديث الكي حيث قال: (فقد تضمنت أحاديث الكي أربعة أنواع، أحدها: فعله، والثاني: عدم محبته له، والثالث: الشاء على من تركه، والرابع: النهي عنه، ولا تعارض بينها، بحمد الله تعالى، فإن فعله يدل على جوازه، وعدم محبته له لا يدل على المنع منه، وأما الشاء على تاركه، فيدل على أن تركه أولى وأفضل، وأما النهي عنه، فعلى سبيل الاختيار والكراهة، أو عن النوع الذي لا يحتاج إليه. بل يفعل خوفاً من حدوث الداء)^(٣).

ومن أنواع العلاجات بالجراحات الصغرى أيضاً ما ثبت من أن فاطمة عليها السلام لما رأت الدم الذي ينزف من وجهه ﷺ يزيد على الماء كثرة، عمدت إلى حصير فأحرقتها وألصقتها على جرح رسول الله ﷺ فرقأ الدم^(٤). وفي رواية للترمذي: فأخذ حصير فأحرق وحُشي به جرحه.

(١) بتصرف من الطب النبوي والعلم الحديث: ١٠٨/٣ - ١٠٩، ١١٢، ١١٤.

(٢) انظر في جوازه ابن عابدين: ٤٧٩/٥؛ والفواكه الدواني: ٤٤٠/٢، ٤٤١؛ والمجموع:

٥٣/٩ - ٥٤.

(٣) زاد المعاد: ٦٥/٤.

(٤) فتح الباري: ١٧٣/١٠، ٦٩/٦؛ وصحيح مسلم حديث ١٧٩٠؛ والترمذي في الطب،

باب التداوي بالرماد.

وسائل التداوي الروحي في الجاهلية والبدن الإسلامي

نعلم أن البدن يمرض ووقايته تكون باتخاذ الأسباب التي تمنع طرء المرض من الخارج كما في المحاجر الصحية، وكذلك بتقوية البدن بالأغذية الجيدة والنظافة وبالأدوية إذا ألم به المرض.

وكذلك الأرواح تمرض، ويكون حمايتها بتقويتها بالإيمان بالله تعالى، لأن روح المؤمن بالله لا تؤثر فيه الوسوسة، وهذا هو معنى نفي سلطان الشيطان عنه ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَنٌ...﴾ كما أن الميكروبات لا تجد لها مأوى في الأجساد النظيفة القوية، وإذا مرضت النفس فإنها تعالج كما يعالج الجسد بعد حدوث المرض فيه بتأثير الميكروبات فيه، بالأدوية التي تقتلها وتمنع امتدادها، ومن طرق معالجة النفس الأدوية الإلهية.

غير أن أكثر المؤمنين بالطب الروحي لا يقفون فيها عند حدود ما أنزل الله تعالى على رسوله، وما فهمه منه حملته من السلف الصالح بل زادوا عليه من الخرافات والبدع مثل اتباعهم الدجالين الذين يعتقدون بصلتهم بالشياطين وتأثيرهم على الروح والبدن وقدرتهم على شفاء المرضى وغير ذلك من الحب والبغض^(١) بين الأزواج. ومثل هذه المعتقدات كانت شائعة عند العرب قديماً ولما جاء الإسلام حارب كل هذه الوسائل من خلال العقيدة الحقة القائمة على تفويض الأمر كله خيره وشره إلى الله تعالى، وإن الجن أو الإنس ليسوا قادرين على النفع والضرر إلا إذا كتب الله شيئاً من ذلك. فبذلك قضى على هذه

(١) راجع ما سبق: تفسير المنار: ٣٢٥/٨ - ٣٢٩.

الخرافات، وحرمة الاستعانة بكل وسيلة تشم منها رائحة الشرك أو الاعتماد على غير الله .

ولكن مع ذلك أبقى الإسلام كعادته من الوسائل الروحانية ما لا يتعارض مع العقيدة الحقّة، فأجاز الاستشفاء بالقرآن، وبأسماء الله تعالى وصفاته وبذلك أوجد بديلاً صحيحاً عن كل ذلك .

ونحن في هذه المعجالة نتحدث عن هذين الأمرين وهما: وسائل التداوي الروحي المحرمة، والاستشفاء بالقرآن وذلك في فرعين:

الفرع الأول: وسائل التداوي المحرمة:

ونتحدث فيها عن المسائل الآتية:

المسألة الأولى:

الكهانة والكاهن هو الذي يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان ويدعي معرفة الأسرار^(١) .

فكان الناس في الجاهلية يعتقدون أن الأمراض تحدث بسبب غضب الآلهة عليهم أو بسبب سيطرة الأرواح الشريرة عليهم، فكانوا يستعينون بمن لهم القربة من الآلهة أو لهم القدرة على طرد تلك الأرواح وهم الكهنة، وقال القرطبي: (. . . وقد انقطعت الكهانة بالبعثة المحمدية، لكن بقي في الوجود من يتشبه بهم)^(٢) .

ولما جاء الإسلام (جرد علم الطب من خرافاته وتعاويذه وسحرته وكهنته)^(٣) .

(١) النهاية، لابن الأثير: ٢١٥/٤، والكهانة أنواع منها ما يلقونه من الجن ومنها ما يخبر به الجن من يواليه ومنها ما يستند إلى ظن وتخمين ومنها ما يستند إلى التجربة والعادة وقد يمتد بعضهم بالطرق والزرج والنجوم. انظر فتح الباري: ٢١٧/١٠ .

(٢) فتح الباري: ٢١٧/١٠ .

(٣) الطب النبوي: ص ٣٩ - ٤١ .

وجاءت آيات القرآن مقوية لإرادته مطمئنة لقلبه، دون أن نجد فيه ألفاظاً سحرية أو آيات تشير إلى اللجوء إلى التعزيمات وأقوال الكهنة لدفع الأمراض، وإنما بين لنا أن العلاج بالدواء لا بالكهان والمعزمين قال في وصف العسل ﴿فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾^(١). وقال النبي ﷺ: «تداواوا عباد الله، فإن الله لم يضع داء إلاً وضع له شفاء». وبينت السنة أن الرسول ﷺ كان يتطبب، ويسأل عن أعلم الأطباء وأفضلهم، وشرع ﷺ التداوي واستعمله في نفسه وأمر به غيره.

وهكذا ميز الإسلام بين الطب وبين الدجل الذي يدعيه بعض المشعوذين لاستدراة أموال الناس بالباطل^(٢).

فمنع الرسول ﷺ تلك الطرق ومنها الكهانة، فقد صح في الحديث أن النبي ﷺ سئل عن الكهان فقال: ليس بشيء، فقالوا: يا رسول الله إنهم يحدثوننا أحياناً بشيء فيكون حقاً، فقال رسول الله ﷺ: «تلك الكلمة من الحق يخطفها الجنى فيقرها في أذن وليه، فيخلطون معها مائة كذبة»^(٣)، فبين لهم بطلان قولهم وأنه لا حقيقة له. كما نهاهم عن التكسب بمثل هذه الطرق حيث نهى ﷺ «عن حلوان الكاهن»^(٤) بل منعهم من التعلق بالطرق الوهمية والاعتماد عليها. واعتبر ذلك كفراً بالله تعالى، كما في حديث أبي هريرة رفعه: (من أتى كاهناً أو عرفاً فصدقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد)^(٥). وفي رواية لمسلم بلفظ: (من أتى عرفاً فسأله عن شيء لم تقبل له صلاة أربعين ليلة)^(٦). وهذا

(١) سورة النحل: الآية ٦٩.

(٢) الطب النبوي: ص ٣٩ - ٤١.

(٣) فتح الباري: ٢١٦/١٠؛ والنووي على مسلم: ٢٢٤/١٤؛ ومرقاة المفاتيح: ٥٢٧/٤.

(٤) المصدر السابق.

(٥) أخرجه أصحاب السنن وصححه الحاكم، ذكره الحافظ في الفتح ٢١٧/١٠، وقال الهيثمي: رواه البزار ورجاله رجال الصحيح، خلا عقبة بن سنان وهو ضعيف، انظر: مجمع الزوائد: ١١٧/٥؛ وعون المعبود: ٣٩٨/١٠، كتاب الكهانة وحمل الكفر على المستحل أو على التهديد والوعيد.

(٦) النووي على مسلم: ٢٢٧/١٤.

دليل على أن إتيان الكهنة ومن شابههم مذموم شرعاً، إذ أكذبهم كلهم الشرع ونهى عن تصديقهم وإثباتهم^(١). كما قال القرطبي: (وثبت النهي عن إتيانهم فلا يحل إتيانهم ولا تصديقهم)^(٢).

المسألة الثانية:

العرافة والعراف هو المنجم الذي يدعي علم الغيب الذي استأثر الله تعالى به — ويزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات أسباب يستدل بها على مواقعها، من كلام من يسأله أو فعله أو حاله^(٣).

وعن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من أتى عرافاً لم تقبل له صلاة أربعين ليلة)^(٤).

المسألة الثالثة:

التميمة: وهي خرزات كانت العرب تعلقها على الصبيان يتقون بها العين بزعمهم^(٥). ويقال: فلانة تعلق فيها العودة، ويرون أنها تدفع عنهم الآفات، فلما أرادوا دفع المقادير بذلك كان شركاً^(٦).

وعن عقبة بن عامر قال: (سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من يعلق تميمة

(١) فتح الباري: ٢١٧/١٠، ٢١٩؛ والنووي على مسلم: ٢٢٣/١٤.

(٢) فتح الباري: ٢١٩/١٠؛ وعون المعبود: ٢٩٥/٩.

(٣) النهاية لابن الأثير: ٢١٨/٣ و٢١٥/٤؛ وغريب الحديث، لابن الجوزي: ٨٦/٢؛ والمفردات، للأصفهاني: ص ٤٤٣، وعرفه بقوله: هو الذي يخبر بالأخبار المستقبلية بضرب من الظن ونحو ذلك عرفه الحافظ في الفتح: ٢١٧/١٠.

(٤) مجمع الزوائد: ١١٧/٥، وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه من لم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٥) غريب الحديث، لابن الجوزي: ١١٢/١؛ وفيض القدير، للمناوي: ٣٤٢/٢ ومثلها الرتيمة وهو خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم، ابن عابدين: ٢٣٢/٥.

(٦) السنن الكبرى: ٣٥٠/٩.

فلا أتم الله له»^(١) . وفي رواية: «من علق تميمة فقد أشرك»^(٢) . وعن عمران بن الحصين أنه دخل على النبي ﷺ وفي عنقه حلقة من شعر، فقال: ما هذه؟ قال: من الواهنة، قال: أيسرك أن توكل إليها؟ انبذها»^(٣) .

وفي رواية: قال النبي ﷺ: «من تعلق شيئاً وكل إليه»^(٤) . وفي رواية: إن الرقي والتمايم والتولة شرك»^(٥) .

وأما من تعلقها متبركاً بذكر الله تعالى فيها وهو يعلم أن لا كاشف إلا الله ولا دافع عنه سواه فلا بأس بها»^(٦) ، ولذا كان سعيد بن المسيب يأمر بتعليق القرآن، ويقول لا بأس به»^(٧) . وكذا جاءت الرخصة بتعليقه على الصبيان عن الباقر وابن سيرين مطلقاً، وقال الألوسي: وهو الذي عليه الناس قديماً وحديثاً في سائر الأمصار»^(٨) .

وأما ما أجاب به الإمام مالك عندما سئل عن تعليق التمايم والخرز، وقوله بأن ذلك شرك، وقال: بلغني أن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما يبالي ما أتى من شرب ترياقاً أو تعلق تميمة»^(٩) . فإنه يحمل على ما كان بغير

(١) رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني ورجالهم ثقات، انظر: مجمع الزوائد: ١٠٣/٥؛ والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٥٠/٩.

(٢) رواه أحمد والطبراني ورجال أحمد ثقات، مجمع الزوائد: ١٠٣/٥.

(٣) المجموع: ٥٧/١، رواه أحمد وابن ماجه والبيهقي بإسنادين في كل منهما من اختلف فيه، مجمع الزوائد: ١٠٣/٥.

(٤) تحفة الأحوذى: ٢٣٩/٦.

(٥) عون المعبود: ٣٦٧/١٠؛ ومعالم السنن: ٢٢٥/٤؛ والسنن الكبرى: ٣٥٠/٩.

(٦) السنن الكبرى: ٣٥٠/٩.

(٧) المصدر السابق.

(٨) تفسير روح المعاني: ١٤٦/١٥؛ والمجموع: ٥٦/٩؛ وفيض القدير: ٣٤٢/٢، ١٠٧/٦؛ وحاشية ابن عابدين: ٢٣٢/٥.

(٩) رواه أبو داود وأحمد وأبو نعيم وهو حديث حسن، جامع الأصول: ٥٧٦/٧.

ويلحق بالتميمة الودع وهو شيء أبيض يجلب من البحر يعلق في حلوق الصبيان وغيرهم، وإنما نهى عنها لأنهم كانوا يعلقونها مخافة العين، النهاية، لابن الأثير: ١٦٨/٥؛ ومجمع الزوائد: ١٠٣/٥.

لسان العربية ولعله قد يدخله كفر، أو فيمن يعلقها وهو يرى تمام العافية وزوال العلة منها كالتي في الجاهلية^(١) .

المسألة الرابعة:

التولة: ما يحجب المرأة إلى زوجها وهي من أنواع السحر^(٢) .
قال أبو عبيد: وذلك لا يجوز^(٣) .

وفي حديث ابن مسعود قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الرقي والتائم والتولة شرك^(٤) .

قال القاري: والتولة بكسر التاء وبضم وفتح الواو نوع من السحر أو خيط يقرأ فيه من السحر، أو قرطاس يكتب فيه شيء من السحر للمحبة أو غيرها .

وسماها النبي ﷺ شركاً لأنها قد تفضي إلى الشرك لاعتقادهم أن ذلك يؤثر، ويفعل خلاف ما قدره الله تعالى، وإما لأن المتعارف منها في عهده ما كان معهوداً في الجاهلية وكان مشتملاً على ما يتضمن الشرك^(٥) .

المسألة الخامسة:

النشرة: وهي ضرب من الرقية والعلاج، يعالج من كان يظن أن به سحراً أو مساً من الجن، سميت بذلك لأنه يكشف عنه المرض^(٦) . وعرفها ابن الجوزي: بأنها حل السحر عن المسحور. وقال ابن الأثير: النشرة كالتعويد

= ومن ذلك أيضاً الخرز وهي التي تنظم في سلك ليتزين بها، وقد سئل مالك عن تعلق التائم والخرز فقال ذلك شرك، المعجم الوسيط: ٢٢٦/١ وقد تقدم رأي مالك فيها .

(١) معالم السنن: ٢٢٠/٤؛ والسنن الكبرى، للبيهقي: ٣٥٠/٩ - ٣٥١ .

(٢) غريب الحديث، لابن الجوزي: ١١٣/١؛ والنهاية، لابن الأثير: ٢٠٠/١، والحديث رواه أبو داود وابن ماجه وأحمد وغيرهم .

(٣) السنن الكبرى، للبيهقي: ٣٥٠/٩ .

(٤) عون المعبود: ٣٦٧/١٠؛ وجامع الأصول: ٥٧٥/٧ .

(٥) عون المعبود: ٣٦٧/١٠ .

(٦) النهاية، لابن الأثير: ٥٤/٥، ونحو ذلك عرفها الحافظ في الفتح: ٢٣٣/١٠ .

والرقية، يقال: نشرته تنشراً: إذا رقيته وعودته، وإنما سميت نُشرةً، لأنها ينشر بها عن المريض، أي يحل عنه ما خامره من الداء^(١).

ومن طرقها: ما ورد في قصة اغتسال العائن وهناك طرق أخرى ذكرها الحافظ في الفتح^(٢).

وممن صرح بجواز النشرة المزني صاحب الشافعي وأبو جعفر الطبري وغيرهما، وسئل سعيد بن المسيب عن رجل به طب أخذ عن امرأته أيحل له أن ينشر؟ قال: (لا بأس، إنما يريد به الإصلاح، فأما ما ينفع فلم ينه عنه)^(٣).

وممن قال بجوازها أيضاً الإمام أحمد^(٤).

ويؤيد مشروعية النشرة حديث «العين حق»^(٥). ولما في الصحيح عن عائشة أنها قالت للنبي ﷺ لما سحره لبيد بن الأعصم: هلا تنشرت؟ فقال: «أما والله فقد شفاني وكرهت أن أثير على الناس شراً». والنفس تميل إلى رأي القائلين بأن «استخراج السحر إن كان بالقرآن كالمعوذتين وآية الكرسي ونحو ذلك مما تجوز الرقيا به فلا مانع من ذلك وإن كان بسحر أو ألفاظ عجمية، أو بما لا يفهم معناه أو بنوع آخر مما لا يجوز فإنه ممنوع»^(٦). ومما أورده الحافظ في الشرح من قصة سهل بن حنيف وعامر بن ربيعة وأنه أمره النبي ﷺ أن يغتسل وأن يصب ذلك الماء على سهل، ففعل، فشفي سهل.

(١) جامع الأصول: ٥٧٥/٧.

(٢) انظر التفصيل، فتح الباري: ٢٠٤/١٠، في قصة سهل بن حنيف عندما نظر إليه عامر بن ربيعة وأصابه بعينه وأمره النبي ﷺ أن يغتسل ويصب ذلك الماء على سهل بن حنيف فبريء، والحديث من رواية النسائي وأحمد وصححه ابن حبان، كذا في الفتح.

(٣) فتح الباري ٢٣٢/١٠، ٢٣٤، وأضواء البيان: ٤٦٥/٤.

(٤) فتح الباري: ٢٣٣/١٠.

(٥) المصدر السابق: ٢٠٤/١٠.

(٦) أضواء البيان: ٤٦٥/٤.

ثم نقل الحافظ قول المازري من أنه لا يجوز رد مثل هذا لعدم إمكان تعليقه ومعرفة وجهه من جهة العقل، وكذلك قول ابن العربي: إن توقف فيه متشرع، قلنا له: قل الله ورسوله أعلم، وقد عضدته التجربة، وصدقته المعاينة، أو متفلسف فالرد عليه أظهر، لأن عنده أن الأدوية تفعل بقواها، وقد تفعل بمعنى لا يدرك، ويسمون ما هذا سبيله الخواص^(١). وما ورد من النهي عن النشرة كما في قوله ﷺ: «النشرة من عمل الشيطان»^(٢)، فهو إشارة إلى أصلها^(٣)، (أي النوع الذي كان عليه الجاهلية يعالجون به ويعتقدون فيه وأما ما كان من الآيات القرآنية والأسماء والصفات الربانية والدعوات المأثورة النبوية فلا بأس به)^(٤).

المسألة السادسة:

السحر: وهو صرف الشيء عن وجهه، وقال القسطلاني: أمر خارق للعادة، صادر عن نفس شريرة لا تتعذر معارضته، وهو بتأثيره نوع من الأمراض، كما قال القرطبي: الحق أن لبعض أصناف السحر تأثيراً في القلوب كالحب والبغض وإلقاء الخير والشر، وفي الأبدان بالألم والسقم^(٥).

وفي قصة اليهودي الذي سحر الرسول ﷺ ما يدل على حصول الضرر له ﷺ بالسحر وأن ذلك الضرر ليس نقصاً فيما يتعلق بالتبليغ، بل هو من جنس ما يجوز عليه من سائر الأمراض^(٦).

(١) فتح الباري: ٢٠٤/١٠.

(٢) مجمع الزوائد: ١٠٢/٥، وقال رواه البزار والطبراني في الوسط... ورجال البزار رجال الصحيح، ورواه أبو داود من حديث جابر، انظر: عون المعبود: ٣٤٨/١٠؛ وجامع الأصول: ٥٧٥/٧؛ والسنن الكبرى: ٣٥١/٩.

(٣) فتح الباري: ٢٣٣/١٠.

(٤) عون المعبود: ٣٤٨/١٠، وانظر: المجموع: ٥٧/٩؛ ومعالم السنن، للخطابي: ٢١٩/٤؛ ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، للقاري: ٥٠٦/٤؛ والسنن الكبرى: ٣٥١/٩.

(٥) إرشاد الساري: ٤٠١/٨.

(٦) المصدر السابق: ٤٠٣/٨.

وقد سبق أن قدمنا أن النبي ﷺ نهى عن التداوي بالمحرم سواء كان هذا العلاج روحياً أو بديناً، ومن طرق العلاج الروحي المحرم ما كان بالاستعانة بالسحرة والشياطين والمشعوذين، ولما كانت هذه الطرق وسيلة لإفساد النفوس وتشويش العقيدة، وتشتيت الأذهان، حرم الإسلام هذا النوع من العلاج وما يلحق به مما كان معروفاً لدى العرب قديماً من الكهانة والعرافة والطيبة^(١)، والطرق^(٢)، والتنجيم^(٣) حماية لعقيدة المسلم من الدخول، وحفاظاً على عقله من أن يكون أسير الأوهام وإبعاداً لبدنه عن أن يكون موطناً للشيطان، فحرم الإسلام السحر، وبين أنه من الكبائر^(٤). وأن مستحله كافر، وأن المؤمن به محروم من الجنة وفي الحديث (ثلاثة لا يدخلون الجنة وعد منهم ومصداق بالسحر)^(٥)، ونفى الرسول ﷺ أن يكون الساحر من جماعة المسلمين وفي الحديث (وليس منا.. من تكهن له أو سحر أو سحر له)^(٦). ولحديث (من أتى عرافاً أو ساحراً فقد كفر بما أنزل على محمد ﷺ)^(٧) وفي ذلك تحذير شديد للمسلم من إتيان الساحر وتصديقه ومنع له من الوقوع في شركه، ولأن السحر

(١) تقدم تعريف الكهانة والعرافة وأما الطيرة، بكسر الطاء وفتح الياء وقد تسكن هي التشاؤم بالشيء، انظر: النهاية: ١٥٢/٣؛ والنوي على مسلم: ٢٢٠/١٤.
(٢) الطرق هو الضرب بالحصا. النهاية: ١٢١/٣.
(٣) أضواء البيان: ٤٥٥/٤، وفي بعض الأحاديث - سوف أذكرها - أن هذه الأشياء من السحر.

(٤) إشارة إلى قوله ﷺ اجتنبوا السبع الموبقات ومنها السحر، فتح الباري: ٢٣٢/١٠؛ وفتاوى ابن تيمية: ١٧٠/٣٥. وقال محرم بالكتاب والسنة والإجماع، انظر تفصيل الموضوع في: زاد المعاد: ٦٣/٥، ١٢٤/٤؛ والزواجر، للهيتمي: ١٠٥/٢؛ وأضواء البيان: ٤٤٤/٤؛ والفقهاء على المذاهب الأربعة، للجزيري: ٣٨٩/٥؛ والآداب الشرعية: ٩٣/٣ - ٩٥؛ وحاشية ابن عابدين: ٣١/١، ٧٥/٥؛ والطب النبوي والعلم الحديث: ٢٩٧، ٢٦٥، ١٤٦، ٣٩/٣.

(٥) مجمع الزوائد: ٧٤/٥.

(٦) مجمع الزوائد: ١١٧/٥.

(٧) المصدر السابق: ١١٨/٥.

عقد بين الشيطان والساحر، ويترتب عليه الكفر بالله تعالى، فالتعالج به حرام^(١)

كيفية التعالج منه :

فمنه ما صح عنه ﷺ أنه قال: «من تصبغ سبع تمرات عجوة لم يضره ذلك اليوم سم ولا سحر»^(٢) وقد يكون باستخراجه وتبطينه كما في الخبر^(٣) فهو كإزالة المادة الخبيثة بالاستفراغ، في المحل الذي يصل إليه السحر^(٤) وكذلك يكون علاجه بالقرآن كالمعوذتين، وآية الكرسي، والدعوات والأدعية الماثورة ونحو ذلك فما يجوز الرقيا به، فلا مانع من ذلك^(٥)، وقال عنها ابن القيم: فهذا جائز بل مستحب^(٦).

وقد تقدم في تعريف النشرة أنها ضرب من العلاج يعالج به من يظن أن به سحراً أو شيئاً من الجن، وأن ابن المسيب قال: لا بأس به إنما يريدون به الإصلاح فأما ما ينفع الناس فلم ينفعه، وعن قتادة: إنما نهى الله تعالى عما يضره ولم ينفعه عما ينفعه^(٧). وفي حديث جابر عند مسلم مرفوعاً (من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل)^(٨).

(١) أحكام القرآن، للجصاص: ٥٠/١؛ وأضواء البيان: ٤٥٥/٤ - ٤٥٨، ٤٦٥؛ وإرشاد الساري: ٤٠٥/٨ - ٤١٠؛ والفتح: ٢٣٩/١٠؛ وابن عابدين: ٥٩٤/٢؛ وأعلام الموقعين: ٣٩٦/٤.

