المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

أسباب الخلاف الواردة في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد

من كتاب التفليس إلى كتاب العارية

–دراسة فقهية مقارنة–

(بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن)

إعداد الطالب
عبدالملك بن هشام العقلاء

المشرف العلمي
الدكتور / يوسف بن أحمد القاسم
الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

العام الجامعي
١٤٣٣ – ١٤٣٤ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾﴾ (١)، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾﴾ (٢)، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾ (٣).

أما بعد:

فإن من أشرف ما يشتغل به المرء التفقه في الدين، ومعرفة الحلال والحرام، وقد أدرك علماء الشريعة أهمية علم الفقه، فألفوا فيه المؤلفات، وأبدعوا فيه التصانيف.

وقد اهتم بعض الفقهاء بالإشارة إلى أسباب الخلاف عند عرض المسائل الفقهية، ويأتي في مقدمة هؤلاء: الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي -رحمه الله-، المتوفى سنة: ٥٩٥هـ، حيث اعتنى في كتابه: بداية المجتهد ونهاية المقتصد بذكر أسباب اختلاف الفقهاء في المسألة الفقهية التي يذكرها، مما جعل لكتابه قيمة علمية بين كتب الفقه.

---

(١) سورة آل عمران (١٠٢).

(٢) سورة النساء (١).

(٣) سورة الأحزاب (٧٠-٧١).

ومن هنا أتت فكرة هذا البحث: "**أسباب الخلاف الواردة في "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد من كتاب التفليس إلى كتاب العارية –دراسة فقهية مقارنة–** "، وذلك خدمة للكتاب وإبرازا لقيمته.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

أهمية الموضوع:

يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية معرفة ودراسة أسباب الخلاف، ومن ذلك:

١. تنمية الملكة الفقهية لدى طالب العلم.
٢. حسن تصور المسألة الفقهية، وفهمها فهما دقيقا.
٣. تربية طالب العلم على الاجتهاد ونبذ التعصب والتقليد.
٤. مساعدة طالب العلم على الترجيح بين الأقوال الفقهية.
٥. التدرب على الاستنباط وحسن النظر والاستدلال.
٦. سبب الخلاف يعين طالب العلم على معرفة أصول المذاهب الفقهية وقواعدها.
٧. أنه يساعد على التخريج على مذاهب الأئمة.

أسباب اختيار الموضوع:

من الأسباب التي دفعتني لاختيار الموضوع:

١. أهمية علم أسباب الخلاف كما سبق بيانه.
٢. الخصائص التي يتميز بها كتاب بداية المجتهد، من الشمول والدقة، وذكر أسباب الخلاف.
٣. ما امتاز به مؤلف الكتاب: ابن رشد –رحمه الله– من مكانة علمية شهد له بها العلماء.
٤. المساهمة في خدمة كتاب بداية المجتهد، وذلك بدراسة أسباب الخلاف التي نص عليها ابن رشد –رحمه الله– سببا سببا.

الدراسات السابقة:

١. أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد من خلال كتابه: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (قسم العبادات)، للباحث: عمر بن صالح بنعمر.

وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٠٩هـ.

وقد قسم الباحث الدراسة إلى أربعة أبواب:

الأول: أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية الراجعة إلى الأحكام الشرعية.

الثاني: أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية الراجعة إلى الأدلة الشرعية.

الثالث: أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية الراجعة إلى قواعد الاستنباط من الأدلة اللفظية.

الرابع: أسباب الاختلاف في المسائل الفقهية الراجعة إلى التعارض والترجيح.

ثم يذكر تحت كل باب ما يندرج تحته من مسائل أصولية مع ذكر الخلاف فيها، ثم يمثل على كل مسألة ببعض الأمثلة التي ذكرها ابن رشد.

٢. أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد في كتابه: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" في غير العبادات، جمعا ودراسة وتطبيقا، للباحث: سيدي محمد ولد محمد عبدالله.

وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤١٩هـ.

وقد قسم الباحث الدراسة إلى ثلاثة أبواب:

الأول: أسباب الخلاف الراجعة إلى الأدلة.

الثاني: أسباب الخلاف الراجعة إلى دلالات الألفاظ.

الثالث: الأسباب الراجعة إلى تعارض الأدلة.

وقد سلك الباحث في هذه الدراسة ما سلكه الباحث في الدراسة السابقة، وذلك بذكر ما يندرج تحت كل باب من مسائل أصولية مع ذكر الخلاف فيها، ثم يمثل على كل مسألة ببعض الأمثلة التي ذكرها ابن رشد.

٣. الجامع المفيد في أسباب اختلاف الفقهاء عند الإمام ابن رشد الحفيد، للدكتور: عبدالكريم حامدي، طباعة دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٣٠ هـ.

وقد صرح المؤلف في مقدمة كتابه على أن فكرة الكتاب هي تأليفه بطريق أصولية تخدم الغرض الذي من أجله ألف ابن رشد كتابه، وهو بيان أسباب اختلاف الفقهاء.

وذكر المؤلف في كتابه اثني عشر سببا من أسباب الاختلاف، ثم يذكر باختصار التعريف بهذا السبب وقد يشير إلى مذاهب العلماء فيه، ثم يختم بذكر الأمثلة التي ذكرها ابن رشد تحت هذا السبب.

ومن خلال هذا العرض للدراسات السابقة يتبين لنا أنها تناولت أسباب الخلاف من ناحية أصولية، ثم أتبعتها ببعض الفروع الفقهية على سبيل التمثيل والإيضاح فقط، وأما هذه الدراسة فإنها ستقوم على دراسة سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد -رحمه الله-، وذكر من وافقه من الأئمة، وذكر الأسباب الأخرى للخلاف في المسألة التي لم يذكرها ابن رشد -رحمه الله-، بالإضافة إلى عرض الخلاف في المسألة الفقهية.

منهج البحث:

يتكون هذا البحث بشكل عام من قسمين:

الأول: دراسة سبب الخلاف في المسألة، وسيكون منهج البحث فيه على النحو الآتي:

١. دراسة سبب الخلاف الذي ذكره ابن رشد -رحمه الله- في المسألة.

٢. الإشارة إلى من وافق الإمام ابن رشد -رحمه الله- في سبب الخلاف الذي نص عليه.

٣. ذكر الأسباب الأخرى للخلاف في المسألة التي لم يذكرها ابن رشد -رحمه الله-، وتوثيقها ودراستها.

الثاني: عرض الخلاف الفقهي في المسألة، وسيكون المنهج فيه وفق المنهج المعتمد من قبل قسم الفقه على النحو الآتي:

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.

٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر الحكم مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي :

أ- أُحرر محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

ب- أذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج- أقتصر على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذ لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج.

د- أوثق الأقوال من مصادرها الأصلية.

هـ- أستقصي أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

و- أُبين القول الراجح مع بيان سبب الترجيح، وأذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤. أعتمد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٥. أُركز على موضوع البحث وأتجنب الاستطراد.

٦. العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.

٧. أتجنب ذِكر الأقوال الشاذة.

٨. العناية بدارسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٩. أُرقم الآيات وأبين سورها مضبوطة بالشكل.

١٠. أُخرج الأحاديث من مصادرها الأصلية، وأُثبت الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، وأُبين ما ذكره أهل الشأن في درجتها – إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما – فإن كانت فيهما أو في أحدهما فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما أو من أحدهما.

١١. أُخرج الآثار من مصادرها الأصلية، وأحكم عليها.

١٢. أُعرف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٣. أُوثق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة، وتكون الإحالة عليها بالمادة، والجزء، والصفحة.

١٤. أعتني بقواعد اللغة العربية، والإملاء، وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة، وللأحاديث الشريفة، وللآثار، ولأقوال العلماء، وأُميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منهم علامته الخاصة.

١٥. أُترجم للأعلام غير المشهورين، وذلك بذكر اسمه، ومولده، ومذهبه العقدي والفقهي، وأبرز مؤلفاته، وسنة وفاته، ومصادر ترجمته.

١٦. إذا ورد في البحث ذكر أماكن، أو قبائل، أو فرق، أو أشعار أو غير ذلك، فأضع لها فهارس خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٧. الخاتمة، وتتضمن أبرز النتائج.

١٨. مراجع البحث :

أرتبها على حسب الترتيب الهجائي على النحو الآتي :

- عنوان الكتاب.
- اسم المؤلف والمحقق إن وجد.
- الدار أو الناشر.
- سنة الطبع ورقم الطبعة.

١٩. أُتبع البحث بالفهارس المتعارف عليها وهي :

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مقدمة وتمهيد وأربعة فصول وخاتمة، وهي على النحو الآتي:

المقدمة : وتشتمل على :

١. أهمية الموضوع.

٢. أسباب اختيار الموضوع.

٣. الدراسات السابقة.

٤. منهج البحث.

٥. خطة البحث.

التمهيد: وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ترجمة ابن رشد.

المبحث الثاني: التعريف بكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

المبحث الثالث: أسباب الاختلاف عند الفقهاء.

الفصل الأول: أسباب الخلاف الواردة في كتاب التفليس، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: تعريف التفليس لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: هل الموت يأخذ حكم الفلس؟ [١] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثاني: هل العبد المفلس المأذون له بالتجارة يُتبع بالدين في رقبته؟ [٢] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثالث: بأي الدينين يُبدأ إذا أفلس العبد والمولى؟ [٣] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

الفصل الثاني : أسباب الخلاف الواردة في كتابي الكفالة والحوالة، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الحوالة لغةً واصطلاحاً.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٥٨/٤).

(٢) المرجع السابق (١٤٦١/٤).

(٣) المرجع السابق (١٤٦٢/٤).

المبحث الأول: متى تجب الكفالة بالوجه؟ [١] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثاني: هل يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة؟ [٢] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثالث: هل يرجع صاحب الدين على المحيل إذا أفلس المحال عليه؟ [٣] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

الفصل الثالث : أسباب الخلاف الواردة في كتابي اللقطة واللقيط، وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف اللقطة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف اللقيط لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: ما حكم اللقطة بعد تعريفها سنة؟ [٤] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

---

(١) بداية المجتهد (٤/١٤٧٣).

(٢) المرجع السابق (٤/١٤٧٨).

(٣) المرجع السابق (٤/١٤٧٩).

(٤) المرجع السابق (٤/١٤٩٠).

المبحث الثاني: هل يُحتاج إلى بينة إذا عُرف العفاص والوكاء؟ [١] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثالث: هل يضمن ضالة الغنم إذا أكلها؟ [٢] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الرابع: ما حكم الإشهاد على اللقيط خيفة الاسترقاق؟ [٣] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

الفصل الرابع : أسباب الخلاف الواردة في كتابي الوديعة والعارية، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوديعة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف العارية لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: ما حكم ضمان الوديعة عند دعوى التلف؟ [٤] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٩١/٤).

(٢) المرجع السابق (١٤٩٢/٤).

(٣) المرجع السابق (١٤٩٦/٤).

(٤) المرجع السابق (١٤٩٩/٤).

المبحث الثاني: هل العارية عقد جائز أو لازم؟ [١] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

المبحث الثالث: هل العارية عقد ضمان أو أمانة؟ [٢] وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث، والتوصيات.

الفهارس العامة:

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث والآثار.

٣- فهرس الأعلام.

٤- فهرس المراجع والمصادر.

٥- فهرس الموضوعات.

وبعد؛ فإني أشكر الله تعالى على ما منّ به علي من إتمام هذا البحث، فله الحمد من قبل ومن بعد، وبعد شكر الله تعالى أتقدم بالشكر الجزيل لكل من كان سبباً في إخراج هذا البحث، ولكل من ساعدني بتوجيه أو مشورة أو تشجيع، وأخص بالذكر: والداي، وزوجتي، فجزاهم الله كل خير، وأشكر كذلك مشرف البحث فضيلة الشيخ الدكتور: يوسف بن أحمد القاسم، فقد كان حريصاً على إفادتي، وقد استفدت من توجيهاته، فجزاه الله خير الجزاء.

---

(١) بداية المجتهد (٤/١٥٠٦).

(٢) المرجع السابق (٤/١٥٠٦).

التمهيد

المبحث الأول: **ترجمة ابن رشد**.

المبحث الثاني: **التعريف بكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد**.

المبحث الثالث: **أسباب الاختلاف عند الفقهاء**.

التمهيد، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ترجمة ابن رشد.

أولا: اسمه وكنيته.

محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكية أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ويكنى بأبي الوليد ككنية جده، واشتهر بابن رشد الحفيد تمييزا له عن جده [(١)].

ثانيا: مولده.

ولد ابن رشد -رحمه الله- في قرطبة سنة عشرين وخمسمائة للهجرة، وأدرك من حياة جده شهرا [(٢)].

ثالثا: نشأته وطلبه للعلم.

نشأ ابن رشد -رحمه الله- في بيت فقه وعلم، وتعتبر أسرته من أكبر الأسر الأندلسية، بحيث شغلت زمنا طويلا مركزا ممتازا في الفقه والقضاء والسياسة، وكانت موضع إجلال دولة المرابطين ثم دولة الموحدين.

وقد حفظ القرآن الكريم، ودرس اللغة العربية وآدابها، وحفظ شعر أبي تمام والمتنبي وغيرهم، وسمع الموطأ وحفظه وعرضه على والده، ثم سمع المدونة وأتقنها فهما، ودرس الفقه على أئمة عصره، وعلم الكلام على شيوخ الأشاعرة، وأخذ الأصول عن المعتنين بهذا الفن، وروى الحديث، وحفظ منه لكن بقيت الدراية أغلب عليه من الرواية، وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جزيول البلنسي، وأقبل على علم الكلام والفلسفة وعلوم الأوائل حتى صار يضرب به المثل، وكان يفزع إلى فتياه في الطب كما يفزع إلى فتياه في الفقه.

---

(١) ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (٣٠٧/٢١)، الديباج المذهب لابن فرحون (٢٥٧/٢).

(٢) ينظر: سير أعلام النبلاء (٣٠٧/٢١)، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلي (٥٢٢/٦).

وكان على شرفه أشد الناس تواضعاً وأخفضهم جناحاً، وعني بالعلم من صغره إلى كبره، حتى حكي أنه لم يدع النظر ولا القراءة مذ عقل إلا ليلة وفاة أبيه وليلة بنائه على أهله، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة.

وولي قضاء قرطبة بعد أبي محمد ابن مغيث وحمدت سيرته وعظم قدره، وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة، ولم يصرفها في ترفيع حال ولا جمع مال، إنما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس عامة.

وامتحن آخر عمره، امتحنه السلطان يعقوب وأهانه، ثم أكرمه، ثم مات في حبس داره لما شُنع عليه من سوء المقالة والميل إلى علوم الأوائل [١].

رابعا: شيوخه.

أخذ ابن رشد -رحمه الله- الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال، وأبي مروان بن مسرة، وأبي بكر بن سمحون، وأبي جعفر بن عبد العزيز، وأبي عبد الله المازري.

وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جزيول البلنسي [٢].

خامسا: تلاميذه.

حدَّث وسمع منه أبو بكر بن جهور، وأبو محمد بن حوط الله، وأبو الحسن سهل بن مالك وغيرهم [٣].

سادسا: مؤلفاته.

ألَّف ابن رشد -رحمه الله- في شتى فنون المعرفة، كالفقه، وأصول الفقه، والخلاف، والكلام، والطب، والمنطق، والفلسفة، وغيرها.

---

(١) ينظر: الوافي بالوفيات لخليل الصفدي (٨١/٢)، الديباج المذهب (٢٥٧/٢).

(٢) ينظر: الديباج المذهب (٢٥٧/٢).

(٣) ينظر: المصدر السابق (٢٥٩/٢).

ومن أبرز مؤلفاته: كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، وكتاب: الضروري في أصول الفقه وهو مختصر للمستصفى، وكتاب: تهافت التهافت، وكتاب: الكليات في الطب، وكتابه في العربية الذي وسمه بالضروري، وغير ذلك من الكتب التي تزيد على ستين مؤلفا [(١)].

سابعا: وفاته.

مات ابن رشد –رحمه الله– محبوسا بداره بمراكش، في صفر وقيل: ربيع الأول سنة خمسة وتسعين وخمسمائة، ومات السلطان بعده بشهر [(٢)].

(١) ينظر: سير أعلام النبلاء (٣٠٧/٢١)، الديباج المذهب (٢٥٧/٢)، شذرات الذهب (٥٢٢/٦).

(٢) ينظر: سير أعلام النبلاء (٣٠٩/٢١)، الديباج المذهب (٢٥٩/٢).

المبحث الثاني: التعريف بكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد.

أولا: اسم الكتاب.

اشتهر الكتاب باسم: (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) عند أغلب أصحاب كتب التراجم، وفي النسخ المطبوعة للكتاب، وقد وردت هذه التسمية في الديباج المذهب [١]، وقد سماه المؤلف في ثنايا كتابه (بداية المجتهد وكفاية المقتصد) [٢]، ووردت تسمية ثالثة للكتاب، وهي: (نهاية المجتهد وكفاية المقتصد)، وهذه التسمية ذُكرت في كشف الظنون [٣].

والأولى تسمية الكتاب بما سماه به مؤلفه.

ثانيا: غرض المؤلف من تأليف الكتاب.

ذكر ابن رشد –رحمه الله– غرضين لتأليف الكتاب:

الأول: أن يكتب لنفسه كتابا يذكر فيه مسائل الأحكام، ونكت الخلاف، حيث يقول في مقدمة الكتاب: "فإن غرضي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها، والتنبيه على نكت الخلاف فيها، ما يجري مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع، وهذه المسائل في الأكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع، أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا، وهي المسائل التي

---

(١) ينظر: الديباج المذهب (٢/٢٥٨).

(٢) قال ابن رشد: "ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة، فإنه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى، بيد أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب:[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]". بداية المجتهد (٤/١٦٣٤).

(٣) ينظر: كشف الظنون لحاجي خليفة (٢/١٩٩٠).

وقع الاتفاق عليها، أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الإسلاميين من لدن الصحابة – رضي الله عنهم – إلى أن فشا التقليد" [١].

الثاني: أن يستعين به طالب العلم لبلوغ رتبة الإجتهاد، حيث يقول: "فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو، واللغة، وصناعة أصول الفقه، ويكفي من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب، أو أقل، وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا بحفظ مسائل الفقه، ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان، كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة، وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت" [٢].

ثالثا: منهج المؤلف في الكتاب.

يمكن إجمال منهج ابن رشد –رحمه الله– في كتابه في العناصر الآتية [٣]:

١. يبدأ بذكر موضع الاتفاق في المسألة الفقهية إذا كان في المسألة اتفاق بين العلماء، مثال ذلك قوله: "فنقول: إنه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارتان: طهارة من الحدث، وطهارة من الخبث، واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف: وضوء، وغسل، وبدل منهما وهو التيمم" [٤].

---

(١) بداية المجتهد (١/١٥).

(٢) المصدر السابق (٣/١٢٨٤).

(٣) ينظر: كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ومنهج مؤلفه فيه لمحمد النور (٣٧٣)، أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي لزايد العازمي (٢٣).

(٤) بداية المجتهد (١/٢٣).

٢. يذكر الأقوال في المسائل المختلف فيها، ثم يذكر أدلة القائلين بها، مثال ذلك قوله: "واختلف الشافعي، ومالك في الموت: هل حكمه حكم الفلس أم لا؟ فقال مالك: هو في الموت أسوة الغرماء، بخلاف الفلس. وقال الشافعي: الأمر في ذلك واحد. وعمدة مالك: ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر، وهو نص في ذلك، وأيضا من جهة النظر: إن فرقا بين الذمة في الفلس، والموت، وذلك أن الفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه، وذلك غير متصور في الموت. وأما الشافعي: فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به))، فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس." [١].

٣. يذكر بعد ذلك سبب الخلاف في المسألة إن وجد فيها سبب للخلاف، فقال في المسألة السابقة بعد ذكر الأقوال والأدلة: "فسبب الخلاف: تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس، وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت (أعني: أن من باع شيئا فليس يرجع إليه) ، فمالك – رحمه الله – أقوى في هذه المسألة، والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روي من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به" [٢].

(١) المصدر السابق (٤/١٤٥٨).

(٢) المصدر السابق (٤/١٤٥٨).

المبحث الثالث: أسباب الاختلاف عند الفقهاء.

المطلب الأول: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في ثبوت النصوص.

ويندرج تحته عدة أسباب:

أولا: الخلاف في حجية القراءة الشاذة.