(٢) فتح الباري: ٢٣٨/١٠ - ٢٤٠، باب الدواء بالعجوة للسحر، ورجح القسطلاني خصوصية ذلك بتمر المدينة لكونه غرسه بيده الشريفة، إرشاد الساري: ٤١٠/٨.

(٣) فتح الباري: ٢٣٢/١٠.

(٤) الآداب الشرعية: ٩٥/٣ - ٩٦.

(٥) أضواء البيان: ٤٦٥/٤.

(٦) أعلام الموقعين: ٣٩٦/٤. وهناك طرق أخرى لعلاج المسحور لا يتسع المجال لذكرها فأرجع إليها في الفتح: ٢٣٣/١٠؛ وابن عابدين: ٥٩٤/٢؛ وإرشاد الساري: ٤٠٥/٨.

(٧) إرشاد الساري: ٤٠٦/٨.

(٨) النووي على مسلم: ١٨٦/١٤.

وقال الحافظ قلت: سلك النبي ﷺ في هذه القصة^(١)، مسلكي التفويض وتعاطي الأسباب ففي أول الأمر فوض وسلّم لأمر ربه، فاحتسب الأجر في صبره على بلائه، ثم لما تمادى ذلك، وخشي من تماديه أن يضعفه عن فنون عبادته جنح إلى التداوي^(٢)، ثم إلى الدعاء، وكل من المقامين غاية في الكمال^(٣).

وأما الممنوع فهو حل سحر بسحر مثله وهو الذي قال عنه الرسول ﷺ من عمل الشيطان وعلى هذا النوع يحمل قول الحسن: (لا يحل السحر إلاّ ساحر)^(٤).

وهناك طرق أخرى لعلاج المسحور ذكرها بعض المفسرين – تعتمد على المنامات – لم تقتنع نفسي إلى الأخذ بها^(٥).

الفرع الثاني: الاستشفاء بالقرآن الكريم:

ثبت في الصحيحين^(٦) وغيرهما أن النبي ﷺ عالج بالقرآن الكريم، لأنه شفاء ورحمة كما بين الله تعالى ذلك في قوله تعالى: ﴿ وَنَزَّلْنَا مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ ﴾^(٧).

ولفظ «شفاء» مطلق لم يقيد بكونه شفاء للقلوب فقط.

والاستشفاء إما أن يكون من الأمراض الروحانية وإما أن يكون من الأمراض البدنية.

أما عن الاستشفاء بالقرآن من الأمراض الروحانية فقد اتفقوا جميعاً على

(١) قصة سحر اليهودي للنبي ﷺ فتح الباري: ٢٢١/١٠.

(٢) إرشاد الساري: ٤٠٧/٨.

(٣) فتح الباري: ٢٢٨/١٠؛ وإرشاد الساري: ٤٠٧/٨، نقله عن الفتح.

(٤) أعلام الموقعين: ٣٩٦/٤.

(٥) فتح الباري: ٢٣٣/١٠؛ وإرشاد الساري: ٤٠٥/٨؛ وابن عابدين: ٥٩٤/٢.

(٦) فتح الباري: ٢٠٩/١٠؛ وصحيح مسلم: ٧٢٧/٤، حديث رقم (٢٢٠١).

(٧) سورة الإسراء: الآية ٨٢.

ذلك^(١) . وعللوا رأيهم بأن الأمراض الروحانية نوعان: الاعتقادات الباطلة والأخلاق المذمومة، أما الاعتقادات الباطلة فأشدها فساداً الاعتقادات الفاسدة في الإلهيات والنبوات والمعاد والقضاء والقدر والقرآن كتاب مشتمل على دلائل المذهب الحق في هذه المطالب، وإبطال المذاهب الباطلة فيها، ولما كان أقوى الأمراض الروحانية هو الخطأ في هذه المطالب والقرآن مشتمل على الدلائل الكاشفة عما في هذه المذاهب الباطلة من العيوب الباطنة لا جرم كان القرآن شفاء من هذا النوع من المرض الروحاني، وأما الأخلاق المذمومة فالقرآن مشتمل على تفصيلها وتعريف ما فيها من المفساد والإرشاد إلى الأخلاق الفاضلة الكاملة والأعمال المحمودة فكان القرآن شفاء من هذا النوع من المرض فثبت أن القرآن شفاء من جميع الأمراض الروحانية^(٢) .

وأما كونه شفاء من الأمراض الجسمانية، فإن للعلماء في هذه المسألة اتجاهين:

الاتجاه الأول:

وهو رأي القائلين بأن القرآن يتضمن شفاء الأبدان كما تضمن شفاء الأرواح.

وقال الرازي في نصرة هذا الرأي^(٣) :

وأما كونه شفاء من الأمراض الجسمانية فلأن التبرك بقراءته يدفع كثيراً من الأمراض ولما اعترف الجمهور من الفلاسفة وأصحاب الطلسمات بأن لقراءة الرقى المجهولة والعزائم التي لا يفهم منها شيء آثاراً عظيمة في تحصيل المنافع

(١) انظر: جميع التفاسير متفقة على ذلك .

(٢) التفسير الكبير، للرازي: ٣٥/٢١؛ وانظر مدارج السالكين: ٥٢/١ - ٥٣ .

(٣) التفسير الكبير، للرازي: ٣٥/٢١، ومع هذا الاتجاه كذلك الألوسي في تفسيره:

١٤٥/١٥؛ وأبو حيان، البحر المحيط: ٧٤/٦؛ وتفسير ابن عطية: ١٧٥/٩؛ والقرطبي

في الجامع لأحكام القرآن: ٣١٦/٩؛ وابن الجوزي في زاد المسير: ٧٩/٥؛ والشوكاني

في فتح القدير: ٢٥٣/٣؛ والبرسوي في روح البيان: ١٩٤/٥ .

ودفع المفسد، فلأن تكون قراءة هذا القرآن العظيم المشتمل على ذكر جلال الله وكبريائه وتعظيم الملائكة المقربين وتحقير المردة والشياطين سبباً لحصول النفع في الدين والدنيا كان أولى ويتأكد ما ذكرنا بما روي أن النبي ﷺ قال: «من لم يستشف بالقرآن فلا شفاه الله تعالى»^(١).

وأكثر من أيد هذا الاتجاه ابن القيم حيث قال: وأما تضمنها لشفاء الأبدان: فنذكر منه ما جاءت به السنة، وما شهدت به قواعد الطب، ودلت عليه التجربة.

فأما ما دلت عليه السنة: ففي الصحيح من حديث أبي المتوكل الناجي عن أبي سعيد الخدري: «أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ مروا بحَيٍّ من العرب فلم يقرؤهم، ولم يُصَيِّفُوهم. فلدغ سيد الحي، فأتوهم. فقالوا: هل عندكم من رُقِيَّة، أو أهل فيكم من راق؟ فقالوا: نعم، ولكنكم لم تقرونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم على ذلك قطيعاً من الغنم، فجعل رجل منا يقرأ عليه بفاتحة الكتاب. فقام كأن لم يكن به قلبه. فقلنا: لا تعجلوا حتى نأتي النبي ﷺ فأتيناه، فذكرنا له ذلك، فقال: ما يدريك أنها رقية؟ كلوا، واضربوا لي معكم بسهم»^(٢). فقد تضمن هذا الحديث حصول شفاء هذا اللديغ بقراءة الفاتحة عليه. فأغنته عن الدواء. وربما بلغت من شفاؤه ما لم يبلغه الدواء.

هذا مع كون المحل غير قابل، إما لكون هؤلاء الحي غير مسلمين، أو أهل بخل ولؤم. فكيف إذا كان المحل قابلاً. ثم بين أنه جرب هذا الدواء شخصياً حينما أقام بمكة واستفاد منه فقال: (فإنه كان يعرض لي آلام مزعجة، بحيث تكاد تقطع الحركة مني. وذلك في أثناء الطواف وغيره. فأبادر إلى قراءة الفاتحة، وأمسح بها على محل الألم فكانه حصاة تسقط. جربت ذلك مراراً عديدة، وكنت آخذ قدحاً من ماء زمزم فأقرأ عليه الفاتحة مراراً. فأشربه فأجد به

(١) لم أقف على تخريجه في كتب الحديث، وقال القرطبي في تفسيره: ٣١٨/٩: هو من كلام رجاء الغنوي.

(٢) سبق تخريجه.

من النفع والقوة ما لم أعهد مثله في الدواء والأمر أعظم من ذلك . ولكن بحسب قوة الإيمان، وصحة اليقين، والله المستعان^(١) . وقال في زاد المعاد^(٢) : فالقرآن هو الشفاء التام من جميع الأدوية القلبية والبدنية وأدواء الدنيا والآخرة وبنحو هذا ذهب البرسوي عند تفسيره هذه الآية ثم ذكر شواهد من التجربة تدل على ذلك، فقال :

واعلم أن القرآن شفاء للمرض الجسماني أيضاً روي أنه مرض للأستاذ أبي القاسم القشيري، قدس سره، ولد مرضاً شديداً بحيث أيس منه فشق ذلك على الأستاذ فرأى الحق سبحانه في المنام فشكا إليه فقال الحق تعالى اجمع آيات الشفاء وقرأها عليه واكتبها في إناء واجعل فيه مشروباً واسقه إياه ففعل ذلك فعوفي الولد وآيات الشفاء في القرآن ست : ﴿ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُّؤْمِنِينَ ۗ ﴾ ، ﴿ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ ﴾ ، ﴿ فِيهِ شِفَاءٌ لِّلنَّاسِ ﴾ ، ﴿ وَنَزَّلْنَا مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾ ، ﴿ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴾ ، ﴿ قُلْ هُوَ الَّذِي ءَامَنُوا هُدًى وَشِفَاءً ﴾ . (قال تاج الدين السبكي رحمه الله في طبقاته^(٣) : ورأيت كثيراً من المشايخ يكتبون هذه الآيات للمريض ويسقاهها في الإناء طلباً للعافية وقوله عليه السلام : «من لم يستشف بالقرآن فلا شفاه الله» يشمل الاستشفاء به للمرض الجسماني والروحاني). قال الشيخ التميمي رحمه الله في خواص القرآن : إذا كتبت الفاتحة في إناء طاهر ومحيت بماء طاهر وغسل المريض وجهه عوفي بإذن الله فإذا شرب من هذا الماء من يجد في قلبه ثقلباً أو شكاً أو رجفاً أو خفقاناً يسكن بإذن الله وزال عنه ألمه وإذا كتبت بمسك في إناء زجاج ومحيت بماء ورد وشرب ذلك الماء البليد الذي لا يحفظ بشربه سبعة أيام زالت بلادته وحفظ ما يسمع، فعلى العاقل أن يتمسك بالقرآن ويداوي به مرضه وقد ورد (القرآن

(١) مدارج السالكين : ٥٢/١ ، ٥٧ .

(٢) الجزء الرابع : ص ٣٥٢ .

(٣) انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٥٩/٥ بتحقيق محمود الطناحي، وعبد الفتاح الحلوط عيسى الحلبي .

يدلكم على دائكم ودوائكم أما دأؤكم فذنوبكم وأما دواؤكم فالاستغفار) فلا بد من معرفة المرض أولاً فإنه ما دام لم يعرف نوعه لا تيسر المعالجة وأهل القرآن هم الذين يعرفون ذلك فالسلوك بالوسيلة أولى^(١) .

واختار الألويسي أن تكون «من» في قوله تعالى: ﴿ وَنَزَّلْنَا مِنَ الْقُرْآنِ... ﴾ للتبويض أي أنه باعتبار الشفاء الجسماني وهو من خواص بعض دون بعض، ومن البعض الأول الفاتحة وفيها آثار مشهورة^(٢) ، ولكن الأكثرية على خلاف رأيه .

والطب النفساني أو الروحاني لا ينكر أهمية المعالجة الروحية، إذ هي فرع من الطب يبحث في العلاقات المتبادلة بين الجسم والنفس، لأن الحالة النفسانية كثيراً ما تؤثر في البدن^(٣) . لذا قال سقراط: (. . . وأن الخطأ الكبير في معالجة الجسم الإنساني في أيامنا هذه، هو أن الأطباء يفرقون بين الجسم والنفس)^(٤) .

ولقد سمي علم الأمراض النفسية في تراثنا الإسلامي القديم «بطب القلوب» ووصف ابن القيم^(٥) هذا النوع في وصفه للطبيب قائلاً: (أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها، وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان).

وهكذا نجد أن علماءنا يربطون بين علل القلب والبدن، أي العلاقة بين الأمراض النفسية والأمراض العضوية، بل أدركوا أن المصاب بعلة بدنية حقيقية تتحسن حالته إذا ما رفعنا روحه المعنوية، وبشرناه بالشفاء العاجل، ولذا جاء في

(١) تفسير روح البيان، للإمام إسماعيل حقي البرسوي: ١٩٤/٥، ١٩٥، وإلى كون القرآن دواء للأمراض الروحانية والجسمانية ذهب المناوي، انظر: فيض القدير: ٥٣٦/٤. وذكر قصة القشيري مع ولده السبكي في طبقاته: ١٥٨/٥.

(٢) روح المعاني، للألويسي: ١٤٥/١٥ كما ذكر في نفس الصفحة قصة الإمام القشيري مع ولده المريض.

(٣) مدارج السالكين: ٥٨/١ دار الكتاب العربي، بيروت؛ وفيض القدير: ٣٤١/١.

(٤) الطب النبوي والعلم الحديث: ١٣١/٣.

(٥) الطب النبوي، لابن القيم: ص ١١٣.

الحديث أنه ﷺ قال: «إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل، فإن ذلك لا يرد شيئاً وهو يطيب بنفس المريض»^(١). وقد شاهد الناس كثيراً من المرضى تنتعش قواه بعبادة من يحبونه ورؤيتهم لهم ولطفهم ومكالمتهم إياهم، وقد كان الرسول ﷺ يزور المريض ويسأله عن شكواه وعما يشتهي ويضع يده الشريفة على جبهته ويدعو له ويصف ما ينفعه ويدخل السرور على قلبه.

وفي الدراسات النفسية الحديثة أثبت الدكتور تالبوت (أن هناك نسبة عالية من حالات الصداع سببها نفسي، وكفي مثالاً لتلك الصلة بينهما أن تكون قرحة المعدة أو الاثني عشر بتأثير الانفعال ويبين الطب الحديث أن كثيراً من أمراض التوتر العصبي؛ أو سوء الهضم أو الإمساك أو الصداع أو الشلل أو فقد حاسة ما، أو نوبات صرعية.. أو غيرها تعرف هذه الأعراض باسم «الأعراض المحولة» لأن أسبابها الحقيقية أسباب غير جسمية، بل انفعالية أو عقلية، ثم تحولت إلى أمراض جسمية)^(٢). وهكذا نجد أن الأطباء – كما قال الألويسي – (معترفون بأن من الأمور والرقى ما يشفي بخاصية روحانية، ومن ينكر فلا يعأ به)^(٣).

وقد أجاز كثير من العلماء الاستشفاء بالقرآن بأن يقرأ على المريض أو الملدوغ الفاتحة، أو يكتب في ورق. ويعلق عليه أو في طست ويغسل ويسقى، وعن النبي ﷺ «أنه كان يعوذ نفسه، وكذلك أجازوا أن يشد الجنب والحائض التعاويذ على العضد، إذ كانت ملفوفة...»^(٤). ومع هذا الرأي – كما سبق – ابن المسيب وابن سيرين ومالك وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها (فقد روي أنها كانت تقرأ بالعمودتين في إناء، ثم تأمر أن يصب على المريض)^(٥).

(١) فيض القدير: ٣٤١/١، وفي سنده مقال، وقال ابن الجوزي: حديث لا يصح، والطب النبوي: ص ٢٥٤.

(٢) الطب النبوي والعلم الحديث: ١٣٤/٣.

(٣) روح المعاني: ١٤٥/١٥.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٢٣٢/٥.

(٥) روح المعاني: ١٤٥/١٥؛ وتفسير البحر المحيط: ٧٤/٦.

وأما الاتجاه الثاني :

فقد ذهبوا إلى القول بأنه شفاء للقلوب فقط بزوال الجهل عنها وذهاب الريب وكشف الغطاء عن الأمور الدالة على الله سبحانه، المقررة لشريعته^(١) ، ومع هذا الاتجاه الحسن والنخعي ومجاهد^(٢) وأيدهم من المعاصرين الشيخ شلتوت رحمه الله وقال: (إن القرآن لم ينزل دواء للأمراض البدنية، لأن الله خلق لها عقاقير طبية فيها خاصية الشفاء، وأرشد إلى البحث عنها والتداوي بها، وأرشد النبي ﷺ أمته إلى أن التداوي من الأمراض البدنية إنما يكون من طريق الطب البشري الذي يعرف الدواء، أما القرآن فلم ينزله الله دواء لأمراض الأبدان، وإنما أنزله كما قال دواء لأمراض القلوب، لأنها أمراض معنوية، وشفائها بأدوية معنوية، والقرآن قد عالج هذه الأمراض المعنوية وما التداوي في الأمراض البدنية بالقرآن إلا كقراءة البخاري والختمات للنصر على الأعداء في ميدان القتال، وهو وضع للعلاج المعنوي مكان العلاج المادي، وهو قلب لنظام الله تعالى في خلقه، وعروج بالقرآن عما أنزل لأجله)^(٣) .

كما أنكروا ما يفعله البعض من كتابة الآيات القرآنية في إناء، ثم تمحي بالماء ثم يؤمر المريض بشربه، أو تعلق حجاباً وقال: إن هذا عبث بالقرآن وبالعقول الضعيفة^(٤) ، ويمكن أن يستدل لهم بما روى أبو داود من حديث جابر رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال حين سئل عن النشرة: هي من عمل

(١) نقل هذا الاتجاه الشوكاني في فتح القدير: ٢٥٣/٣؛ والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن: ٣١٦/٩؛ وابن الجوزي في زاد المسير: ٧٩/٥؛ وأبو حيان في البحر المحيط: ٧٤/٦.

(٢) روح المعاني: ١٤٥/١٥؛ والبحر المحيط: ٧٤/٦ وهو المفهوم من كلام ابن كثير في تفسيره: ٣٤٢/٤؛ والسيوطي في الدر المنثور: ١٩٩/٤؛ والقرطبي في الجامع: ١٣٥/١٥.

(٣) الفتاوى، للشيخ شلتوت: ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٤) المصدر السابق: ص ٢٠٧، ٢٠٨.

الشیطان»^(١) . وبما روي عن النخعي أنه كان يقول: أخاف أن يصيبه من شرب ما محى به القرآن بلاء .

وبما قاله الحسن من أنه سأل أنساً عن ذلك، فقال: ذكروا عن النبي ﷺ أنها من الشيطان .

وقد تولى ابن عبد البر^(٢) الرد على ما استدل به هؤلاء، وقال: (وهذه آثار لينة ولها وجوه محتملة، وقد قيل: إن هذا محمول على ما إذا كانت خارجة عما في كتاب الله تعالى وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، وعن المداواة المعروفة، والنشرة من جنس الطب فهي غسالة شيء له فضل، فهي كوضوء رسول الله ﷺ . قال ﷺ: «لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك، ومن استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»^(٣) .

وإن النفس لتميل مع رأي القائلين يكون القرآن شفاء للأمراض الروحانية والجسمانية ولكن نقول كما قال المناوي: (لا يحسن التداوي به إلا الموفقون)^(٤) .

والذي يظهر لنا رجحانه هو القول الأول لما ذكرناه من الأدلة، وذلك لأنه لا يلزم من هذا القول سلب كون القرآن كتاب هداية فهو بلا شك كتاب هداية للبشرية جمعاء، ولكنه مع ذلك لا مانع من أن يستشفى به لأمراض البدن .

ولكن ينبغي أن نعلم أن القراءة التي تشفي هي التي تكون مع الإخلاص و فراغ القلب من الأغيار والإقبال على الله تعالى بالكلية وعدم تناول الحرام، وعدم الآثام، فقراءة من هذا حاله مبرىء للأمراض وإن أعيت الأطباء، ولذا قال بعض الأئمة متى تخلف الشفاء، (فهو إما لضعف تأثير الفاعل أو لعدم قبول

(١) عون المعبود: ٣٤٨/١٠ وقد تقدم تخريجه بأبين من هذا .

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: ٣١٨/٩ .

(٣) رواه مسلم وقد تقدم تخريجه .

(٤) تقدم قول المناوي آنفاً .

المحل المنفعل أو لمانع قوي يمنع تخلفه أن ينجع فيه الدواء كما تكون في الأدوية الحسية شفاء لما في الصدور: ﴿ وَنَزَّلَ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ ﴾ فالقرآن هو الشفاء التام من جميع الأدوية القلبية والبدنية لكن لا يحسن التداوي به إلا الموفقون والله حكمة في إخفاء سر التداوي به عن نفوس أكثر العالمين كما له حكمة بالغة في إخفاء كنوز الأرض عنهم... اهـ^(١) .

(١) فيض القدير، للمناوي: ٤/٥٣٦، ٥٣٧ .

التداوي بالمحظورات

اختلف الفقهاء في حكم التداوي بالمحرمات على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

وهو القول بعدم جواز التداوي بالمحرمات - المطعوم والمشروب في ذلك سواء وهو قول المالكية^(١) والحنابلة^(٢) والشافعية^(٣) في أحد القولين عندهم وفي وجه عند الحنفية^(٤) والزيدية^(٥) وهو قول جمهور العلماء^(٦).

واستدلوا لقولهم بأدلة منها ما رواه مسلم عن طارق بن سويد الجعفي أنه سأل النبي ﷺ عن الخمر يصنعها للدواء؟ فقال: «إنه ليس بدواء ولكنه داء»^(٧). وفي الصحيح عن ابن مسعود أن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم^(٨). وعن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن الدواء الخبيث^(٩).

وتمسكوا بظاهر هذه الأحاديث في القول بمنع التداوي بالمحرم لعموم النهي ولأن بعضها يدعو إلى بعض حتى أجاب ابن تيمية بالمنع لمن سأله عن

(١) أحكام القرآن، لابن العربي: ٥٩/١؛ وحاشية الدسوقي: ٣٥٣/٤.

(٢) زاد المعاد: ١٥٤/٤ - ١٥٨؛ وفتاوى ابن تيمية: ٢٧٥/٢٤؛ والإفصاح، لابن هبيرة: ٢٧٠/٢، وذكر أن أحمد ومالكاً من القائلين بالمنع.

(٣) المجموع: ٤٢/٩.

(٤) المبسوط: ٢١/٢٤.

(٥) البحر الزخار: ٣٥١/٤؛ وشرح الأزهاري: ١٠٠/٤.

(٦) نيل الأوطار: ٢١١/٨.

(٧) النووي على مسلم: ١٥٢/١٣؛ ومجمع الزوائد: ٨٦/٥؛ ومعالم السنن: ٢٢/٤.

(٨) نيل الأوطار: ٢١١/٨.

(٩) نيل الأوطار: ٢١١/٨؛ ومعالم السنن: ٢٢١/٤.

التداوي بالخمير عند الضرورة كما أنهم لم يجعلوا المرض من الضرورات التي تبيح المحظورات، كما في تناول المضطر للميتة في المخمصة معللين قولهم بالافتراق بينهما بأن المضطر في حالة المخمصة يتعين الأكل طريقاً لإنقاذ حياته بخلاف حالة المرض فإن هذه المحرمات لا يتعين تناولها طريقاً للشفاء، والحاصل أن الضرورة عندهم لا تتحقق هنا.

القول الثاني:

وذهب أصحابه إلى القول بجواز التداوي بالمحرمات وبه قالت الظاهرية^(١) وبعض الفقهاء^(٢)، وفي الأصح عند الشافعية جواز التداوي بجميع النجاسات سوى المسكر^(٣) ومجمل تعليلهم أن التداوي يعتبر من حالات الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ عَلَيْهِ﴾^(٤).

فما اضطر المرء إليه فهو غير محرم عليه، كإباحته ﷺ للعربيين أبواب الإبل على سبيل التداوي من المرض وأوّل ما صح من أدلة خصومة بأن المحرمات في حالة الاضطرار إلى التداوي بها تكون مباحة فلا تكون من الخبائث فلا يصدق عليها اسم الدواء الخبيث المحرم الممنوع التداوي به.

القول الثالث:

وهو القول بجواز التداوي بالمحرم إذا تيقن طريقاً للشفاء وإلاً فلا يباح التداوي به، وهو قول بعض الحنفية^(٥) وقول بعض الشافعية^(٦) وبعض المالكية^(٧). ويستدل لهم بما ثبت من أن النبي ﷺ أباح للعربيين أن يتداووا

(١) المحلى: ٣٧٢/١١، ١٧٠/١، ١٢٤/١.