مثاله: الخلاف في حجية قراءة ابن عباس ﷺ (وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مسكين) أي: يكلفونه.

وقد اختلف الفقهاء في وجوب الفدية على الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام، فمن رأى حجية قراءة ابن عباس ﷺ أوجب الفدية على الشيخ الفاني، ومن لم ير حجيتها لم يوجب عليه الفدية [(١)].

ثانيا: الخلاف في صحة الحديث.

مثاله: اختلاف العلماء في مشروعية صلاة التسبيح، فرأى بعض العلماء أنها بدعة مكروهة، لأن حديثها لم يصح، ورأى آخرون أنها مشروعة لصحة الحديث الوارد فيها [(٢)].

ثالثا: عدم الاطلاع على الحديث.

مثاله: اختلاف الصحابة –رضوان الله عليهم– في دخول الشام حين نزل بها الطاعون، فقد اختلفوا على رأيين حين استشارهم عمر بن الخطاب ﷺ، وسبب الخلاف أنهم لم يطلعوا على حديث النبي ﷺ الذي حدثهم به عبدالرحمن بن عوف ﷺ [(٣)].

---

(١) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي (٢٩).

(٢) ينظر: الخلاف بين العلماء، أسبابه وموقفنا منه لمحمد العثيمين (٢٧).

(٣) ينظر: المصدر السابق (١٠).

رابعا: نسيان الحديث.

مثاله: ما ورد من نسيان عمر بن الخطاب ﷺ لحديث جواز التيمم للجنب [١]، وذلك أن رجلا أتى عمر فقال: إني أجنبت فلم أجد ماء، فقال: "لا تصل". فقال عمار: أما تذكر يا أمير المؤمنين، إذ أنا وأنت في سرية فأجنبنا فلم نجد ماء، فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت في التراب وصليت، فقال النبي ﷺ: ((إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك الأرض، ثم تنفخ، ثم تمسح بهما وجهك وكفيك)) فقال عمر: " اتق الله يا عمار"، قال: إن شئت لم أحدث به. فقال عمر: "نوليك ما توليت" [٢].

(١) ينظر: الاختلاف الفقهي، أسبابه وموقفنا منه (٤٦).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الحيض: باب التيمم (١/٢٨٠ رقم:٣٦٨/١١٢)، من حديث سعيد بن عبدالرحمن بن أبزى عن أبيه.

المطلب الثاني: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في فهم النصوص.

ويندرج تحته سببان رئيسان:

أولا: الاختلاف في القواعد الأصولية.

ويتفرع من هذا السبب مسائل كثيرة، ومن ذلك: هل الأمر للوجوب أو الاستحباب؟ وهل النهي للتحريم أو الكراهة؟ وهل يقتضي النهي الفساد؟ وهل يحمل المطلق على المقيد؟ وما أقل الجمع؟ وغيرها من المسائل الأصولية.

ومن الأمثلة: اختلاف العلماء في حكم كتابة الدين بسبب اختلافهم في مدلول الأمر في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾ [(١)]، فمن رأى أن الأمر للوجوب أوجب كتابة الدين، ومن رأى أن الأمر في الآية للاسترشاد استحب كتابة الدين [(٢)].

ومن الأمثلة أيضا: اختلاف الفقهاء في اشتراط الإيمان في الرقبة في كفارة الظهار بسبب اختلافهم في حمل المطلق في كفارة الظهار في قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [(٣)] على المقيد في كفارة قتل الخطأ في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [(٤)]، فمن قال بحمل المطلق على المقيد اشترط الإيمان في الرقبة في كفارة الظهار، ومن لم يقل بحمل المطلق على المقيد لم يشترط الإيمان [(٥)].

---

(١) سورة البقرة (٢٨٢).

(٢) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف (١١٥).

(٣) سورة المجادلة (٣).

(٤) سورة النساء (٩٢).

(٥) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف (١٣٢).

ثانيا: الاختلاف في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة.

مثاله: اختلاف العلماء في حكم ذبائح أهل الكتاب التي يذبحونها لكنائسهم وأعيادهم[١]، بسبب اختلافهم في تعارض عمومي نصوص القرآن في هذا الباب، وذلك أن قول الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾[٢] يحتمل أن يكون مخصصا لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾[٣]. ويحتمل أن يكون قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ مخصصا لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ إذ كان كل واحد منهما يصح أن يستثنى من الآخر.

فمن جعل قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾ مخصصا لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ قال: لا يجوز ما أهل به للكنائس والأعياد. ومن عكس الأمر قال: يجوز[٤].

---

(١) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي (٢٧٧).

(٢) سورة المائدة (٥).

(٣) سورة المائدة (٣).

(٤) ينظر: بداية المجتهد (٨٧٢/٢).

المطلب الثالث: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في الأدلة المختلف فيها.

ويندرج تحته الخلاف في حجية عددٍ من الأدلة المختلف فيها، ولعلي أقتصر على أبرز تلك الأدلة، وهي:

أولا: الخلاف في حجية القياس.

مثاله: اختلاف العلماء في وجوب الزكاة في عروض التجارة بسبب اختلافهم في حجية القياس [(١)]، فمن قال بحجية القياس أوجب الزكاة في عروض التجارة قياسا على الحرث والماشية والذهب والفضة، ومن لم ير حجية القياس لم يقل بوجوب الزكاة فيها [(٢)].

ثانيا: الخلاف في المصلحة المرسلة.

مثاله: اختلاف العلماء في تضمين الصناع بسبب اختلافهم في وجود المصلحة من تضمينهم أو لا، فمن قال بتضمين الصناع رأى أن المصلحة لا تتحقق إلا بتضمينهم، لأن الناس محتاجون إلى صنعتهم، وإذا لم لنقل بتضمينهم لأدى ذلك إلى تفريطهم وعدم مبالاتهم، ومن لم يقل بتضمينهم رأى أنهم أمناء فلا وجه لتضمينهم إذا لم يفرطوا [(٣)].

ثالثا: الخلاف في سد الذريعة.

مثاله: اختلاف العلماء في توريث المطلقة البائن إذا طلقها زوجها في مرض موته [(٤)]، قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة "وسبب الخلاف: اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث.

---

(١) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي (١٣٣).

(٢) ينظر: بداية المجتهد (٥٠١/٢).

(٣) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء لعلي الخفيف (٢٣٣).

(٤) ينظر: أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي (٢٠٢).

فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا" [١].

(١) بداية المجتهد (٣/١٠٨١).

الفصل الأول

أسباب الخلاف الواردة في كتاب التفليس

تمهيد: **تعريف التفليس لغةً واصطلاحاً**.

المبحث الأول: **هل الموت يأخذ حكم الفلس**؟

المبحث الثاني: **هل العبد المفلس المأذون له بالتجارة يُتبع بالدين في رقبته**؟

المبحث الثالث: **بأي الدينين يُبدأ إذا أفلس العبد والمولى**؟

الفصل الأول: أسباب الخلاف الواردة في كتاب التفليس

تمهيد: تعريف التفليس لغةً واصطلاحاً. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التفليس لغة:

التفليس: مصدر فلس، وأفلس الرجل إذا صار ذا فُلُوس بعد الدراهم، والفَلْسُ معروف، وجمعُه فلوسٌ، وقد فَلَّسه الحاكمُ تفليساً . والتَفليسُ في اللون إذا كان على جِلده لُمَعٌ كالفُلوس، ودابَّة مُفَلِّس: فيها لُمَعٌ كالفلوس. والفَلْسُ: خاتَم من رَصاصٍ يُختَم به عُنُقَ من يعطى الجِزْية [(١)].

وأقرب المعاني اللغوية إلى المعنى الشرعي ما ورد في الصحاح: " وقد فَلَّسَهُ القاضي تَفْليساً: نادى عليه أنه أفلس" [(٢)].

المطلب الثاني: تعريف التفليس اصطلاحا:

عرفه الفقهاء بتعريفات متقاربة لا تخرج عن المعنى اللغوي.

فمن تعريفات الحنفية: "مفلس من الإفلاس، يعني بسكون الفاء وكسر اللام الخفيفة، قال: والمعنى والحكم مختلفان باختلاف اللفظ، أما المعنى فيقال: أفلس الرجل صار مفلسا أي صارت دراهمه فلوسا كما يقال: أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثا، وأما أفلسه القاضي، أي نادى عليه أنه أفلس" [(٣)].

ومن تعريفات المالكية: "التفليس: العدم وأصله من الفلوس أي أنه صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال، وكذلك يقال أفلس الرجل بفتح اللام فهو مفلس" [(٤)].

---

(١) العين للفراهيدي (٢٦٠/٧)، تهذيب اللغة للأزهري (٢٩٧/١٢)، لسان العرب لابن منظور (١٦٥/٦)، مادة (فلس).

(٢) الصحاح للجوهري (٩٥٩/٣)، مادة (فلس).

(٣) البناية شرح الهداية للعيني (٣٠٨/٣).

(٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (٣٢/٥).

وعرفه الشافعية بأنه: "جعل الحاكم المديون مفلسا، يمنعه من التصرف في ماله" [(١)]، وورد في كلام بعضهم: " وأكره أن يقال كتاب الإفلاس، لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد اليسار، والتفليس يستعمل في حجر الحاكم على المديون فكان أليق بالحال" [(٢)].

وعرفه الحنابلة: "التفليس: ... وشرعا: من لزمه أكثر مما له" [(٣)].

فمما سبق نلاحظ التقارب الكبير بين تعريفات الفقهاء للإفلاس والتفليس والمفلس.

فالإفلاس: أن يصبح الرجل ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، فهو وصف يقوم بالشخص ذاته، وهو كناية عن قلة ذات اليد.

والتفليس: حكم الحاكم على الشخص أنه أصبح مفلسا، ومنعه من التصرف في ماله.

والمفلس: من زادت ديونه على ما يملك.

وبهذا يتضح أن المعنى الشرعي لا يكاد يخرج عن المعنى اللغوي، وخصوصا ما ذكره صاحب الصحاح.

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (١٨٣/٢).

(٢) الحاوي الكبير للماوردي (٢٦٤/٦).

(٣) الفروع لابن مفلح (٤٥٢/٦).

المبحث الأول: هل الموت يأخذ حكم الفلس؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

اختلف العلماء –رحمهم الله– فيمن أدرك عين ماله عند رجل قد توفي مفلسا، هل هو أحق به من غيره من الغرماء، أم هو أسوة الغرماء؟ على قولين:

القول الأول: أن من أدرك عين ماله عند رجل قد توفي مفلسا فهو أسوة الغرماء، وهو قول الحنفية [١]، والمالكية [٢]، والحنابلة [٣].

القول الثاني: أن من أدرك عين ماله عند رجل قد توفي مفلسا فهو أحق به، وهو قول الشافعية [٤]، والظاهرية [٥].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٢٥٢/٥)، تبيين الحقائق للزيلعي (٢٠٢/٥)، اللباب في شرح الكتاب للميداني (٧٥/٢).

(٢) ينظر: المدونة للإمام مالك (٨٥/٤)، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (٣٣٤/٢)، حاشية الصاوي (٣٧٣/٣).

(٣) ينظر: المغني لابن قدامة (٣٤١/٤)، شرح الزركشي (٨٤/٤)، كشاف القناع للبهوتي (٤٢٦/٣).

(٤) ينظر: الأم للشافعي (٢٠٣/٣)، الحاوي الكبير (٢٧٢/٦)، أسنى المطالب (١٩٤/٢).

(٥) ينظر: المحلى بالآثار لابن حزم (٤٨٤/٦).

الدليل الأول [١]:

قوله ﷺ ((أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من الثمن شيئًا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء)) [٢].

وهذا الحديث نص في محل النزاع كما ترى.

ونوقش:

بأن الحديث مرسل، فلا يصح الاحتجاج به [٣].

وأجيب عنه:

بأن الحديث روي عن أبي هريرة رضي الله عنه مسندا يرفعه إلى النبي ﷺ [٤].

---

(١) ينظر: تبيين الحقائق (٢٠٢/٥)، المقدمات الممهدات (٣٣٤/٢)، المغني (٣٤١/٤).

(٢) أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم، (٦٧٨/٢/ح: ٨٧)، وعبد الرزاق، كتاب البيوع، باب الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها، (٢٦٣/٨/ح: ١٥١٥٨)، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، (٢٨٦/٣/ح:٣٥٢٠)، والبيهقي في السنن الصغير، كتاب البيوع، باب التفليس، (٢٩٢/٢/ح: ٢٠٤٦) من طريق ابن شهاب الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مرسلاً.

(٣) ينظر: الأم (٢١٩/٣).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، (٢٨٧/٣/ح:٣٥٢٢)، والدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية، باب الشفعة، (٤١١/٥/ح: ٤٥٤٨)، والبيهقي ، كتاب البيوع، باب التفليس، (٢٩٢/٢/ح: ٢٠٤٧) من طريق إسماعيل بن عياش، عن محمد بن الوليد الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة رضي الله عنه يرفعه. صححه ابن خزيمة، وابن التركماني في الجوهر النقي (٤٧/٦)، وقد ضعف الحديث الإمام الدارقطني –رحمه الله– حيث قال: " إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث ، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندا وإنما هو مرسل" (سنن الدارقطني ٤٣٢/٣)، ولكن صحح غيره من الأئمة رواية إسماعيل بن عياش، قال عبدالحق الأشبيلي في الأحكام الوسطى (٣٤٦/٣) :"وإسماعيل بن عياش حديثه عن الشاميين صحيح، ذكره يحي بن معين وغيره، والزبيدي هو محمد بن الوليد شامي حمصي"، وقال الألباني في إرواء الغليل (٢٧٠/٥) "قلت: إسماعيل بن عياش صحيح الحديث في روايته عن الشاميين عند أحمد والبخاري وغيرهما، وهذا من روايته عن الزبيدى، وهو شامي كما سبق".

الدليل الثاني:

أن الأصل في المشتري أنه أحق بما اشتراه، في حياته وبعد مماته، ولا ينتقل عن هذا الأصل إلا بدليل معارض له، ولم يوجد هذا الدليل إلا فيمن وجد عين ماله عند مفلس فيُقتصر عليه، وما عداه يبقى على الأصل، ومن ذلك حال موت المشتري [١].

ونوقش:

بأن قوله ﷺ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه : ((من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)) [٢] عام، فيشمل المعسر الحي والميت، فيكون الميت خارجا عن الأصل الذي ذكرتم لعموم هذا الحديث [٣].

ورد:

بأن عموم هذا الحديث مخصوص بحديث أبي هريرة رضي الله عنه المتقدم ((فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء)) [٤].

الدليل الثالث:

أن الميت خربت ذمته فليس للغرماء محل يرجعون إليه، فلو اختصّ البائع بسلعته عاد الضرر على بقية الغرماء لخراب ذمة الميت وذهابها، بخلاف ذمة المفلس فإنها باقية، ويمكن أن تثرى حاله فيتمكن من السداد [٥].

---

(١) ينظر: الاستذكار لابن عبدالبر (٥٠٧/٦).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس، (١١٨/٣/ح:٢٤٠٢)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري، (١١٩٣/٣/ح: ١٥٥٩/٢٢).

(٣) ينظر: المحلى بالآثار (٤٨٥/٦).

(٤) تقدم تخريجه (٣٠).

(٥) ينظر: حاشية الصاوي (٣٧٣/٣)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني (٢٢٤/٤).

وفي مثل هذا المعنى تعبير بعضهم بأن الملك انتقل عن المفلس، فسقط الرجوع فيه كما لو باعه [١]، أو بأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء، وهم الورثة فأشبه المرهون [٢]، فانتقال الملك فرع عن خراب الذمة.

الدليل الرابع:

أن البائع لا يحق له حبس المبيع حال حياة المشتري إذا كان مليا، فلا يكون أحق بثمنه بعد موته وإفلاسه؛ لأن الثمن بدل المبيع قائم مقامه، واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد؛ لأن بينهما مفارقة في الأحكام [٣].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه ((من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)) [٤].

ووجه الدلالة منه: أن الحديث عام فيشمل كل مفلس، سواء كان حيا أو ميتا [٥]، ولا يوجد دليل مخصص، وأما حديث ((فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء)) [٦] فضعيف. فضعيف.

ويناقش:

بعدم التسليم، بل الحديث صحيح كما تقدم، فيكون مخصصا لعموم هذا الحديث.

---

(١) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (١٠٢/٢).

(٢) ينظر: المغني (٣٤١/٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢٥٢/٥).

(٤) تقدم تخريجه (٣١).

(٥) ينظر: المحلى بالآثار (٤٨٥/٦).

(٦) تقدم تخريجه (٣٠).

الدليل الثاني:

قوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه ((أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه)) [١].

ونوقش:

بأن الحديث ضعيف، لما في سنده من جهالة [٢].

الدليل الثالث:

القياس على الشفعة، فكما أن الشفعة تثبت للحي ولورثته من بعده، فكذلك الرجوع بعين المال، فيحكم فيه على المفلس الحي وعلى ورثته [٣].

ونوقش:

بأن ضرر الشفيع بالشريك متجدد، ولا يختلف في الحياة والموت، وأما الرجوع بالعين فتعذر الاستيفاء متعين ومتحقق في الموت، أما المفلس الحي فيمكن أن تثرى حاله فيتمكن من السداد، فافترقا [٤].

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، (٢٨٧/٣/ح: ٣٥٢٣)، وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، (٧٩٠/٢/ح: ٢٣٦٠)، والحاكم في كتاب البيوع، (٥٨/٢/ح: ٢٣١٤) وقال: صحيح الإسناد، والدارقطني في كتاب البيوع، (٤٣٠/٣/ح: ٢٩٠١) من حديث ابن أبي ذئب عن أبي المعتمر بن عمرو بن رافع عن عمر بن خلدة عن أبي هريرة.

(٢) والجهالة فيه في أبي المعتمر، قال فيه الحافظ ابن حجر –رحمه الله– في التلخيص الحبير (١٠٠/٣): " وأبو المعتمر قال أبو داود والطحاوي وابن المنذر هو مجهول "، وقال في تقريب التهذيب (ص: ٦٧٤) "أبو المعتمر ابن عمرو ابن رافع المدني مجهول الحال من السادسة". وقال الألباني في إرواء الغليل (٢٧٢/٥) " وقال الحافظ في التقريب: "مجهول الحال"، وقلت: بل هو مجهول العين، لأنه لم يرو أحد عنه غير ابن أبي ذئب.".

(٣) ينظر: مختصر المزني (٢٠٠/٨)، الحاوي الكبير (٢٧٢/٦).

(٤) ينظر: الذخيرة للقرافي (١٧٦/٨).

الدليل الرابع:

أن هذا العقد يلحقه الفسخ، كالفسخ بالإقالة، أو الفسخ بالعيب، فكما استحق المشتري فسخه بالعيب وجب أن يستحق البائع الفسخ لتعذر العوض، قياسا على تعذر المسلم فيه [١].

ونوقش:

بأن تعذر المسلم فيه هو تعذر للمبيع، وتعذر المبيع يوجب خيار الفسخ لأنه يفوت به مقصود العقد، بخلاف تعذر الثمن في مسألتنا هذه، لأن تعذر الثمن لا يوجب الفسخ، لأنه دين ثابت في الذمة، ولا يحصل بتعذره فوات مقصود العقد [٢].

الدليل الخامس:

القياس على عقد الكتابة، ووجه: أن عقد البيع ينقل ملك البائع عن العين المبيعة إلى الثمن في الذمة، وعقد الكتابة ينقل ملك المشتري عن رقبة العبد إلى ما حصل له في ذمته، فلما كان عجز المكاتب عما في ذمته موجبا لاسترجاع العين، وجب أن يكون عجز المشتري عما في ذمته موجبا لاسترجاع البائع العين [٣].

ونوقش:

بأن عجز المكاتب عن أداء دين الكتابة عند حلول الأجل يتغير به موجب العقد بالنسبة للمولى؛ لأن المكاتب عبد، والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده، فإذا عجز العبد فات موجب العقد فيثبت للمولى خيار الفسخ، بخلاف الدين في ذمة المفلس، فإن العقد فيه أوجب ملك الثمن للبائع، وإذا حصل الإفلاس فلا ينعدم ثبوت الثمن للمالك [٤].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٨/٦)، فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي (١٩٧/١٠).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٢٠٢/٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٩/٦)، البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين العمراني اليمني (١٦٠/٦).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٢٠٢/٥).