(٢) معالم السنن: ٢٢٣/٤؛ والفقہ الإسلامي، للزحيلي: ٥٢٣/٣.

(٣) نيل الأوطار: ٢١١/٨.

(٤) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٥) بدائع الصنائع: ٦١/١، ٦٢؛ وابن عابدين: ٢٢٤/٥.

(٦) المجموع: ٤٩/٩؛ وقواعد العز بن عبد السلام: ٨١/١، ٩٥؛ ونيل الأوطار: ٢١١/٨.

(٧) أحكام القرآن، لابن العربي: ٥٦/١؛ وتفسير القرطبي: ٢٣١/٢.

بأبواب الإبل، وأن النبي ﷺ عرف شفاء أولئك بها على الخصوص، لذا قالوا بجوازه عندما يتعين المحرم طريقاً للشفاء، ولا يجد المريض دواءً طاهراً يقوم مقام الدواء المحرم، وأن يكون بإخبار الطبيب المسلم العدل^(١) وبهذا يمكن الجمع بين أحاديث النهي وبين حديث العرنين.

والراجع هو القول بجواز التداوي بالمحرم عند الضرورة وبالشروط التي ذكرها هؤلاء (لأن النبي ﷺ أباح للعرنيين التداوي بأبوال الإبل وهي محرمة إلا أنها لما كانت مما يستشفى بها في بعض العلل رخص لهم في تناولها)^(٢).
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الدكتور علي محمد يوسف المحمدي

(١) وانظر ما سبق مجموعة بحوث فقهية د. عبد الكريم زيدان: ص ١٥٠ - ١٧٥؛ ونيل الأوطار: ٢١١/٨.

(٢) معالم السنن: ٢٢٣/٤.

ملاحظة: أوردت هذا البحث هنا إتماماً للفائدة، وبما أن للعلماء تفصيلات كثيرة لا يسع المقام لذكرها فقد قررت أن أفرداها ببحث مستقل أذكر فيه أنواع المحرمات من مطعومات ومشروبات ومسمومات وما استجد منها كالمخدرات وأنواعها، والتداوي بالنجاسات وسائر المحرمات الأخرى.

المصادر والمراجع

- ١ - أحكام القرآن، للجصاص، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢ - إحياء علوم الدين، للغزالي، طبعة عيسى الحلبي، مصر.
- ٣ - الآداب الشرعية، لابن مفلح، طبعة بدون تاريخ.
- ٤ - إرشاد الساري، للقسطلاني، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٥ - الإصابة، لابن حجر، طبعة دار صادر، بيروت.
- ٦ - أضواء البيان، للشنقيطي، طبعة من مطبوعات المدرسة السلفية، مصر.
- ٧ - أعلام الموقعين، بتحقي محمد محيي الدين.
- ٨ - الإفصاح، لابن هبيرة، طبعة المؤسسة السعيدية، الرياض.
- ٩ - البحر الزخار، للإمام أحمد بن المرتضي، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ١٠ - البحر المحيط، لأبي حيان، الناشر مكتبة مطابع النصر الحديثة، الرياض.
- ١١ - بدائع الصنائع، للكاساني، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- ١٢ - بدائع الفوائد، لابن القيم، طبعة دار الكتاب العربي بيروت.
- ١٣ - بهجة النفوس، للأندلسي، طبعة دار الجيل.
- ١٤ - التاج الجامع الأصول، للشيخ منصور علي ناصف، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٥ - تخريج الدلالات السماعية للتلمساني، طبعة المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة.
- ١٦ - تحفة الأحوذى للمباركفوري، الناشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.
- ١٧ - التراتيب الإدارية، للكتاني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٨ - تربية الأولاد في الإسلام، د. عبد الله علوان، طبعة دار السلام، طبعة الثالثة.
- ١٩ - ترتيب القاموس المحيط، طبعة عيسى الحلبي.
- ٢٠ - تفسير فتح القدير، للشوكاني، طبعة مصطفى الحلبي.

- ٢١ - التفسير الكبير، للرازي، طبعة دار الفكر، بيروت.
- ٢٢ - تفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية.
- ٢٣ - التمهيد، لابن عبد البر، طبعة وزارة الأوقاف المغربية.
- ٢٤ - تهذيب التهذيب، لابن حجر، طبعة دار صادر، بيروت.
- ٢٥ - جامع الأصول، لابن الأثير، تحقيق الأرنؤوط.
- ٢٦ - الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٧ - حاشية ابن عابدين، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٨ - حاشية الدسوقي، طبعة عيسى الحلبي، مصر.
- ٢٩ - حواشي الشرواني وابن القاسم، طبعة بدون.
- ٣٠ - الدر المنثور، للسيوطي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٣١ - روح البيان للبرسوي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٢ - روح المعاني، للألوسي، طبعة إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٣ - الروضة الندية، للقتوجي، طبعة دار إحياء التراث الإسلامي، الدوحة.
- ٣٤ - زاد المعاد، لابن القيم، طبعة مؤسسة الرسالة.
- ٣٥ - زاد المسير، لابن الجوزي، طبعة المكتب الإسلامي.
- ٣٦ - الزواجر، للهيثمي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٣٧ - سنن ابن ماجه، طبعة عيسى الحلبي.
- ٣٨ - السنن الكبرى للبيهقي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٣٩ - سنن النسائي، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٤٠ - شرح الأزهار، لابن مفتح، مكتبة اليمن، صنعاء.
- ٤١ - شرح الزرقاني على الموطأ، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٤٢ - الشفاء للقاضي عياض، طبعة مكتبة الفارابي، دمشق.
- ٤٣ - صحيح مسلم بتحقيق فؤاد عبد الباقي، طبعة عيسى الحلبي، مصر.
- ٤٤ - صفة الصفوة، لابن الجوزي، نشر دار الوعي، حلب.
- ٤٥ - صفوة البيان، للشيخ مخلوف، طبعة دار الكتاب العربي، مصر.
- ٤٦ - الطب عند العرب والمسلمين، د. محمود الحاج، الدار السعودية للنشر والتوزيع.

- ٤٧ - الطب النبوي، لابن القيم.
- ٤٨ - الطب النبوي والعلم الحديث، د. محمود النسيمي، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ٤٩ - طرح الثريب، للحافظ العراقي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٥٠ - عارضة الأحوذى، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥١ - عون المعبود، للمباركفوري، الناشر المكتبة السلفية، بالمدينة المنورة.
- ٥٢ - غريب الحديث، لابن الجوزي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥٣ - فتاوى الشيخ شلتوت، طبعة دار الشروق، ١٩٨٠م.
- ٥٤ - الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، مصر.
- ٥٥ - فتاوى معاصرة، للقرضاوي، طبعة المطبعة السلفية، مصر، الطبعة الأولى.
- ٥٦ - الفتاوى الهندية، طبعة باكستان.
- ٥٧ - فتح الباري، لابن حجر، طبعة المطبعة السلفية، مصر.
- ٥٨ - الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، طبعة دار الفكر.
- ٥٩ - الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، الناشر، دار الإرشاد.
- ٦٠ - الفواكه الدواني، طبعة مصطفى الحلبي.
- ٦١ - فيض القدير، للمناوي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٦٢ - قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، طبعة دار الجيل، بيروت.
- ٦٣ - فليوبي وعميرة، طبعة عيسى الحلبي.
- ٦٤ - قوت القلوب، لأبي طالب المكي، دار صادر، بيروت.
- ٦٥ - كشاف القناع، للبهوتي، دار الفكر، بيروت.
- ٦٦ - لامع الدراري، طبعة مكة المكرمة.
- ٦٧ - المبسوط، للسرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٦٨ - مجمع الزوائد، للهيتمي، طبعة دار مكتبة القدسي، مصر.
- ٦٩ - مجموعة بحوث فقهية، عبد الكريم زيدان، طبعة مؤسسة الرسالة، ١٩٧٦م.
- ٧٠ - المجموع، للنووي، توزيع المكتبة العالمية.
- ٧١ - المحلى لابن حزم، طبعة المكتب التجاري، بيروت.
- ٧٢ - مختصر الفتاوى المصرية، للبعلي، طبعة دار الجيل.

- ٧٣ - مدارج السالكين، لابن القيم، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٧٤ - مرقاة المفاتيح، للقاري، طبعة دار إحياء التراث.
- ٧٥ - مسند أحمد، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٧٦ - المصنف، لعبد الرزاق، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت.
- ٧٧ - معالم السنن، للخطابي، طبعة الأولى، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٧٨ - معالم القربة في أحكام الحسبة، للشيخ محمد بن محمد القرشي، طبعة الهيئة المصرية للكتاب.
- ٧٩ - الموطأ، طبعة عيسى الحلبي.
- ٨٠ - النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير، الناشر المكتبة الإسلامية.
- ٨١ - نيل الأوطار، للشوكاني، طبعة مصطفى الحلبي.

العلاج الطبّي

إعداد

الدكتور محمد عدنان صقّال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين .

إن علاقة المريض بالطبيب هي علاقة ثقة متبادلة وموقف الطبيب تجاه صحة المريض هو موقف شخصية ملتزمة تقدم النصح والدواء فالمطلوب من الطبيب ليس فقط معاينة العضو المصاب والاهتمام به حصراً بل كذلك عليه أن يهتم ويعتني بكامل الحالة الصحية العامة للمريض، أي أن المطلوب هو وجود شخصية إنسانية تقف أمام كلية المريض وليس أن يتصرف إزاء عضو المريض فقط ولا حتى إزاء الحالة كطبيب نفسي فقط .

إن ثمة سؤالاً يطرح نفسه دائماً كيف يمكن للطبيب أن تكون مهمته عادلة ومنطقية أمام كثير من الأمراض وخاصةً المستعصية منها، وذلك يقودنا بشكل منطقي إلى التساؤل ماذا تعني هذه الإنسانية الكاملة التي يجب على الطبيب أن يتعامل معها؟ ما هي الوسائل التي يمتلكها الطبيب لتمكّنه من مساعدة هذا الإنسان المريض؟ .

إن حياة الإنسان منذ بدايتها حتى نهايتها تكون مرتبطة بالأمل، الأمل في أن يأخذ مكانه تحت الشمس، الأمل الذي يجعله يكبد ويعمل، الأمل الذي يجعله يؤمن بالشقاء، أما إذا فقد هذا الأمل فستكون الحياة عذاباً وشقاءً .

إن الخطوة الأولى والتي تقود إلى اللقاء بين المريض والطبيب تحصل عادةً بمبادرة من المريض عندما يذهب «بطلب» إلى الطبيب وأغلب المرضى يبحثون عن الطبيب الذي يساعدهم في العودة إلى صحتهم الجيدة ومضمون هذا «الطلب» رغم وضوح وعلنية صياغته فإنه يختلف من مريض إلى آخر وذلك حسب مفهوم كل مريض عن الصحة التي يبحث عنها .

لقد عرّف ميثاق منظمة الصحة العالمية (WHO) الصحة بما يلي :

«هي حالة الاستقرار الكامل والشعور بالرضى التام في الحالات الجسمية والنفسية والاجتماعية».

وفي هذه الحالة فمن يستطيع منا أن يعتبر نفسه معافى . فحسب هذا التعريف فإن كل الناس دائماً مرضى أي «الإنسانية مريضة» .

إن أصعب الأمور على الطبيب عندما يقف حائراً أمام مريضه هو يرى أن إمكانية إنقاذ هذا المريض تبدو وكأنها مستحيلة ولكنه رغم ذلك لا يستطيع أن ييوح بهذه المعلومة المدفونة بصدرة، وما أكثر مثل هذه الحالات الميؤوس منها .

كان لي زميل أصيب بتشمع الكبد زرته في بيته وكان هو رئيس أطباء المستشفى الذي كنت أعمل فيه بألمانيا قلت له كيف حالك : فأجابني بابتسامة ملؤها السخرية تعلقو شفتيه أتسألني أنت عن حالتي، لو سألني غيرك لأجبتة بالجواب المعهود إنني بصحة جيدة، أما أنت، أنت الذي تعرف مرضي وتعرف عاقبة دائي، أما سمعت بتشمع الكبد، شكراً على مجاملتك . كانت يداه ترتجفان، لن أنسى منظره ولن أنسى صوته المرتجف المتقطع ولم أنسَ تمتته الأخيرة «إنني أتمنى الموت» .

مسكين أيها الطبيب ومسكين أيها المريض ، كم سيكون المشوار صعباً وكم سيكون الحوار عقيماً وما أصعب على الإنسان من أن يقول غير ما يعتقد وأن يمنع من إظهار ما يعتلج بصدرة . . فالمريض ينظر إلى الطبيب أنه الملاذ الأخير لإنقاذه ويبني الآمال والمعنويات عليه، وفي حقيقة الأمر لا يستطيع الطبيب فعل أي شيء تجاهه .

مريض آخر شاب أصيب بما يعرف عن موت الدماغ وبقي فترة طويلة يعيش هذا الإنسان على الأجهزة الاصطناعية كان كل شيء ساكناً لا حراك ولا منعكس فيه إلاً ذلك القلب الذي كان يدق ويدق ويدق، ومرت الأيام، ولن

أنسى تلك الأم المسكينة التي كانت تزرع في كل زاوية من زوايا المستشفى دمة وآهة وحسرة، أما الوالد المفجوع فكان ثمة سؤال يتردد على شفثيه، إلام سيبقى ولدي هكذا، إلام سنبقى معذبين إنني أشعر أننا نسير إلى الهلاك قبله، وفي يوم من الأيام حضر والد المصاب لعيادتي وأخبرني أنه أصبح مقتنعاً أن حالة ابنه ميؤوس منها ووافق على نزع الأجهزة حتى تنتهي هذه المأساة.

مرت لحظات وكأنني أصبت بوجوم عميق وأجل ولكن من هذا الفارس الذي سيطلق ما يسمونه خطأ رصاصة الرحمة، ولا أكنتمكم سرّاً أنني كنت جباناً كلما تقدمت لاقتلاع الأجهزة، شعرت برهبة وخوف شديدين ولن أنسى ذلك الصباح الذي دخلت غرفة المريض لأجد أن كل الأجهزة قد انتزعت منه وأن قلب هذا الشاب قد توقف ولم أعرف من الذي قام بهذا العمل وأن الذي أراحي فيما بعد هو القرار رقم (٥) الذي صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الذي جاء فيه:

«إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا العطل لا رجعة فيه وأخذ دماغه في التحلل وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل ألياً بفعل الأجهزة المركبة والله أعلم».

أيها الأخوة الأفاضل:

هناك أمثلة كثيرة على حالات كثيرة ميؤوس علاجها وقد تضيق الصفحات إذا استرسلت بسرد كثير من الأوراق، فالسرطان المنتشر مثلاً مرض ميؤوس منه والإيدز (نقص المناعة المكتسبة) مرض ميؤوس منه أيضاً على الأقل حتى يومنا هذا.

ماذا سيفعل الطبيب، إن الأمر شائك وأن هناك تساؤلات عديدة قد يحار المرء في أن يجد الجواب وقلبه مطمئن كل الاطمئنان، ثم ما هو حكم الشرع، هل يجب الاستمرار بالعلاج رغم الحكم بانتهاؤ الأمل في الشفاء «تداواوا عباد الله فإن الله ما أنزل داء إلا وأنزل له الدواء» صدق رسول الله أو كما قال:

أليس التداوي واجباً أم أنه مباح يجوز تركه وبذلك نكون قد حكمنا على أي الجسد - بالذبول والفناء، وتركنا شرطاً شرعياً، حيث إننا لم نحافظ على هذا الجسم الذي خلقه الله في أحسن تقويم.

ماذا يستطيع الطبيب أن يفعل أمام هذه الحالات التي تمر أمامه كل يوم ليس لديه إلا مجال واحد أن يترك المريض يعيش بقناعات يوحىها إليه على أن مرضه بسيط وأن الشفاء قادم لا محالة ومن ثم يضطر لإعطائه صنفاً من الدواء حتى تكتمل الناحية الطبية والنفسية معاً، كما أن هناك أمراً يجب أن لا ننفل عنه وأن يؤخذ بعين الاعتبار ألا وهو الشروط المادية والمعنوية التي يجب أن تتسجم مع قرار المجتمع الذي نعيش فيه.

فمثلاً بالغرب وعلى الأخص بأمريكا عندما تلد المرأة طفلاً مشوهاً، فتراهم جميعاً متفقين حتى يتخلصوا من هذا الوليد وأن لا يكون عالة عليهم، أما المجتمع الإسلامي فهو مؤمن بقدره مع الله وهو يعلم أنه إن أقدم على ذلك فجزاؤه النار ومن هنا كانت الطمأنينة والرضا بقدر الله.

ولن أنسى ذلك الأب لطفل أصيب بداء عضال حتى أوشك على الموت وأصبح ميؤوساً منه، قلت له إن ولدك يشرف على الهلاك فتبسم وقال: إنني على يقين أن الشافي هو الله وإنكم معشر الأطباء لن تستطيعوا أن تفعلوا شيئاً عندما تكون إرادة الله قد قضت وهو فعّال لما يريد.

ومن هنا كانت نعمة الإيمان والتسليم لقضاء الله في المجتمع الإسلامي أمراً يحل كثيراً من الأمور التي يعاني منها كثير من المرضى والأطباء على سواء، في مجتمعات ثانية، إن التصرف في مثل هذه القضايا الحساسة يتطلب إلى جانب السند العلمي القاطع، الطمأنينة العاطفية والرضا الوجداني وقد كان هناك طبيب مرموق ومخصص كان يرقد في مشفاه إنسان جزم هو وشلة من الأطباء بأنه قد مات موتاً دماغياً بالأدلة العلمية التي لا ريب فيها واتجه إلى أهله ينعاها لهم ويؤكد ذلك لهم بالأدلة العلمية المقنعة، ثم حاول أخذ موافقتهم، للاستفادة من

قلبه لإسعاف مريض آخر واقتنع الأهل ووافقوا، ولكن الأطباء ما أن باسروا بتهيئة الأسباب لاستخراج قلب قريبهم المتوفى دماغياً حتى ارتفع العويل والصراخ، وثار الأهل وهاجموا، ومن ثم حيل بين الأطباء وتنفيذ ما اتفقوا عليه. ذلك لأن هذه الدلائل العلمية للموت أقنعت عقول أقارب الميت ولكنها لم تهيمن على عواطفهم ووجدانهم أن الناس كانوا ولا يزالون يعتدون بموت القلب دون أن يكتفوا بموت الدماغ الذي لا يدركه إلا أصحاب الاختصاص والشارع يؤيدهم في هذا الاحتياط والتأكد حتى لا تشيع أنها ميتة ظالمة بين الناس فتنبتق من ذلك الفتنة والظنون السيئة. وهذا كما هو واضح ليس تكذيباً لقرار الأطباء كما أن القول بالموت الدماغى ليس تطوراً علمياً لمعنى الموت بحيث تطور الأحكام الشرعية وفقاً لذلك ولكنه إثارة من الشارع لاتباع القناعات العامة إغلاقاً لباب الفتنة ودرءاً للظنون السيئة أن تشيع في الناس بعضهم البعض.

ويجب أن لا ننسى أن الأساس في كل ذلك هو مراقبة الله عز وجل في تنفيذ مثل هذه الأحكام والحرص على ممارستها وتطبيقها على الوجه الذي يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية والحكمة التي يتوخاها الشارع من شرع لعباده، فإن لم يتحقق هذا الأساس التنفيذي، فإن جهود الباحثين والمجتهدين تظل على الغالب نظرية، هذا إن لم نقل إنها قد تصبح وسائل تحت سلطان الكثيرين لتحقيق المآرب الدنيوية والوصول إلى كثير من المبتغيات غير المشروعة.

لقد قالوا إن الموت هو مفارقة الروح للبدن مفارقةً تامة وبكلمة أهم هو انقطاع الحياة عن البدن انقطاعاً تاماً^(١).

ولا شك في أن محاولة تحديد ال لحظة التي تنتهي فيها حياة الإنسان في الدنيا تحديداً دقيقاً من الناحية الشرعية أصعب من البحث في معرفة الزمن الذي تبدأ منه تلك الحياة ومن هنا نرى أن قضيتنا هذه ليس فيها نص من قرآن أو سنة يمكن اتخاذه منطلقاً للبحث^(٢).

(١) قضايا فقهية معاصرة: ص ١٢٦ البوطي.

(٢) بداية الحياة الإنسانية - د. محمد نعيم ياسين: ص ١٧٣.

أيها الأخوة المحترمون :

هناك أمر آخر يجب أن يكون خاتمة بحثنا هذا وهو «مدى توقف العلاج مع إذن المريض».

هل نحن الأطباء ملزمون بتحقيق رغبة المريض في إنهاء العلاج له أو الاستمرار فيه وبصورة أعم من ذلك هل يجب أن نحصل على إذن من المريض بتطبيق العلاج والكف عنه متى شاء؟ إن هناك أموراً قد تكون خطيرة جداً فمثلاً طفل في السابعة من عمره تبين لنا بعد إجراء خزعة على ورم في ساقه بأنه مصاب بسرطان العظام ومن الناحية الطبية يجب استئصال الطرف قبل أن ينتشر الداء وعندها لا دواء له إن هذا المريض طفل لم يبلغ سن البلوغ وعليه فيتاحم علينا أخذ موافقة الأهل وعندما فوجئوا بالحقيقة تحكمت العاطفة على العقل ورفضوا بتر الطرف وبعد سنتين عم المرض وانتشر وتوفي هذا الطفل المسكين من هو المسؤول يا ترى؟ هل الطبيب الذي كان مقصراً بإقناع الأهل، أو الأهل؟ كيف لنا أن نحدد المسؤول على التابع عند اشتراك الجناة مع التابع؟ إنني أرى أن المسؤول الأول والوحيد هو ذاك الأب الجاهل المسكين.

فعندما يكون الإنسان لا يتمتع بأهلية كاملة يستقل بها بإدارة شؤون نفسه كالطفل والمجنون، فمن الثابت أن هذا الصنف من الناس لا يملك أن يستقل بالتصرف في هذا الأمر الذي هو أخطر شؤونه الشخصية. ثم ما هو موقف الشرع من هذا الأب الذي كان سبباً في موت ابنه. وإنني هنا لست بموطن المدافع عن الأطباء، فقد يخطئون وقد تكون الشهوة المادية دافعاً خطيراً لاستعجال القرار. ولكن عندما يكون هناك إجماع من قبل عدد من الأطباء المختصين وأصدروا حكماً بالإجماع فيجب أن يكون ثمة قوانين تدين مثل هؤلاء الناس الذين لا ينصاعون لأوامر الأطباء ويتسببون في حدوث ما لا يحمد عقباه، بل وأمر من ذلك عندما يكون المريض بالغاً وليس مجنوناً وخرج من إجماع الأطباء ثم كانت الكارثة، هل هذا يختلف عن الذي يلقي بنفسه في أتون من النار قصد الانتحار مع الفارق في القصد والهدف والجريمة والوضع النفسي.

إننا بحاجة يا أخوتي إلى طيب مسلم يخشى الله كما أننا بحاجة إلى مجتمع يرقى بتفكيره إلى الشعور بالمسؤولية وأن يتمتع بقوة روحية عالية تبعده عن الجهل وتجعل منه فرداً يميز الخبيث من الطيب عندها يبقى المجال مفتوحاً لأن يلتقي الإنسان بأخيه الإنسان وعندها يتم تبادل مثل هذه العلاقة الإنسانية بشكلها المتكافئ والالتزام والشعور بالمسؤولية من كلا الطرفين عندها يحق للمرء أن يتساءل فيما إذا كانت الشخصية الطيبة في حد ذاتها تتطور بشكل بشري ومبرر لتصبح قوة مخلصه بدون أن تقتصر شخصية الساحر العجيب أو حتى دون أن تقوم بأية إحياءات موجبة أو تقدم أي تضليل وتزييف للحقائق.

والله المستعان أن يوفقنا باحثين ومنفذين لرعاية هذه الأسس على خير وجه، إنه نعم المستعان ونعم النصير والحمد لله رب العالمين.

الدكتور محمد عدنان صقّال

العلاج الطبي

- ١- علاج الحالات الميؤوس منها .
- ٢- مدى توقف العلاج على إذن المريض

جمع وترتيب

الدكتور عبد الله محمد عبد الله
الكويت - محكمة التمييز

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أولاً - علاج الحالات الميؤوس منها:

اليأس كما في لسان العرب القنوط وقيل: نقيض الرجاء وقيل: اليأس إحدى راحتين^(١) وعلى هذا فإن المفهوم من العنوان أن المطلوب هو حكم علاج من وصل إلى هذه المرحلة التي يشس فيها المريض من الشفاء أو يشس الطبيب نفسه من جدوى علاجه: هل يسوغ له ترك علاجه؟ وهل يعتبر الطبيب مقصراً إن هو لم يقم بأي عمل إيجابي نحوه؟ وأرى أن لهذه الحالات ثلاث صور:

الأولى: أن يصل المريض بسبب مرضه إلى هذه الحالة التي يعبر عنها الفقهاء بأنها حركة مذبوح فلا يبقى معه سمع ولا إبصار ولا حركة اختيار بالأسباب العادية من غير جناية عليه.

الثانية: أن يصل إلى حركة مذبوح بأن لم يبق فيه إبصار ونطق وحركة اختيار بالجناية عليه.

الثالثة: بالنسبة للأمراض التي لم يصل الطب إلى علاج لها.

والكلام عليها ينبغي أن تقدم لها مقدمة فتيين أولاً مذاهب العلماء في التداوي ثم نذكر مذاهب العلماء وأقوايلهم على الصور المشار إليها.

أولاً - مذاهب العلماء في التداوي:

- ١ - التداوي جائز أي مباح.
- ٢ - فعل التداوي أفضل من تركه وبه قال بعض الشافعية، قال النووي

(١) أساس البلاغة، للزمخشري.

في شرح مسلم إنه مذاهب الشافعية وجمهور السلف وعامة الخلف^(١) وقطع به ابن الجوزي والقاضي وابن عقيل .

٣ - مذهب أبي حنيفة أنه مؤكد حتى يداني به الوجوب .

٤ - مذهب مالك يستوي فعله وتركه .

وفي الحديث قال ﷺ: عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلاً وضع له شفاء أو دواء إلاً داء واحداً، فقالوا: يا رسول الله وما هو؟ قال: الهرم، رواه أبو داود والترمذي وصححه .

وفي مسند الإمام أحمد عن عروة بن الزبير عن خالته عائشة الصديقة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه فكان يقدم عليه أطباء العرب والعجم فيصفون له فنعالجه .

وفي المسند أيضاً عن أنس مرفوعاً: إن الله حيث خلق الداء خلق الدواء فتداواوا .

وقيل: فعل التداوي واجب زاد بعضهم إن ظن نفعه .

قال شيخ الإسلام: ليس بواجب عند جماهير الأمة إنما أوجبه طائفة من أصحاب الشافعي وأحمد .

وأحاديث الأمر بالتداوي للإباحة والإرشاد دون الوجوب كما فيه علة غير واحد .

وحرّم الدواء بمحرّم أو كان في مفرداته شيء محرّم أبو حنيفة ومالك وكذا الشافعي في المسكر^(٢) .

ثانياً: أما بالنسبة لمذاهب الفقهاء وأقوالهم فيمن وصل إلى حالة يش فيها المريض والطبيب من جدوى العلاج .

(١) شرح النووي على مسلم ١٤/١٩١، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي .

(٢) غذاء الألباب، للفارسي: ١/٣٩٨ .

فقد فرق العلماء بين صورتين الأولى والثانية المشار إليهما، فبالنسبة لمن أوصله مرضه إلى حالة اليأس فقد قالوا: إن من وصل إلى سكرات الموت وبدت أمارته عليه وتغيرت أنفاسه لا يحكم له بالموت فلا تشرع زوجته في العدة ولا تنتهي عدتها لو ولدت حينئذٍ ولا تجب مونة تجهيزه ولا يجوز تجهيزه ولا تصح الصلاة عليه ولا يجوز دفنه ولا ينتقل ماله للوراث^(١).

أما من وصل إلى تلك الحالة بسبب الجناية عليه فقد نص الشافعية على أن من وصل إلى حركة مذبوح بأن لم يبقَ فيه إبطار ونطق وحركة اختيار بالجناية عليه أعطي حكم الأموات مطلقاً فيجوز تجهيزه ودفنه ويجوز تزوج زوجته حينئذٍ إذا انقضت عدتها كأن ولدت عقب صيرورته إلى هذه الحالة وأنه لا يرث من مات عقب هذه الحالة وتقسم تركته قبل موته^(٢).

ورتبوا على ذلك أن من اعتدى على حياة الأول يعتبر قاتلاً يجب عليه الفصاص وأن من اعتدى على الثاني لا يعتبر قاتلاً، بل يعتبر الأول الذي أوصله إلى هذه الحالة هو القاتل، أما الثاني فيعزر.

واختلف المالكية: فيمن وصل إلى حركة المذبوح على قولين:

الأول: يرث ويورث.

الثاني: لا يرث ولا يورث.

وقالوا: لو أجهز شخص على منفوذ القاتل من غيره فقتل به الأول ولا يرث ولا يورث.

والثاني يقتل به الثاني ويرث ويورث.

والثالث يقتص من الأول ويرث ويورث وهو أحسن الأقوال.

وفي سماع أبي زيد أنه يقتل به الثاني ولا يكون على الأول إلا الأدب لأنه

(١) منهاج الطالبين: ١٠٣/٤، ١٠٤.

(٢) نهاية المحتاج: ٢٥٠/٧.

من جملة الأحياء ويرث ويورث إلى أن قال: ولو قيل يقتلان به جميعاً لأنهما قد اشتركا في قتله لكان له وجه^(١).

الخلاصة:

أنت ترى أن المسألة خلافية سواء في التداوي وتعاطي العلاج أو في مدى جدوى العلاج فيمن وصل الحال به إلى درجة القنوط واليأس من علاجه ولكن الذي يظهر لي على ضوء ما كتب فيه الأئمة من الآداب التي ينبغي مراعاتها عند من وصل إلى حالة الاحتضار وذلك في الصورة الأولى أن تتبع معه تلك الآداب، منها:

أن يحضره إذ ذاك أحسن أهله وأصحابه هدياً وخلقاً ودينياً وسمتاً ووقاراً فيلقنه كلمتي التوحيد برفق بأن يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله جهوراً ثم يسكت ساعة ثم يعيدها ثم كذلك إلى أن يقضي.

ومنها، أن يكثر الدعاء له وللحاضرين لكن بخفض صوت وحسن سمت ووقار لأن الملائكة يحضرون ويؤمنون على دعاء الداعي وهذا من المواطن التي يرجى فيها قبول الدعاء. قالوا: وينبغي لمن يلقنه أن لا يضجر ولا يقلق إن طال الأمر عليه، وأنه لا يحسن البكاء بحيث يسمعه المختضر.

فإذا قضى الميت فليشتغل من حضره بحقه ويأخذ في إصلاح شأنه فمن ذلك أن يغمض عينيه إلى غير من الأمور التي ذكروها في كتبهم^(٢).

الثالثة — أما بالنسبة للأمراض الأخرى التي لم يصل الأطباء إلى علاج لها عدا الحالتين المشار إليهما فإنه لا ينبغي للطبيب أن يدخل اليأس في نفس المريض فقد ذكر ابن الحاج في آداب الطبيب أنه وقع له مع بعض الأطباء أنه كان يتردد عليه في مرض كان به ويصف له أشربة وأدوية ينفق فيها نفقة جيدة فطال الأمر عليه قال فقطعته وعوضت موضوع تلك النفقة خبزاً أتصدق به بنية امتثال

(١) الخرخشي على خليل: ٧/٨، ٨.

(٢) المدخل، لابن الحاج: ٣/٢٢٩، ٢٣٣.

الشفاء في دفع ذلك المرض فما كان إلا قليلاً وفرَّج الله عني وحصلت العافية فلما أن خرجت لقيت الطبيب فسألته عما كان يكتبه من الأشربة والأدوية وأي منفعة كانت فيها لذلك المرض فقال: والله ما فيها شيء إلا أنه يقبح بالطبيب أن يخرج من عند المريض ولا يصف له شيئاً لئلا يوحشه بذلك^(١).

أما بالنسبة للصورة الثانية وهي من وصل إلى حالة اليأس من علاجه لسبب جناية وقعت عليه وقرر الأطباء ذلك لا حرج على الطبيب ولا على ذويه أن كفوا عن علاجه لأنه في حكم الأموات كما سبق.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثانياً — مدى توقف العلاج على إذن المريض :

إن الإجابة على هذا الاستفسار يتوقف على ما كتبناه في الموضوع السابق خاصة فيما يتعلق في حكم العلاج وقد ذكر صاحب منظومة الآداب في هذا الشأن قوله :

وترك الدواء أولى وفعلك جائز ولم يتقن فيه حرمة مفرد
قال شارحها السفاريني : إن ترك التداوي أفضل من التداوي.

ونقل في رواية المروزي : العلاج رخصة وتركه أعلى درجة منه وأن تعاطي المريض الدواء جائز أي مباح لا حرام ولا مكروه وقد سبق أن بيَّنا خلاف العلماء في هذه المسألة وأن الرأي الذي عليه جماهير العلماء أن فعل التداوي أفضل من تركه وعند مالك يستوي فعله وتركه . وعلى هذا فإن المريض أو وليه إذا طلب من الطبيب توقف العلاج فإنه لا شيء على الطبيب إن هو استجاب لهذه الرغبة .
والله سبحانه وتعالى أعلم.

الدكتور عبد الله محمد عبد الله

(١) المدخل، لابن الحاج : ١٣٦/٤ .

المناقشة

العلاج الطبّي

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

العلاج الطبّي بِمَسَائِلِهِ التي طُرِقَتْ بحثاً هو موضوع هذه الجلسة المسائية — بإذن الله تعالى — والعارض هو الأستاذ الدكتور محمد علي البار، والمقرر هو الشيخ علي يوسف المحمدي. فليفضل الطبيب محمد علي البار.

أحدهم يقول:

المحمدي غير موجود.

الرئيس:

إذن المقرر هو الدكتور عدنان الصقال.

الدكتور محمد علي البار:

بسم الله الرحمن الرحيم

أصحاب السماحة والفضيلة والسعادة

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

الحمد لله خالق الداء والدواء ومصرف الأسباب كيف يشاء، والصلاة والسلام على نبي الهدى وآله ومن اهتدى والقائل: «ما أنزل الله داءً إلا وأنزل له الشفاء» [أخرجه البخاري والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه]، وفي رواية عن أبي سعيد الخدري — رضي الله عنه — أنه قال: «ما أنزل الله من داءٍ إلا أنزل له دواءً»، علم ذلك من علمه وجهله من جهله إلاّ السام» [أخرجه

الحاكم]، وأخرج أبو داود والترمذي والحاكم وأحمد والنسائي عن أسامة بن زيد رضي الله عنه قال: «كنت عند النبي ﷺ وجاءت الأعراب فقالوا: يا رسول الله أنتداوي؟ فقال: «نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داءً إلا ووضع له الشفاء غير داء واحد. قالوا ما هو؟ قال: الهرم». وتداوى رسول الله ﷺ وأمر أصحابه بالتداوي والأحاديث في هذا الباب كثيرة ومستفيضة، ورغم ورود الأحاديث الكثيرة في الحث على التداوي وأن رسول الله ﷺ قد تداوى وأمر صحابته وأهل بيته وأمه بالتداوي إلا أن الأمة مجمعة على جواز ترك التداوي في بعض الحالات، قال الإمام الذهبي في الطب النبوي: فصل: التداوي أفضل أم تركه؟ أجمعوا على جوازه - أي التداوي - وذهب قوم إلى أن التداوي أفضل لعموم قوله ﷺ: «تداووا»، ولأنه كان يديم التطب في صحته ومرضه، ثم قال: فالمنصوص عن أحمد أن تركه - أي التداوي - أفضل. نص عليه في رواية المروزي، فقال: العلاج رخصة وتركه درجة. ثم قال: والدليل عليه ما رواه ابن عباس أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: أدع الله أن يشفيني. فقال: «إن شئت دعوت الله فشفاك وإن شئت صبرت فلك الجنة، فقالت: يا رسول الله أصبر» [أخرجه البخاري ومسلم]. وقال ﷺ: «سبعون ألفاً يدخلون الجنة لا حساب عليهم الذين لا يكتون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون»، وفي رواية: «هم الذين لا يتطبَّبون ولا يسترقون» [أخرجه البخاري].

قال الذهبي: ونقل علاء الدين بن البيطار - رحمه الله - : أجمع المسلمون أن التداوي لا يجب. . . وعن أحمد وجه في الوجوب نقله أحمد ابن تيمية. ويحمل الحديث «تداووا» على الإباحة، وعن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه قيل له: ألا ندعو لك طبيباً؟ قال: قد رأني، قالوا: فما قال؟ قال: إني فعال لم أريد، وقيل لأبي الدرداء: ما تشكي؟ فقال: ذنوبي، قيل: فما تشتهي؟ قال: رحمة ربي، قيل: أفلا ندعو لك طبيباً؟ قال: الطبيب طبه ودوائه لا يستطيع دفع مقدوراتي، قال الإمام الذهبي معلقاً على ذلك:

التوكل اعتماد القلب على الله وذلك لا ينافي الأسباب ولا التسبب بل التسبب ملازم للتوكل فإن المعالجَ الحاذقَ يعمل ما ينبغي ثم يتوكل على الله في نجاحه، وكذلك الفلاح يحرق ويبذر ثم يتوكل على الله في نمائه ونزول الغيث. قال الله تعالى: ﴿وَحُذُّوا حُدْرَكُمْ﴾، وقال عليه الصلاة والسلام: «اعقلها وتوكل»، وقال ﷺ: «أغلقوا الأبواب» وقد اختفى الرسول ﷺ في الغار ثلاثاً، ثم قد تكون العلة مزمنة ودواؤها موهوماً قد ينفع وقد لا ينفع. انتهى كلام الإمام الذهبي. وقد أوجب أن ما فعله أبو بكر الصديق وأبو الدراء - رضي الله عنهما - كان في مرض الموت وقد علما أن الطب لا يغني في ذلك شيئاً.

متى يجب التداوي؟

يبدو - والله أعلم - أن هناك بعض الحالات التي يجب فيها التداوي ونضرب لها بعض الأمثلة:

الأول: الأمراض البوائية المعدية التي ينتقل ضررها إلى الآخرين والتداوي منها ممكن، ويغلب على الظن حصول البرء والشفاء، ومثال ذلك مرض السل الذي يمكن أن يقضي على المريض وينتقل للآخرين، بينما علاجه ممكن وخاصةً في المراحل الأولى والمتوسطة، بل يمكن علاج كثيراً من الحالات المتقدمة وعلى أقل تقدير يمكن إيقاف المرض عند حدّه ومنع العدوى، وكذلك الجذام حيث يمكن إيقاف المرض عند حدّه ومنع العدوى، وهناك العديد من الأمراض التي تفرض الدول والمجتمعات القيود على المصاب بها، وتفرض عليه التداوي ومثالها الدفتريا (الخناق) والتيتانوس (الكزاز) والكوليرا والتيفوئيد والحمى الشوكية وغيرها، وتفرض الدول الغربية وبعض الدول الأخرى وجوب التبليغ عن الأمراض الجنسية التي كانت تسمى الزهريّة، وفي هذه الحالات يتم التبليغ عن متصل بهم المريض جنسياً، وتقوم السلطات الصحية بالاتصال بهؤلاء لمداواتهم، وإذا تركنا جانباً موضوع الأمراض الجنسية وأن هذه القوانين الغربية تكشف بعض الأسرار الخاصة لغرض الوصول إلى جميع الأفراد الذين اتصل بهم المصاب، ومحاولة مداواتهم ثم معرفة الأفراد الآخرين الذين كانت لهم علاقة جنسية بهؤلاء

المصابين حتى تتسع الدائرة، فإننا لا نجد صعوبة في فهم القوانين والمراسيم الخاصة بالأمراض المعدية، والتي تفرض الدول التداوي والتبليغ عنها لوقاية المجتمع بأسره، ويجب التداوي في الحالات للأسباب التالية:

١ - أن عدم التداوي في الحالات التي توفر دواؤها هو نوع من الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر منهي عنه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِكُمُ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ .

٢ - أن الضرر سينتقل إلى الآخرين وخاصة الأهل والمحيطين بالمرضى حيث ينتقل الميكروب من المريض إلى السليم المخالط، وقد ورد النهي عن ذلك بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، ويقوله: «لا يورد ممرض على مصح» .

٣ - المشقة التي تحصل له ولأهله ولذويه بتمريضه وتلبية حاجاته .

٤ - خسارة المجتمع لعضو عامل في المجتمع، وفقدان أيام العمل وإطالة أمد المريض .

كذلك يجب التداوي في الأمراض غير المعدية والتي يمكن التداوي منها، مثال ذلك: التهاب الزائدة الدودية إذ أن تركها قد يؤدي إلى انفجارها وإلى حدوث ما لا تحمد عقباه مع أن إجراء العملية الجراحية أمر ميسر والبرء شبه متيقن، والمضاعفات من العملية والتخدير نادرة الحدوث، وهكذا كل مرض يمكن مداوته بالجراحة أو بالعقاقير أو غيرها من وسائل العلاج إذا تيقن أو غلب على الظن حصول البرء والشفاء بالتداوي، فالمؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير .

متى يجوز عدم التداوي؟

١ - الأمراض التي لا دواء لها: هناك مجموعة من الأمراض التي ربما يظهر أنه يجوز فيها عدم التداوي، الأمراض التي لا دواء لها أو أن دواءها فيه مخاطر كثيرة وأن فائدة التداوي مظنونة، ولا يغلب على الظن حصول الشفاء، بل إن الأمل في حصول الشفاء ضئيل، ومثالها حالات السرطان والأورام الخبيثة بعد انتشارها في الجسم، فإن التداوي بالجراحة أو العقاقير الكيماوية أو الأشعة

لا يؤدي في هذه الحالات إلى الشفاء، بل ربما لا يؤدي ذلك إلى تخفيف المرض وإيقافه عند حده، ولا منَع الإعاقة وإيقاف الألم، وقد تكون كلفة التداوي على المريض وأهله مما يزيد في معاناتهم وحرَجهم، وقد لا يستفيد من هذه المحاولات إلاَّ المستشفيات وأصحابها.

٢ - الأمراض التي لا تضر إلاَّ صاحبها ولا تؤدي في الغالب إلى إعاقة أو زمانة أو تعطيل وظائف الشخص، وبالتالي لا تشق على من حوله، فيتحملها راضياً مطمئناً محتسباً للأجر والثواب ومثالها الشقيقة والصداع.

٣ - الأمراض التي لا تستطيع الوسائل الطبية المتاحة أن تقضي عليها، والتداوي بالتالي مشكوك الفائدة، وغاية الطبيب أن يخفف من الأعراض والآلام، ومع هذا فإنَّ العقاقير المستخدمة ذات أضرار مع إدمان استخدامها، والمريض بالخيار في الصبر على الألم والبعد عن أضرار العقاقير أو تعاطي الدواء، مع توقع حدوث بعض الأضرار نتيجة الاستمرار في تعاطي هذه العقاقير، مع العلم أن حصول الشفاء أمر مستبعد وغير متوقع ومثالها الأمراض الرثية أي الروماتيزمية والأمراض المناعية الذاتية.

من الذي يقرر التداوي من عدمه؟

١ - في الأمراض المعدية والسارية التي يتعدى ضررها إلى الآخرين تحدد الدولة متمثلة في وزارة الصحة الأمراض التي يجب التبليغ عنها ومداوتها ومتابعتها، ويحتاج بعضها إلى الحجر الصحي في مستشفيات خاصة مثل مستشفيات الحميات.

٢ - حالات الجنون التي يتعدى فيها الضرر إلى الآخرين، أو أن المصاب قد يضر نفسه دون أن يعقل، ويلقي بها إلى التهلكة، وفي هذه الحالة هناك مراسيم خاصة لإدخال هذا المصاب مستشفى الأمراض العقلية.

٣ - في الحالات المرضية التي لا يتعدى ضررها إلى المخالطين للمجتمع فإن الذي يقرر قبول التداوي من عدمه هو المريض نفسه، إذا كان بالغاً

عاقلاً راشداً، ولا يجوز الاعتداء على هذا الحق بأي شكل من الأشكال إلا في حالات فقدان الوعي وحالات الإسعاف .

٤ - إذا كان المريض قاصراً أو مختلاً عقلياً أو فاقداً للوعي والإدراك، فإن هذا الحق ينتقل إلى وليه، ومع ذلك لا يجوز للولي أن يمنع القاصر أو المجنون أو المغمى عليه من تلقي العلاج إذا كان في ذلك إنقاذ لحياته .

٥ - يتعين على الطبيب أو الهيئة الطبية أن تقدم الشرح الكافي للمريض أو لولي أمره عن طبيعة العمل الطبي أو الجراحي الذي ينوي القيام به، وللأسف فإن الواقع العملي في معظم الحالات في العالم الثالث لا تلتزم بهذه النقطة، بل نجد أن الإجراءات الطبية بل والعمليات الجراحية تتم دون إذن المريض في بعض الأحيان، دون إذن المريض البالغ العاقل الراشد، ولا يتم تقديم الشرح الكافي للمريض أو ولي أمره عن طبيعة العمل الطبي أو الجراحي إلا فيما ندر، وعن أخذ التوقيع للموافقة على إجراء العملية أو التخدير فإن المريض يمضي على ورقة معدة سلفاً دون أن يذكر فيها نوع العملية ولا تفصيلها ولا نوعية التخدير وهو أمر مخالف للأظمة .

وتقوم بعض الدول بانتهاك حقوق الإنسان بانتظام ومن ذلك تعقيم الرجال والنساء قسراً في الصين والهند - في عهد ماوتسي تونج وأنديرا غاندي - ووضع اللولب دون إذن المرأة في مستشفيات مصر في عهد عبد الناصر .

ويشارك الأطباء والهيئة الطبية في السجون في ممارسات لا إنسانية في بعض بلدان العالم الثالث، كما يستخدم هؤلاء - أي المساجين - في حقل التجارب الطبية دون إذنه .

إذن ولي القاصر أو المجنون أو المغمى عليه

لا بدّ من إذن ولي أمر القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي في الحالات التي لا تستدعي تدخلاً سريعاً لإنقاذ حياة المريض أو إنقاذ عضو من أعضائه، ولا يعتد بعدم إذن الولي في الحالات التي تهدد حياة القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي، فإذا كان القاصر أو المجنون أو المغمى عليه يحتاج إلى إجراء عملية جراحية

لإنقاذه، أو يحتاج إلى نقل دم وكان الولي يرفض مثل ذلك الإجراء، فإن على الطبيب أن يقوم بهذا الإجراء الطبي ولا يلتفت إلى معارضة الولي، هذه هي الإجراءات السارية في كثير من البلدان، وفي مثل هذه الحالات ينبغي أن يؤكد ذلك طبيبان، ولا يحق للولي أن يمنع مداواة مولاه وخاصة إذا كان في ذلك خطر على حياته، ولكن قد لا تكون الخطورة على الحياة وإنما على الصحة، فهل يبقى للولي مثل هذا الحق وبالتالي يستطيع منع مداواة مولاه؟ وهناك حالات الولادات المتعسرة أو الولادات التي يصاب فيها الطفل أثناء الطلق بما يعرف طبيياً (بَحْرَجَ الجنين)، وتستوجب هذه الحالات إجراء عملية قيصرية لإنقاذ الطفل، ومع ذلك يرفض الأبوان أو الأب إجراء هذه العملية، فهل يحق للأطباء في هذه الحالة إجراء العملية دون إذن لإنقاذ الجنين؟ تقرر بعض الدول ذلك إذا وافق طبيبان مختصان على وجوب إجراء هذه العملية لإنقاذ الجنين، فما هو الموقف الفقهي في مثل هذه الحالة؟ وما هو الموقف عندما تكون الولادة متعسرة ويكون الخطر محدقاً بحياة الحامل وولديها؟ وهناك حالة الطفلة المصابة بفشل كلوي ويرفض والدها أن يجري لهل عمليات الغسيل الكلوي نتيجة تجربة سابقة معالجة أحد أبنائه أو أقاربه، ومن المعلوم أن الغسيل الكلوي ليس علاجاً شافياً للفشل الكلوي، بل هو علاج يعطي المصاب فسحة من الوقت ليعيش حياة مع ما فيها من منغصات المرض بدرجة معقولة، وحتى يمكن إجراء عملية نقل الكلى التي تعتبر نسبة نجاحها عالية نسبياً، فهل يحق للولي أن يرفض علاج ابنته المصابة بالفشل الكلوي باعتبار أن ذلك ليس علاجاً شافياً وإنما هو إجراء مؤقت لإعطاء فسحة من الوقت؟ ومثلها أيضاً حالة سرطان في اليد أو القدم أو الأطراف ويمكن التداوي بالبر ورفض الولي ذلك؟ وهل من حق الولي أن يتبرع بكلية أو نخاع طفله لينقذ طفلة الآخر مع العلم أن التبرع من الأخوة وخاصة التوائم المتماثلة يعطي أفضل النتائج؟ وليس في هذا التبرع خطر على حياة الطفل المتبرع منه بل هناك احتمال ضئيل بالإصابة بمستقبل الأيام، فهل يجوز للأب أن يتبرع بنخاع أو كلية طفله لإنقاذ طفله الآخر؟ هذا مع العلم أن مجمعكم الفقهي الموقر قد أفتى في دورته الرابعة بالقرار رقم ١ د ٨٨/٨/٤ بشرط كون الباذل كامل الأهلية؟

من هو الذي لا يعتد برضاه؟

قال المصطفى ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة، الصبي حتى يحتلم، والنائم حتى يستيقظ، والمجنون حتى يفيق»، وعليه فإن معظم القوانين تجعل رضا القاصر والمجنون وفاقد الوعي لا يعتد به، ولكن هناك اختلافاً في تحديد سن القاصر، حيث نجد أن معظم قوانين الدول العربية والإسلامية تجعل السن القانونية ثمانية عشر عاماً، وبعضها يجعل سن الرشد واحداً وعشرين عاماً. فعلى سبيل المثال، حدد القانون الكويتي المدني (الفقرة الثانية من المادة ٩٦) سن الرشد بواحد وعشرين عاماً ميلادية كاملة، ومع هذا فقد أباح القانون الكويتي للشخص العاقل الذي أتم ثمانية عشر سنة ميلادية أن يتبرع بإحدى كليتيه.