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الأول، لحديث ((فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء))[١]، وهو نص في محل النزاع، والراجح صحة الحديث، وهذا القول موافق للأصل، وهو أن المشتري أحق بما اشتراه، في حياته وبعد مماته، ولا ينتقل عن هذا الأصل إلا بدليل معارض له، ولم يوجد هذا الدليل.

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني من أدلة فهي إما أحاديث صحيحة مخصوصة، أو أحاديث ضعيفة لا تقوى على الاحتجاج بها، أو أقيسة فاسدة، أو أقيسة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يُرد بها الحديث الصحيح.

---

(١) تقدم تخريجه (٣٠).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد:

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر هذه المسألة بأقوالها وأدلتها: "فسبب الخلاف: تعارض الآثار في هذا المعنى، والمقاييس" [١]، فذكر سببين للخلاف في هذه المسألة:

السبب الأول: تعارض الآثار في المسألة:

وهذا ظاهر مما تقدم، فالتعارض واضح بين قوله ﷺ ((فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء)) [٢]، وقوله ﷺ ((أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه)) [٣].

وقد أشار إلى هذا السبب غير واحد من الفقهاء، صراحة أو ضمنا.

فمن الصريح قول الإمام الشافعي –رحمه الله–: "فقال: فلم لم تأخذ بحديث ابن شهاب؟[٤] فقلت: الذي أخذت به أولى بي من قبل أن ما أخذت به موصول يجمع فيه النبي ﷺ بين الموت والإفلاس، وحديث ابن شهاب منقطع " [٥]، فصرح بأن سبب عدم أخذه لحديث ابن شهاب ((فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء)) هو ورود حديث أقوى وأولى منه.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٥٨/٤).

(٢) تقدم تخريجه (٣٠).

(٣) تقدم تخريجه (٣٢).

(٤) تقدم تخريجه (٢٩).

(٥) الأم (٢١٩/٣).

وممن صرح بسبب الخلاف أيضا ابن عبدالبر [١] -رحمه الله-، حيث قال: "فينبغي ألا تكون زيادة أبي المعتمر عن عمرو بن خلدة عن أبي هريرة في التسوية بين الميت والمفلس مقبولة لأنها قد عارضها ما يدفعها" يشير إلى حديث ابن شهاب، فقوله: "قد عارضها" صريح في وجود التعارض بين الأحاديث في المسألة [٢].

وممن صرح بسبب الخلاف أيضا البابرتي الحنفي [٣] -رحمه الله-، حيث يقول: "فإن قيل: هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال ((أيما رجل أفلس فأدرك رجل -وفي رواية- فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به)) والاستدلال في مقابلة النص فاسد. فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف بإسناده أن النبي ﷺ قال ((أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه)) " [٤]، فقوله: "فالجواب أنه معارض" إشارة صريحة إلى تعارض الآثار في المسألة.

---

(١) هو الحافظ أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أحد الأعلام، ولد بقرطبة سنة ٣٦٨هـ، وتوفي بشاطبة سنة٤٦٣هـ، من أجلة المحدثين والفقهاء، دأب في طلب العلم، وتفنن فيه، وبرع، فصار إمام عصره في الحديث والأثر وما يتعلق بهما، مكثر من التصانيف، ألف في الموطأ كتباً مفيدة، منها: "التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد"، و"الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار"، ومن تصانيفه أيضا: "الكافي" في الفقه، و"الاستيعاب في معرفة الأصحاب"، و"الدرر في اختصار المغازي والسير". ينظر: (شذرات الذهب ٢٦٦/٥).

(٢) الاستذكار (٥٠٧/٦).

(٣) هو محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، الرومي. نسبته إلى (بابرتا) قرية بنواحي بغداد، فقيه حنفي، ولد سنة ٧١٤هـ، وتوفي بمصر سنة ٧٨٦هـ، كان إماما محققا مدققا بارعا في الحديث، حسن المعرفة بالعربية والأصول، رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة، وأخذ عن علمائها. عرض عليه القضاء مرارا فامتنع، من تصانيفه: العناية شرح الهداية، و"شرح السراجية" في الفرائض، و"شرح مشارق الأنوار" للصغاني، و"شرح المنار"، و"شرح أصول البزدوي". ينظر: (معجم المؤلفين ٢٩٨/١١).

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتي (٢٧٩/٩).

وممن صرح بذلك أيضا الزركشي [١] -رحمه الله-، حيث ذكر قول الحنابلة ودليلهم ثم ذكر قول الشافعي وقال: "واعتراضه بحديث ابن خلدة قاضي المدينة الذي رواه الطيالسي[٢]، قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فأصاب رجل متاعه بعينه، فقال أبو هريرة: هذا الذي قضى رسول الله ﷺ أن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به، إلا أن يدع الرجل وفاء. يجاب عنه بضعفه"، فقوله: "واعتراضه" أي الشافعي يفيد أن الشافعي يعارض الحديث الذي استدل به الحنابلة بحديث ابن خلدة.

وبعض الفقهاء يشير إلى هذا السبب إشارة ضمنية، ويظهر ذلك عند أصحاب القول الأول القائلين بأنه أسوة الغرماء، حيث يذكرون قولهم ويتبعونه مباشرة بحديث ابن شهاب، ثم يذكرون قول الشافعي ويتبعونه بحديث ابن خلدة، مما يشعر بأن سبب الخلاف بينهما في المسألة هو تعارض الدليلين [٣].

وهذا السبب الذي ذكره ابن رشد -رحمه الله- وهو تعارض الآثار، سبب ظاهر، وقد أشار إليه غير واحد من الفقهاء.

---

(١) هو شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، فقيه حنبلي، كان إماما في المذهب، أخذ الفقه عن قاضي القضاة موفق الدين عبد الله الحجاويُ وكان عالما متفننا في الفقه والحديث وغيره، وتوفي بالقاهرة سنة ٧٧٢هـ، أهم مصنفاته: "شرح الخرقي" لم يسبق إلى مثله، وكلامه فيه يدل على فقه نفسي وتصرف في كلام الأصحاب ، و"شرح قطعة من المحرر"، و"شرح قطعة من الوجيز". ينظر: (معجم المؤلفين ٢٣٩/١٠).

(٢) تقدم تخريجه (٣٢).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٢٠١/٥-٢٠٢)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة للغزنوي (٩٩)، المغني (٣٤١/٤-٣٤٢)، الشرح الكبير لعبدالرحمن بن قدامة (٤٧٠/٤)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٨٥/٤).

السبب الثاني: تعارض الأقيسة [١]:

قياس أصحاب القول الأول هو التفريق بين المفلس والميت، من حيث بقاء الذمة وخرابها، كما قال ابن عبدالبر [٢] -رحمه الله-: "ومن جهة القياس بينهما فرق آخر وذلك أن المفلس يمكن أن تطرأ له ذمة وليس الميت كذلك" [٣].

وأما قياس أصحاب القول الثاني فهو مشابهة الإفلاس للشفعة من حيث ثبوتها للحي ولورثته، ومشابهته للسلم والكتابة من حيث تعذر العوض كما تقدم.

ولم أقف على من نص على تعارض الأقيسة من الفقهاء بعبارات ظاهرة وصريحة، ولكنهم يشيرون إلى ذلك إشارة ضمنية [٤]، ويتضح ذلك من خلال عرضهم للخلاف في المسألة، فهم يذكرون قياسهم في المسألة، ثم يذكرون أقيسة المخالف ويناقشونها قياسا قياسا، مما يشعر بوجود تعارض بين الأقيسة.

وما ذكره ابن رشد -رحمه الله- من تعارض الأقيسة في هذه المسألة ظاهر ووجيه، فقياس أصحاب القول الأول هو التفريق بين الفلس والموت، وقياس أصحاب القول الثاني هو التسوية بين الحي والميت قياسا على الشفعة، وهذا تعارض ظاهر.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٥٨/٤).

(٢) تقدم ترجمته (٣٧).

(٣) الاستذكار (٥٠٧/٦).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٢٠٢/٥)، الذخيرة (١٧٢/٨، ١٧٥-١٧٦).

ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد:

ذكر ابن رجب [١] -رحمه الله- في قواعده مسألة يمكن بناء الخلاف في هذه المسألة عليها، وهي مسألة انتقال التركة إلى الورثة حال وجود دين على مورثهم، وذكر أن فيها روايتين عن الإمام أحمد -رحمه الله-، وأن الراوية الأشهر هي انتقال التركة إلى الورثة.

ثم ذكر فوائد هذا الاختلاف فقال: "ومنها رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس، ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف، فإن قلنا ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه علل الإمام أحمد، وإن قلنا لا ينتقل يرجع به ولاسيما والحق هنا متعلق في الحياة تعلقا متأكدا" [٢].

فهذا الكلام يشير إلى سبب الخلاف في مسألة الرجوع بالعين على المفلس الميت.

وقد أشار إلى هذا السبب أيضا الشيرازي [٣] -رحمه الله- في المهذب، حيث أورد مسألة الرجوع بالعين على المفلس الميت تحت فصل تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين، فذكر أن المسألة فيها وجهان: الأول: عدم صحة التصرف في التركة؛ لأنها مال تعلق به دين، والثاني: صحة التصرف؛ لأنه حق تعلق بالمال من غير رضى المالك فلم يمنع التصرف قياسا على مال المريض، ثم ذكر بعد ذلك مسألة الرجوع بالعين على المفلس الميت، فكأن هذا فيه إشارة إلى بناء مسألة

---

(١) هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، أبو الفرج، زين الدين، وجمال الدين أيضا، ولد ببغداد سنة ٧٣٦هـ، وتوفي بدمشق سنة ٧٩٥هـ، من علماء الحنابلة؛ كان محدثا حافظا فقيها أصوليا ومؤرخا، أتقن فن الحديث وصار أعرف أهل عصره بالعلل، وتتبع الطرق. تخرج به غالب أصحابه الحنابلة، من تصانيفه: "تقرير القواعد وتحرير الفوائد"، المشهور بقواعد ابن رجب في الفقه، و"جامع العلوم والحكم" وهو شرح الأربعين النووية، و"شرح سنن الترمذي" ومعه "شرح العلل" في آخر أبوابه، و"ذيل طبقات الحنابلة". ينظر: (شذرات الذهب ٥٧٩/٨).

(٢) القواعد لابن رجب (٤٠٢).

(٣) هو إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق، جمال الدين الشيرازي. ولد بفيروز آباد (بليدة بفارس) سنة ٣٩٣هـ، وتوفي ببغداد سنة ٤٦٧هـ، أحد الأعلام، فقيه شافعي. كان مناظرًا فصيحًا ورعًا متواضعًا. قرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي وغيره، ولزم القاضي أبا الطيب إلى أن صار معيده في حلقته. انتهت إليه رئاسة المذهب، بنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفاته.من تصانيفه: "المهذب" في الفقه، و"النكت" في الخلاف، و"التبصرة" في أصول الفقه. ينظر: (معجم المؤلفين ٦٨ /١).

الرجوع بالعين على المفلس الميت على مسألة تصرف الوارث بالتركة، فالقول بالصحة مبني على أن التركة انتقلت إلى الورثة فصح تصرفهم فيها [١].

(١) ينظر: المهذب للشيرازي (١٢٥/٢).

المبحث الثاني: هل العبد المفلس المأذون له بالتجارة يُتبع بالدين في رقبته؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

اختلف العلماء –رحمهم الله– فيما يتعلق به دين العبد المفلس إذا أذن له سيده بالتجارة فلحقه دين بسبب التجارة، على أقوال:

القول الأول: أن دين العبد المفلس يتعلق برقبته، وهو قول الحنفية [(١)]، ورواية عند الحنابلة[(٢)].

القول الثاني: أن العبد المفلس يتبع بدينه بما في يده لا برقبته، فإن لم يكن بيده شيء تعلق الدين بذمته يتبع به إذا عتق وأيسر، وهو قول المالكية [(٣)]، والشافعية [(٤)]، ورواية عند الحنابلة [(٥)]، وقول الظاهرية [(٦)].

القول الثالث: أن دين العبد المفلس يتعلق بذمة سيده، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[(٧)].

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٤٨/٢٥)، الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٨٩/٤)، تبيين الحقائق (٢٠٩/٥).

(٢) ينظر: المغني (١٨٦/٤)، شرح الزركشي (٦٦٥/٣)، الإنصاف للمرداوي (٣٤٧/٥).

(٣) ينظر: المدونة (٩٢/٤)، الذخيرة (٣١١/٥)، الفواكه الدواني للنفراوي (١٧٥/٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٧٠/٥)، المجموع للنووي (٣٩٦/١٤)، نهاية المحتاج للرملي (١٨٠/٤).

(٥) ينظر: المبدع (٣٢٢/٤)، الإنصاف (٣٤٧/٥).

(٦) ينظر: المحلى بالآثار (٤٥٧/٦).

(٧) ينظر: المغني (١٨٦/٤)، الإنصاف (٣٤٧/٥)، الإقناع للحجاوي (٢٣٠/٢).

القول الرابع: أن دين العبد المفلس يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد، وهو رواية في مذهب الحنابلة [١].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أخرج الحاكم بسنده عن عبد الرحمن بن البيلماني، قال: رأيت شيخا بالإسكندرية يقال له سَرَقٌ، فأتيته وسألته فقال لي: سماني رسول الله ﷺ ولم أكن لأدع ذلك أبدا فقلت: لم سمَّاك؟ قال: قدم رجل من أهل البادية ببعيرين فابتعتهما منه ثم دخلت بيتي وخرجت من خلف فبعتهما فقضيت بهما حاجتي وغبت حتى ظننت أن العراقي قد خرج فإذا العراقي مقيم فأخذني فذهب بي إلى رسول الله ﷺ وأخبره الخبر فقال: ((ما حملك على ما صنعت؟)) قلت: قضيت بثمنهما حاجتي يا رسول الله قال: ((اقضه)) قلت: ليس عندي. قال: ((أنت سَرَق، اذهب يا عراقي فبعه حتى تستوفي حقك)) قال: فجعل الناس يسومونه بي ويلتفت إليهم فيقول: ماذا تريدون؟ فيقولون: نريد أن نفديه منك. فقال: والله إني منكم أحق وأحوج إلى الله عز وجل اذهب فقد أعتقتك. [٢].

ووجه الدلالة منه: أن بيع الحر في دينه كان جائزا، ومن ضرورة ذلك بيع العبد في دينه، وما ثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص، ثم نسخ بيع الحر وبقي بيع العبد مشروعا، فيباع في دينه [٣].

ويناقش:

بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به.

---

(١) ينظر: المبدع لابن مفلح (٣٢٢/٤)، الإنصاف (٣٤٧/٥).

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب الأحكام (١١٤/٤، رقم: ٧٠٦٢)، وقال: صحيح على شرط البخاري. وإسناده ضعيف، لأنه من رواية عبد الرحمن ابن البيلماني وهو ضعيف كما ذكر ابن حجر -رحمه الله- في تقريب التهذيب (٣٣٧).

(٣) ينظر: المبسوط (٤٨/٢٥)، تبيين الحقائق (٢٠٩/٥).

الدليل الثاني:

أن دين العبد المأذون له ظهر وجوبه في حق المولى بسبب الإذن، فيتعلق برقبة العبد قياسا على دينه بسبب الجناية، بجامع دفع الضرر عن الناس [١].

ونوقش:

بوجود الفرق بينهما، فدين الجناية يتقرر سببه من دون اعتبار رضى المولى، بخلاف دين التجارة، وبيان ذلك: أن المتلف عليه في دين الجناية لم يوجد منه دليل الرضا بتأخير حقه فتعلق الدين برقبة العبد، وأما صاحب دين التجارة فقد عامل العبد بإختياره فيكون راضيا بتأخير حقه حين عامله وهو يعلم أنه ليس في يده كسب، والمولى غير راض بإتلاف مالية رقبته، فمراعاة جانب المولى أولى، وعليه لا يتعلق الدين برقبة العبد [٢].

ورد:

بعدم التسليم بأن المولى لم يرض بإتلاف مالية رقبته، بل إذنه لعبده بالتجارة دليل على رضاه بتعلق الدين في رقبة العبد، وكذلك لا نسلم بأن صاحب الدين قد رضي بتأخير حقه، فلم يظهر منه ما يدل على ذلك، لأنه عامل عبدا قد أذن له سيده بالتجارة [٣].

دليل القول الثاني:

استدلوا على أن العبد المفلس يتبع بدينه بما في يده لا برقبته بأن هذا الدين ثبت على العبد برضا مستحقه؛ لأن صاحب الدين لما رضي بمعاملة العبد كأنه رضي بكون الدين في ذمته[٤].

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٩/٢٥)، بدائع الصنائع (٢٠٣/٧)، درر الحكام لملا خسرو (٢٧٨/٢)، مجمع الأنهر لشيخي زاده (٤٤٩/٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٤٨/٢٥).

(٣) ينظر: المبسوط (٤٩/٢٥).

(٤) ينظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري (٤٣/٣)، فتح الوهاب لزكريا الأنصاري (٢١٨/١)، تحفة المحتاج للهيتمي (٤٩٣/٤).

ولا يجب هذا الدين بذمة السيد أو رقبة العبد لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۚ﴾ (١)، وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ﴾ (٢)، وقوله ﷺ ((إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام)) (٣)، فلا يحل أن يؤخذ أحد بجريرة أحد، والعبد من مال السيد، ففي وجوب الدين من مال السيد أو رقبة العبد إباحة لمال السيد لغيره بغير حق (٤).

ويناقش:

بأن معاملة العبد لا تقتضي الرضا بكون الدين في ذمته، بل الأولى جعلها في ذمة السيد لأنه هو الذي أذن له، وأغرى الناس بمعاملته.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

حديث جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: ((من باع عبدا وله مال، فله ماله وعليه دينه، إلا أن يشترط المبتاع)) (٥) قال البيهقي (٦): هذا إن صح فالمراد العبد المأذون له في التجارة (٧).

---

(١) سورة الأنعام (١٦٤).

(٢) سورة النساء (٢٩).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الفتن، باب قول النبي ﷺ: "لا ترجعوا بعدي كفارا.."(٩/٥٠/ح: ٧٠٧٨)، ومسلم، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء (٣/١٣٠٥/ح: ١٦٧٩/٢٩)، من حديث أبي بكرة ﷺ مرفوعا.

(٤) ينظر: المحلى بالآثار (٦/٤٥٧).

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال، (٣/٢٦٨/ح: ٣٤٣٥)، والبيهقي، كتاب البيوع، باب ما جاء في مال العبد، (٥/٥٣٢/ح: ١٠٧٦٨)، وابن حبان، كتاب البيوع، ذكر البيان بأن العبد المأذون له في التجارة إذا بيع وله مال، (١١/٢٩١/ح: ٤٩٢٤). وحسنه الألباني في التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان (٧/٢٦٣).

(٦) هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الخُسْرَوْجِرْدي البيهقي ، الشافعي، الحافظ، صاحب التصانيف، كان واحد زمانه، وفرد أقرانه حفظاً، وإتقاناً، وثقة، وعمدة، وهو شيخ خراسان، من تصانيفه: " السنن الكبير "، و " السنن الصغير "، و " كتاب الخلاف "، و " مناقب الشافعي " وقيل تبلغ تصانيفه ألف جزء. مات سنة ٤٥٨هـ. ينظر: (شذرات الذهب ٥/٢٤٨).

(٧) ينظر: شرح الزركشي (٣/٦٦٥).

الدليل الثاني:

بأن السيد قد غر الناس بمعاملة عبده حين أذن له، فصار ضامنا، كما لو قال: داينوه، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته [١].

الدليل الثالث:

أن العبد يتصرف لسيده، فوجب أن يتعلق الدين بذمة السيد، كما لو كان الدين بسبب وكيله [٢].

دليل القول الرابع:

استدلوا على أن الدين يتعلق بذمة السيد بما استدل به أصحاب القول السابق من أن السيد قد غر الناس بمعاملته حين أذن له، وعلى أنه يتعلق برقبة العبد بأن العبد قد قبض المال، وهو يتصرف به [٣].

ويناقش:

بأن قبض العبد للمال وتصرفه فيه كان بإذن سيده، فلا وجه لتعلق الدين بالعبد الذي تصرف بإذن سيده.

الترجيح:

لعل الراجح في المسألة والله أعلم القول الثالث، لما تقدم من أن السيد قد أغرى الناس بمعاملة عبده حين أذن له، فوجب أن يتعلق الدين بذمته، ولأن هذا فيه حفظ لأموال من يتعامل مع العبد المأذون.

---

(١) ينظر: المغني (١٨٦/٤)، شرح الزركشي (٦٦٥/٣)، المبدع (٣٢٢/٤).

(٢) ينظر: الإنصاف (٣٤٧/٥)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٨٢/٢)، مطالب أولي النهى للرحيباني (٤٢٣/٣).

(٣) ينظر: المبدع (٣٢٢/٤).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد:

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر هذه المسألة: "فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا: إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين: فإنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه. فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسألة." [(١)].

قياس أصحاب القول الأول وهم الحنفية هو مشابهة دين التجارة لدين الجناية التي يجنيها العبد، وعليه يتعلق الدين برقبة العبد.

وأما قياس أصحاب القول الثاني وهم المالكية والشافعية والظاهرية فهو مشابهة مال العبد لمال الحر، فإذن السيد للعبد بالتجارة يخوله التصرف بالمال، والمتاجرة فيه، وغير ذلك مما لا يثبت له إلا بإذن سيده، فأشبه الحر في ذلك.

وأما قياس أصحاب القول الثالث وهم الحنابلة فهو مشابهة مال العبد لمال السيد، لأن السيد أغرى الناس بمعاملة العبد حين أذن له، فكأنه قال لهم: داينوه وأنا ضامن له.

وممن أشار إلى تعارض الأقيسة السرخسي [(٢)] في المبسوط، حيث ذكر قياس الحنفية في المسألة، ثم مناقشة الشافعية لهذا القياس، ثم أجاب عن هذه المناقشة [(٣)].

وما ذكره ابن رشد –رحمه الله– من تعارض الأقيسة في هذه المسألة ظاهر، فديون العبد ليست كديون الحر، وديون التجارة ليست كديون الجناية.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٦١/٤).

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان. ويلقب بشمس الأئمة. توفي سنة ٤٨٣هـ، كان إماما في فقه الحنفية، وعلامة حجة متكلما ناظرا أصوليا مجتهدا في المسائل. أخذ عن الحلواني وغيره. سجن في جب بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأملى كثيرا من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه. من تصانيفه: "المبسوط" في شرح كتب ظاهر الرواية، في الفقه، و"الأصول" في أصول الفقه، و"شرح السير الكبير" للإمام محمد بن الحسن. ينظر: (الجواهر المضية ٢٨/٢).

(٣) ينظر: المبسوط (٤٨/٢٥).

ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد:

ذكر ابن تيمية [١] -رحمه الله- أن الخلاف في هذه المسألة مبني على مسألة تصرف العبد في مال السيد، وهل هو يتصرف لنفسه أو لسيده؟

وقد نقل ذلك عن ابن تيمية غير واحد من فقهاء الحنابلة [٢]، قال الزركشي[٣] -رحمه الله-: "وبنى أبو العباس الروايتين الأولتين على أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيده فيتعلق ما أدانه بذمته كوكيله، أو لنفسه فيتعلق برقبته؟ على روايتين" [٤].

وقال ابن مفلح [٥] -رحمه الله-: "وبنى الشيخ تقي الدين الخلاف في أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيده فيتعلق ما أدانه بذمته كوكيله، أو لنفسه فيتعلق برقبته؟ فيه روايتان" [٦].

---

(١) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي، تقي الدين. الإمام شيخ الإسلام. حنبلي. ولد في حران سنة ٦٦١هـ، توفي بقلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ معتقلا، انتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر. سجن بمصر مرتين من أجل فتاواه.كان داعية إصلاح في الدين، آية في التفسير والعقائد والأصول، فصيح اللسان. مكثرا من التصنيف. من تصانيفه: "السياسة الشرعية"، و"منهاج السنة"، و"الفتاوى"، وطبعت فتاواه في ٣٧ مجلدا. ينظر: (المقصد الأرشد ١/١٣٢).

(٢) لم أقف على كلام ابن تيمية -رحمه الله- في مؤلفاته، وذكر ذلك أيضا محقق شرح الزركشي الشيخ: عبدالله بن جبرين -رحمه الله- فقال: "لم أجد كلام أبي العباس صريحا في مجموع الفتاوى" (شرح الزركشي: ٣/٦٦٥).

(٣) تقدم ترجمته (٣٨).

(٤) شرح الزركشي (٣/٦٦٥).

(٥) هو إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، من أهل قرية (رامين) من أعمال نابلس، ولد سنة ٨١٥هـ، وتوفي بدمشق سنة ٨٨٤هـ، فقيه وأصولي حنبلي، كان حافظا مجتهدًا ومرجع الفقهاء والناس في الأمور. ولي قضاء دمشق غير مرة. من تصانيفه: "المبدع" وهو شرح المقنع في فروع الحنابلة، في أربعة أجزاء، "والمقصد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد". ينظر: (معجم المؤلفين ١/١٠٠).

(٦) المبدع (٤/٣٢٢).

ومما ورد في الإشارة إلى هذا السبب ما ذكره الرافعي [١] -رحمه الله- حيث يقول: "واعلم أن المسائل الخلافية بيننا وبين أبي حنيفة في المأذون يبنى أكثرها على أنه يتصرف لنفسه أو لسيده، فعنده يتصرف لنفسه وعندنا لسيده" [٢].

(١) هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، الرافعي، أبو القاسم القزويني، من أهل قزوين، من كبار الفقهاء الشافعية. ترجع نسبته إلى رافع بن خديج الصحابي، ولد سنة ٥٥٧هـ، وتوفي سنة ٦٢٣هـ. من مصنفاته: الشرح الكبير الذي سماه "العزيز شرح الوجيز للغزالي" في الفقه الشافعي، وقد تورع بعضهم عن إطلاق لفظ العزيز مجردا على غير كتاب الله فقال "فتح العزيز في شرح الوجيز"، و"شرح مسند الشافعي". ينظر: (طبقات الشافعية للسبكي ٢٨١/٨).

(٢) فتح العزيز (١٣٩/٩).

المبحث الثالث: بأي الدينين يُبدأ إذا أفلس العبد والمولى؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

ذكر ابن رشد –رحمه الله– أن العلماء اختلفوا فيما إذا أفلس العبد والمولى معاً، بأي الدينين يُبدأ؟ [١] وذكر أنهم اختلفوا على قولين:

القول الأول: أنه يُبدأ بدين العبد، ونسب هذا القول إلى جمهور العلماء، وهو قول المالكية[٢].

القول الثاني: أنه يُبدأ بدين المولى، ولم ينسب هذا القول إلى قائل معين.

ولم أقف في المسألة إلا على قول المالكية، ولعل السبب في ذلك: أن هذه المسألة مما ورد النص عليها في المدونة، فتناقلتها كتب المالكية دون غيرهم، ولعل مما يؤيد هذا أن ابن رشد –رحمه الله– لم يذكر في المسألة أقوال المذاهب الأخرى على خلاف عادته في المسائل الأخرى في البحث.

وحيث إنني لم أقف إلا على قول المالكية فسأقوم مستعينا بالله بتخريج أقوال المذاهب الأخرى:

تخريج قول الحنفية: يمكن القول بأن الحنفية يرون البداءة بدين العبد تخريجا على قولهم بأن المولى لا يتملك من كسب العبد إذا كان العبد مدينا [٣]، فإذا كان غرماء العبد يُقدمون على المولى في كسب العبد فكذلك يُقدم غرماء العبد على غرماء المولى؛ لأن مال العبد تعلق بغرمائه فلا يملكه المولى ولا غرماؤه، لأن من قال بتقديم غرماء المولى قالوا بأن مال العبد هو في حقيقته للمولى، فله

---

(١) ينظر: بداية المجتهد (١٤٦٢/٤).

(٢) ينظر: المدونة (٨٢/٤)، المعونة على مذهب أهل المدينة لعبدالوهاب المالكي (١٧١/٢)، الذخيرة (١٩٣/٨).

(٣) ينظر: المبسوط (٦١/٢٥)، بدائع الصنائع (٢٠٠/٧)، تبيين الحقائق (٢١٣/٥).

أن يأخذه إلا إذا كان على العبد دين فالغرماء أولى به، فنقول: فكذلك غرماء العبد أولى من غرماء المولى؛ لأن مال العبد لم يعد بإمكان المولى أخذه وتملكه، فكأنه لم يصبح مالا للسيد.

تخريج قول الشافعية: يمكن القول بأن الشافعية يرون البداءة بدين العبد تخريجا على قولهم بأن العبد إذا اشترى ما يعتق على مولاه بإذن المولى، وكان العبد مدينا والمولى معسرا، فإن ما اشتراه العبد لا يعتق على المولى؛ لأن عتقه يؤدي إلى الإضرار بالغرماء، بخلاف ما لو كان المولى موسرا، فإن العبد يعتق عليه، وهذا أحد القولين في المسألة عندهم، والقول الثاني: لا يعتق عليه؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت بماله، فصار كالمستحق لهم [(١)]، فعلى كلا القولين نجد أن الشافعية يُقدمون غرماء العبد حماية لحقهم.

تخريج قول الحنابلة: يمكن القول بأن الحنابلة يرون البداءة بدين المولى تخريجا على قولهم بأن العبد إذا اشترى ما يعتق على مولاه بإذن المولى، فإنه يعتق على المولى ولو استغرق الدين قيمة العبد وما في يده [(٢)]، وهذا عكس قول الشافعية، وكأنه فيه إهدار لحقوق الغرماء حيث قرروا أن العبد يعتق على السيد، فلا يستحق الغرماء منه شيئا.

واستدل كل فريق بما يلي:

دليل القول الأول:

أن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال، والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد، فكان غرماء العبد أولى [(٣)].

---

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٢٤٢/٧)، روضة الطالبين للنووي (٥٧٤/٣)، أسنى المطالب (١١٣/٢).

(٢) ينظر: المغني (٣٣/٥)، الإنصاف (٣٥٠/٥)، شرح منتهى الإرادات (١٨٢/٢).

(٣) ينظر: المعونة على مذهب أهل المدينة (١٧١/٢)، بداية المجتهد (١٤٦٢/٤).

دليل القول الثاني:

أن مال العبد هو في الحقيقة للمولى، فيكون غرماء المولى أحق به [١].

ويناقش:

بعدم التسليم، فإن العبد لما كان مدينا تعلق ماله الذي بيده بغرمائه، فيكون مستحقا لهم.

الترجيح:

لعل الراجح والله أعلم القول الأول، لأن العبد إذا كان مدينا تعلق ماله الذي بيده بغرمائه.

(١) ينظر: بداية المجتهد (١٤٦٢/٤).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "ومن هذا المعنى: إذا أفلس العبد والمولى معا بأيهما يبدأ: هل بدين العبد، أم بدين المولى؟ فالجمهور يقولون: بدين العبد؛ لأن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال، والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد.

ومن رأى البدء بالمولى قال: لأن مال العبد هو في الحقيقة للمولى.

فسبب الخلاف: تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي، أو حكم مال السيد." [(١)].

ما ذكره ابن رشد –رحمه الله– سببا للخلاف في المسألة له قوة، فالقول بأن مال العبد حكمه حكم مال المولى يُقوي القول بتقديم غرماء المولى، والقول بأن مال العبد حكمه حكم مال الأجنبي يُقوي القول بتقديم غرماء العبد، وكأن العبد يتصرف مستقلا عن مولاه.

ولم أقف على من أشار إلى هذا السبب للخلاف في المسألة؛ لندرة من تكلم عنها.

---

(١) بداية المجتهد (٤/١٤٦٢).

الفصل الثاني

أسباب الخلاف الواردة في كتابي الكفالة والحوالة

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الحوالة لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: متى تجب الكفالة بالوجه؟

المبحث الثاني: هل يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة؟

المبحث الثالث: هل يرجع صاحب الدين على المحيل إذا أفلس المحال عليه؟

الفصل الثاني : أسباب الخلاف الواردة في كتابي الكفالة والحوالة، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف الكفالة لغةً.

الكفالة من كفل يكفل، ولها عدة معانٍ، منها:

الكِفل: بمعنى الضِعف، ومنه قوله تعالى: ﴿يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِۦ﴾[(١)]، وقيل: إنه النصيب.

والكافل: الذي يكفل إنسانا يعوله، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[(٢)].

والكفالة: من كفل المال وبالمال: ضمنه، وكَفَل بالرجل يكْفُل ويكْفِل كَفْلا وكُفُولا وكَفَالة، وكفل وتكفل به كله: ضمنه، وأكفله إياه وكَفَّله: ضَمَّنه، وكفلت عنه المال لغريمه، وتكفل بدينه تكفلا، والكفيل: الضامن [(٣)].

والمعنى الأخير وهو الضمان هو أقرب المعاني اللغوية للمعنى الشرعي.

ثانيا: تعريف الكفالة اصطلاحاً.

للفقهاء في تعريف الكفالة اتجاهان بناء على اختلافهم في آثارها:

---

(١) سورة الحديد (٢٨).

(٢) سورة آل عمران (٣٧).

(٣) العين (٣٧٣/٥)، تهذيب اللغة (١٤٠/١٠)، مقاييس اللغة لابن فارس (١٨٧/٥)، مختار الصحاح للرازي (٢٧١)، مادة (كفل).

الاتجاه الأول: وهو اتجاه الحنفية، أن الكفالة: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين [١].

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه المالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤]، أن الكفالة: أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم.

وعليه فإن الكفالة عند أصحاب الاتجاه الثاني تنحصر ببدن المكفول، وأما على الاتجاه الأول فهي واردة على الذمة.

(١) ينظر: رد المحتار لابن عابدين (٥/٢٨١).

(٢) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر (٢/٧٩٣).

(٣) ينظر: مغني المحتاج للشربيني (٣/٢٠٧).

(٤) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢/١٣٠).

المطلب الثاني: تعريف الحوالة لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف الحوالة لغةً.

الحوالة في اللغة: من حال الشيء حولا وحؤولا: تحول. وتحول من مكانه انتقل عنه، وحولته تحويلا: نقلته من موضع إلى موضع، وتحول عن الشيء: زال عنه إلى غيره، وأحال الغريم: زجاه عنه إلى غريم آخر، والاسم الحوالة، واحتال احتيالا إذا تحول هو من ذات نفسه، وتحول ماء من نهر إلى نهر [١].

فالمعاني السابقة تدور على التحول والتنقل، ومن ذلك الحَوالة بالمعنى الشرعي، فإذا أحلت شخصا بدينك فقد نقلته إلى ذمةٍ غير ذمتك.

ثانيا: تعريف الحوالة اصطلاحاً.

عرف الفقهاء الحوالة بتعريفات متقاربة.

فعرفها الحنفية بأنها: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه [٢].

وعرفها المالكية بأنها: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى [٣].

وعرفها الشافعية بأنها: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة [٤].

وعرفها الحنابلة بأنها: تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى [٥].

فهذه التعريفات متقاربة، وأغلبها يُعرف الحوالة بأنها نقل الدين باستثناء تعريف الحنابلة، فإنه عبَّر بالحق بدل الدين، ولعله هو الأولى، لأن نقل الحق أشمل من نقل الدين، فيدخل فيه الدين وغيره، كالوديعة والمال المغصوب على القول بصحة الحوالة على العين.

---

(١) تهذيب اللغة (١٥٥/٥)، مقاييس اللغة (١٢١/٢)، لسان العرب (١٨٤/١١)، تاج العروس للزبيدي (٣٦٥/٢٨)، مادة (حول).

(٢) ينظر: رد المحتار (٣٤٠/٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (١٦/٦).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (١٨٩/٣).

(٥) ينظر: كشاف القناع (٣٨٢/٣).

المبحث الأول: متى تجب الكفالة بالوجه؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

اختلف العلماء -رحمهم الله- في وقت وجوب الكفالة بالوجه [١]، هل تصح قبل ثبوت الحق أم لا؟ على قولين:

القول الأول: أن الكفالة بالوجه تصح قبل ثبوت الحق، وهو قول الحنفية [٢]، والمالكية[٣]، والشافعية [٤]، والحنابلة [٥].

ويرى الحنفية أن المدعي إذا ذكر أن له بينة حاضرة وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه، أخذ له كفيلا بنفسه ثلاثة أيام كما هو مروي عن أبي حنيفة [٦]، وروي عن أبي يوسف [٧] أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي [٨]، وقيل: يُفوض التقدير إلى رأي القاضي، قال في

---

(١) وتسمى الكفالة بالنفس أو بالبدن، انظر: بداية المجتهد (١٤٦٩/٤)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني (٣١٥/٢).

(٢) ينظر: المبسوط (١٦٧/١٩)، تبيين الحقائق (٣٠٠/٤).

(٣) ينظر: المدونة (٤٣/٤)، القوانين الفقهية (٢١٤)، إرشاد السالك لمحمد بن عسكر البغدادي (٩٦).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (١٦/٧)، فتح العزيز (٣٧٤/١٠)، روضة الطالبين (٢٥٤/٤).

(٥) ينظر: المغني (٤١٦/٤)، الإنصاف (٢٠٩/٥).

(٦) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (١٥٨/٣)، تبيين الحقائق (٣٠٠/٤).

(٧) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف، القاضي الإمام، من ولد سعد بن حبتة الأنصاري صاحب رسول الله-صلى الله عليه وسلم-، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ، وتوفي ببغداد سنة ١٨٢هـ، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً علامة، من حفاظ الحديث، لزم أبا حنيفة، فغلب عليه الرأي، وولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، وهو أول من دعي "قاضي القضاة"، وثقه أحمد وابن معين وابن المديني، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه، ومن كتبه: "الخراج"، و"أدب القاضي"، و"الجوامع"، و"الآثار"، و"النوادر". ينظر: (شذرات الذهب ٣٦٧/٢).

(٨) ينظر: تبيين الحقائق (٣٠٠/٤).

مجمع الأنهر: "وهو الأشبه برأي الإمام" [١]، أما إذا كانت البينة غائبة، أو قال المدعي: لا بينة لي فلا يُكفل لعدم الفائدة [٢].

ويرى المالكية أنه إذا ادعى على رجل مالا فأنكره فطلب منه كفيلا فإن القاضي يسأله: هل له بينة على خلطة أو معاملة؟ فإذا قال: نعم، فعليه إثبات هذه الخلطة، فإذا ثبتت الخلطة أُخذ منه كفيل بنفسه ما بينه وبين خمسة أيام إلى السبعة [٣]، و يرى ابن القاسم [٤]: أنه إذا ثبتت الخلطة، الخلطة، فليس له أخذ كفيل الوجه ليأتي بالبينة، إلا أن تكون بينةً في السوق أو بعض القبائل فيوقف القاضي المطلوب حتى يأتي هذا بالبينة، فإن جاء بها وإلا أطلقه، وإن طلب منه وكيلا بالخصومة حتى يأتي بالبينة فليس ذلك له؛ لأنا البينة تُسمع على الغائب، إلا أن يشاء أن يوكل من يدفع عنه[٥].

ويرى الشافعية أن البينة إذا كانت حاضرة في البلد، فأراد ملازمته على حضورها كان له أن يلازمه ما كان مجلس الحكم في يومه باقيا، فإذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم تشهد أحواله بوجود البينة، فإن شهدت أحواله بوجود البينة جاز أن يلازمه إلى غاية أكثرها ثلاثة أيام لا يتجاوزها، ولا يلزمه إقامة كفيل بنفسه [٦]، وإذا قال عندي بينة أريد أن أقيمها أو قال: أنظر في حسابي أو نحوه أُمهل ثلاثا من الأيام [٧]، وإذا استمهل من قامت عليه البينة ليأتي بدافع، أُمهل ثلاثة أيام وجوبا لكن بكفيل أو بالترسيم عليه إن خيف هربه [٨].

---

(١) مجمع الأنهر (٢/٢٥٨).

(٢) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/١٥٨).

(٣) ينظر: المدونة (٤/٤٣)، الذخيرة (١١/١١).

(٤) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، ولد سنة ١٣٣ هـ، شيخ حافظ حجة فقيه. صحب الإمام مالكا؛ وتفقه به وبنظرائه. لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك (المدونة) وهي من أجل كتب المالكية. خرج عنه البخاري في صحيحه، وأخذ عنه أسد بن الفرات، ويحيى بن يحيى ونظراؤهما. توفي بالقاهرة سنة ١٩١هـ. ينظر: (وفيات الأعيان ٣/١٢٩).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات لعبدالله القيرواني (٨/١٧٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٦/٣١٣)، نهاية المحتاج (٨/٣٦٠).

(٧) ينظر: أسنى المطالب (٤/٤٠٦)، مغني المحتاج (٦/٤٢٥).