وتعتبر بعض البلاد البلوغ كافياً لاعتبار رضا الشخص إذا كان عاقلاً، ونحن نعرف أن بلوغ الصبي يحدث فيما بين الثانية عشرة والخامسة عشرة، أما الصبية فقد تحيض في سن أقل من ذلك، قال الإمام الشافعي: أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة يحضن لتسع، وهو مذهب الإمام الشافعي والإمام مالك والإمام أحمد، وعند الأحناف أقل سن للحيض سبع سنوات، فهل إذا بلغت الصبية تسع سنوات وحاضت في تلك السن يعتبر رضاها كاملاً أم لا بدّ من إذن الولي في أمر التداوي حتى تبلغ سنّاً محددة؟ وثار في الغرب جدل حول ما يفعله بعض الأطباء من وصف وسائل منع الحمل مثل الحبوب للفتيات القاصرات أقل من ثمانية عشر عاماً، دون إذن مسبق من ولي أمر الفتاة والمشكلة لدينا أظن حيث إن معظم الدول لا تفرض رقابة على الصيدليات، بل ويشجع كثيرٌ من الدول صرف حبوب منع الحمل بدون وصفة طبية، وهو أمر بالغ الخطورة ومنافٍ للأعراف والأنظمة الطبية، ويعرض المستعملة لمخاطر مضاعفة في بعض الحالات، ويستطيع – للأسف – أي إنسان أن يشتري من أي صيدلية حبوب منع الحمل دون أي وصفة في معظم بلدان العالم الثالث، ويُستخدَم بعض السجناء في عمليات التبرع بالدم قسراً، كما يستخدمون أحياناً في مجال التجارب الطبية

دون إذنه، وهذه كلها صور من الممارسات التي يعتدى فيها على حقوق الإنسان.

ومما يستتبع إذن المريض إذنه في التبليغ عن حالته إلى رب العمل، أو إلى شركة التأمين، أو إذنه في نشر المعلومات عنه في الصحافة أو في المجلات العلمية إذا كان ذلك فيه ما يشير إلى شخصية بصورته أو علامة من علاماته، ولا بدّ من إذن المريض البالغ العاقل الراشد في مجال إجراء التجارب الطبية مع وجوب شرح كافة الملابس والمخاطر التي قد تنجم عن مثل ذلك الإجراء.

ولا يكتفى بإذن ولي القاصر أو المجنون أو فاقد الوعي في مجال التجارب الطبية بل لا بدّ من إذن الشخص ذاته، ولا يعتبر إذنه ما لم يكن بالغاً عاقلاً راشداً، وتفرض كثير من الأنظمة الإذن الكتابي مع الإشهاد في جميع الحالات التي تستوجب إجراء عملية جراحية وإعطاء المخدر وإجراء الفحوصات التي تُدخّل إلى جسم المريض، مثل المناظير ومثل أخذ عينة الكبد أو الكلى أو الإمعاء، ومثل قسطرة الشرايين، وكل إجراء فيه تدخل في جسم المريض، وأي علاج كيميائي لمعالجة السرطان أو المعالجة بالأشعة، في حالات تصوير المريض، بالآلة أو الفيديو ما عدا التصوير الذي لا يشمل الوجه بل يقتصر على المناطق التي لا يمكن أن يستدل بها على الشخص، ولا بدّ من إذن المريض حين الاستفادة من الإجراء والأنسجة التي تم إزالتها في أثناء عملية أو ولادة أو سقط، ولا حاجة للإذن في الأنسجة والإفرازات التي تُشكّل خطراً على الصحة العامة، وبالتالي يجب التخلص منها.

علاج الحالات الميؤوس منها

كما أسلفنا يجوز للمريض أن يرفض التداوي – بالنسبة لأوضاع القوانين فأنا لا أتحدث من الناحية الفقهية لأن الأمر إليكم – يجوز للمريض أن يرفض التداوي وخاصةً في الحالات التي لا يستطيع الطب فيها أن يفعل الكثير، وفي بعض الحالات يطيل الطب أمد المعاناة كما أنه قد يطيل عملية الموت والنزع،

وقد أسلفنا القول في أن الأمة قد أجمعت على جواز ترك التداوي للأحاديث الواردة في الباب، وخاصةً إذا كان هذا المرض لا يتعدى إلى الآخرين، والأمل في شفاؤه محدود أو منعدم أو أن فائدة التداوي مظنونة موهوبة لا متيقنة ولا راجحة، وفي هذه الحالات يحق للمريض أن يرفض التداوي متى كان عاقلاً بالغاً راشداً.

ولكن هل يحق لولي أمر ناقص الأهلية مثل الطفل أو المجنون أو المنعمى عليه أن يقرر نيابة عن المريض ترك التداوي؟

وهل يحق للأطباء في المستشفيات وغيرها أن يقرروا أن هذه الحالة ميؤوس منها وأن الطب بوضعه الحالي لا يستطيع أن يقدم شيئاً وبالتالي يتوقف الأطباء عن محاولاتهم؟ وعلى سبيل المثال هناك طفل مصاب بعاهات شديدة ومَوَّه الدماغ — أي باستسقاء كبير جداً في دماغه — ومصاب بأنواع من الشلل ولا أمل في إجراء العملية لأن الدماغ قد ضمّر، فهل تجري لمثل هذا الطفل العملية؟ وهل إذا أصيب هذا الطفل بالتهاب رئوي حاد يبادر إلى علاجه؟ ومعلوم أن الالتهاب الرئوي يمكن مداواته ولكن حالة المريض الخطيرة لا يمكن مداواتها، فهل يترك المريض دون علاج حتى يتخلص مما هو فيه؟ وهل إذا أذن الولي في مثل ذلك الإجراء وهو، ترك التداوي من الالتهاب الرئوي أو التهاب المجاري البولية أو أي نوع من الحميات أو الإسهال، وكلها يمكن مداواتها يعتبر ذلك نوعاً من القتل؟

وهناك الشيخ الهرم المصاب بأنواع من الشلل وجلطة في القلب وفشل في وظائف الكلى فهل يدخل في برنامج الغسيل الكلوي وعدد الآلات محدود ويحتاج لها من هم في مقتبل العمر من الذين يعانون من الفشل الكلوي؟ وهل إذا أصيب مثل هذا الشخص بتوقف مفاجيء لضربات قلبه يبادر إلى إسعافه أم يترك مثل هذا الشخص ليسترخ من هذه المعاناة؟ وهل إذا أصيب بالتهاب رئوي أو التهاب في المجاري البولية أو التهاب في الزائدة يبادر إلى مداواته طبيياً وجراحياً حسبما تستدعي الحالة أم يترك دون تدخل؟.

وهناك المريض الذي أصيب دماغه إصابات بالغة أدت إلى فقدان الوعي فقداناً كاملاً ومع هذا فلا يزال جزء من دماغه يعمل، وخاصة جذع الدماغ، وبالتالي لا يدخل في تعليق موت الدماغ، وهو يعيش عن طريق التغذية بالأنبوب عبر المعدة، والقسطر لإفراز البول وقد يحتاج إلى المنفسة باستمرار أو من حين لآخر، ولا أمل في استعادته للوعي والإدراك ولا أمل في تحسن حالته، ويتعرض مثل هذا الشخص لالتهاب رئوي أو جلطة في القلب وتوقف في النبض، فهل يتم إسعافه أو يترك ليلاقى حتفه؟.

في بعض المستشفيات يقرر الأطباء بصورة جماعية ماذا سيفعلون في هذه الحالة؟ وبالتالي توضح تعليماتهم إلى الأطباء المناوبين وهيئة التمريض ترك مثل هذا الشخص بدون إسعاف أو بدون علاج، وفي أماكن أخرى يتم تكوين لجان أخلاقية مكونة من بعض الأطباء وما يسمونه رجال الدين، وشخصيات اعتبارية، ولكل مستشفى لجنة من هذه اللجان تقرر ما ستفعله لكل حالة على حسبها، وفي هذه الحالات جميعاً لا يؤخذ رأي المريض لأنه لا يستطيع أن يُبدي مثل هذا الرأي بسبب فقدان الوعي أو سوء حالته الصحية، كما لا يؤخذ في معظم هذه الحالات رأي ولي أمر - أي ولي أمر المريض - وإنما يتم الأمر بين الأطباء أو اللجان الطبية الأخلاقية.

وبعض الأسئلة المطروحة هي:

- ١ - هل من حق المريض البالغ العاقل أن يقرر أنه لا يريد إجراء نوع معين من العلاج أو يرفض العلاج بكل أنواعه؟ وخاصةً في الحالات التي ليس فيها مرض معدٍ وتلك الحالات التي لا يستطيع الطب أن يقدم فيها شيئاً كثيراً؟
- ٢ - هل من حق الأطباء أن يقرروا التوقف عن العلاج ومنع إسعاف المريض المُدَنَّف إذا أصيب بجلطة في القلب أو توقف في قلبه أو أصيب بالتهاب في الرئة أو الزائدة أو غير ذلك؟
- ٣ - هل من حق ولي أمر المريض الميؤوس منه أن يتفق مع الأطباء على إيقاف العلاج ومنع الإسعاف في مثل هذه الحالات؟

٤ - هل من حق اللجنة الأخلاقية في المستشفى والمكونة من الأطباء ورجال مجتمع وما يسمونهم رجال دين أن يوقفوا العلاج للحالات الميؤوس منها؟ كما يكون من حقها إيقاف الإسعاف؟

هذه بعض الأسئلة المقدمة إلى أصحاب الفضيلة والسماحة راجين منهم أن يفيدونا ويعلمونا ما يفعل الأطباء في مثل تلك الإجراءات؟
والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم

شكراً وقبل طرح الموضوع للمناقشة نرحب بالفريق الطبي الذي حضر من جامعة أم القرى برئاسة الطبيب أمين صالح كشميري وفي الوقت الذي نرجو أن يستفيدوا، كذلك نرجو ألا نعدم من تداخلاتهم في مجال الطب في هذا الموضوع.

وفي الواقع أن العرض الذي تفضل به الطبيب الأستاذ محمد علي البار هو، على عاداته في شموله ودقته - جزاه الله خيراً وأثابه - ولكن كثير من الأسئلة التي أوردها وأثارها غير مغطاة في هذه البحوث، والبحوث الثلاثة الموجودة تكاد تلتقي في عدة نقاط، والأسئلة التي أثارها العارض هي مهمة دقيقة، وأذكر أن مجموعة منها سبق وأن نوقش في منظمة الطب الإسلامي في الكويت، وربما كان الطبيب محمد علي البار موجوداً آنذاك في مظلة المنظمة، وعلى كل فهل ترون أن يتحدد النقاش فيما غطته البحوث أو أن يتناول الجوانب التي أثرت؟
يترك هذا للمداولة. تفضل الطبيب الصقال.

الدكتور محمد عدنان صقال:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحقيقة شكراً للدكتور محمد علي البار الذي أفاض في هذا الموضوع، ولكن لي ملاحظة: إن الدكتور محمد علي البار قد قرأ ما كتب فقط وكان حرياً

به أن يستعرض بقية الآراء التي وردت من بقية الزملاء، كالزميل علي محمد يوسف الحمدي. وإني مضطر ألا أعيد ما قاله، ولكن أريد أن أضع بعض النقاط في هذا الموضوع، الموضوع الذي كتبنا فيه محصور فقط في الحالات الميؤوس منها، وتوقف العلاج على إذن المريض.

الحالات الميؤوس منها: حالات عديدة منها تَمَوَّتَ الدماغ وفشل الكلية والسرطانات المنتشرة وتشميع الكبد، إلى آخره، وهناك عاملان، عامل علاجي وهو التداوي بوجوده أو عدمه وقد شرحه الزميل أخي الدكتور محمد علي البار، ولكن هناك عامل نفسي كان يجب أن نقف عنده وهو عندما تقول للمريض: إن مرضك ميؤوس منه ولا علاج له فإنك قد أمته مرتين، المرة الأولى في المرض الذي هو فيه، والمرة الثانية لأنه يعلق الآمال على الطبيب، فهو بذلك يكون يريد أن يتخلص من هذه الحياة.

التداوي وقد ذكره الدكتور البار، وإنه مال مع وجوب التدوي عملاً بالحديث الشريف «تداواوا عباد الله» وكذلك أنه يجب أن نأخذ بالأسباب، فقصة مريم: ﴿وَهَزَىٰ إِلَيْكَ بِجُنَاحِهَا أَلْتَخَلَّىٰ...﴾ الآية، تعتمد على العمل. وكذلك سيدنا يعقوب عليه السلام عندما نصح أولاده. وكذلك قول النبي ﷺ: «اعقلها وتوكل».

أما بالنسبة لإذن المريض: فإنني أحب أن أسرد حادثة جرت معي في المشفى وهي أن هناك طفلاً صغيراً كان في الثانية من عمره، وأن هذا الطفل كان مصاباً بورم في الساق، وعندما أجرينا له عملية «خذع» من هذا الساق فتبين أن هناك سرطاناً في العظام، وأبلغنا الأب بأنه يجب أن يبتر الطرف السفلي، طبعاً الأب لم يوافق على ذلك، وبكى وصاح ثم ذهب إلى طبيب آخر وثالث ورابع وكان الجواب نفسه، لم يرض الأب ببتر هذا الطرف ثم بعد مرور سنتين توفي هذا الطفل، السؤال المطروح: من هو المسؤول يا ترى؟ - طبعاً الأب - ولكن ما هو حكم الشرع في هذه الحادثة؟ أو ما هو حكم القانون في مثل هذه الحوادث، قرأت في كتاب من نصائح الإمام الشافعي - رضي الله عنه - لتلميذه

يونس بن عبد الأعلى، قال له: لا تسكن بلدة ليس فيها عالم أوليس فيها طبيب. ومن هنا نرى وجوب التداوي، كثير من الناس يقول: إنه يتوكل على الله فكلنا متوكلون على الله، ولكن كما قال بعض غلاة الصوفية بأن الولاية لا تتم إلا إذا رضي بجميع ما نزل عليه من بلاء! وقسم ثانٍ قال: التداوي وتركه أفضل، ولا نريد أن ندخل في هذا الموضوع.

أنا أريد أن أركز على الناحية النفسية، وأخالف أخي الدكتور البار، بأنه مهما كانت الحالة ميؤوساً منها فلا يجوز لنا نحن الأطباء أن نقول للمريض: إن مرضك ميؤوس منه والأفضل ألا نقول للمريض، بل ندعه أن يترك هكذا حتى يموت، يبقى المريض معلقاً بالطبيب حتى آخر لحظة من سكرات الموت، ويبقى الإنسان يعيش على الأمل، وأما إذا قطعنا هذا الحبل بين الطبيب والمريض فإننا حينذاك نكون كمن يسدد - وهذا خطأ - رصاصة الرحمة إليه أو يريد أن ينهي حياة المريض وهذا بالشرع غير جائز كما تعلمون.

هناك ناحية ثانية، حادثة ثانية: هناك طفل مجنون وهذا الطفل كان له أخ، والمراد أن تنقل الكلية من الأخ السليم إلى الأخ المريض، من المجنون إلى العاقل، وتم نقل هذه الكلية بموافقة ذوي المريض، ولكن المجنون لا يستطيع أن يقرر مثل هذه الأشياء الشخصية لأنه ليس عاقلاً، فأعتقد أن هذه أيضاً جناية، ولا يجوز شرعاً أن تمتد يد الطبيب حتى إذا وافق الأهل على انتزاع مثل هذا العضو لنقله إلى شخص آخر، فهذا ليس حقاً مكتسباً لذوي المريض.

هناك بعض الحالات التي تستدعي التدخل السريع، مثل الحوادث التي يكون فيها خطر على المريض، فيجب على الطبيب أن يتدخل دون إذن المريض، وقد ذكر ذلك أخونا الدكتور البار.

أخيراً إنني أقول رفقاً بالأطباء، فلا تحرموهم من ضم صوتكم إليهم بوجوب التداوي لأن الجهل كبير وكبير جداً، فمنهم من يؤمن بأشياء ما أنزل الله بها من سلطان وليست من الشرع في شيء، وهناك من يدوس على ظهر المريض حتى يخلصه من الدسك، وهناك أشياء كثيرة تعرفونها نعيشها هناك، وإننا نريد

أن نكون واقعيين وأن تكون قراراتنا منسجمة مع الواقع الذي نعيشه . وشكراً.

الشيخ عبد الله محمد عبد الله :

بسم الله الرحمن الرحيم

في الواقع أن هذا الموضوع لم يكتب فيه من كنا نوّد أن يسهموا فيه، لما نعرفه عنهم من اطلاع واسع وقدرة على العطاء. هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن المجتمع نفسه يظهر أنه لم يولّ هذا الموضوع اهتماماً كبيراً كما كان شأنه في الموضوعات الأخرى، حيث بسط القول وبين العناصر مفصلة في الموضوعات التي طلب من الخبراء والعلماء الكتابة فيها، بينما أجمل في هذا الموضوع واكتفى بعرض العنوان. وبناءً على هذا العرض كان بحثي خاصاً في جزئيات بسيطة، ولهذا حصرتها في ثلاثة صور. والسيد العارض لفت نظري إلى موضوع أهم وهو الحالات المرضية المعدية أو التي يخشى منها على صحة الآخرين فمثل هذه الصورة أعتقد لا يختلف اثنان في أنه لا بدّ أن يعالج مثل هذا الإنسان حماية له وحماية لغيره، والقرارات الصادرة في بعض الدول نَحَتْ هذا المنحى، أما الصور التي عرضت لها وهو فهمي من العنوان علاج الحالات الميؤوس منها. فعلاج الحالات الميؤوس منها قسمتها إلى ثلاثة أقسام أو صورتها بثلاث صور.

الصورة الأولى: أن يصل الإنسان بمرضه العادي إلى هذا الحال أي إلى حالة الاحتضار، ففي مثل هذه الحالة - في حالة الاحتضار - لا نستطيع إلا أن نخضع لإرادة الله - عز وجل - وهنا الفقهاء أو العلماء الذين كتبوا في هذه الحالة بيّنوا الآداب التي تتبع مع المريض وهي تلقينه، والجلوس معه، وإبعاد الأطفال والنساء وما إلى ذلك، في مثل هذه الحالة إذا وصل إلى هذه الدرجة فما على الطبيب ولا على المريض الذي يكون فاقد الوعي ولا إرادة له، إنما بالنسبة لأهله وغيرهم لا عليهم إن هم طلبوا من الطبيب ترك العلاج.

الصورة الثانية: الذي وصل إلى هذه الحالة بالجناية عليه، أو بالاعتداء عليه كأن يكون في حادث سيارة أو مشاجرة أو كذا ووصل إلى درجة، والفقهاء في هذه الحالة يذكرون أن من وصل إلى (حركة المذبوح)، بأن لم يبق فيه إبطار

ونطق وحركة اختيار، فإذا كان بالجناية عليه فالواقع أن الشافعية لهم رأي غريب في هذا الموضوع ورأي جريء جداً، لا أعلم هل الأطباء يوافقون عليه أم لا؟ يعتبرونه في هذه الحالة ميتاً، ولو كانت فيه حركة حياة، حتى قالوا: إنه يجوز دفنه والصلاة عليه، ولو كانت امرأته حاملاً ووضعت ففي هذه الحالة حَلَّتْ الأزواج. واعتبروا الاعتداء عليه حتى لو جاء شخص وأجهز عليه لا يعتبر أنه أجهز على حي إنمّا يعتبر أنه مثل بميت، وإنما الذي أوصله إلى هذه الحالة هو الذي يعتبر جانياً عليه. ولعلماء المالكية في هذه المسألة رأيان، رأي كالشافعية ورأي يعتبرونه حياً ويعتبرون من اعتدى عليه يعتبر معتدياً على حياة إنسان حي.

الصورة الثالثة: التي صورتها في بحثي هي الحالات المرضية التي لا علاج لها، والتي يقطع الأطباء بأنه لا علاج لها عندهم ففي مثل هذه الحالة في مدخل ابن الحاج ذكر صورة من هذه الصور، فإنه كان يتعاطى العلاج عند طبيب وأن الطبيب ظل معه مدة طويلة يصف له أدوية ويتقاضى منه أجراً على هذا العلاج، حتى أن المريض نفسه يش من علاجه وصرّف الطبيب وقال: نويت أن أنفق بعض ما كنت أنفقه على الطبيب على الفقراء والمساكين طلباً للسنة وطلباً للعلاج، فما مضى وقت حتى شُفي من هذا المرض، فوجدت الطبيب فسألته: لماذا كنت تصف لي هذه المدة ولم أكن أجد منفعة منه؟ قال: والله لم أكن أجد لمرضك هذا دواء إلاّ أنه يقبح بالطبيب أن يخرج من عند المريض ولا يصف له شيئاً لثلا يوحشه بذلك.

فمثل هذه الحالة، فكما أشار إليه الطبيب الفاضل أنه لا يحسن للطبيب أن يقطع المريض من الأمل، ويجب أن يعطيه أملاً والأعمار بيد الله سبحانه وتعالى. هذا ما ذكرته في هذا الشق من البحث. أما الشق الآخر وهو مدى توقف العلاج على إذن المريض.

في المبحث السابق بحثت كما بحث الأخ العارض حكم العلاج عند الفقهاء، فالقلة الذين ذهبوا إلى وجوب العلاج وإنما الأكثرية ومنهم المالكية

قالوا: يستوي العلاج وعدمه. والشافية وجماعة من الفقهاء يقولون: إن العلاج أولى، وبعضهم قال: ترك العلاج أولى.

وعلى هذا فإن رغب المريض أو وليه أن يوقف الطبيب العلاج فإنه لا بأس على الطبيب إن هو استجاب لهذا الطبيب ووقف عن العلاج. وشكراً.

الشيخ محمد رأفت:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اتبع سبيلهم إلى يوم الدين.

وبعد:

ما ذكره الأستاذ الكريم الطبيب البار يجعلني أركز على بعض النقاط، منها ما ذكر من الأحاديث النبوية الشريفة والتي ظاهرها التعارض، وما ذكره من استنباط الإمام أحمد في قوله في التداوي، والواقع أن هذه الأحاديث يمكن الجمع بينها بسهولة ويسر، وكذلك يوجه الاستنباط الذي استنبطه الإمام أحمد وغيره من الأئمة في أن الشفاء من الله سبحانه: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾.

وهذا لا يتعارض مع الأخذ بالأسباب وأن يسلك الإنسان سبيل العافية، فالنبي ﷺ سأل الله العافية، وطلب منا أن نسأل العافية، فلا تعرض الأحاديث بالصورة التي يفهم منها أن يَضْرَبَ بعضها بعضاً وإنما في جمعها وتوجيهها يجمع بينها دون تعارض.

الأمر الآخر في مسألة طلب الإذن من المريض أو من وليه.