(٨) ينظر: تحفة المنهاج (١٠/٣٠١)، نهاية المحتاج (٨/٣٦٠).

ويرى الحنابلة أن المدعي إذا سأل ملازمة المدعى عليه حتى يقيم البينة أجيب في المجلس حيث أمكن إحضارها فيه، فإن لم يحضرها في المجلس صرفه القاضي، ولا يجوز حبسه، ولا يُلزم بإقامة كفيل، ولا يلازم غريمه [١]، وإذا أقام بينة له وسأل كفيلا بخصمه في غير حد حتى تزكى شهوده أجيب ثلاثة أيام [٢]، وإذا قال المدعى عليه بعد ثبوت الدعوى عليه ببينة: قضيته، ولي بينة بينة به غير غائبة وسأل الإنظار، لزم إنظاره ثلاثة أيام فقط [٣].

القول الثاني: أن الكفالة بالوجه لا تجوز قبل إثبات الحق، وهو قول شريح القاضي [٤] والشعبي [٥]، وبه قال سحنون [٦] من المالكية [٧].

---

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٥٢٧/٣)، مطالب أولي النهى (٥٢٢/٦).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٥٢١/٣)، كشاف القناع (٣٥٢/٦).

(٣) ينظر: مطالب أولي النهى (٥٢٣/٦).

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية. توفي بالكوفة سنة ٧٨هـ، من كبار التابعين، من أشهر القضاة في صدر الإسلام. أصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن. كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه. ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية. واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧ هـ كان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الشعر والأدب. ينظر: (وفيات الأعيان ٤٦٠/٢).

(٥) هو عامر بن شراحيل الشعبي. أصله من حمير. منسوب إلى الشعب (شعب همدان) ولد بالكوفة سنة ١٩هـ، وتوفي بها سنة ١٠٣هـ. وهو راوية فقيه، من كبار التابعين. اشتهر بحفظه. كان ضئيل الجسم. أخذ عنه أبو حنيفة وغيره. وهو ثقة عند أهل الحديث. اتصل بعبد الملك بن مروان. فكان نديمه وسميره. أرسله سفيرا في سفارة إلى ملك الروم. خرج مع ابن الأشعث فلما قدر عليه الحجاج عفا عنه في قصة مشهورة. ينظر: (وفيات الأعيان ١٢/٣).

(٦) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب، أبو سعيد، التنوخي القيرواني. وسحنون لقبه. من العرب صليبة. أصله شامي من حمص. ولد في القيروان سنة ١٦٠هـ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ، وهو فقيه مالكي، شيخ عصره وعالم وقته. كان ثقة حافظًا للعلم، رحل في طلب العلم وهو ابن ثمانية عشر عاما أو تسعة عشر. ولم يلاق مالكًا وإنما أخذ عن أئمة أصحابه كابن القاسم وأشهب. والرواة عنه نحو ٧٠٠، انتهت إليه الرئاسة في العلم، وكان عليه المعول في المشكلات وإليه الرحلة. راوده محمد بن الأغلب حولاً كاملاً على القضاء، ثم قبل منه على شرط أن لا يرتزق له شيئًا على القضاء، وأن ينفذ الحقوق على وجهها في الأمير وأهل بيته، ولي القضاء سنة ٢٣٤هـ إلى وفاته، من مصنفاته: " المدونة " جمع فيها فقه مالك. ينظر: (معجم المؤلفين ٢٢٤/٥).

(٧) ينظر: بداية المجتهد (١٤٧٣/٤)، القوانين الفقهية (٢١٤).

والظاهرية لا يرون صحة الكفالة بالوجه أصلا [١].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

استدلوا على أن الكفالة بالوجه تصح قبل ثبوت الحق بأدلة منها:

الدليل الأول:

أن الكفيل التزم بما هو مستحق على المكفول، إذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب، بمعنى أنه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم للجواب إلى انقضاء الخصومة، فيصح التزامه بذلك[٢].

الدليل الثاني:

أن الحاجة ماسة إليها، لحفظ حقوق العباد، وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه، أو يوافقه إذا ادعاه، أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم، والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح، وفيها مصلحة ظاهرة إذا خيف هرب المدعى عليه [٣].

دليل القول الثاني:

استدل سحنون [٤] على أن الكفالة بالوجه لا تجوز قبل إثبات الحق: بأن المقصود من الكفالة بالنفس هو حضور المكفول به ليُشهد على عينه، وذلك متصور في مثل الحيوان والعروض، وأما ما لا يُحتاج إلى حضوره ليشهد على عينه فلا يكفل به [٥].

---

(١) ينظر: المحلى بالآثار (٦/٤٠٧).

(٢) ينظر: المبسوط (١٩/١٦٧)، تبيين الحقائق (٤/٣٠٠) نهاية المطلب للجويني (٧/١٦).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٤/٣٠٠).

(٤) تقدم ترجمته (٦٠).

(٥) ينظر: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات (٨/١٧٦).

ويناقش:

بأن حضور المكفول به للشهادة على عينه ليس هو المقصد الوحيد للكفالة بالوجه، بل المقصود الأعظم منها حفظ الحقوق والحد من تلاعب من يخشى هربه ومماطلته، وهذا المقصد أعظم من مجرد الشهادة على عين المكفول به.

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الأول، لما في الكفالة بالوجه قبل ثبوت الحق من مصلحة ظاهرة، وهي حفظ الحقوق، وليس فيها ضرر على المدعى عليه.

ثم إن بعض صور الكفالة لا يلزم منها وجود عين مدعى بها، كالدعاوى في الديون ونحوها، فلا ينبغي قصر الكفالة بالوجه على الدعاوى التي يكون فيها عين مدعى بها.

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر الخلاف في المسألة: "وسبب هذا الاختلاف: تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة." (١).

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف هو الموازنة والنظر في الوجه الأعدل للخصمين، والقاعدة العامة في ذلك: أنه يراعى في طلب الخصم عدم الإضرار بالخصم الآخر.

وقد تظافرت أقوال الفقهاء وتعليلاتهم في باب الكفالة على التأكيد على هذا المعنى، وهو عدم إضرار طلب الكفالة بالوجه بالمدعى عليه، مع مراعاة حفظ حق المدعي في عدم تمكين خصمه من الهرب أو المماطلة.

فممن أشار إلى ذلك السرخسي (٢) –رحمه الله– حيث يقول: "لأنه ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر والمقصود من الكفالة بالنفس التوثق والاحتياط" (٣)، وقال عند الكلام عن إحدى الصور التي لا تجوز فيها الكفالة بالوجه: " ففي الإجبار على إعطاء الكفيل إضرار به، والقاضي ينظر لأحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر" (٤).

وقال في أثناء تعليله لجواز الكفالة بالوجه في بعض صورها: "وفيه نظر للمدعي؛ لأنه إذا أحضر شهوده فلا بد من حضور الخصم ليشهدوا عليه، وربما يهرب أو يخفي شخصه فيعجز المدعي عن إثبات حقه عليه، وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعي ولا ضرر فيه على

---

(١) بداية المجتهد (١٤٧٣/٤).

(٢) تقدم ترجمته (٤٧).

(٣) المبسوط (١٦٧/١٩).

(٤) المبسوط (٧٦/٢٠).

المدعى عليه" [١]، وقال في موطن آخر: "فيؤخذ الكفيل على وجه لا يؤدي إلى التعنت في حق المدعي" [٢].

وقال في تقريره لجواز الكفالة بالعين والتي تشبه الكفالة بالوجه: "وإن قال الطالب: خذ لي منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذ له كفيلا بها أيضا؛ لأنه لا يتمكن من إقامة البينة إلا بإحضار العين، وربما يخفيها الخصم ولا وجه لإخراجها من يده قبل إقامة المدعي حجته، وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء" [٣]، ففيه مراعاة لحفظ حق المدعي من أن يخفيها المدعى عليه فلا يتمكن المدعي من إقامة حجته.

وقال ابن الهمام [٤] -رحمه الله-: "(لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظرا للمدعي)، إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه، (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه" [٥].

وقال البهوتي [٦] -رحمه الله- في التعليل لمنع إحدى صور الكفالة بالنفس: "لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا، ولئلا يتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بلا حق" [٧].

---

(١) المبسوط (٢٠/٧٥).

(٢) المبسوط (٢٠/٧٥).

(٣) المبسوط (٢٠/٧٦).

(٤) هو محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، السيواسي، كمال الدين، الشهير بابن الهمام، ولد بالإسكندرية سنة ٧٩٠هـ، وتوفي بالقاهرة سنة ٨٦١هـ، إمام من فقهاء الحنفية، مفسر حافظ متكلم. كان أبوه قاضيًا بسيواس في تركيا، ثم ولي القضاء بالإسكندرية فولد ابنه محمد ونشأ فيها. وأقام بالقاهرة. كان معظمًا عند أرباب الدولة. اشتهر بكتابه القيم "فتح القدير" وهو حاشية على الهداية، ومن مصنفاته أيضًا: "التحرير في أصول الفقه". ينظر: (الجواهر المضية ٢/٨٦).

(٥) فتح القدير (٨/١٩٣).

(٦) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي. ولد سنة ١٠٠٠هـ، وتوفي سنة ١٠٥١هـ، فقيه حنبلي، وشيخ الحنابلة بمصر في عهده. نسبته إلى (بهوت) في الغربية بمصر. له "الروض المربع بشرح زاد المستنقع المختصر من المقنع"، و"كشاف القناع عن متن الإقناع" للحجاوي، و"دقائق أولي النهى لشرح المنتهى" وكلها في الفقه. ينظر: (خلاصة الأثر ٤/٤٢٦).

(٧) شرح منتهى الإرادات (٣/٥٢٧).

وما ذكره ابن رشد –رحمه الله– سببا للخلاف في المسألة ظاهر ووجيه، فتعارض وجه العدل بين الخصمين في وقت الكفالة بالوجه ظاهر، كما تبين من تأكيد الفقهاء على هذا المعنى، ولم أقف على سبب آخر للخلاف في المسألة غير الذي ذكره ابن رشد –رحمه الله– .

المبحث الثاني: هل يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

اختلف العلماء -رحمهم الله- في اشتراط اتفاق الدينين في الحوالة جنسا وقدرا على أقوال:

القول الأول: لا يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة، وهو قول الحنفية [١].

القول الثاني: يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة، وهو المذهب عند المالكية [٢]، والصحيح من مذهب الشافعية [٣]، وقول الحنابلة [٤].

القول الثالث: يشترط اتفاق الدينين جنسا، وتجوز الحوالة بالكثير على القليل، وهو قول للمالكية [٥].

القول الرابع: يشترط اتفاق الدينين جنسا، وتجوز الحوالة بالقليل على الكثير، وهو وجه عند الشافعية [٦].

واستدل كل فريق بما يلي:

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٦/٦)، تبيين الحقائق (١٧٣/٤)، مجمع الضمانات لغانم البغدادي (٢٨٣)، الدر المختار (٣٤٢/٥).

(٢) ينظر: المقدمات الممهدات (٤٠٤/٢)، الذخيرة (٢٤٤/٩)، الشرح الكبير للدردير (٣٢٧/٣).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٢٣١/٤)، أسنى المطالب (٢٣١/٢)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١١١/٣).

(٤) ينظر: المغني (٣٩٠/٤)، الإنصاف (٢٢٥/٥)، الروض المربع للبهوتي (٣٧٦).

(٥) ينظر: مواهب الجليل (٩٤/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٩/٦)، الشرح الكبير للدردير (٣٢٧/٣).

(٦) ينظر: روضة الطالبين (٢٣١/٤).

دليل القول الأول:

عموم حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: ((وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))[١]، وهذا نص عام، وليس فيه اشتراط اتفاق الجنس أو القدر [٢].

ويناقش:

بأن اختلاف الجنس يُخرج الحوالة عن موضوعها، وهو استيفاء الحقوق، إلى التكسب والربح، فلا تكون وفق ما أراده الشارع.

دليل القول الثاني:

استدل الجمهور على اشتراط اتفاق الجنس والقدر: بأن الحوالة ليست عقد معاوضة، وإنما عقد إرفاق جاز للحاجة وتسهيل الاستيفاء، فاعتبر فيها الاتفاق قياسا على القرض لكيلا تخرج عن مقصودها [٣].

ويناقش:

بأن التفاوت في القدر لا يلزم منه الخروج عن مقصود الحوالة، فهو إما تبرع من المحيل بالزائد إذا كانت الحوالة على الكثير، أو إبراء من المحال إذا كانت الحوالة على القليل.

دليل القول الثالث:

استدلوا على جواز الحوالة بالكثير على القليل: بأن ذلك إبراء من المحال للمحيل، وهو من باب المعروف، ولا محظور فيه [٤].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الحوالة، باب هل يرجع في الحوالة، (٤/٩٤/ح: ٢٢٨٧)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، (٣/١١٩٧/ح: ٣٣/١٥٦٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٦)، تبيين الحقائق (٤/١٧٣).

(٣) ينظر: المقدمات الممهدات (٢/٤٠٤)، الذخيرة (٩/٢٤٤)، أسنى المطالب (٢/٢٣١)، الروض المربع (٣٧٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (٦/١٩)، الشرح الكبير للدردير (٣/٣٢٧).

دليل القول الرابع:

استدلوا على جواز الحوالة بالقليل على الكثير: بأن هذا تبرعٌ بالزيادة من قبل المحيل، وهو من باب حسن القضاء المأمور به المدين [١].

الترجيح:

لعل الراجح والله أعلم اشتراط اتفاق الجنس لكيلا تخرج الحوالة عن مقصودها، وعدم اشتراط اتفاق القدر، لأنه لا يخرج عن كونه تبرعا بالزيادة إذا كانت الحوالة على الكثير، أو إبراءً من المحال إذا كانت الحوالة على القليل، ولا محظور في ذلك.

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/٢٣١).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة: كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا، إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط، ومنعها في الطعام، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى؛ لأنه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ... وأما أبو حنيفة: فأجاز الحوالة بالطعام، وشبهها بالدراهم، وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم. والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا؟ والمسألة مشهورة في أصول الفقه." [(١)].

الذي يظهر للباحث أن قول ابن رشد –رحمه الله– "والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا؟" لم يرد به ذكر سبب الخلاف في المسألة، وإنما أراد الإشارة إلى أن اشتراط اتفاق الدينين مبني على أن الحوالة خارجة عن القياس، وأن خروجها عن باب المعاوضات يجعلنا نشترط اتفاق الدينين، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه عبر عن ذلك بقوله: "والمسألة مبنية"، ولم يقل: وسبب الخلاف كعادته في المسائل الأخرى من هذا البحث، وبناء المسألة على أصل أو مسألة أخرى لا يلزم أن يكون سببا للخلاف، خصوصا إذا فرّق المؤلف في استخدامه لهاتين العبارتين كما ظهر للباحث من خلال دراسته للمسائل الواردة في البحث.

الوجه الثاني: أن الفقهاء –رحمهم الله– عندما قرروا أن الحوالة خارجة عن القياس اشترطوا لها اتفاق الدينين، ولم يشيروا إلى أن خروجها عن القياس سببٌ لاختلافهم في مسائل الحوالة، ويكادون يتفقون من شتى المذاهب على هذا المعنى، وهو أن الحوالة ليست حقيقة في المعاوضات، وإنما هي على سبيل المعروف، فإذا دخلتها المعاوضة من وجهٍ ما لم تجز.

---

(١) بداية المجتهد (٤/١٤٧٩).

وممن أشار إلى هذا المعنى من فقهاء المالكية ابن رشد الجد [١] -رحمه الله- حيث يقول: "نهيه عن الدين بالدين بقوله ﷺ ((ومن أتبع على ملي فليتبع)) [٢] لما كانت على سبيل المعروف، وكما خصصت الشركة والتولية والإقالة في الطعام المكيل والموزون من عموم نهيه عن بيع الطعام قبل أن يستوفى لما كان على سبيل المعروف، فإن دخل الحوالة وجه من وجوه المكايسة رجعت إلى الأصل فلم تجز. والحوالة جائزة في جميع الديون إذا تساوت في الوزن والصفة، وحل الدين المحال به"[٣]، وقال في كلامه عن شروط الحوالة: "والثاني: أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الدين الذي يحيله عليه في القدر والصفة، لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل، لأنه إن كان أقل أو أكثر أو مخالفا له في الجنس والصفة، لم تكن حوالة، وكان بيعا على وجه المكايسة" [٤]، وهذه إشارة واضحة إلى أنه يشترط اتفاق الدينين لئلا تنتقل الحوالة من المعروف إلى المكايسة.

وممن أشار إلى هذا المعنى من فقهاء الشافعية الجويني [٥] -رحمه الله- حيث يقول: "قال الأئمة: يشترط فيما تجري الحوالة فيه أمران: أحدهما: التجانس بين الدينين، والثاني: استقرار الدين، ولزومُه على ما نصفه.

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد. قاضي الجماعة بقرطبة. ولد بها ٤٥٠هـ، وتوفي بها ٥٢٠هـ. من أعيان المالكية. وهو جد ابن رشد الفيلسوف المشهور. تفقه بأبي جعفر بن رزق وعليه اعتماده وبنظرائه من فقهاء بلده، أخذ عنه القاضي الجليل أبو الفضل: عياض رحمه الله تعالى، من تأليفه: "المقدمات الممهدات لمدونة مالك"، و"البيان والتحصيل" في الفقه، و"مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي"، و"اختصار المبسوطة". ينظر: (الديباج المذهب ٢٤٨/٢).

(٢) تقدم تخريجه (٦٧).

(٣) البيان والتحصيل (٢٩٦/١١).

(٤) المقدمات الممهدات (٤٠٤/٢).

(٥) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف محمد الجويني ، أبو المعالي ، الملقب ضياء الدين المعروف بإمام الحرمين ، ولد في جوين من نواحي نيسابور سنة ٤١٩هـ، وتوفي سنة ٤٧٨هـ، مجتمع على إمامته وغزارته، تفقه على والده، وأتى على جميع مصنفاته وتصرف فيها حتى زاد عليه في التحقيق والتدقيق، كان أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي، له مؤلفات كثيرة منها : "البرهان في أصول الفقه"، و"الورقات"، و"غياث الأمم". ينظر: (وفيات الأعيان ١٦٧/٣).

فأمَّا القول في التجانس، فلا تصح إحالة الدراهم على الدنانير، وإحالة الدنانير على الدراهم، وكذلك لا يصح إحالة الصحاح على المكسر، وإحالة المكسرة على الصحاح؛ فإن الحوالة إذا اشتملت على ما ذكرناه، لم تخل عن عوض للمحيل أو المحتال، يستفاد مثله في المعاوضات المحضة، وليس في الحوالة معاوضة محضة" [١].

وقال الرافعي [٢] -رحمه الله-: "يجب أن يكون الدينان من جنس واحد، ولو أحال بالدراهم على الدنانير أو بالعكس لم يصح، أما إذا جعلنا الحوالة استيفاء فلأن مستحق الدراهم إذا استوفاها وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه إلى الدنانير، وأما إذا جعلناها معاوضة فلأنها وإن كانت معاوضة فليس هي على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة، وإنما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشتُرط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة كما في القرض" [٣].

وقال زكريا الأنصاري [٤] -رحمه الله-: "الشرط (الثالث: اتفاق الدينين جنسا وقدرا وحلولا وتأجيلا وصحة وتكسرا وجودة ورداءة) ولو في غير الربوي؛ لأن الحوالة ليست على حقيقة المعاوضات، وإنما هي معاوضة إرفاق جوزت للحاجة فاعتبر فيها الاتفاق كما في القرض" [٥].

---

(١) نهاية المطلب (٥١٣/٦).

(٢) تقدم ترجمته (٤٩).

(٣) فتح العزيز (٣٤٢/١٠).

(٤) هو زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي. ولد سنة ٨٢٣هـ، وتوفي سنة ٩٢٦هـ، فقيه شافعي محدث مفسر قاض. من أهل مصر. لقب بشيخ الإسلام. كان فقيرا معدما، ثم طلب العلم فنبغ. ولي قضاء قضاة مصر. مكثر من التصنيف. من مؤلفاته: "الغرر البهية في شرح البهجة الوردية"، و"منهج الطلاب"، و"أسنى المطالب شرح روض الطالب" وكلها في الفقه، وله "الدقائق المحكمة" في القراءات، و"غاية الوصول شرح لب الأصول" في أصول الفقه. وله تآليف في المنطق والتفسير والحديث وغيرها. ينظر: (شذرات الذهب ١٨٦/١٠).

(٥) أسنى المطالب (٢٣١/٢).

وقال ابن حجر الهيتمي [١] -رحمه الله-: "(ويشترط تساويهما) أي الدين المحال به والدين المحال عليه في نفس الأمر وظن المحيل والمحتال، وكان وجه اعتبار ظنهما هنا دون نحو البيع الاحتياط للحوالة لخروجها عن القياس" [٢].

وقال البجيرمي [٣] -رحمه الله-: "(قوله: ليست على حقيقة المعاوضات) أي: على قواعد المعاوضات، بل هي خارجة عنها، وصحتها مستثناة من عدم صحة بيع الدين بالدين، وهذا تعليل لاشتراط كل من العلم والتساوي" [٤].

فهذه النصوص الخمسة من فقهاء الشافعية تدل على نفس المعنى الذي تقدم.

وممن أشار إلى هذا المعنى من فقهاء الحنابلة الزركشي [٥] -رحمه الله- حيث يقول: "الثاني: تماثل الحقين، وقد أشار الخرقي إلى ذلك، والتماثل في الجنس، كدراهم بدراهم، وفي الصفة، كناصرية بناصرية، وفي الحلول أو التأجيل، كحال بحال، ومؤجل بمؤجل، بشرط اتفاق الأجلين، فإن أحاله بناصرية على دمشقية أو بالعكس، لم يصح عند أبي محمد، وكذلك عند من ألحقها بالمعاوضة، إذ اشتراط التفاوت فيهما ممتنع كالقرض" [٦].

---

(١) هو أحمد بن محمد بن حَجَر الهيتمي (وعند البعض الهيثمي بالثاء المثلثة) السعدي، الأنصاري، شهاب الدين أبو العباس. ولد في محلة أبي الهيثم بمصر سنة ٩٠٩هـ، وتوفي بمكة سنة ٩٧٣هـ، فقيه شافعي. مشارك في أنواع من العلوم. تلقى العلم بالأزهر، وانتقل إلى مكة وصنف بها كتبه. برع في العلوم خصوصا فقه الشافعي. من تصانيفه: "تحفة المحتاج شرح المنهاج"، و"الإيعاب شرح العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعية والأصحاب"، و"الصواعق المحرقة في الرد على أهل البدع والزندقة"، و"إتحاف أهل الإسلام بخصوصيات الصيام". ينظر: (معجم المؤلفين ١٥٢/٢).

(٢) تحفة المحتاج (٢٣٠/٥).

(٣) هو سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرمي الشافعي الأزهري. نسبته إلى بجيرم قرية من قرى الغربية بمصر. ولد في بجيرم سنة ١١٣١هـ، وتوفي سنة١٢٢١هـ، فقيه، محدث. أخذ عن الشيخ موسى البجيرمي والشيخ العشماوي والشيخ الحفني والشيخ علي الصعيدي. قدم القاهرة صغيرا، فتعلم في الأزهر، ودرس، وكف بصره، من تصانيفه: "حاشيته على شرح المنهج"، و"التجريد لنفع العبيد"، و"تحفة الحبيب على شرح الخطيب". ينظر: (معجم المؤلفين ٢٧٥/٤).

(٤) حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣/ ٢٢).

(٥) تقدم ترجمته (٣٨).

(٦) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١١١/٤).

وقال البهوتي [١] -رحمه الله-: "(و) الثاني إمكان (المقاصة) بأن يتفق الحقان جنسا وصفة وحلولا وأجلا وأخذا، فلا تصح بدنانير على دراهم، ولا بصحاح على مكسرة، ولا بحال على مؤجل ونحوه، ولا مع اختلاف أجل؛ لأنها عقد إرفاق كالقرض، فلو جوزت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها" [٢].

فمما تقدم من نصوص الفقهاء يتبن أنهم لم يشيروا إلى سبب الخلاف في المسألة، وإنما أشاروا إلى أن كون الحوالة خارجة عن القياس تعليلٌ لاشتراط اتفاق الدينين في الحوالة.

ولم أقف على من أشار إلى سبب خلافٍ في المسألة.

(١) تقدم ترجمته (٦٤).

(٢) شرح منتهى الإرادات (١٣٥/٢).

المبحث الثالث: هل يرجع صاحب الدين على المحيل إذا أفلس المحال عليه؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

اختلف العلماء -رحمهم الله- في رجوع صاحب الدين (المحتال) على المحيل إذا أفلس المحال عليه، وهل يبرأ المحيل بمجرد الحوالة أم لا؟ على أقوال:

القول الأول: أن المحتال إذا رضي بالحوالة فقد انتقل الحق إلى ذمة المحال عليه وبريء المحيل، ولا يرجع المحتال على المحيل إلا في حالة التوي [١]، وهو قول الحنفية [٢].

والتوى عند أبي حنيفة – رحمه الله – بشيئين لا ثالث لهما: الأول: أن يموت المحال عليه مفلسا، والثاني: أن يجحد الحوالة ويحلف، ولا بينة للمحال، وقد قال أبو يوسف [٣] ومحمد بن الحسن [٤] بهما وبثالث، وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته، فيقضي القاضي بإفلاسه [٥].

القول الثاني: أن المحتال إذا رضي بالحوالة فقد انتقل الحق إلى ذمة المحال عليه وبريء المحيل، ولا يرجع المحتال على المحيل أبدا ولو تعذر استيفاء الحق لمطل أو فلس أو موت أو جحد أو غير

---

(١) والتوي: العجز عن الوصول إلى حقه، انظر: تبيين الحقائق (١٧٢/٤)، العناية شرح الهداية (٢٤٦/٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١٨/٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/٣)، تبيين الحقائق (١٧٢/٤).

(٣) تقدم ترجمته (٥٨).

(٤) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء، صحب أباحنيفة وأخذ عنه وعن أبي يوسف كثيراً، وقام بنشر المذهب الحنفي، ولاّه الرشيد قضاء بغداد بعد أبي يوسف، وصنف مصنفات منها: الجامع الكبير، والصغير، والسير الكبير، والصغير، وتوفي سنة ١٨٩هـ. ينظر: (الجواهر المضية ١٢٢/٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (١٨/٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/٣)، تبيين الحقائق (١٧٢/٤).

ذلك، وهو قول المالكية [١]، والشافعية [٢]، والصحيح من مذهب الحنابلة [٣]، وقول الظاهرية [٤].

وعند المالكية [٥] ورواية عند الحنابلة [٦] والظاهرية [٧]: إلا أن يكون المحيل قد غر المحتال، لكونه يعلم بفلس المحال عليه ولم يعلم المحتال فله أن يرجع، وأما عند الشافعية فلا يرجع ولو غره بذكر يسار المحال عليه [٨].

القول الثالث: أن المحيل لا يبرأ بالحوالة، بل يبقى الحق في ذمته بعد الحوالة، وهو قول زفر[٩] زفر[٩] من الحنفية [١٠].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

(١) ينظر: المدونة (١٢٦/٤)، الذخيرة (٢٤٩/٩)، القوانين الفقهية (٢١٥).

(٢) ينظر: الأم (٢٣٣/٣)، الحاوي الكبير (٤٢٠/٦)، المجموع (٤٣٤/١٣).

(٣) ينظر: المغني (٣٩٣/٤)، الفروع (٤١٣/٦)، الإنصاف (٢٢٧/٥).

(٤) ينظر: المحلى بالآثار (٣٩٢/٦).

(٥) ينظر: المدونة (١٢٦/٤)، الذخيرة (٢٤٩/٩)، القوانين الفقهية (٢١٥).

(٦) ينظر: المغني (٣٩٣/٤).

(٧) ينظر: المحلى بالآثار (٣٩٢/٦).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٣/٦).

(٩) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري. أصله من أصبهان. ولد سنة ١١٠هـ، فقيه إمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة. وهو أقيسهم. وكان يأخذ بالأثر إن وجده. قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به. تولى قضاء البصرة، وبها مات سنة ١٥٨هـ. وهو أحد الذين دونوا الكتب. ينظر: (شذرات الذهب ٢٦١/٢).

(١٠) ينظر: بدائع الصنائع (١٧/٦)، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٤/٣)، فتح القدير لابن الهمام (٢٤١/٧).

الدليل الأول:

ما ورد عن عثمان ﷺ أنه قال في الحوالة أو الكفالة: "يرجع صاحبها، لاتوى -أي لا هلاك- على مسلم" [(١)].

ونوقش:

بأن الأثر ضعيف، ولو صح فليس فيه دلالة، لأنه قال: في الحوالة أو الكفالة، فكان شكا يمنع من صحة الاستدلال، لأنه في الكفالة يرجع وفي الحوالة لا يرجع، والشك يمنع من تعيينه في الحوالة [(٢)].

الدليل الثاني:

أن المحتال إنما رضي بالحوالة على قصد التوثق لحقه، فيكون رضاه مقيدا بشرط سلامة ماله في الذمة الثانية، فإذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال إلى المحل الأول، وتنفسخ الحوالة كالعيب في المبيع، فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع [(٣)].

ونوقش:

بأن الحوالة قبض، وحدوث العيب بعد القبض لا يوجب الرجوع، كحدوث العيب في الأعيان بعد قبضها [(٤)].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الحوالة، باب من قال: يرجع على المحيل، (٦/١١٧/ح ١١٣٩١)، وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في الحوالة أله أن يرجع فيها، (٤/٣٣٠/ح: ٢٠٧٢٤)، وضعفه ابن حجر في فتح الباري (٤/٤٦٤).

(٢) ينظر: الأم (٣/٢٣٣)، الحاوي الكبير (٦/٤٢٢)، المغني (٤/٣٩٣).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٠/٤٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/٤)، العناية شرح الهداية (٧/٢٤٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٤٢٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال ((مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع)) [١].

ووجه الدلالة منه: أنه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة، لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع، فلما شرط الملاءة عُلم أن الحق قد انتقل بها انتقالا لا رجوع له به، فاشترط الملاءة حراسة لحقه [٢].

الدليل الثاني:

استدلوا بما ورد عن سعيد بن المسيب: أنه كان لأبيه المسيب دين على إنسان ألفا درهم، ولرجل آخر على علي بن أبي طالب ألفا درهم، فقال ذلك الرجل للمسيب: أنا أحيلك على علي وأحلني أنت على فلان، ففعلا فانتصف المسيب من علي وتلف مال الذي أحاله المسيب عليه فأخبر المسيب بذلك علي بن أبي طالب فقال له علي: أبعده الله [٣].

ووجه الدلالة منه: أنه لم يقل له: لك الرجوع علي، ، فلو كان له الرجوع لما استجاز علي أن يمنعه منه، وهو فعل منتشر في الصحابة لا يُعرف له مخالف فصار إجماعا [٤].

الدليل الثالث:

أن الحوالة بالحق تجري مجرى القبض، ودليله من وجهين: الأول: أنها صرف يجوز الافتراق فيه، فلولا أنه قبض لبطل بالافتراق، والثاني: أن المحيل لو مات جاز لورثته اقتسام التركة لبقاء حقه

---

(١) تقدم تخريجه (٦٧).

(٢) ينظر: المدونة (١٢٦/٤)، الأم (٢٣٣/٣)، الحاوي الكبير (٤٢١/٦)، المحلى بالآثار (٣٩٣/٦).

(٣) أخرجه ابن حزم في المحلى، كتاب الحوالة، مسألة الحوالة على مليء، (٣٩٤/٦) واحتج به مما يدل على صحته عنده. وقد بين ذلك في مقدمة الكتاب (المحلى بالآثار ٢١/١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢١/٦)، المجموع (٤٣٦/١٣)، المغني (٣٩٣/٤).

فيها، فدل هذا على أن الحق مقبوض، والحقوق المقبوضة إذا تلفت فلا يستحق الرجوع بها كالأعيان المقبوضة [١].

الدليل الرابع:

أن تعذر استيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة كما لو أفلس حيا، وكالمشتري بثمن مؤجل إذا مات، لم يوجب موته فسخ الشراء، لأن من لزمه حق في ذمته لم يوجب موته فسخ العقد الذي ثبت الحق لأجله [٢].

دليل القول الثالث:

أن الحوالة شرعت توثقة للدين كالكفالة، وليس من التوثقة براءة الأول، بل التوثقة في مطالبة الثاني، مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول كالكفالة [٣].

ونوقش:

بأن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازما فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول، فيبرأ المحيل كما تقدم [٤].

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الثاني، لقوة دلالة قوله ﷺ ((وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)) [٥] على أن الحوالة تقتضي نقل الحق وتحويله.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٢/٦)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٢٨٩/٦)، المجموع (٤٣٦/١٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٢/٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١٧/٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/٣)، فتح القدير (٢٤١/٧).

(٤) المصادر السابقة.

(٥) تقدم تخريجه (٦٧).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد:

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر هذه المسألة: "وأما أحكامها: فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحمالة في أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء، قال مالك وأصحابه: إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم، وقال أبو حنيفة: يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات عليه مفلسا، أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ... وسبب اختلافهم: مشابهة الحوالة للحمالة" [(١)].

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو اختلاف العلماء –رحمهم الله– في قياس الحوالة على الكفالة، فزفر [(٢)] من الحنفية قاس الحوالة على الكفالة ورأى أن المحيل لا يبرأ بالحوالة، وأما جمهور العلماء فيرون أن الحوالة مغايرة للكفالة، وأن الحوالة توجب النقل والتحويل، وعليه يبرأ المحيل بالحوالة.

وقد أشار عدد من الفقهاء إلى ذلك، فمما قاله الإمام الشافعي –رحمه الله–: "وإذا أحال الرجل على الرجل بالحق فأفلس المحال عليه أو مات، ولا شيء له لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل من قبل أن الحوالة تحول حق من موضعه إلى غيره، وما تحول لم يعد، والحوالة مخالفة للحمالة، ما تحول عنه لم يعد إلا بتجديد عودته عليه" [(٣)]، فقوله –رحمه الله–: "والحوالة مخالفة للحمالة" صريح في مغايرة الحوالة للكفالة.

---

(١) بداية المجتهد (١٤٧٩/٤).

(٢) تقدم ترجمته (٧٥).

(٣) الأم (٢٣٣/٣).

وقال الكاساني [١] -رحمه الله-: "وقال زفر: الحوالة لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة، على ما كان عليه قبلها، كالكفالة سواء ... ولنا أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازما فيها" [٢]، وهذا يفيد أن معنى الحوالة يختلف عن الكفالة.

وقال عبدالله الموصلي [٣] -رحمه الله- في كتابه الاختيار لتعليل المختار: "وقال زفر: لا يبرأ؛ لأنها للاستيثاق فبقي الدين على المحيل كالكفالة، وجوابه ما مر أنها من التحويل، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل" [٤].

وقال الكمال ابن الهمام [٥] -رحمه الله-: "إذا عرف المذهب حينئذ جئنا إلى خلاف زفر، له الاعتبار بالكفالة بجامع أن كلا منهما عقد توثق، ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة، بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة، ولأن عدم الانتقال أدخل في معنى التوثق، إذ يصير له مكنة أن يطالب كلا منهما فكذا هذا، (ولنا أن الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين إذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم) لغة لأنها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة إلى الذمة" [٦].

وهذا يفيد أن الحوالة تفيد تحويل الحق وانتقاله بخلاف الكفالة كما تقدم.

---

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين. منسوب إلى كاسان (أو قاشان، أو كاشان) بلدة بالتركستان، خلف نهر سيحون. توفي بحلب سنة ٥٨٧هـ، من أئمة الحنفية. كان يسمى (ملك العلماء) أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور (تحفة الفقهاء) تولى بعض الأعمال لنور الدين الشهيد. من تصانيفه: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" وهو شرح تحفة الفقهاء، و"السلطان المبين في أصول الدين". ينظر: (الجواهر المضية ٢/٢٤٤).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٧).

(٣) هو عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، أبو الفضل، مجد الدين. ولد بالموصل سنة ٥٩٩هـ، وتوفي ببغداد سنة ٦٨٣هـ، من أهل الموصل، من كبار الحنفية. كان شيخًا فقيهًا عالما فاضلاً مدرسًا عارفًا بالمذهب، كانت مشاهير الفتاوى على حفظه. حصل عند أبيه مبادئ العلوم، ورحل إلى دمشق فأخذ عن جمال الدين الحصيري. تولى القضاء بالكوفة ثم عزل ودخل بغداد ودرّس بها ولم يزل يفتي ويدرّس إلى أن مات. من تصانيفه: " المختار للفتوى "، و"الاختيار لتعليل المختار"، وكتاب"المشتمل على مسائل المختصر". ينظر: (الجواهر المضية ١/٢٩١).

(٤) الاختيار لتعليل المختار (٣/٤).

(٥) تقدم ترجمته (٦٤).

(٦) فتح القدير (٧/٢٤٢).

ومما تقدم يتبين أن الفقهاء -رحمهم الله- قد وافقوا ابن رشد -رحمه الله- في هذا السبب في المسألة.

ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد:

ذكر غير واحد من الفقهاء أن من أسباب الخلاف في هذه المسألة تعارض آثار الصحابة -رضوان الله عليهم-.

قال الكمال ابن الهمام [١] -رحمه الله-: "ويؤيده ما روي عن ابن المسيب أنه كان له على علي ﷺ دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه [٢]... يؤيده ما روي عن عثمان ﷺ مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه إذا مات مفلسا قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال لا توى على مال امرئ مسلم [٣] ... وهذان الحديثان متعارضان، فإن كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ" [٤].

وقال القرافي [٥] -رحمه الله-: "واحتجوا بأن عثمان ﷺ قضى في رجل أحيل على ذمة فمات المحال عليه مفلسا أن له الرجوع على المحيل... الجواب عن الأول منع الصحة سلمناه، لكنه معارض بما روي عن علي ﷺ أنه سأله رجل له حق فأحاله ثم رجع إليه وزعم أن المحال عليه قد أفلس فقال له علي رضي الله عنه اخترت علينا غيرنا ومنعه الحق" [٦].

---

(١) تقدم ترجمته (٦٤).

(٢) تقدم تخريجه (٧٧).

(٣) تقدم تخريجه (٧٦).

(٤) فتح القدير (٢٤٤/٧).

(٥) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين القرافي. أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب. نسبته إلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة. ولد سنة٦٢٦هـ، وتوفي سنة ٦٨٤هـ، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، فقيه مالكي. مصري المولد والمنشأ والوفاة. انتهت إليه رياسة الفقه على مذهب مالك. من تصانيفه: "الفروق" في القواعد الفقهية، و"الذخيرة" في الفقه، و"شرح تنقيح الفصول في الأصول"، و"الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام". ينظر: (حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ٣١٦/١).

(٦) الذخيرة (٢٥٠/٩).

وقال ابن قدامة [١] -رحمه الله-: " وحديث عثمان لم يصح، يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان، ولم يصح سماعه منه، وقد روي أنه قال: في حوالة أو كفالة. وهذا يوجب التوقف، ولا يصح، ولو صح كان قول علي مخالفا له" [٢].

وقال ابن حزم [٣] -رحمه الله-: "فإن قالوا: قد روي عن عثمان أو قال في الحوالات: ليس على مال مسلم توى ... وقد روينا من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن علي بن عبيد الله عن سعيد بن المسيب: أنه كان لأبيه المسيب دين على إنسان ألفا درهم، ولرجل آخر على علي بن أبي طالب ألفا درهم، فقال ذلك الرجل للمسيب: أنا أحيلك على علي وأحلني أنت على فلان، ففعلا فانتصف المسيب من علي وتلف مال الذي أحاله المسيب عليه، فأخبر المسيب بذلك علي بن أبي طالب، فقال له علي: أبعده الله. فهذا خلاف الرواية عن عثمان، والذي ذكرنا عن علي، وهذه موافقة لقولنا" [٤].

فهذه النقول الأربعة المتقدمة تدل على وجود التعارض بين أثر عثمان وأثر علي -رضي الله عنهما- وقد تقدما.

---

(١) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين.توفي سنة ٦٢٠هـ، خرج من بلده صغيرا مع عمه عندما ابتليت بالصليبيين واستقر بدمشق واشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين. رحل في طلب العلم إلى بغداد أربع سنين ثم عاد إلى دمشق. وقال عز الدين بن عبد السلام "ما طابت نفسي بالإفتاء حتى صار عندي نسخة من المغني للموفق ونسخة من المحلى لابن حزم". من تصانيفه "المغني في الفقه شرح مختصر الخرقي"، و"الكافي"، و"المقنع"، و"العمدة"، وله في الأصول "روضة الناظر". ينظر: (ذيل طبقات الحنابلة ٢٨١/٣، المقصد الأرشد ١٥/٢).