في الواقع ليس هناك إنسان يرفض العافية، والإنسان إذا أصيب بنوع من الألم أو بنوع من المرض يريد الشفاء ويريد العافية، ولكن المسألة في ثقة هذا الإنسان فيمن يتوجه إليه بطلب الدواء أو بطلب العافية، وفي هذه الحالة الإسلام جعل أمامنا تقدير الخبرة وتقدير العلم، والإنسان العادي لا يستطيع أن يقول بكلمة صواب في أمر العلاج، وإنما يقول ذلك الخبراء والأطباء المتخصصون، ولذلك فإن الثقة في الإنسان الطبيب هي التي ينبغي أن تكون محل العناية

والتقدير، فترك للمريض الفرصة في أن نجعل أمامه هذه الثقة في الخبراء المتخصصين، ولا بأس أن يعرض الأمر على أكثر من خبير متخصص في هذا الأمر الطبي، فإذا أجمع الخبراء المتخصصون في الطب، فلا مجال للتوقف عن العلاج لطلب إذن المريض أو إذن وليه، وإنما يصبح الواجب دفع الضرر، ودفع الضرر لا يقدره المريض وإنما يقدره الطبيب المتخصص الذي تتحقق فيه هذه الثقة.

أما مسألة القطع باليأس فأنا أضيف صوتي إلى صوت الأستاذ الكريم الذي ينبه الأطباء لخطورة هذه المسألة النفسية، الإنسان لا يقطع الأمل إلى آخر لحظة، والقرآن الكريم لما ضرب لنا المثل بأيوب - عليه السلام - وأنه وصل إلى حالة يمكن أن يقال فيها: إنها حالة ميؤوس منها، لم ييأس من رحمة الله، وعقب القرآن الكريم أن ما حدث لأيوب من هذا الإعجاز يمكن أن يحدث لكل عبد صالح، قال تعالى في سورة الأنبياء: ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ ﴿٨٦﴾ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِنْ عِنْدِنَا وَذِكْرَى لِلْعَابِدِينَ ﴿٨٧﴾﴾.

فالأمل يظل مصاحباً للإنسان إلى آخر لحظة، ولذلك فإن الأطباء لا نستطيع أن نقول لهم أوقفوا العلاج، وإنما من العلاج أيضاً عدم إعطاء الدواء إذا كان غير مفيد، فهم يفعلون ذلك بحكم الخبرة، يقدمون الدواء المناسب، ويتوقفون في الوقت المناسب، دون الدخول في تفصيل لا يفهمه المريض، ولا يفهمه أهل المريض، وإنما يقدمون ما تمليه الخبرة وما يمليه الموقف الذي لا يقدره إلا هم في هذه الحالة.

النقطة الأخيرة في مسألة التبرع بالأعضاء:

مسألة التبرع بالأعضاء اتسع القول فيها الآن إلى درجة قد تخيف كثيراً من الناس، وأن الإنسان إذا دخل إلى المستشفى في حالة حادث عارض، أو في حالة يقال فيها إنه أصيب بموت الدماغ، فإنه يخشى على نفسه أن يؤخذ منه شيء، أو أن يسلك بعض الناس سبيل الاتجار بالأعضاء، وأن يُشتهر في حياة الناس البنوك التي تبيع الأعضاء، وبدلاً من أن يباع الإنسان كما كان يباع رقيقاً

يباع في صورة مقطعة بدلاً من الجملة، ولذلك أنا أحب أن يصدر التوجيه في أن تهتم الأمة - وقد عينا بعقد الاستصناع بالأمس - أن تهتم الأمة أيضاً في توجيه أبنائها إلى الكشف والتصنيع للآلات والأدوات حتى نصل في وقت من الأوقات إلى التغطية التي نطمح إليها وتغنينا عن الأخذ لأعضاء الإنسان الذي يتعرض لحادث أو غيره.

هذا ما أحببت أن أذكره وشكراً.

الدكتور محمد نبيل غنايم:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

وبعد:

فإني أميل إلى الأخذ برأي جمهور العلماء في العمل بالتداوي والبحث عن الشفاء ما وسعنا إلى ذلك سبيلاً، وأقسم الأمور إلى ثلاث نقاط أو أربع.

أولاً: بالنسبة للأمراض المعتادة يحسن التداوي منها عملاً بالتوجيهات القرآنية الكريمة العديدة من مثل قوله تعالى: ﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا سِرِّيَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَسُولُهُ ﴾.

من باب الأخذ بالأسباب، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾.

وقول الرسول ﷺ: «المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير». ومما لا شك فيه أن الصحة والشفاء من الأمراض يساعد على العبادة وعلى طاعة الله والتقرب إليه عزوجل.

ثانياً: المحافظة على النفس من جميع جوانبها تقع ضمن الضرورات الخمس المعروفة بمقاصد الشريعة، أو بالكليات، والتي من أجلها فرض الله تعالى الفرائض المعروفة وحدّ بسبب الاعتداء عليها الحدود والعقوبات المقررة.

ثالثاً: أما الحالات الميؤوس منها فأرى أنه لا يجوز التوقف فيها أو الاكتفاء فيها برأي طبيب واحد أو طبيبين أو نحو ذلك، وإنما يوكل الأمر في قرار أن هذا المرض وهذه الحالة وصلت إلى مرحلة اليأس إلى لجنة طبية من كبار المستشارين أو الاستشاريين وعدم الاكتفاء برأي طبيب خصوصاً إذا كان مبتدئاً في هذا المجال.

رابعاً: أما مسألة الاستئذان فغير واردة ولا تجوز في الحالات الشديدة أو في الحالات الطارئة، يعني مثل حوادث السيارات مثلاً، أما إذا كانت حالة المريض مستقرة، وهو في بيته فهذا أمره متروك إلى نفسه وهو مسؤول عن صحته وعن أحواله أمام الله عزوجل . وصلى الله على سيدنا محمد . وشكراً .

الشيخ عبد الله بن بيه :

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، اللهم صل وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً .

هناك نقطتان، النقطة الأولى: تتعلق بمسألة التداوي هل هو واجب أو جائز؟ أنا أميل في الحقيقة إلى أنه واجب إذا كان المرض مرضاً قد يؤدي إلى هلاك أو إلى شديد أذى، وهذا طبقاً للأصول العامة التي تحكم هذه القضية، فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ وَلَا تَلْقُوا يَأْتِيَكُمُ إِلَى اللَّهِ كَذِبًا ﴾ .

ويقول جل وعلا: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ .

وفي رواية أن النبي ﷺ قال في الرجل الذي سأل الناس وقالوا له: لا بد أن يتوضأ لا بد أن يستعمل الماء فاستعمله فمات، قال: «قتلوه قاتلهم الله فهلا سألوها إن جهلوا إنما دواء العبي السؤل» . . شدد في أمر هذا الرجل في الوضوء وفي الغسل في حالة تؤدي إلى موته، كل الأصول العامة في الشرع يفهم منها وجوب المحافظة على النفس، ووجوب المحافظة على الأعضاء، ولأجل ذلك أوجب الله سبحانه وتعالى أكل الميتة للمضطر، والرخصة قد تصل إلى الوجوب، وهذا يدل على المحافظة على النفس، إذن الأصول العامة كلها تدل على الوجوب إذا كان التداوي مأمون العاقبة، وأيضاً مضموناً أو مظنوناً ظناً قوياً، فهنا يجب التداوي بلا شك، ويجب حمل كل الآثار وكل الأخبار التي وردت بسوى ذلك على أنها إما أن تكون قضايا عينية، وإما أنها تحض على التوكل على الله — سبحانه وتعالى — بالقلب، والتوكل — كما يقول أبو حامد الغزالي — هو فعل قلبي هو حالة نفسية، وليس معنى التوكل كما يقول: أن يكون الإنسان خرقة في

مهب الرياح أو لهماً على وَضْن، ليس هذا هو التوكل، فإن هذا المقام الجليل لا يحصل بمراغمة أمر الله - سبحانه وتعالى - فالله - سبحانه وتعالى - أمر بالعمل وكيف يطلب الولد من لم يتزوج؟ وكيف يطلب الحصاد من لم يبذر؟ كل هذا يدل على أن العمل واجب وأن العلاج واجب.

هذه القضية أعتقد أن الأولى أن نقول فيها بالوجوب، إذا كان المرض شديداً يخاف على المرء من ذهاب النفس أو ذهاب عضو أو تلف وظيفة من وظائف الأعضاء، يعني إذا كان في مرتبة الضرورات.

ويجب أن نبين في نفس الوقت هنا حقيقة التوكل ونظهر أن التوكل ليس بترك الدواء، والنبي ﷺ داوى وكوى - كي أسعد بن زرارة (رضي الله عنه) - وردت كثير من الأحاديث تتعلق بالدواء وقال للآخر: «صف له داءك يصفه الحارث بن كعدة - وكان طبيباً كافراً-». إذن لا بد من التداوي.

النقطة الثانية: هي مسألة الميؤوس منه وكما قال الأخ الذي تكلم قبلي: لا بد أن يقرر ذلك جمع من الأطباء، ألا يقرره طبيب واحد وفوق كل ذي علم عليم، وألا يئسه فقد ورد في آداب عيادة المريض أن نقول له: لا بأس طهور، وقال عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - لأبي بكر الصديق - رضي الله عنه - إني أراك بارئاً يا خليفة رسول الله، قال: وإني مع ذلك لدنّف قالها أبو بكر مجيباً له. فهذا يدل على أن المريض ينبغي أن نعطيه أملاً والأ نقطع أمله وطمعه في الحياة.

النقطة الثالثة: هي إعطاء الأعضاء، أنا لا أرى أن أي شخص يمكنه أن يتبرع بعضو شخص آخر أو يبيعه، ولو كان أباً ولو كان أخاً ولو كان المتبرع بعضوه قاصراً، إن هذا الشخص لا يملك أعضاء هذا الشخص الآخر، ولو كان مجنوناً. لا يجوز أبداً بحال من الأحوال أن يتبرع بعضو منه لشخص آخر، والقاعدة هي أنه لا تُنزل ضرراً بشخص لفائدة شخص آخر (لا ضرر ولا ضرار)، فإنزال الضرر بهذا الشخص ولو كان مريضاً أو متخلفاً عقلياً لفائدة شخص آخر،

هذا أمر حرام وملكية الأعضاء هي من ملكية الانتفاع والله - سبحانه وتعالى - سخر هذه الأعضاء للإنسان لينتفع بها وليست لتعطي لغيره، وقد أفنى المجمع فيما أعتقد في الأعضاء المزدوجة بجواز التبرع لشخص، وإن كنت عندي توقف في هذا ولكن الأمر الآن يتعلق بتبرع شخص آخر، هذا الأمر لا يجوز، وهذه القضايا في غاية الدقة والطيب عليه أن يراقب الله - سبحانه وتعالى - في معاملته مع المريض ولا يحتاج إلى إذن في الحالة الخطيرة كما قال الأخ الذي سبقني في الكلام.

خلاصة القول: أولاً: إن التداوي في الحالات الضرورية واجب شرعاً، وكل الأحاديث التي وردت بخلاف ذلك فإن الأصول العامة والأحاديث الأخرى تحكم عليها، والأصول العامة مقدمة على النصوص الجزئية، هذا أمر مسلم به ومقاصد الشريعة واضحة.

ثانياً: أنه لا يجوز تبرع شخص بعضو شخص آخر ولو كان قاصراً أو مجنوناً (وشتى أنواع القصور).

ثالثاً: هو أن المريض لا يجب أن نحمله على اليأس من روح الله ومن رحمة الله: ﴿ إِنَّهُمْ لَا يَأْتِسُّ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ ﴾ ﴿٣٥﴾ و ﴿ وَمَنْ يَقْنَطُ مِنْ رَحْمَةِ رَبِّهِ إِلَّا الضَّالُّونَ ﴾ ﴿٣٦﴾.

فيجب أن يبقى له أمل . وشكراً.

الدكتور أمين صالح كشميري:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أشكر فضيلة الدكتور بكر أبو زيد على ترحيبه بفريق جامعة أم القرى، وفي الواقع ليس منا طبيب ولذلك نجد أنفسنا في حل من أن نقول للأطباء رفقاً بالمرضى والمصابين، إنما شدنا إلى هذا الاجتماع الكريم كوننا نتعامل مع وظائف الأعضاء، وهو العلم الذي يعنى بمحور هذه القضايا التي نحن بصدد

نقاشها، فأقول وبالله التوفيق: إن أي رأي فقهي يجب أن يتوفر فيه عنصر الثبات، وكثير من الأمور التي طرحت في الأبحاث المقدمة التي تفضل بها الإخوة الكرام مشكورين، لا تراعي موضوع ثبات الفتوى الشرعية، التي في رأيي ينبغي أن تكون إحدى العناصر الهامة والأساسية، لأن المشكلات التي يتناولها البحث متغيرة وليست ثابتة، إذ ليس كل ما يقطع به الأطباء، أو كل ما يقطع الأطباء بعدم رجاء برئه لا يبرأ، وإذا لم يبرأ اليوم فإنه قد يبرأ غداً، والذي يستعصي اليوم قد يصبح في الغد القريب أمراً ميسوراً وفي متناول الطب والأطباء. والأبحاث ترى والإخوة الباحثون في هذا المجال يعرفون هذا، ولعل من أشد الحالات إلحاحاً في بيان جوانبها الفسيولوجية موضوع (المتوفى دماغياً والأجنة المشوهة) وهذه الأمور الآن، الأبحاث تشير إلى أنه ما كان يعتقد في السابق حتى الأمس القريب أن خلايا الدماغ - الخلايا العصبية - إذا تلفت لا تسترد ولا يمكن الاستعاضة عنها، الآن بالإمكان زرع - ولو في مستوى التجارب الحيوانية في المعمل - خلايا دماغية من أجنة الحيوانات غير البالغة - أقول الخلايا الدماغية غير الناضجة - إلى أدمغة الحيوانات التي أحدث فيها التلف مخبرياً في المعمل وبالتالي نمت الخلايا وازدهرت والآن هذا الموضوع أصبح لا يشكل مفاجأة بالنسبة للمتعاملين مع هذه الأمور في هذا الخصوص، فتعرفون أيها الإخوة الكرام أن من مقاصد الشريعة أنها ترمي إلى إنقاذ النفس البشرية في كل مراحلها وتحت أي ظرف من الظروف وهذا يشكل جزءاً من القسم الذي يؤديه الطبيب عند تخرجه.

فهذا الذي طرح من حيث وجود ظروف معينة أو حالات مرضية معينة، يبحث الآن عن رأي فقهي للتوقف عن علاجها أو بذل الجهد في إنقاذها أو استنقاذها، هذا يتنافى مع هذه المقاصد ولا شك، وأميل إلى رأي الإخوة الأفاضل الذين تحدثوا قبلي بأن هذا لا ينبغي أن لا يعطى إلاً القدر الذي نوليه إياه من حيث كونه يتعارض مع هذه المقاصد، خصوصاً وأن الأسباب التي أثرت حول هذا الموضوع في جلها هي نسبية، مثلاً الشخص المتوفى دماغياً يقال أننا

نتركه ليتوفى لتخفيف معاناته، والمعاناة نسبية، معاناته أو معاناة أهله، هي نسبية ما أراه أنا مجهداً بالنسبة لي يراه الآخر غير مجهد، وقد يتحملة بصدر رحب، كأن يقال مثلاً توفير أجهزة غسيل الكلى لمرضى آخرين، هذه أيضاً أمور نسبية وما قد أجده مُكْلِفاً الآن أنا يجده غير مكلف أو في المستقبل القريب يصبح في المتناول وبأسر السبل وبأزهد الأثمان.

النقطة التي كنت أتطلع إلى إدخالها ضمن هذا النقاش وهي في الحقيقة تعتبر من النقاط التي يقف عندها الكثير، وهي موضوع (تطعيم الأطفال) إذ أنها جزء كبير من هذا النقاش الذي نحن بصدد، بل ربما تكون من أشد الأمور إلحاحاً، وتضع الوالدين أمام حيرة إذ أن بعض التطعيمات التي تعطى للأطفال قد يترتب عليها بعض الحالات المرضية، والرأي غير وارد أن نقول إنه رأي الشخص المعني هو وهو الطفل، إذ أنه في أغلب الأحوال يكون دون الستة شهور من العمر، إذ لا يملك أن يعطي رأياً فضلاً عن أن يقطع بإعطائه تطعماً أو لا، حتى وإن كان بعضهم ما فوق الستين أو الثلاث يظل الوالد أو الوالدة أو الوالدان معاً هما اللذان يقرران هل يعطى الطفل أو لا يعطى؟ ونحن نعرف جميعاً أن هناك بعضاً من ولاة الأطفال أو الوالدين أو الوالد في الغالب من يقرر ألا يعطى طفله التطعيم، إما معاناً في التوكل وقد أفاد الإخوة الكرام في هذا الصدد، وأظهروا فيه ما يغني ويشفي، ولا أستطيع أن أدلي بدلوي في ذلك، إنما القول بأن بعض التطعيمات لها تأثير على الدماغ، وأضرب بذلك مثلاً (السعال الديكي) لا يزال هناك تساؤل حول إمكانية إحداث هذا التطعيم لهذا النوع من المرض تلف معين في الدماغ، صحيح أن النسبة متدنية لكنها لا تزال موجودة. من الذي يملك القرار في هذا؟ هو أحد الوالدين. فإذا المسألة جديرة بأن تؤخذ في الاعتبار وأن ينظر إليها وتوضع تحت الضوء للنقاش. وشكراً لكم.

الشيخ الشيباني:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى.

أشكر الباحثين على بحوثهم القيمة في هذا الموضوع، ولقد كنت أعددت

عنه بحثاً مستعجلاً، فيما أن الجماعة قرأوا بحوثهم فأنا أذكر ملاحظاتي فقط، وهي تدور حول أربع نقاط:

أولاً: حكم التداوي (مشروعية التداوي).

ثانياً: حكم دواء الأجنبية للأجنبي، والعكس.

ثالثاً: هل يجوز التداوي بالنجس؟

رابعاً: هل يجوز أو يمكن أن يُشترى النجس للدواء؟

حول النقطة الأولى أقول وبالله أستعين: إن الأحاديث الصحيحة الواردة في الأمر بالدواء، وفعل رسول الله ﷺ له، كانت أحاديث كثيرة وصحيحة، أما الأحاديث التي منها: حديث البخاري ومسلم (أن رسول الله ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره)، وحديث مسلم (لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى) أو كما قال. وهناك أيضاً أحاديث كثيرة في هذا المجال.

أما الأحاديث التي تقول بعدم التداوي، فهذه إنما هي للورع، وذكر البيهقي - رحمه الله - أنها تحمل على الورع فقط لمن علم أو لم يتيقن من أن المرض سيؤدي به إلى الموت، فحيث لا خلاف عند جميع الأئمة أن الدواء جائز، والإمام أحمد الذي قال إن الأفضل غيره (لم يذكر منعه).

ثانياً: نتكلم عن النقطة الثانية وهي دواء الأجنبية للأجنبي أو العكس، هذا يجوز عند الضرورة، لأن نظر الأجنبي للأجنبية حرام وكذلك لمسه لها، فإذا لم يوجد طبيب من جنس المعالج، أو لم يوجد طبيب مَحْرُمٌ للمرأة أو العكس، وكانت الضرورة ملحة جاز للمرأة أن تداوي المريض.

ثالثاً: المسألة الثالثة هي الدواء بالمحرم.

الدواء بالمحرم منعه الإمام مالك والحنابلة واستدلوا بحديث «إن الله أنزل الدواء والدواء وجعل لكل داء دواء، فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام» رواه أبو داود، وحديث أم سلمة «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» رواه الطبراني وقال الهيثمي إسناده منقطع ورجاله رجال الصحيح، وهذا كله في غير حالة الضرورة

الملحة، أما عند الضرورة التي تهدد حياة المسلم فإنه لا مجال للتردد في إباحة التداوي بالنجس إذا لم يوجد دواء طاهر غيره، وذلك يتوقف على قول الأطباء المهرة المختصين، ولا سيما في شيء قد أثبتت التجربة الشفاء به كالإسعاف بالدم الذي أصبح لا غنى عنه في الطب الحديث، الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ .

قال القرطبي: والحجة في ذلك أن الضرورة ترفع التحريم فيصير مباحاً، وعليه فإنه يجوز للمسلم أن يتبرع ببعض دمه لمضطر لذلك الدم إذا كان لا يضر بصحته وله الأجر في ذلك.

أما المسائل الأخرى كالأعضاء وغير ذلك فإن الحقيقة أن التجربة لم تثبت، لأن المسألة لا بد أن يكون شيئاً مجرباً فأما نقل عضو إلى مريض آخر... اللهم إلا إذا كانت الكلية فإن الأطباء قد جربوا أنها لا تضر بمن انتزعت منه وتشفي الذي زرعت له ورأينا ذلك كثيراً.

رابعاً: ثم بعد ذلك نتكلم عن بيع الدواء النجس: - مثلاً هذا الدم - لو افترضنا وهذا يفعله كثير من المستشفيات لأن المريض ربما يكون في حالة خطيرة وربما لا يوجد في ذلك الوقت الدم الذي ينقل له كما هو الواقع في كثير من البلاد خصوصاً حوادث السير - إذا لم يوجد ذلك فإنني أيضاً أرى أن من اضطر لبيع بعض دمه أنه يجوز له أن يبيعه لمضطر يعالج به، والدليل في ذلك أقوال عند المالكية، قول عند المالكية، قال الفقيه المالكي ابن عاصم - رحمه الله - :

وَنَجَسٌ صَفَقْتُهُ مَحْظُورَةٌ وَرَخَّصُوا فِي الزَّبِيلِ لِلضَّرُورَةِ

قال التسولي: محظورة أي ممنوعة على المشهور وقيل بجواز بيعه وهي رواية ابن وهب، والمراد بالزبل هنا زبل محرّم الأكل، وقال ابن القاسم: سمعت مالكاً يكره بيع رجيع بني آدم ولم أسمع منه في الزبل شيئاً وأرى أنه لا بأس به. وقال أشهب: أكره بيع رجيع بني آدم إلا من اضطر إليه، والمبتاع أعذر في شرائه

من بيعه، بعد ذلك عقب الخطاب على هذا الكلام قال: ويتحصل في بيع العذرة أربعة أقوال: المنع لمالك، وعلى فهم الأكثر من أن الكراهة على التحريم، والكراهة على فهم أبي الحسن وهو ظاهر اللخمي من أن الكراهة على بابها، والجواز لابن الماجشون، والفرق بين الاضطرار فيجوز وعدمه فيمنع وهو قول أشهب، ومعلوم أن نجاسة الغذرة أشد من نجاسة الدم إذ لا يعفى عن شيء منها عند الجمهور.

إذن هذه المسألة أريد أن تدرس لأنني مررت بها مروراً عابراً، وأرجو أن تدرس لأنها في الحقيقة ملحة جداً.

أقول قولي هذا، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ ناجي محمد عجم:

بسم الله الرحمن الرحيم.

كان الدكتور البار - جزاه الله خيراً - طرح بعض الأسئلة وأراد الجواب عليها فالذي يحضرني من الجواب لهذه الأسئلة، هل يحق للولي أن يرفض علاج ابنته المصابة بالفشل الكلوي؟، أقول استناداً إلى قوله ﷺ «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته» ومنها «والرجل راع في بيته وهو مسؤول عن زوجه وولده» فلا يجوز للولي أن يرفض علاج الفُصَّر الذين عنده سواء كانوا صغاراً أو مجانين، وإذا رفض العلاج فإنه . . يَأْثَمُ، بل أقول: يعزل عن الولاية لأنه مهمل في رعاية من هم في ولايته وتنتقل الولاية إلى الأبعد، هذا بالنسبة لهذا السؤال. السؤال الآخر، يعني إذا كان بعض الصغار في المستشفى هل يجوز إهمالهم؟. أقول ينتقل الواجب من واجب كفائي إلى واجب عيني، فلا يجوز إهمالهم ولا ينتظر إذن أوليائهم في معالجتهم.

طرح سؤالاً آخر: وهو إطالة النزاع أو الموت ببعض العقاقير أو العلاجات، أقول إن هذا من الرجم في المستقبل في علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله، والأعمار بيد الله - تعالى - فيجب إعطاؤهم العقاقير التي يحتاجونها، وإن كان

في قناعة الأطباء أن هذه العقاقير لا أمل منها في شفاء هذه الأمراض، وأما ما ذكره من أنه هل يجوز للجنة الطبية أن تقرر عدم معالجة بعض المهرمين؟ قضية الهرم هذا أمر نسبي فيختلف مفهوم الهرم من إنسان إلى إنسان فلا يجوز إهمالهم ولا يجوز أن يتركوا يعانون من ألم الأمراض.

ذكر سؤالاً آخرًا: مَنْ عنده ضمور بالدماغ ولا أمل من الاستمرار في حياته، هل يجب معالجته من الأمراض الأخرى كالفضل الكلوي وغير ذلك؟ أقول يكفيه ألم مرضه فلماذا يزداد في آلامه؟ وقد يكتب الله له الشفاء، فيجب أن يقدم له العلاج قدر الاستطاعة. والله أعلم وشكرًا.