(٢) المغني (٣٩٣/٤).

(٣) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد : عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، كان في الأندلس خلق كثير ينتسبون إلى مذهبه، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، وكانت له ولأبيه من قبله رياسة الوزارة وتدبير المملكة، فزهد بها وانصرف إلى العلم والتأليف، فكان من صدور الباحثين فقيهاً، رحل إلى بادية ليلة من بلاد الأندلس فتوفي فيها سنة ٤٥٦هـ، من أشهر مصنفاته (المحلى)، و (الإحكام في أصول الأحكام)، و (طوق الحمامة). ينظر: (سير أعلام النبلاء ١٨٤/١٨).

(٤) المحلى بالآثار (٣٩٤/٦).

الفصل الثالث

أسباب الخلاف الواردة في كتابي اللقطة واللقيط

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف اللقطة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف اللقيط لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: ما حكم اللقطة بعد تعريفها سنة؟

المبحث الثاني: هل يُحتاج إلى بينة إذا عُرف العفاص والوكاء؟

المبحث الثالث: هل يضمن ضالة الغنم إذا أكلها؟

المبحث الرابع: ما حكم الإشهاد على اللقيط خيفة الاسترقاق؟

الفصل الثالث : أسباب الخلاف الواردة في كتابي اللقطة واللقيط، وفيه تمهيد وأربعة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف اللقطة لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف اللقطة لغةً.

اللُقطة من الفعل لقط: أي: أخذ الشيء من الأرض، قد رآه بغتة ولم يُرده، وقد يكون عن إرادة وقصد أيضا، منه لقط الحصى وما أشبهه، واللُقطة: ما التقطه الإنسان من مال ضائع، وكذلك المنبوذ من الصبيان لقطة، واللقَط: ما التقطت من شيء، والالتقاط: أن توافق شيئا بغتة من كلأ وغيره، ويقولون: "لكل ساقطة لاقطة"، أي: لكل نادرة من الكلام من يسمعها ويذيعها[١].

ويكاد يكون المعنى اللغوي هو نفس المعنى الشرعي للقطة.

ثانيا: تعريف اللقطة اصطلاحاً.

عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة.

فمن تعريفات الحنفية: مال يوجد ولا يعرف مالكه، وليس بمباح كمال الحربي [٢].

ومن تعريفات المالكية: مال وجد بغير حرز، محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما [٣].

وعرفها الشافعية بأنها: ما وجد في موضع غير مملوك، من مال أو مختص، ضائع من مالكه بسقوط أو غفلة ونحوها، لغير حربي ليس بمحرز ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مالكه [٤].

---

(١) العين (١٠٠/٥)، تهذيب اللغة (١٦/٩)، مقاييس اللغة (٢٦٢/٥)، تاج العروس (٧٥/٢٠)، مادة (لقط).

(٢) ينظر: رد المحتار (٢٧٥/٤).

(٣) ينظر: شرح حدود ابن عرفة لمحمد الرصاع (٤٢٩).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٥٧٦/٣).

وعرفها الحنابلة بأنها: مال أو مختص ضاع أو ما في معناه -كمتروك قصدا لمعنى يقتضيه- لغير حربي [١].

فهذه التعريفات متقاربة، وجميعها تدور حول كون اللقطة مالٌ ضائع لا يُعرف مالكه، وأجمع تلك التعريفات تعريف الشافعية.

المطلب الثاني: تعريف اللقيط لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف اللقيط لغةً.

اللقيط عند العرب: الصبي المنبوذ يجده إنسان، فعيل بمعنى مفعول، وتقدم قريبا في تعريف اللُقطة أن المنبوذ من الصبيان يسمى: لُقطة، فاللقيط واللُقطة أصلهما واحد من الفعل: لقط، أي: أخذ، وقال في المصباح المنير: وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ [٢].

ومعنى اللقيط لغة شبيه بالمعنى الشرعي.

ثانيا: تعريف اللقيط اصطلاحاً.

عرفه الفقهاء بتعريفات متقاربة.

فعرفه الحنفية بأنه: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة [٣].

وعرفه المالكية بأنه: صغير آدمي لم يُعلم أبواه ولا رقه [٤].

وعرفه الشافعية بأنه: كل صبي ضائع لا كافل له [٥].

---

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٣٧٦/٢).

(٢) العين (١٠٠/٥)، تهذيب اللغة (١٦/٩)، المصباح المنير للفيومي (٥٥٧/٢) تاج العروس (٧٥/٢٠)، مادة (لقط).

(٣) ينظر: رد المحتار (٢٦٩/٤).

(٤) ينظر: شرح حدود ابن عرفة (٤٣٢).

(٥) ينظر: روضة الطالبين (٤١٨/٥).

وعرفه الحنابلة بأنه: طفل لا يُعرف نسبه ولا رقه، نُبذ أو ضل الطريق، ما بين ولادته إلى سن التمييز [١].

وهذه التعريفات متقاربة، وأضاف تعريف الحنفية الهدف من نبذ اللقيط، وأضاف تعريف الحنابلة تقييده بسن التمييز.

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٣٨٧/٢).

المبحث الأول: ما حكم اللقطة بعد تعريفها سنة؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اتفق العلماء –رحمهم الله– على أن الملتقط إذا عرَّف اللقطة سنةً ولم يجد صاحبها فله أن يستنفقها أو يتصدق بها وعليه الضمان إذا جاء صاحبها [(١)]، واختلفوا في الغني، هل له أن يستنفقها بعد الحول أم لا؟ على قولين:

القول الأول: لا يحل للغني أن يستنفق اللقطة بعد تعريفها سنة ولكن يتصدق بها، وهو قول الحنفية [(٢)].

القول الثاني: يحل للغني أن يستنفق اللقطة بعد أن يُعرفها سنة، وهو قول المالكية [(٣)]، والشافعية [(٤)]، والصحيح من مذهب الحنابلة [(٥)]، وقول الظاهرية [(٦)].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

(١) التمهيد لابن عبدالبر (١١٨/٣)، الاستذكار (٢٤٩/٧)، بداية المجتهد (١٤٩٠/٤).
(٢) ينظر: المبسوط (٥/١١)، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦)، البناية شرح الهداية (٣٤١/٧).
(٣) ينظر: المقدمات الممهدات (٤٧٦/٢)، الذخيرة (١١٤/٩)، القوانين الفقهية (٢٢٥).
(٤) ينظر: الأم (٧٠/٤)، الحاوي الكبير (١٤/٨)، المهذب (٣٠٦/٢).
(٥) ينظر: المغني (٧٨/٦)، المبدع (١٢٦/٥)، كشاف القناع (٢١٨/٤).
(٦) ينظر: المحلى بالآثار (١١٠/٧).

الدليل الأول:

حديث أبي هريرة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال ((لا تحل اللقطة، من التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاءه صاحبها فليردها إليه وإن لم يأت صاحبها فليتصدق بها)) [١].

ووجه الدلالة منه: أن الصدقة للفقير، ولا تكون للغني [٢].

ويناقش:

بأن الأحاديث الأخرى كما سيأتي أباحت للملتقط أن يستنفق اللقطة، فيُجمع بين الحديثين بأن الملتقط مخير بين أن يتصدق بها على فقير ويكون أجرها لصاحبها، وبين أن يستنفقها لنفسه ولو كان غنيا لعموم أحاديث إباحة الاستنفاق.

الدليل الثاني:

أن اللقطة مال الغير، فلا يجوز الانتفاع بها بدون رضاه لإطلاق النصوص [٣]، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [٤].

ويناقش:

بأن عموم الأدلة في عدم إباحة مال الغير إلا بإذنه مخصوصة بأحاديث اللقطة التي تبيح الانتفاع بها، وستأتي.

أدلة القول الثاني:

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير، (٦٢/١/ح: ٧٢)، والدارقطني في سننه، كتاب الرضاع، (٣٢٢/٥/ح: ٤٣٨٩)، والحديث في إسناده يوسف بن خالد السمتي وهو ضعيف، انظر: نصب الراية للزيلعي (٤٦٨/٣)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر (١٤٠/٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٢/٦)، العناية شرح الهداية (١٣١/٦).

(٣) ينظر: تبيين الحقائق (٣٠٧/٣)، العناية شرح الهداية (١٣١/٦).

(٤) سورة البقرة (١٨٨).

الدليل الأول:

حديث زيد بن خالد الجهني ﷺ أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: ((اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها))[(١)]، وفي لفظ: ((فاستنفقها))، وفي لفظ: ((وإلا فهي كسبيل مالك))، وفي لفظ: ((ثم كلها))، وفي لفظ: ((فانتفع بها)).

ووجه الدلالة منه: قوله ((فشأنك بها)) ولم يفرق بين الغني والفقير، ولم يسأله هل هو غني أم فقير. وقوله ((فشأنك بها)) أي: شأنك أن تصنع بها ما تشاء، فإن شئت أمسكتها، وإن شئت تصدقت بها، وإن شئت استنفقتها [(٢)].

ونوقش:

بأن قوله: ((فشأنك بها)) إرشادٌ إلى الاشتغال بالحفظ؛ لأن ذلك هو الشأن المعهود باللقطة[(٣)].

ويجاب عنه:

بأن هذا تأويل بعيد، والأولى تفسير الحديث بالألفاظ الأخرى، كقوله ﷺ ((فاستنفقها)).

الدليل الثاني:

حديث أبي بن كعب ﷺ أنه قال: وجدت صرة فيها مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ فقال: ((عرفها حولا)) ثم أتيته فقال: ((عرفها حولا)) – مرتين أو ثلاثا – إلى أن قال: ((اعرف عددها ووعاءها ووكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها)) [(٤)].

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة، (١٢٤/٣/ح: ٢٤٢٩)، ومسلم، كتاب اللقطة، (١٣٤٦/٣/ح: ١٧٢٢/١).

(٢) ينظر: الاستذكار (٢٤٩/٧)، الأم (٧٢/٤)، المغني (٧٩/٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٢/٦).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع.. ، (١٢٦/٣/ح: ٢٤٣٧)، ومسلم كتاب اللقطة، (١٣٥٠/٣/ح: ١٧٢٣).

ووجه الدلالة منه: عمومه للغني والفقير، ووجه آخر: وهو أن النبي ﷺ أباح لأبي ﷺ أن يستمتع بها، وكان من أيسر أهل المدينة [١].

ونوقش:

بحديث أنس بن مالك ﷺ أن أبا طلحة ﷺ قال: يا رسول الله: إن الله تعالى يقول: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ﴾ [٢]، وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها فما ترى يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ : ((اجعلها في فقراء قرابتك)) فجعلها أبو طلحة في أبي، وحسان» [٣].

فهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا، ويحتمل أنه أيسر بعد ذلك، وقضايا الأحوال متى تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال [٤].

ونوقش أيضا:

بأن انتفاع أبي ﷺ كان بإذن الإمام، وهو جائز بإذنه [٥].

الدليل الثالث:

أن الواجد للقطة لو مُنع بعد الحول من تملكها لأدى ذلك إلى أن لا يرغب الواجد في أخذها، فكان إباحة التمليك لها بعد التعريف من باب الحث على أخذها، وفيه حفظ لها لمالكها؛ لثبوت غرمها في ذمته فلا تكون معرضة للتلف، فيكون ارتفاق الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها، وهذه كلها معان يستوي فيها الغني والفقير [٦].

---

(١) ينظر: الأم (٤/٧٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/٥٣٢).

(٢) سورة آل عمران (٩٢).

(٣) أخرجه البخاري كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب، (٢/١١٩/ح: ١٤٦١)، ومسلم كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين، (٢/٦٩٣/ح: ٤٢/٩٩٨).

(٤) ينظر: المعتصر من المختصر من مشكل الآثار ليوسف الملطي الحنفي (٢/٥٢)، البناية شرح الهداية (٧/٣٤٢).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية (٦/١٣٢)، البحر الرائق لابن نجيم (٥/١٧٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٥).

الدليل الرابع:

أن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما، كالإحياء والاصطياد [١].

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الثاني، لعموم قوله ((فشأنك بها)) للغني والفقير، وهذا مستثنى من عموم الأدلة في عدم إباحة مال المسلم إلا بإذنه.

(١) ينظر: المبدع (١٢٦/٥).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد:

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر هذه المسألة: "وأما حكم التعريف، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم. واختلفوا في حكمها بعد السنة ... واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول؟ فقال مالك والشافعي: له ذلك، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ... وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر.

واستدل مالك والشافعي بقوله –عليه الصلاة والسلام–: ((فشأنك بها)) ولم يفرق بين غني وفقير ... فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه" [(١)].

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو التعارض بين أحاديث اللقطة، والتي تبيح الانتفاع باللقطة لمن عرفها سنةً، وبين أصل الشرع في عدم إباحة مال المسلم إلا بإذنه.

وقد أشار عدد من الفقهاء إلى هذا السبب، فقال البابرتي [(٢)] –رحمه الله–: " وقال الشافعي: يجوز لقوله – عليه الصلاة والسلام – في حديث أبي ﷺ ((فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها)) [(٣)] وكان من المياسير، ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها

(١) بداية المجتهد (٤/١٤٩٠).

(٢) تقدم ترجمته (٣٧).

(٣) تقدم تخريجه (٨٩).

والغني يشاركه فيه. ولنا مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص" [(١)]، وهذا يشير إلى مقابلة هذا الأصل، وهو عدم إباحة الانتفاع بمال الغير إلا بإذنه لحديث أبي ﷺ.

وبنحو هذا الكلام أشار إلى هذا السبب الزيلعي [(٢)]، والعيني [(٣)]، و ابن نجيم -رحمهم الله- [(٤)].

وبهذا يتبين أن الفقهاء -رحمهم الله- قد وافقوا ابن رشد -رحمه الله- في هذا السبب في المسألة.

---

(١) العناية شرح الهداية (١٣١/٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٣٠٧/٣). والزيلعي: هو عثمان بن علي بن محجن بن يونس، أبو عمر، فخر الدين، الزيلعي، فقيه حنفي، قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ فأفتى ودرس وتوفي فيها سنة ٧٤٣ هـ، قال صاحب الجواهر المضية: قدم القاهرة فنشر الفقه وانتفع الناس به. من تصانيفه: " تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق " و " وشرح الجامع الكبير " للشيباني و " شرح المختار " للموصلي، و " بركة الكلام على أحاديث الأحكام ". ينظر: (الجواهر المضية ٣٤٥/١).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية (٣٤٢/٧). والعيني: هو محمود بن أحمد بن موسى، أبو الثناء وأبو محمد، قاضي القضاة بدر الدين العيني. أصله من حلب، ومولده في عينتاب (وإليها نسبته)سنة ٧٦٢ هـ، وتوفي سنة ٨٥٥ هـ ، فقيه حنفي، ومؤرخ من كبار المحدثين. تفقه على والده. كان فصيحًا باللغتين العربية والتركية. برع في الفقه والتفسير والحديث واللغة والتاريخ وغيرها من العلوم. دخل القاهرة، وولي الحسبة مرارًا. ولي عدة تداريس ووظائف دينية، أفتى ودرّس وأكب على الاشتغال إلى أن ولي نظر السجون ثم قضاء قضاة الحنفية بالديار المصرية. من تصانيفه: " عمدة القارئ في شرح البخاري "، و " البناية في شرح الهداية "، و " رمز الحقائق " شرح الكنز. ينظر: (الجواهر المضية ١٦٥/٢).

(٤) ينظر: البحر الرائق (١٧٠/٥). وابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المشهور بـ" ابن نجيم "، من كبار فقهاء الحنفية المتأخرين، ولد ونشأ في القاهرة، وصنف في الفقه وأصوله، كان عالما محققًا ومكثرًا من التصنيف. أخذ عن شرف الدين البلقيني وشهاب الدين الشلبي وغيرهما. ومن مصنفاته: "البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"، و "الأشباه والنظائر"، و "شرح المنار" في الأصول، توفي سنة ٩٧٠هـ. ينظر: (شذرات الذهب ٥٢٣/١٠).

ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد:

ذكر الكاساني [١] -رحمه الله- سببا آخر من أسباب الخلاف في هذه المسألة، وهو تعارض بعض الأحاديث الواردة في اللقطة.

فقال -رحمه الله-: "ولنا ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال ((لا تحل اللقط فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاءه صاحبها فليردها عليه وإن لم يأت فليتصدق)) [٢] والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا، وحالة الفقر غير مرادة بالإجماع فتعين حالة الغنى والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغني وأن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا لضرورة ولا ضرورة إذا كان غنيا.

وأما الحديث: فلا حجة له فيه لأن قوله - عليه الصلاة والسلام — ((فشأنك بها)) [٣] إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ؛ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقط إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض" [٤].

فقوله -رحمه الله-: "توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض" صريح في وجود تعارض بين الحديثين، بين قوله ﷺ ((فليتصدق)) وقوله ﷺ ((فشأنك بها))، وأنه ينبغي حمل قوله ﷺ ((فشأنك بها)) على المعنى الذي أشار إليه من باب التوفيق بين هذا التعارض.

وهذا التعارض في الظاهر بين الحديثين وجيه، ولذا حُمل أحد الحديثين على معنى يجعله متوافقا مع الحديث الآخر.

---

(١) تقدم ترجمته (٨٠).

(٢) تقدم تخريجه (٨٧).

(٣) تقدم تخريجه (٨٨).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٠٢).

المبحث الثاني: هل يُحتاج إلى بينة إذا عُرف العفاص والوكاء؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اختلف العلماء -رحمهم الله- في صاحب اللقطة إذا أصاب أوصافها، هل تدفع إليه أم تُشترط البينة؟ على قولين:

القول الأول: لا يجبر الملتقط على دفع اللقطة لمن أصاب أوصافها حتى يقيم البينة، وهو قول الحنفية، والشافعية، ويجوز عند الحنفية [١] دفعها إليه إذا أصاب أوصافها ولا يجبر، وعند الشافعية [٢] يجوز إذا غلب على ظنه صدق مدعيها.

القول الثاني: يجبر الملتقط على دفع اللقطة إلى صاحبها إذا أصاب أوصافها، ولا تشترط البينة، غلب على ظنه صدقه أم لا، وهو قول المالكية [٣]، والحنابلة [٤]، والظاهرية [٥].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

(١) ينظر: المبسوط (٨/١١)، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦)، رد المحتار (٢٨٢/٧).

(٢) ينظر: الأم (٦٩/٤)، الحاوي الكبير (٢٣/٨)، نهاية المطلب (٤٥٦/٨).

(٣) ينظر: الاستذكار (٢٥٠/٧)، المقدمات الممهدات (٤٨١/٢)، القوانين الفقهية (٢٢٥).

(٤) ينظر: المغني (٨٤/٦)، المبدع (١٢٩/٥)، الانصاف (٤١٨/٦).

(٥) ينظر: المحلى بالآثار (١١٠/٧).

الدليل الأول:

قوله ﷺ ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) [١].

ووجه الدلالة منه: أن من يطلب دفع اللقطة إليه مدعٍ، فلا تدفع إليه إلا ببينة لعموم الحديث [٢].

ونوقش:

بأن البينة على المنكر، ولا منكر في حال طلب دفع اللقطة، ولو سلمنا ذلك فإن الحديث عامٌ مخصوصٌ بأحاديث دفع اللقطة لمن أصاب أوصافها [٣].

الدليل الثاني:

أن اليد حق مقصود، ولذا وجب الضمان على الغاصب بإزالته، فإذا كان لا يُزال إلا ببينة فلا يُستحق إلا بها كالملك، ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر [٤].

ونوقش:

بأن قياس اللقطة على المغصوب غير صحيح؛ لوجود النزاع في كونه مغصوبا أم لا، والأصل عدمه، وقول المنكر يعارض دعواه، فاحتيج إلى البينة، وأما هنا فقد ثبت كون هذا المال لقطة، وأن له صاحبا غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، وقد ترجح صدقه، فينبغي أن يدفع إليه[٥].

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، (١٠/٤٢٧/ح: ٢١٢٠١) من حديث ابن عباس وهو في "الصحيحين" بلفظ: واليمين على المدعى عليه، (البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، (٣/١٤٣/ح: ٢٥١٤)، ومسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، (٣/١٣٣٦/ح: ١٧١١).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٣/٣٠٦)، الأم (٤/٦٩).

(٣) ينظر: الذخيرة (٩/١١٨)، شرح الزركشي (٤/٣٣٥).