الدكتور عبد الستار أبو غدة:

بسم الله الرحمن الرحيم.

هي بضع نقاط أولها حكم التداوي:

ذكر بعض الإخوة الزملاء أن جمهرة الفقهاء يرون أن التداوي واجب، والذي أعرفه العكس، فإن جمهور الفقهاء يرون أنه مباح، وبعضهم ذهب إلى أنه واجب، والمسألة فيها تفصيل، هذا التفصيل نأخذ من نوع العلاج، هناك العلاج الوقائي أو الطب الوقائي فهذا واجب قطعاً لأنه من منع الإلقاء في التهلكة وتجنب التلف، وهذا الأدلة عليه كثيرة وواضحة وأبرزها حديث (الطاعون) ومنع الإنسان من الدخول إلى الأرض الموبوءة وأمر هذا معروف، فكل ما كان من وقاية الإنسان في الوقوع في التلف أو في المهلكة فهذا واجب لأن التقمح في ذلك يعتبر من باب قتل النفس أو الانتحار، ولا يفترق أو يبتعد كثيراً عن امتناع الإنسان عن الطعام أو الشراب وسد الرمق، فذلك قطعاً واجب لأنه متيقن عادة أن الإنسان إذا لم يأكل يموت ويُتلفُ نفسه فيجب عليه أن يأكل ويشرب، وكذلك يجب عليه أن يتقي المهالك، فينطبق هذا على كل ما يندرج تحت الطب الوقائي ومنه - كما قلنا - عدم الدخول إلى الأماكن الموبوءة ومنه تخريجاً التطعيم، لأن تطعيم وتلقيح الصغار والأصحاء في حال الأوبئة يعتبر نوعاً من الحجر وعدم الدخول في تلك المناطق أو في تلك الظروف.

أما الطب العلاجي فينقسم إلى نوعين: نوع يتيقن عادة أن الإنسان إذا لم يعالج نفسه من المرض يموت ويتلف، وذلك كما مثل له الفقهاء بأن الإنسان إذا جرح ونزف دمه فيجب عليه أن يربط هذا الجرح ويرقأ هذا الدم، لأنه لو تركه سيؤدي به قطعاً إلى الموت فهو نظير الامتناع عن الطعام والشراب، فهذا أيضاً من الواجب.

يبقى عندنا دائرة ضيقة أو محدودة وهي العلاج المظنون، الذي لا يقطع ولا يتيقن بأنه يؤدي إلى البرء والشفاء، فهذا الذي اختلف فيه العلماء، والذي أعلمه أن أكثرهم يرون أنه من المباح، وبعضهم يرى أنه مندوب، ولعل القول بالندب هو أولى.

والدليل على أنه غير واجب أنه من باب الظنون، والظنون في الشرع تنقسم إلى أنواع، فالظنون في الاعتقادات ممنوع منعاً تاماً، والظنون في العمليات واجب العمل بها، وهذا معروف لأن معظم الأحكام العملية الشرعية مأخوذ فيها بالظن الغالب، أما الظنون في الأمور العادية، فإن الأمر يبقى على دائرة الاستواء، فلا يرقى إلى درجة الوجوب، والدليل على ذلك - أيضاً - عمل الصحابة، فكثير من الصحابة أصيبوا بأمراض وبعضهم إما لم يأت بالطبيب، وبعضهم امتنع، وبعضهم رد الطبيب، وهذه حوادث معروفة، ولنا أن نستشهد أو نستأنس بامتناع النبي ﷺ من أن يُلَدَّ بالدواء حينما صار في حالة الاحتضار، فلا نستطيع أن نجزم في هذه الأمور المظنونة بأن نقول: إن المعالجة منها واجبة لأنها كما قلنا مظنونة والحديث نفسه يقول «تداووا عباد الله فما من داء إلا أنزل الله له دواء، فإذا أصيب دواء الداء»، إذا أُدرِكَ ووقع الطبيب عليه. إذن الأمر في دائرة الظن، وأحياناً التداوي فيه من المعاناة وفيه من الشدة أكثر من الداء، فكيف نجبر من به داء ممكن أن يحتمله ويعايشه أن يتداوى؟ نقول له أنت مندوب لك ذلك، وكما قال الشاعر: وأخف من بعض الدوايِّ الداءُ.

كذلك ينبغي أن يستثنى ما فيه تعدي الضرر إلى الغير، فإذا كان المرض

معدياً أو متلفاً لغيره فهذا يجب عليه لأنه «لا ضرر ولا ضرار»، فإذا امتنع عن التداوي يجبر.

هناك أمر يجب أن يراعى - أيضاً - وهو الفرق بين الإنسان الذي يذهب إلى الطبيب بنفسه، (طبيب مثلاً خاص)، والذي يتم في المستشفيات التي يعتبر فيها الأطباء موظفين وملزمين بعمل من ولي الأمر، ومعلوم أن ولي الأمر حينما يأمر بالمباح يرقى هذا المباح إلى درجة الواجب، طبعاً ولي الأمر لا يستطيع أن يغير الأحكام وإنما طاعة ولي الأمر واجبة فيصبح هذا المباح في درجة الواجب، فإذا كان الأطباء ملزمين بحسب تعليمات ولي الأمر بأمور يجب أن يراعوا هذه الأمور من باب الواجب الوظيفي الذي يلزمهم.

نقطة ثانية: وهي مسألة بث الأمل في المريض وإبعاد شبح اليأس عنه، هذا طبعاً مطلوب حتى في الحالات التي يتيقن فيها أن سيتلف، وفي ذلك حديث شريف يقول رسول الله ﷺ: «إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل» فإن ذلك يطيب نفسه ولا يغير من الأمر شيئاً - معنى الحديث - وهذا طبعاً قاعدة أساسية في هذا الباب، وهذا أيضاً متلائم ومنسجم مع عدم التيقن، فكما نتيقن بعدم الشفاء نتيقن بعدم التلف، فالطبيب هو رجل يبذل جهده، فهو لا يستطيع أن يقول: لا شفاء البتة، ولا يستطيع أن يقول: هناك تلف البتة، فلذلك ينبغي أن يفسح له في الأجل ويدخل عليه أو يديم لديه الأمل.

الحالات الميؤوس منها: كما سمعت من الزميل الدكتور محمد عدنان صقال أن كثيراً من الحالات التي كان يظن أو يجزم بأنها ميؤوس منها كالصرع مثلاً أصبحت الآن في نظر الأطباء مقدوراً على علاجها وتمكناً منها، وبعض هذه العلاجات قطعية، فهذه مسألة تحتاج إلى النظر، هل نجعلها في حكم تناول الطعام والشراب وسد الرمق، أم أنها تبقى في دائرة المظنون على النطاق الفردي؟ يعني هذه الحالة أصبحت غير ميؤوس منها كمبدأ، ولكن لا يخفى أن هناك أعراضاً ذاتية متفاوتة بين إنسان وآخر، فضلاً عن أخطاء الأطباء. وفي أخطاء الأطباء يقول أحد الشعراء ليخفف عنهم الحرج:

غَلَطَ الطَّبِيبُ عَلَيَّ غَلْطَةً مُورِدٍ عَجَزَتْ مَوَارِدُهُ عَنِ الإِصْدَارِ
وَالنَّاسُ يَلْحَوْنَ الطَّبِيبَ وَإِنَّمَا غَلَطَ الطَّبِيبُ إِصَابَةَ الأَقْدَارِ

أخيراً الإِذْنُ: ومَسْأَلَةُ الإِذْنِ هَذِهِ، طَبْعاً، مَنْظِمَةٌ تَنْظِيمًا كَامِلًا فِي الْوَالَايَةِ،
فَهُنَاكَ مَا يُسَمَّى «وَالَايَةُ التَّطْبِيبِ»، وَمَعْرُوفٌ أَنَّ أَحْكَامَ الْوَالَايَةِ عَلَى نَاقِصِي الْأَهْلِيَّةِ
أَوْ عَدِيمِيهَا أَنَّ لَهُمُ التَّصَرُّفَاتِ النَّافِعَةَ، أَوْ الَّتِي تَدُورُ بَيْنَ النِّفْعِ وَالضَّرْرِ، وَلَيْسَ
لَهُمْ أَنْ يَاقِدُوا عَلَى تَصَرُّفٍ ضَارٍ بِهَذَا المَوْلَى عَلَيْهِ، فَمَثَلًا هَذَا الأَبُ الَّذِي أُذِنَ
بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْ وَلَدِهِ المَجْنُونِ إِلَى وَلَدِهِ السُّوِيِّ، هَذَا مَخْطِئٌ وَمَتَصَرِّفٌ عَلَى عَكْسِ
مَا تَقْضِيهِ الْوَالَايَةُ، لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ ضَارٌّ مُحْضًا وَهَذَا مَمْنُوعٌ عَلَى الْوَالِي لِأَنَّ
مَهْمَتَهُ الرِّعَايَةَ وَالنِّفْعَ، أَوْ مَا يَظُنُّ أَنَّهُ فِيهِ نِفْعٌ وَلَوْ كَانَ فِيهِ إِحْتِمَالُ الضَّرْرِ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ.

الشيخ عبد القادر العماري:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ.

أشكر الإخوة الباحثين على هذه الأبحاث القيمة الطيبة. من ناحية حكم
التداوي نستطيع أن نجتمع بين الأحاديث - فاختلاف العلماء معروف - لأنه في
حالة الخطورة إذا كانت حياة الإنسان مهددة، وهناك ظن غالب، يكون واجباً،
وفي غير ذلك يكون مباحاً، ولا داعي لأن نختلف كثيراً في هذا الأمر، ونحن
اجتمعنا مع بعض الإخوة وهم اتفقوا على هذا الكلام ومنهم علماء كبار.

مَسْأَلَةٌ أُخْرَى: جَاءَتْ فِي بَحْثِ الدُّكْتُورِ مُحَمَّدِ عَلِيٍّ - حَفِظَهُ اللَّهُ - وَهِيَ
مَسْأَلَةٌ هَلْ يَعتَدُّ بِرِضَا الإِنْسَانِ البَالِغِ بِالإِحْتِلَامِ أَوْ الحَيْضِ؟. هَذِهِ النِّقْطَةُ أَيْضًا فِي
حَاجَةِ لِبَحْثِ المَجْمُوعِ وَفِي حَاجَةِ إِلى جَوَابِ فِيهَا، لِأَنَّ المَرَأَةَ إِذَا بَلَغَتْ الحَيْضَ
عَلَى تِسْعِ سِنِيَّاتٍ مِثْلًا، إِخْتِلَافَ العُلَمَاءِ فِي البُلُوغِ مَعْرُوفٌ مِنْ نَاحِيَةِ السِّنِّ،
الأَحْنَافُ وَالجُمْهُورُ، لَكِنْ يَلاحِظُ أَنَّ الفُقَهَاءَ جَمِيعًا أَجْمَعُوا عَلَى مَسْأَلَةِ الإِحْتِلَامِ
بِالنِّسْبَةِ لِلذَّكَرِ، وَالحَيْضَ بِالنِّسْبَةِ لِلأُنْثَى، أَرِيدُ أَنَّ أَسْأَلَ الأَطْبَاءَ: هَلْ هُنَاكَ ارْتِبَاطٌ
بَيْنَ الإِدْرَاكِ وَبَيْنَ هَذِهِ العَلَامَاتِ؟ لِأَنَّه أَمَامُنَا - أَيْضًا - فِي المَحَاكِمِ - وَنَحْنُ

نحتار - وحصلت حوادث فعلاً، فتاة حاضت وهي في سن تسع سنوات، وعليها مطالبة بالقصاص، هل نقيم حكم الإعدام عليها ونقتص منها وهي بنت تسع سنين؟ أو ذَكَرَ وهو ابن اثني عشرة سنة مثلاً؟ نريد من المجمع أن يبحث هذه النقطة ويخرج بقرار لأن هذا تترتب عليه أحكام خطيرة جداً.

المسألة التي أريد أيضاً أن أقول فيها شيئاً وهي مسألة علاج المرأة للرجل وبالعكس الرجل للمرأة: هذه أيضاً عند الحاجة أجازها الفقهاء، وفي كتب الحنابلة أمر معروف ومشهور، ولكن الحاجة تقدر بقدرها، ماذا يرى؟ وماذا يلمس في الجسم؟ فحسب الحاجة ولا يمكن للطبيب أن يتجاوز الحاجة. هذان هما الأمران، وأركز على مسألة البلوغ والاحتلام وأريد من المجمع - إن شاء الله - أن يتوصل إلى رأي سديد في هذا. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ أحمد بن حمد الخليلي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد سمعت هذه المداومات والمداخلات في هذه القضية، وحضرتي الحديث في بعض النقاط تتعلق ببعض ما سمعته.

أما قضية التداوي: فأولى ما يُصَرَفُ إليه نظر الفقهاء في وقتنا هذا هو ما ذهب إليه الأكثرون من أن التداوي ينحصر وجوبه فيما إذا كان ترك الدواء يفضي إلى إتلاف النفس لأن كل واحد أمين على نفسه، ومن أجل المحافظة على النفس أباح الله تبارك وتعالى تناول ما يضطر إليه الإنسان من المحرمات، وهذا الاضطرار لا يتقيد بالمخمصة وإن جاء في القرآن الكريم قوله سبحانه: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ﴾ ذلك لأن الاضطرار في المخمصة هو الغالب المعتاد وقد قال العلماء: إن المنطوق إذا ورد مَوْرَدَ الأَعْلَبِ المعتاد فلا ينظر إلى مفهومه أي لا يحتاج بمفهومه، والإنسان مأمور بأن يحافظ على حياته وعلى حياة غيره حسب إمكانه، فلو أن أحداً أصابه نزيف بين أناس آخرين، أليس من الواجب عليهم أن

يسعفه بقدر طاقتهم وقدرتهم؟ فكذلك هذا الذي يتمكن من العلاج، عليه أن يحافظ على نفسه بقدر ما يقدر، ويدخل في هذا الباب كثير من المسائل التي نوقشت، منها معالجة المرأة للرجل ومعالجة الرجل لها، ومع ما ذكره أصحاب الفضيلة المشايخ من القيد، وهو أن يكون ذلك في حالة الضرورة، و«الضرورة تقدر بقدرها»، أرى أن يضم إلى ذلك قيد آخر وهو وجود المحرم لها إن أمكن وجوده، لأجل العمل بقول رسول الله ﷺ: «ألا لا يخلو الرجل بامرأة إلا مع ذي محرم، من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة إلا مع ذي محرم»، فلا بد من وجود ذي المحرم، هذا مع إمكان وجود ذي المحرم، أما إذا تعذر وجوده، فإسعاف الرجل أو إسعاف المرأة كل منهما أمر واجب مع الضرورة.

العلاج بالمحرمات أيضاً مما يدخل في هذا الباب: وما جاء في الروايات عن الرسول ﷺ من منع التداوي بالمحرمات، إنما ذلك فيما كان حراماً، ومع الاضطرار إلى الحرام لا يكون حراماً عندما يضطر إليه المضطر هو في حقه حلال، بدليل الآية الكريمة: ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾.

مسألة نقل الأعضاء: المجمع وصل إلى فتوى في هذه القضية، ولا أريد أن أعيد الكرة مرة أخرى فيها ولكنني أقول: لا بد من أن توضع لها ضوابط، لأن عدم وضع الضوابط لهذه القضية يفضي بكثير من الناس إلى بيع أعضائهم، والإنسان ليس مالكاً لجسمه إنما يملك منفعته، فلا يملك جسمه حتى يتصرف فيه، ومن المعلوم أن في بعض البلاد الفقيرة يبيع الناس أعضاءهم، فهذه القضية لا بد من أن يوضع لها ضوابط حتى لا يتجاوز الناس الحدود فيها، وحتى لا ينقلب الإنسان إلى رقيق يباع ويشترى في الأسواق، تباع أعضاؤه وتشتري في الأسواق، على أن إهمال وضع الضوابط قد يفضي إلى انتهاك حرمت الإنسان، كما سمعنا أن بعض الناس قد يتسرعون إلى أخذ أعضاء المريض عندما يياسون من حياته، على أن اليأس من الحياة لا يعني موت ذلك المريض، فهناك كثير من الحوادث التي وصلت بالأطباء إلى اليأس، ولكن مع ذلك لُطِفُ اللهُ — تبارك وتعالى — كان أدق من فهم الأطباء وإدراكهم، وأنا بنفسني جاعني ولي أمر فتاة

يأمرني بأن أعقد زواجها للشاب، وكان الشاب والفتاة يدرسان معاً في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد خطبها وأصيبت بمرض سرطان الدم - والعياذ بالله - حتى تساقط شعر رأسها، ولكن من أجل وفاء ذلك الشاب لها أحب أن يقترب بها مع ذلك، فجاءني ولي أمرها وعقدت زواجهما، وقد سمعت أن أقارب الفتاة أخبروا بأنها لن تعيش أكثر من عام، وكان عقد هذا الزواج منذ عشرة أعوام وما سمعت عنها أنها ماتت بل سمعت عنها أنها ولدت أكثر من ولد، والأمر لله - سبحانه وتعالى - فلا ينبغي للأطباء أن ييئسوا أحداً من الحياة، لأن الموت والحياة بيد الله - سبحانه وتعالى - فالطبيب يتكلم في حدود معرفته والغيب لله سبحانه وتعالى، إنما ينظر بحسب الأسباب التي هيئت له ولا يعرف ما وراء الأسباب، وما وراء الأسباب إنما هو معروف لله سبحانه وتعالى الذي يخلق الأسباب والمسببات، فوضع ضوابط لمثل هذه القضايا لا بد منه، وأسأل الله تعالى التوفيق للجميع، شكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الرئيس:

شكراً، وأذكر الشيخ على أن قرار المجمع الذي صدر بنقل الأعضاء هو مقرون بالضوابط التي توصل إليها المجمع ومنها ما أشرت إليه .
وبهذا ترفع الجلسة لأداء صلاة المغرب، ثم نعود بعد الصلاة إن شاء الله تعالى .

الشيخ عابد بن محمد السفيناني :

بسم الله الرحمن الرحيم . الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على عبده رسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

لقد استفدت مما عرضه المشايخ الفضلاء فيما يتعلق بالمسائل المطروحة، ولكنني أرى أن هذه المسائل كثيرة، ولذلك هناك من المسائل فيما يتعلق بالتداوي وحكمه، ومن المسائل ما يتعلق بالإذن، وهناك من البحوث ما تطرق إلى مسألة الميؤوس من حياته، وذكّرت هناك مسائل لهذه النقطة الثالثة، والظاهر أن منها ما يتعلق بالميؤوس من حياته، ومنها ما يتعلق بالميؤوس من علاجه في ذلك المرض على الخصوص .

ولذلك فإن الأستاذ البار لم يشر إلى هذه المسألة، وهي مسألة الميؤوس من حياته بمسألة موت الدماغ على الخصوص، لأن المجمع قد وصل فيها إلى حكم كما هو معلوم، ولذلك لا تدخل في مسائل البحث المعروف في هذا اليوم، وأما المسائل الميؤوس من شفائها فإنها لا تتعلق أيضاً بمسائل البحث وهو الميؤوس من حياته.

أما مسألة التداوي والإطالة فيها فإنها على ما فيها من الفائدة، فإن الإخوان عندما يتحدثون عن التداوي، لا بد من ملاحظة أمور كثيرة وهي أمور المسلمين عامة، فإن النصوص التي وردت في التداوي لها مقاصد كما هو معلوم، وتحدث الإخوان عن مسألة التداوي فيما يتعلق بالأمور الضرورية وما يتبعها، ولذلك ذهبوا إلى التفصيل، والرأي القائل بالتفصيل هنا والنظر فيه من حيث الضرورات وما يتبعها، يجعل المسألة واضحة ولا نحتاج إلى ترجيح كثير بين النصوص التي وردت في مسألة وجوب التداوي أو الدالة على أنه من الأمور المباحة.

أيضاً من الناحية العملية لا نحتاج إلى أن نطيل في هذه المسألة كثيراً، لأننا ندرس من الناحية العملية حالات واقعية، والأصل في الناس طلب التداوي كما هو معلوم، فنحن ننظر في مسائل عملية يحتاجها الطبيب ويحتاجها الإنسان على وجه العموم.

النقطة المهمة في الموضوع هي: استكمال المباحث في مسألة الإذن من الناحية الفقهية الشرعية، فإن التساؤلات التي أثارها الأستاذ البار، تساؤلات مهمة جداً تتعلق بها أحكام كثيرة، لكن في الأبحاث التي قدمت ليس هناك تأصيل شرعي كامل فيما يتعلق بمسائل الإذن وما يحتاج إليه الناظرين في هذه المسألة من تفصيل وتأسيس واستكمال لكلام أهل العلم في هذا الباب.

هناك نقطة أشار إليها الدكتور البار وقرأتها في بحثه، ومن المستغرب أنها إلى الآن لم تحظ بالاهتمام المطلوب، وهي مسألة بيع حبوب الحمل، وأرجو أن يهتم الإخوان بها ويهتم المجمع بها، لأن الكفار قد اهتموا بهذه الحالة مع أننا

نعلم أن شرائعهم في خصوص المحافظة على العرض ليست شيئاً يذكر في هذا الباب، ومع ذلك فإنهم قيدوها بقيود، وما زالت تباع بين المسلمين، وترتبت عليها مضار كثيرة، ولم يهتم بها العلماء الاهتمام المطلوب، مع أن الضرر الذي ينبت عليها في المال والعرض والنفس ضرر بالغ جداً، والشارع لا يهمل مثل هذه الأمور كما هو معلوم، فالذي تواطأ عليه الناس في العالم الإسلامي بيعها بأسعار زهيدة وبدون ضوابط، حتى الضوابط التي جعلها الكفار لأنفسهم لا يلتزم بها في التعامل مع هذه الحبوب، ومعلوم ما يترتب عليها من أخطار. فلا بد من النظر في تحديد الشروط التي تمكن الأفراد من شرائها، مع أن هناك من سيخرج عن هذه القيود وعن هذه الشروط، لكن على الأقل يكون هناك توجه هام وتحديد شرعي بحيث لا يشتريها إلا من يحمل ورقة من الطبيب، وأن يكون بالغاً أو ماؤوناً له بحيث تترتب هذه القيود الشرعية، حتى يَنكفَ عن المسلمين من ذلك شر كثير بالغ لا حاجة لي أن أشير إلى كثير من مظاهره فهي معلومة وكثيرة جداً.

أكتفي بهذا المقدار، وأصلي وأسلم على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الشيخ أحمد علي طه ريان:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الموضوع الذي نتحدث عنه، موضوع العلاج الطبي، فيه جوانب متعددة وفيه نقاط كثيرة حاولت أن أجد الجواب لبعضها ومنها ما يلي:

النقطة الأولى: ما يتعلق بنقل الكلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم، هذه النقطة كان تكلم فيها الأخ الدكتور عبد الستار وعالجتها بالقاعدة الفقهية المعروفة وهي قاعدة «المولى عليه إذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر»، لكنني أقول فيها تفصيل؛ لأن الولي قد يكون ولياً أيضاً على الطفل الآخر وعن الأخ الآخر، ففي هذه الحالة

تغيير القاعدة، بدل أن نحري عليه القاعدة العامة نحري عليه قاعدة «ارتكاب أخف الضررين» بمعنى إذا قال الأطباء: إن نقل الكلية من المجنون إلى الأخ السليم ليس فيه خطورة على الأخ المجنون، وفيها إنقاذ حياة الأخ الآخر الذي هو ليس بمجنون، حينئذٍ نبقى أمام القاعدة الهامة وهي قاعدة «ارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمهما». وكما قلت هذا مقيد بما إذا كان الأطباء قد قالوا إن نقل الكلية من المجنون إلى الآخر ليس فيه خطورة على حياته، أما إذا كان الأخ الآخر ليس في ولاية الولي بل قد يكون كبيراً، حينئذٍ تنتفي هذه القاعدة ونطبق القاعدة التي طبقها الأخ الدكتور عبد الستار وهي القاعدة الثلاثية «إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو يترددُ بين الضرر والنفع»، هذا بالنسبة للنقطة الأولى.

أما النقطة الثانية: وهي حالة ما يقال فيه أو ما يقوله بعض الأطباء من اليأس من حالة الشفاء، هذا رأي طبي صحيح قد يصل إلى مرحلة اليقين بالنسبة للأطباء، لكن لا ينبغي لنا أن نقنط من رحمة الله، وهناك قاعدة شرعية تقول: «لا يترك الأمر اليقيني إلى أمر ظني» فحياة الإنسان أمر يقيني، مهما قال الأطباء من اليأس من حياته فهو لا يزال في نظري، وبناء عليه فيحافظُ على هذه الحياة المؤكدة ويتركُ ما يقال من اليأس من الشفاء لأن هذه مظنة، والظن لا يُلجأُ إليه ويتركُ الأمر المؤكد اليقيني. هذا بالنسبة للنقطة الثانية.

أما النقطة الثالثة: وهي موضوع الاستئذان في التداوي، معلوم أن بعض الحالات لا يحتاج فيها إلى استئذان وهي الحالات التي يصعب أخذ إذن المريض فيها كالإسعافات الضرورية كما يحدث في الحوادث ونحوها. أما الحالات العادية التي يكون الإنسان فيها مريضاً مرضاً عادياً ونستطيع أن نأخذ رأيه، ينبغي أن نقف عند إذنه، لأنه قد يكون ممن قال فيهم رسول الله ﷺ في الحديث الصحيح، في بعض صفاتهم ممن يدخل الجنة بغير حساب، وقال ﷺ من صفاتهم أنهم: لا يرقون ولا يسترقون»، يعني قد يكون عند المريض استمساك بهذا، فينبغي أن يترك هذا لرأيه وإذنه. ومعلوم كما نحفظ عن سيدنا أبي بكر

— رضي الله تعالى عنه — حين قيل له في مرض موته: أنأتي لك بطبيب؟ فقال: إن الطبيب أمرضني، وأبى أن يؤتى له بطبيب. وكلام الإمام أحمد في ذلك معروف.

النقطة الأخيرة: وهي في حالة التداوي بالمحرمات، الواقع أن هذه المسألة فيها تفصيل عند الفقهاء، هناك نوع من المحرمات لا يجوز التداوي به قطعاً وهو الخمر — ينبغي التفصيل في موضوع المحرمات — الخمر هذه لا يجوز التداوي بها قطعاً، نعم في حالة الإساءة بالغصة معروف قول الفقهاء فيه، لكن في غير ذلك لا يجوز، وقال فيها الإمام عبد الرحمن بن قاسم راوي المدونة لما قيل له في التداوي بالخمر في حالة استعصاء المرض، رفض وقال: (لا تزيده إلاّ شراً) وكذلك روي مثل هذا القول عن الحافظ ابن حجر رحمه الله.

أما التداوي بغير الخمر من المحرمات ففيه الخلاف بين الفقهاء، فمنهم من قال بالجواز ومنهم من قال بعدم الجواز، وهذه يرجع فيها إلى الأطباء. والله تعالى أعلم.

الدكتور عجيل جاسم النشمي:

بسم الله الرحمن الرحيم. الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحابه الغر الميامين.

عندي أربع نقاط في هذا الموضوع:

أولاً: بالنسبة لحكم التداوي. معلوم أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى إباحة التداوي، ومنهم الإمام مالك رضي الله عنه في قوله: لا بأس بالتداوي ولا بأس بتركه، لكن نرى حديث النبي ﷺ حينما قالت له الأعراب: يا رسول الله، ألا نتداوي؟ قال: «نعم، يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلاّ وضع له شفاء إلاّ داءً واحداً وهو الهرم»، فهذا الحديث — قول النبي ﷺ «تداووا» — يشير إلى استحباب التداوي، فهو أمر لكن صرفه عن الوجوب وقائع الأحوال وأقوال للنبي ﷺ سمعنا بعضها من الزملاء الذين ألقوا بأبحاثهم، لكن كلام الفقهاء تبعاً

لقواعد الشرع أن التداوي يكون واجباً إذا غلب على الظن الشفاء وتَعَيَّنَ الدواء لهذا المرض، وأولى من هذا إذا قطع الأطباء بوجود التداوي وإلا أدى إلى الوفاة أو قَطَعَتِ العادة كحالة الضرورة، ولذلك لو امتنع المضطر عن أكل الميتة مع تمكنه حتى مات فإنه يموت آمناً - والله أعلم، طبعاً الإثم أمره إلى الله - لأنه من باب إلقاء النفس في التهلكة. ولذلك من الخطأ ما عدّه كثير من الأصوليين، عدّوا من أنواع الرخص، أي من نوع إباحة فعل المحرّم (أكل الميتة) وهو في الحقيقة من العزائم لأنه في هذه الحال لا يوجد إلا حكم واحد وهو وجوب الأكل، فهو عزيمة. لكن لا بد أن نفرق بين هذه الحال وحال الامتناع عن العلاج، الامتناع عن العلاج ولو غَلَبَ على الظن الشفاء به فترك المريض العلاج فمات فإنه يموت غير آثم - إن شاء الله - لأن العلاج والشفاء ليس يقينياً قاطعاً على سبيل الإطلاق. ولذلك لم يعتبره الفقهاء في هذه الحال متحرراً.

ثانياً: القضية الثانية قضية التداوي بالمحرّم والنجس، الحقيقة أن الموافق لمقتضى القواعد الشرعية ومراعاة لأسلوب التطبيق في هذا العصر هو، قول الشافعية في جواز التداوي بالمحرّم إذا تَعَيَّنَ طريقاً للشفاء، يستدل لهذا بما ثبت أن النبي ﷺ أذن للعربيين بل أمرهم أن يتداووا بأبوال الإبل.

ثالثاً: القضية الأخرى وهي قضية - في تقديري - مهمة وتحتاج من المجمع إلى أن يدرسها بتفصيل وهي قضية أشار إليها الدكتور البار على طريقة الأسئلة، وهي ما يمكن أن نسميه بالتزاحم في أولوية العلاج، وهذا يحدث كثيراً في حالات حوادث السيارات وما أشبهها. وذكر الدكتور سؤالاً يريد الجواب عنه وهو قضية الشيخ الكبير المصاب بأنواع من الشلل وجلطة في القلب ولم توجد أجهزة كافية للمحتاجين للعلاج. نقول - يعني - هنا تبعاً لاستحضارنا لبعض القواعد في هذه العجالة، إنه إذا كان الشيخ الكبير أو غيره تحت الأجهزة فهو أولى بالعلاج واستمراره، أما إذا لم يكن تحت العلاج وأُخْضِرَ جمع من الأشخاص مرة واحدة، ولم يمكن تشخيص أحوالهم، فهنا تبعاً للقواعد إن كان بينهم رحم وعرف فتقدم الأم ثم الأب ثم الأبناء، وإن لم يكن بينهم رحم

وأحضروا مرة واحدة فيقدم منهم الأسبق فالأسبق، لكن إن شُخِّصَتْ أحوالهم وغلب على الظن أن بعضهم ميؤوس منه فيقدم غير الميؤوس منه صغيراً كان أو كبيراً.

يمكن أن يُبْتَنَى هذا الاجتهاد السريع على عدة قضايا:

١ - على أقوال الفقهاء في تقديم حق الأبوين على الزوج عند التعارض وذكروا هذا في حال مرض الأبوين أو أحدهما، وَرَفُضُ الزوج فيقدم حق الأبوين.

٢ - يمكن أن يخرج أيضاً من وجه على تقديم المحافظة على حياة الأم، تقدم على الجنين إذا لم يمكن إخراجه حياً إلاً بوفاتها لأن حياتها متيقنة وحياته متوهمة.

٣ - ممكن أن يخرج على قاعدة (يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد).

٤ - ممكن أن يخرج - أيضاً - على قضية (يقدم اليقين على الظن).

هذه بعض القضايا المهمة - في الحقيقة - والتي لم يسبق أن - كما أعلم - طُرِحَتْ في مجمع الفقه، ربما أكثر القضايا المطروحة وكثير من الأسئلة سبق الإجابة عنها، ولذلك نقترح أن مثل هذه القضايا التفصيلية يستكتب بها الباحثون المتخصصون مرة ثانية وتعرض في دورة أخرى - والله أعلم - .

الشيخ محمد هشام برهاني

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله .

وبعد:

الحقيقة هنا مداخلة بسيطة في هذا الموضوع تتعلق أولاً بمسألة العلاج الحرام. كل الصور التي سمعناها وذكرت في البحوث تناولت الواجب: المباح:

المندوب: لكنها لم تتكلم عن العلاج الحرام، هناك عمليات جراحية تدخل في باب التجميل، جراحات التجميل التي يجريها كثير من الناس لبعض التشوهات أو لمجرد الزينة ولمجرد تغيير الخلق، فهنا يمكن أن يكون مباحاً ويمكن أن يكون مكروهاً ويمكن أن يكون حراماً، هذا الجانب لم يغط في البحوث ولم تَجْر فيه مداخلة في هذه الجلسة.

هناك أمر آخر - أيضاً - أرى أنه لا بد أنه يذكر وهو حالة الضمان، حين يترتب على العلاج ضرر إما بسبب خطأ من الطبيب المعالج يقع في نفس المريض، أو بسبب تابع للمريض كالأم الحامل حين تتعاطى دواءً فيؤثر على حملها وجنينها، فلا بد أن يذكر - أيضاً - هذا الأمر في جملة البحوث التي تدخل في هذا الموضوع، والله تعالى أعلم والحمد لله رب العالمين.

الشيخ عمر يوسف حمزة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين.

الحقيقة لا أريد أن أكرر ما ذكره من تحدّث قلبي، وبخاصة في موضوع العلاج وحكم التداوي، لأنني أرى أن هذه المسألة قد شغلت حيزاً كبيراً من وقت البحوث والمناقشات، ولكنني أود أن أشير في هذه المسألة إلى أن حكم العلاج يُنزلُ بحسب الأحوال المختلفة، والإخوة كثير منهم قال: إن العلاج واجب، وبعضهم قال: إن العلاج مباح، وهذا هو الأصل، الأصل في العلاج أنه مباح يعني يجوز الإقدام عليه ليس ممنوعاً منه، هذا في أصله، لكن تعتريه بعد ذلك أحكام معينة بحسب الأحوال، قد يكون مندوباً وقد يكون واجباً كما أشار إلى ذلك من سبقوني وبخاصة الأخ الدكتور عبد الستار أبو غدة، فمسألة العلاج لا ينبغي أن تكون مثار نقاش لأنها تُنزلُ على أحوال مختلفة تأخذ في كل حال حكماً معيناً، ثم مسألة الضرورات هذه ينبغي أن تقدر بقدرها وأن تضبط بحسب الحاجة التي تدعو إليها في مسألة التداوي بالأمر المحرّم عندما يتعين ذلك سبباً للعلاج.

فالموضوع الثاني الذي أريد أن أتحدث عنه بشكل مفصل نوعاً ما هو القضية التي أشار إليها الدكتور البار في مسألة علاج الحالات الميؤوس منها، وبخاصة عندما يصل هذا اليأس إلى درجة كبيرة كما في حالة موت الدماغ أو نحو ذلك، الدكتور أثار قضية في رأبي أنها لم تحسم في مسألة ترك علاج من كانت هذه حاله، وعقب على ذلك الدكتور الصقال، والحقيقة أنني أنني على ما ذكره الدكتور الصقال وما عقب عليه وأيده أيضاً كلام الشيخ رأفت، لأن هذه المسألة تتعلق بمقاصد الشريعة في الحفاظ على الأنفس من ناحية، ومن جانب آخر - أيضاً - لها علاقة بالجوانب الخلقية وبالجوانب التي اهتمت بها الشريعة من تكريم بني آدم كما ذكر الله - تبارك وتعالى - في كتابه الكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾، فإن من يطبق هذه الأمور، ومن ينظر في مسألة علاج الميؤوس منه من عدمه كما أشير إلى ذلك، وأن بعض الجهات تشكل لجنة للنظر في هذه الأمور، وبعض الجهات تتركها مفتوحة، هذه مسألة خطيرة في نظري، وأرى أن المجمع لا ينبغي أن يقول بحال من الأحوال بجواز هذه المسألة، ولا أن يجعلها محلاً قابلاً للنظر، لأن من يطبقون هذه المسائل مختلفون، فيهم المتشردّ وفيهم المتساهل، وفيهم صاحب الدين والخلق، وفيهم العاري من ذلك، والعياذ بالله، وفيهم المهتم وفيهم المتساهل، فإذا تركنا هذا الباب مفتوحاً على مصراعيه أفسدنا كثيراً، وسنجد أن هناك حالات كثيرة يمكن أن تعالج، نجد أنها لسبب أو لآخر أو لأدنى ملبسة يترك علاجها، ونجد أيضاً في بعض الأحيان أن بني آدم يمتنون لأقل الأسباب، قد يرى الممرّض الذي يُقَدُّ العلاج مثلاً أنه مُتَعَبٌ أو مُنْهَكٌ وأن هذا المريض الذي يقيم في المستشفى - مثلاً - قد أزعجهم وآذاهم وأنهم دائماً في كل يوم يسهرون على راحته ويسهرون على علاجه، فقد يصل إلى ملل بسبب هذه الحال، وفيما لو فتحنا الباب فترك علاجه، ومع اتساع مجال العلاج الطبي وكثرة المرضى وكثرة الأطباء وكثرة الصيادلة وكثرة الممرضين، أخشى أننا نقع في مفسدة كبيرة، فلذلك نلتزم القول بعدم جواز ترك العلاج في مثل هذه الحالة حتى ينتهي هذا المريض إلى الموت الكلي الذي يعرفه

الناس، وهو مفارقة الحياة ولهذا علامات ظاهرة، فأرجو أن نهتم بهذه القضية والأ نفتح الباب، ودرء المفسد في الشريعة - كما يقولون - مقدم على جلب المصالح، وهذه قاعدة كلية. وقد جاء أيضاً في الحديث أن حرمة المسلم ميتاً كحرمته حياً وكسر عظمه ميتاً ككسر عظمه حياً، فلذلك لا ينبغي بحال من الأحوال أن نتساهل في مسألة علاج الميؤوس منه. هذه جوانب - ظاهرة عامة - لكن أريد - أيضاً - أن أضيف إليها ما أشار إليه كثير من الإخوة من أن الشفاء بيد الله - سبحانه وتعالى - وكثيراً ما انتقلت حالات ميؤوس من علاجها إلى مرحلة الأمل، وخرج كثير من الناس من المراحل الحرجة الخطرة في العلاج بعد اليأس المطبق إلى مرحلة الأمل المشرق، وخرجوا من المستشفيات ونحن نعلم حوادث كثيرة في هذا، فلذلك لا ينبغي بحال من الأحوال فتح هذا الباب ولو لم نفتح الباب ولو لم نحصل من سده إلا على منع الفساد ودرئه، لكان هذا سبباً قوياً يقتضي أن نقفل هذا الباب حتى لا يعم الفساد. وصلى الله على نبينا محمد.

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يتبين من خلال المناقشات التي جرت في موضوع (العلاج الطبي) أنها على قسمين، قسم تناولته المناقشات بإفاضة أو باقتضاب، وهو حكم العلاج الطبي، والمرضى الميؤوس منه، بحكم إخباره، وعلاج الرجل للمرأة، وعلاج المرأة للرجل، والعلاج بالمحرمات.

وقسم آخر وفيه قضايا مهمة جديدة وجديرة أن يعتني بها المجمع، كالطب التجديلي والتداوي بالروحيات، وحكم التداوي بالرقية من القرآن، أو من غير القرآن إلى غير ذلك من المسائل.

وقد ترون مناسباً أن تتألف لجنة من أصحاب الفضيلة المشايخ: الشيخ

الخليلي، الشيخ عبد الستار، الشيخ عجيل، الشيخ حمزة، والطيبان البار والصقال، وأن يأخذوا في الاعتبار هذين القالبين:

الأول: ما جرت فيه المناقشة فيستخلصوا ما يمكن الوصول إليه في القرار من خلال ما دار فيها.

والثاني: أن يجعلوا بياناً في المسائل التي تعطى أولوية النقاش وإعداد البحوث فيها ومناقشتها في دورة أو في دورات لاحقة - إن شاء الله تعالى - .

هذا وإن ما ذكر من أن حكم العلاج فيه أقوال استغرقت أحكام التكليف الخمسة بين التحريم - وهذا قول لا اعتبار له - أو الكراهة أو الوجوب أو الندب أو الإباحة، قد يبدو في هذا وفي حكم إخبار الميؤوس أن هذا مما يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص والأزمان ولكل حالة لبوسها وهذا مما يتقدر بقدره.

وبالنسبة للميؤوس منه فمعلوم أن الأطباء هم مجتهدون كغيرهم ممن يصدر الأحكام، وكالفلكيين الذين يصدرون الأخبار عن ولادة الشهر، والمجتهد معرض للخطأ والصواب، ولهذا طرق الفقهاء ضمان الطبيب على الخطأ، وكَوْنَتْ (لجان خطأ الأطباء) ومنها في المملكة لجنة قضائية في وزارة الصحة لخطأ الطبيب، وأذكر على سبيل المثال قضية مهمة كانت وقعت في إحدى الجهات، وهو أن طبيباً قرر الأطباء فيه موت جذع المخ، من ثلاث لجان طبية متعاقبة على مستويات عالية، ثم بعد ذلك سأل الأطباء ورثته عن أن يأخذوا بعض أعضائه، فامتنعوا وأخذوا والدهم إلى بيتهم، وجلس قرابة شهر تحت علاجات بدون أجهزة إنعاش، ثم بعد ذلك شفاه الله - سبحانه وتعالى - وكنت على سبيل الصدفة دعيت إلى إلقاء محاضرة في زراعة الكلى - وبهذه المناسبة فاصلة بسيطة، لأنها كثيراً ما دارت على ألسنة الإخوان: الكَلِيَّةُ بضم الكاف وإن شئتم لضبطها هي كخُصِيَّة، كلاهما بالضم - فَقَدَّرَ أن هذا المسؤول الكبير شفاه الله

— سبحانه وتعالى — وأعرف أنه — خيري فيه من مدة عام — أنه لا يزال حياً
سواً. فالطبيب كغيره هو مجتهد والأطباء — كما ذكر الشيخ حمزة — يختلفون
في علمهم وفي أمانتهم إلى غير ذلك، فهذه الأمور ينبغي أن تؤخذ بالاعتبار
عندما يقرر رأي في هذا وأنهم كغيرهم ممن يجتهد في إصدار الأحكام من
الأطباء والقضاة والمفتين إلى غيرهم ممن يصدرون الأحكام الاجتهادية.
وبهذا ترفع الجلسة. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

القرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى آله وصحبه.

قرار رقم: ٧/٥/٦٩

بشأن

العلاج الطبي

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في
المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو
١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: «العلاج
الطبي».

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر:

أولاً - التداوي:

الأصل في حكم التداوي أنه مشروع، لما ورد في شأنه في القرآن الكريم
والسنة القولية والعلمية، ولما فيه من «حفظ النفس» الذي هو أحد المقاصد
الكلية من التشريع.

وتختلف أحكام التداوي باختلاف الأحوال والأشخاص:

— فيكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد

أعضائه أو عجزه، أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره، كالأمراض المعدية.

— ويكون مندوباً إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.

— ويكون مباحاً إذا لم ينحرج في الحالتين السابقتين.

— ويكون مكروهاً إذا كان بفعل يخاف منه حدوث مضاعفات أشد من العلة المراد إزالتها.

ثانياً — علاج الحالات الميؤوس منها:

(أ) مما تقتضيه عقيدة المسلم أن المرض والشفاء بيد الله عزَّ وجل، وأن التداوي والعلاج أخذ بالأسباب التي أودعها الله تعالى في الكون وأنه لا يجوز اليأس من روح الله أو القنوط من رحمته، بل ينبغي بقاء الأمل في الشفاء بإذن الله.

وعلى الأطباء وذوي المرضى تقوية معنويات المريض، والدأب في رعايته وتخفيف آلامه والنفسية والبدنية بصرف النظر عن توقع الشفاء أو عدمه.

(ب) إن ما يعتبر حالة ميؤوساً من علاجها هو بحسب تقدير الأطباء وإمكانات الطب المتاحة في كل زمان ومكان وتبعاً لظروف المرضى.

ثالثاً — إذن المريض:

(أ) يشترط إذن المريض للعلاج إذا كان تام الأهلية، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها اعتبر إذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية ووفقاً لأحكامها التي تحصر تصرف الولي فيما فيه منفعة المولَّى عليه ومصالحته ورفع الأذى عنه.

على أنه لا يعتبر بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالمولَّى عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء ثم إلى ولي الأمر.

(ب) لولي الأمر الإلزام بالتداوي في بعض الأحوال، كالأعراض المعديّة والتحصينات الوقائيّة.

(ج) في حالات الإسعاف التي تتعرض فيها حياة المصاب للخطر لا يتوقف العلاج على الإذن.

(د) لا بد في إجراء الأبحاث الطبيّة من موافقة الشخص التام الأهلية بصورة خالية من شائبة الإكراه (كالمساجين) أو الإغراء المادي (كالمساكين). ويجب أن لا يترتب على إجراء تلك الأبحاث ضرر.

ولا يجوز إجراء الأبحاث الطبيّة على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء.

والله أعلم.

ويوصي مجلس المجمع:

الأمانة العامة للمجمع بالاستكتاب في الموضوعات الطبيّة التالية لطرحها على دورات المجمع القادمة:

- العلاج بالمحرمات وبالنجس، وضوابط استعمال الأدوية.
- العلاج التجميلي.
- ضمان الطبيب.
- معالجة الرجل للمرأة، وعكسه، ومعالجة غير المسلمين للمسلمين.
- العلاج بالرقى (العلاج الروحي).
- أخلاقيات الطبيب (مع توزيعها على أكثر من دورة إن اقتضى الأمر).
- التزام في العلاج وترتيب الأوليّة فيه.
- بحث أنواع من المرض تنتهي غالباً بعجز الأطباء أو تردهم في العلاج، وأمثلة ذلك:

* شخص قد استشرى السرطان في جسمه فهل تتم معالجته أم يكتفى بالمسكنات والمهدئات فقط؟

* طفل مصاب باستسقاء كبير في الدماغ (موت الدماغ) مصحوب بأنواع من الشلل والدماغ قد ضمّر (لا تزال مناطق من الدماغ تعمل)، فهل تجري لمثل هذا الطفل العملية؟ وهل إذا أصيب هذا الطفل بالتهاب في الزائدة أو التهاب رئوي يتم علاجه أم يترك؟

* شيخ هرم قد أصيب بجلطة بالقلب ومصاب بنوع من الشلل ثم أصيب بفشل كلوي فهل تتم معالجة الفشل الكلوي بالدليزة (الإنقاذ)؟ وهل إذا توقف قلبه فجأة تتم محاولة إسعافه أم يترك؟ وهل إذا أصيب بالتهاب رئوي يتم علاجه أم يترك؟

* الشخص الذي أصيب دماغه بإصابات بالغة ومع هذا لا تزال بقية من الدماغ تعمل (لم يدخل في تعريف موت الدماغ) وهو فاقد للوعي ولا أمل في تحسن حالته، فهل إذا أصيب مثل هذا الشخص بتوقف في قلبه يتم إسعافه أم يترك؟ وهل إذا أصيب بالتهاب رئوي يعالج؟ ومن هو الذي يقرر التوقف عن العلاج في مثل هذه الحالات أهي لجنة من الأطباء؟ أم لجنة أخلاقية أم الأطباء مع الأهل؟

— بيان موقف الشريعة والسنة من هذه الأحوال والأنواع.

والله ولي التوفيق.

محتوى العدد السابع الجزء الثالث

الصفحة

الموضوع

□ بيع الوفاء :

- ٩ بحث فضيلة الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء
- ٢١ بحث فضيلة الشيخ خليل محيي الدين الميس
- ٦٥ بحث حجة الإسلام الشيخ محمد علي التسخيري
- ٩٣ بحث الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرقور
- بحث محمد الحبيب ابن الخوجة/
- ١٠٧ الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي
- ٣٢٥ بحث محيي الدين قادي
- ٣٧٥ بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله
- ٤٠٧ بحث الدكتور محمد عطا السيد سيد أحمد
- ٤٢١ بحث فضيلة الشيخ الشريف محمد عبد القادر
- ٤٣٣ بحث فضيلة الشيخ المفتي محمد رفيع العثماني
- ٤٦٧ بحث الأستاذ محمود شمام
- ٤٨٧ بحث الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين
- ٥١٣ المناقشة
- ٥٥٥ القرار

□ العلاج الطبي :

- ٥٦٣ بحث الدكتور محمد علي البار -
- ٥٩٧ بحث الدكتور علي محمد يوسف المحمدي -
- ٦٦٣ بحث الدكتور محمد عدنان صقال -
- ٦٧٣ بحث الدكتور عبد الله محمد عبد الله -
- ٦٨١ المناقشة -
- ٧٢٩ القرار -