(٤) ينظر: تبيين الحقائق (٣/٣٠٦)، العناية شرح الهداية (٦/١٢٩).

(٥) ينظر: المغني (٦/٨٥).

الدليل الثالث:

أن الملتقط أمين، ويصير بالدفع إلى غير المالك ضامنا، فكان له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اللقطة إلى مدعيها حتى يقيم البينة [١].

ويناقش:

بأن هذا يتعارض مع أحاديث وجوب دفع اللقطة إلى من أصاب أوصافها، وستأتي.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

حديث زيد بن خالد الجهني ﷺ أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: ((اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه)) [٢].

والحديث نص في محل النزاع، وقوله: ((فأدها إليه)) يدل على الوجوب، ولو اشترطنا البينة لم يكن للأمر بمعرفة العفاص والوكاء فائدة [٣].

ونوقش:

بأنه قد يصيب الصفة جزافا، أو قد يسمع أوصافها من مالكها وهو ينشدها، فليس في إصابته الصفة معنى يستحق به أحد شيئا، وعليه فيكون الأمر بمعرفة أوصافها لأجل أن لا تختلط اللقطة بماله، أو ليستدل بهذه الأوصاف على صدق من يدعيها، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل وهو البينة. أو نقول بأن الأمر في الحديث يُحمل على الإباحة توفيقا بين الأدلة[٤].

---

(١) ينظر: المبسوط (٨/١١).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب في اللقطة، باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه، (١٢٦/٣/ح: ٢٤٣٦)، ومسلم كتاب اللقطة، (١٣٤٩/٣/ح: ١٧٢٢/٥).

(٣) ينظر: الاستذكار (٢٥٠/٧)، الذخيرة (١١٧/٩)، المغني (٨٥/٦).

(٤) ينظر: المبسوط (٨/١١)، تبيين الحقائق (٣٠٦/٣)، الأم (٦٩/٤)، الحاوي الكبير (٢٤/٨).

ويجاب عنه:

بأن الحديث صريح في وجوب رد اللقطة إلى صاحبها، وما ذكرتم من احتمالات فهي بعيدة ولا تقوى على رد النص أو صرفه عن ظاهره.

الدليل الثاني:

أن إقامة البينة على اللقطة متعذر؛ لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو، وتوقيف دفعها على البينة منع لوصولها إلى صاحبها أبداً، وهذا يفوت مقصود الالتقاط، ويفضي إلى تضييع أموال الناس [(١)].

الدليل الثالث:

أن إقامة البينة على اللقطة متعذر فأشبه القتل، ولما تعذر إقامة البينة عليه أقيم اللوث مقامها، فتكون إصابة الأوصاف بمقام اللوث في القتل [(٢)].

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الثاني، لقوله ﷺ ((فأدها إليه)) [(٣)] وهو نص في محل النزاع، ولا تقوى الأقيسة على معارضة النص، وهو أيضا مخصص لعموم الأدلة في طلب البينة من المدعي.

---

(١) ينظر: الذخيرة (١١٧/٩)، المغني (٨٥/٦).

(٢) ينظر: الذخيرة (١١٧/٩).

(٣) تقدم تخريجه (٩٧).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– بعد أن ذكر هذه المسألة: "وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج إلى بينة أم لا؟ فقال مالك: يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة، وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يستحق إلا ببينة.

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث.

فمن غلب الأصل قال: لا بد من البينة، ومن غلب ظاهر الحديث، قال: لا يحتاج إلى بينة." [(١)].

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو التعارض بين أحاديث اللقطة، والتي لم يرد فيها اشتراط البينة، وبين أصل الشرع في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى، وهو أن البينة على المدعي.

فالحنفية والشافعية الذين يرون اشتراط البينة قدموا حديث اشتراط الشهادة في الدعوى، وحملوا أحاديث دفع اللقطة على الإباحة، والمالكية والحنابلة والظاهرية الذين لا يشترطون البينة قدموا أحاديث وجوب دفع اللقطة لمن أصاب أوصافها، وخصصوا بها عموم أحاديث اشتراط الشهادة في الدعوى.

وقد أشار عدد من الفقهاء إلى هذا السبب، فقال الزيلعي [(٢)] –رحمه الله–: "وقال مالك والشافعي يجبر على دفعها لما روينا من حديث أبي بن كعب وفيما رواه مسلم قال – عليه الصلاة والسلام – ((فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك)) [(٣)] وهذا أمر وهو للوجوب ... ولنا أنه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا، ولأن اليد مقصود فلا

(١) بداية المجتهد (١٤٩١/٤).

(٢) تقدم ترجمته (٩٣).

(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللقطة، (١٣٤٩/٣/ح: ١٧٢٢/٦) من حديث زيد بن ثابت مرفوعا.

يستحق إلا بحجة على ما قررنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لأن الإنسان قد يقف على مال غيره.

وقد يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها، وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الأخبار لأن الأمر قد يراد به الإباحة وبه نقول" [١]، فقوله: "توفيقا بين الأخبار" يدل على التعارض، لأن التوفيق لا يكون إلا بعد وجود التعارض.

وقال البابرتي [٢] -رحمه الله-: "وقوله (وهذا): أي هذا الحديث، الأمر فيه: وهو قوله فادفعها (للإباحة)، أي وجب حمله على الإباحة (لأجل العمل بالمشهور) وهو قوله - عليه الصلاة والسلام – ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) [٣] فإنه لو لم يحمل على الإباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك" [٤].

وقال العيني [٥] -رحمه الله-: "(وهذا) أي قوله - عليه السلام - فادفعها إليه (للإباحة) يعني الأمر فيه للإباحة؛ لأن الأمر يجيء للإباحة، (عملا بالمشهور) أي: لأجل العمل بالحديث المشهور، (وهو قوله - عليه السلام – ((البينة على المدعي ...)) الحديث) أي أتم الحديث، وتمامه: ((واليمين على من أنكر)) بيانه: أن قوله - عليه السلام – ((ادفعها إليه)) ولم يُحمل على الإباحة، وحُمل على الوجوب لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه، والأصل في التعارض الجمع عملا بالدليلين، فحملنا ما تمسك به الشافعي على إباحة الدفع دفعا للتعارض بين الحديثين" [٦].

وهذه النصوص صريحة في وجود التعارض بين الحديثين.

وبهذا يتبين أن الفقهاء -رحمهم الله- قد وافقوا ابن رشد -رحمه الله- في هذا السبب في المسألة. ولم أقف على من أشار إلى سببٍ آخر للخلاف في المسألة.

---

(١) تبيين الحقائق (٣/٣٠٦).

(٢) تقدم ترجمته (٣٧).

(٣) تقدم تخريجه (٩٦).

(٤) العناية شرح الهداية (٦/١٢٩).

(٥) تقدم ترجمته (٩٣).

(٦) البناية شرح الهداية (٧/٣٣٩).

المبحث الثالث: هل يضمن ضالة الغنم إذا أكلها؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اختلف العلماء -رحمهم الله- في ضالة الغنم إذا أكلها، هل يضمنها لصاحبها أم لا؟ على قولين:

القول الأول: يلزمه ضمان ضالة الغنم لصاحبها إذا أكلها، وهو قول الحنفية [١]، ورواية عند المالكية [٢]، وقول الشافعية [٣]، والحنابلة [٤].

القول الثاني: أن من وجد ضالة الغنم بالصحراء، فذبحها فيها وأكلها فإنه لا ضمان عليه، وسواء أكلها في الصحراء أو في العمران، لكن إن حملها أو الطعام إلى العمران ووجده ربه فهو أحق به، ويدفع له أجرة حملها، وإن أتى بها حية إلى العمران فعليه تعريفها، أما إذا وجدها قرب القرى فلا يأكلها، ويضمها إلى أقرب القرى إليها يعرفها فيها، وهذا القول هو المشهور من مذهب المالكية [٥].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/٣٥٥ ، ٣٥٦).

(٢) ينظر: بداية المجتهد (٤/١٤٩٢)، القوانين الفقهية (٢٢٥).

(٣) ينظر: الأم (٤/٦٨)، المهذب (٢/٣٠٨)، حاشية الجمل (٣/٦٠٧).

(٤) ينظر: المغني (٦/١٠٤)، شرح الزركشي (٤/٣٤٧)، الانصاف (٦/٤٠٧).

(٥) ينظر: المدونة (٤/٤٥٧)، بداية المجتهد (٤/١٤٩٢)، شرح مختصر خليل للخرشي (٧/١٢٧).

الدليل الأول:

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ في الشاة، وفيه قوله ﷺ ((هي لك أو لأخيك أو للذئب، فرد على أخيك ضالته)) [(١)].

ووجه الدلالة منه: أنه يدل على أن الشاة على ملك صاحبها، ويلزم منه أنه إذا أكلها أحدٌ ضمنها لصاحبها [(٢)].

الدليل الثاني:

قوله ﷺ ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)) [(٣)].

ووجه الدلالة منه: أن اللقطة مملوكة لصاحبها كما تقدم، فلم يجز تملكها بغير عوض من دون رضاه [(٤)].

الدليل الثالث:

أن ضالة الغنم لقطةٌ يلزمه ردها مع بقائها، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها، قياسا على اللقطة في الأموال [(٥)].

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية، باب الشفعة، (٥/٤٢٢/ح: ٤٥٧٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب من قال: المعدن ركاز فيه الخمس، (٤/٢٥٧/ح: ٧٦٤١)، وحسن الألباني إسناده كما في التعليقات الرضية على الروضة الندية (٣/٢٠٦).

(٢) ينظر: المغني (٦/١٠٤).

(٣) أخرجه الدارقطنى، كتاب البيوع، (٣/٤٢٤/ح: ٢٨٨٦) وأحمد (٣٤/٢٩٩/ح: ٢٠٦٩٥)، والبيهقى، كتاب الغصب، باب من غصب لوحا، (٦/١٦٦/ح: ١١٥٤٥)، من حديث عم أبي حرة الرقاشي مرفوعا، والحاكم، كتاب العلم (١/١٧١/ح: ٣١٨) من حديث ابن عباس مرفوعا بنحوه، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٢٧٩).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٨)، المغني (٦/١٠٤).

(٥) المصدر السابق.

الدليل الرابع:

أن المضطر إلى الأكل لمخمصة ونحوها يُباح له الأكل بقدر حاجته، وهو في الغالب قدر يسير لا قيمة له، ومع ذلك وجب عليه ضمان ما يأكله، فضمان ضالة الغنم التي لها قيمة من باب أولى [١].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قوله ﷺ عن ضالة الغنم ((هي لك أو لأخيك أو للذئب)) [٢].

ووجه الدلالة منه: أن قوله ﷺ ((أو للذئب)) يوجب تلفها، أي: إن لم تأخذها أنت ولا مثلك أكلها الذئب، وأنت ومثلك أولى من الذئب، فكأن النبي ﷺ جعلها طعمة لمن وجدها، فإذا كان ذلك كذلك فلا وجه للضمان في طعمة أطعمها رسول الله ﷺ [٣].

ونوقش:

بأن قول النبي ﷺ: ((هي لك)) لأجل التنبيه على إباحة أخذها وجواز أكلها، ولا يمنع وجوب غرامتها، فإنه قد أذن في أكل لقطة الذهب والورق بعد تعريفها، وقال: ((هي كسائر مالك)) ولم يمنع ذلك من وجوب غرامتها، فكذلك ضالة الغنم [٤].

الدليل الثاني:

تشبيه ضالة الغنم بالركاز، لأن الركاز لم يصح عليه ملكٌ لأحد قبل [٥].

---

(١) ينظر: المبدع في شرح المقنع (١٢٣/٥).

(٢) تقدم تخريجه (١٠٢).

(٣) ينظر: التمهيد لابن عبدالبر (١٢٦/٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٨)، المغني (١٠٤/٦).

(٥) ينظر: التمهيد لابن عبدالبر (١٢٧/٣).

ونوقش:

بأنه تشبيه بعيد؛ لأن الركاز لا يلزم رده، ولذلك سقط غرمه، وليست ضالة الغنم كذلك؛ لأن ردها واجب، فصار غرمها واجبا[١].

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الأول، لعموم الأدلة في عدم إباحة مال مسلم إلا برضاه، ولأن إباحة الأكل لا يلزم منه عدم الضمان كما تقدم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/٨).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد:

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "وأما ضالة الغنم، فإن العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها، لقوله –عليه الصلاة والسلام– في الشاة: ((هي لك أو لأخيك أو للذئب)) [(١)]، واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا؟ فقال جمهور العلماء: إنه يضمن قيمتها، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه: إنه لا يضمن.

وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة" [(٢)].

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو التعارض بين أحاديث اللقطة، والتي تبيح أكل ضالة الغنم، وبين أصل الشرع في عدم إباحة مال المسلم إلا بإذنه.

وتقدم هذا السبب في المبحث الأول من هذا الفصل [(٣)].

وقد أشار إلى هذا السبب الماوردي [(٤)] –رحمه الله– حيث يقول: "وقال مالك وداود هو غير مضمون، ويأكله أكل إباحة، ولا غرم عليه في استهلاكه استدلالا بأن النبي ﷺ قال: ((هي لك أو لأخيك أو للذئب))، ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ... ودليلنا قوله ﷺ ((لا

---

(١) تقدم تخريجه (١٠٢).

(٢) بداية المجتهد (١٤٩٢/٤).

(٣) تقدم ص (٩٢).

(٤) هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي نسبته إلى بيع ماء الورد. ولد بالبصرة سنة ٣٦٤هـ،وتوفي في بغداد سنة ٤٥٠ هـ، وانتقل إلى بغداد. إمام في مذهب الشافعي، كان حافظا له. وهو أول من لقب بـ ((أقضى القضاة)) في عهد القائم بأمر الله العباسي. وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد. اتهم بالميل إلى الاعتزال. من تصانيفه: "الحاوي" في الفقه ٢٠ مجلدا و "الأحكام السلطانية" و "أدب الدنيا والدين" و "قانون الوزارة". ينظر: (طبقات الشافعية للسبكي ٢٦٧/٥).

يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)) "[١] [٢]، وفي هذا إشارة إلى مقابلة حديث عدم إباحة مال المسلم إلا بإذنه لأحاديث إباحة أكل ضالة الغنم.

ويمكن تأييد هذا السبب الذي ذكره ابن رشد -رحمه الله- بنصوص الفقهاء التي تقدمت في سبب الخلاف في مسألة حكم اللقطة بعد تعريفها سنة [٣]، لأن حكم اللقطة بعد تعريفها سنةً هو نفس الحكم في مسألة ضالة الغنم من حيث إباحة أكلها وضمانها، وقد وردت المسألتان في حديث واحد.

وبهذا يتبين أن الفقهاء -رحمهم الله- قد وافقوا ابن رشد -رحمه الله- في هذا السبب في المسألة.

ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد:

أشار بعض الفقهاء إلى ما يمكن أن نعتبره سببا للخلاف في المسألة، وهو الخلاف في معنى قوله ﷺ في ضالة الغنم ((هي لك))، فمن رأى أن هذا النص يفيد إباحة الأكل وهم الجمهور قال بوجوب الضمان، ومن رأى أنه يفيد أن ضالة الغنم بمثابة الطعمة وهو الإمام مالك -رحمه الله- لم ير وجوب الضمان.

وقد أشار إلى هذا السبب الماوردي [٤] -رحمه الله- حيث يقول: "وقال مالك وداود هو غير مضمون، ويأكله أكل إباحة، ولا غرم عليه في استهلاكه استدلالا بأن النبي ﷺ قال: ((هي لك أو لأخيك أو للذئب))، ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن، وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان ... فأما الجواب عن قوله ﷺ ((هي لك أو لأخيك أو للذئب)) فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم" [٥].

---

(١) تقدم تخريجه (١٠٢).

(٢) الحاوي الكبير (٦/٨).

(٣) تقدم ص (٩٢).

(٤) تقدم ترجمته (١٠٥).

(٥) الحاوي الكبير (٦/٨).

وقال ابن قدامة [١] -رحمه الله-: "فمتى جاء صاحبها غرمها له، في قول عامة أهل العلم، إلا مالكا، فإنه قال: كلها، ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف؛ لقول النبي ﷺ : ((هي لك)) ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما، وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يغرم ... وقول النبي ﷺ : ((هي لك)) لا يمنع وجوب غرامتها، فإنه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها، في أكلها وإنفاقها ... ثم أجمعنا على وجوب غرامتها، كذلك الشاة" [٢].

فيرى الماوردي وابن قدامة -رحمهما الله- أن معنى قوله ﷺ في ضالة الغنم ((هي لك)) أي: أبيح لك أكلها، وأن ذلك لا يمنع ضمانها، بخلاف مالك -رحمه الله- الذي يرى أنها بمثابة الطعمة كما تقدم، فلا يوجب ضمانها.

---

(١) تقدم ترجمته (٨٢).

(٢) المغني (٦/١٠٤).

المبحث الرابع: ما حكم الإشهاد على اللقيط خيفة الاسترقاق؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اختلف العلماء -رحمهم الله- في حكم الإشهاد على اللقيط على قولين:

القول الأول: يجب الإشهاد على اللقيط، وهو قول الحنفية [١]، والصحيح من مذهب الشافعية [٢].

القول الثاني: يسن الإشهاد على اللقيط، وهو قول المالكية [٣]، ووجه عند الشافعية [٤]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة [٥]، ويجب الإشهاد عند المالكية إذا تحقق أو غلب على ظنه استرقاقه [٦].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

حديث عياض بن حمار ﷺ أن النبي ﷺ قال: ((من التقط لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب)) [٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (١١/١١)، بدائع الصنائع (٢٠١/٦)، مجمع الأنهر (٧٠١/١).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٨)، المهذب (٣٠٤/٢)، مغني المحتاج (٥٩٧/٣).

(٣) ينظر: التاج والاكليل (٥٧/٨)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٣٣/٧)، الشرح الكبير للدردير (١٢٦/٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٨)، المهذب (٣٠٤/٢)، روضة الطالبين (٤١٨/٥).

(٥) ينظر: المغني (١١٨/٦)، الانصاف (٤٣٣/٦)، كشاف القناع (٢٢٦/٤).

(٦) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (١٣٣/٧)، الشرح الكبير للدردير (١٢٦/٤).

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، (١٣٦/٢/ح: ١٧٠٩)، والنسائي في "الكبرى"، كتاب اللقطة، باب الإشهاد على اللقطة، (٣٤٤/٥/ح: ٥٧٧٦)، وابن ماجه، كتاب اللقطة، باب اللقطة (٨٣٧/٢/ح: ٢٥٠٥)، وأحمد (٢٧/٢٩/ح: ١٧٤٨١) من طريق خالد الحذاء، عن أبي العلاء بن الشخير، عن أخيه مطرف بن عبد الله ابن الشخير، عن عياض بن حمار ﷺ مرفوعاً، ، وصححه ابن عبد الهادي في التنقيح (٢٣٩/٤).

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ أمر بالإشهاد، والأمر يقتضي الوجوب [١].

ونوقش:

بأحاديث اللقطة الأخرى، كحديث زيد بن خالد، وأبي بن كعب -رضي الله عنهما-، فإن النبي ﷺ أمرهما بالتعريف دون الإشهاد، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلو كان الإشهاد واجبا لبينه النبي ﷺ ، فيتعين حمل الأمر في حديث عياض بن حمار ﷺ على الندب والاستحباب[٢].

الدليل الثاني:

القياس على النكاح، فكما تجب الشهادة في عقد النكاح تجب عند التقاط اللقيط، بجامع أن المراد منهما حفظ النسب [٣].

الدليل الثالث:

الخوف من استرقاق اللقيط، فالملتقط لا يأمن من أن يموت فيُسترق اللقيط ويضيع نسبه [٤].

[٤].

ويناقش الدليلان:

بالقول بالوجوب في حال الخوف على نسب اللقيط، فتجتمع بذلك الأدلة والأقوال.

دليل القول الثاني:

أنه يخشى مع طول الزمان أن يدعي أنه ولده أو رقيقه، فينبغي الإشهاد عليه لئلا تراوده نفسه بادعاء الولدية أو الاسترقاق [١].

---

(١) ينظر: المهذب (٣٠٤/٢).

(٢) ينظر: المغني (٨٤/٦).

(٣) ينظر: المهذب (٣٠٤/٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٤/٨)، مغني المحتاج (٥٩٨/٣).

(٤) ينظر: المهذب (٣٠٤/٢)، روضة الطالبين (٤١٨/٥)، تحفة المحتاج (٣٤٢/٦).

الترجيح:

لعل الراجح في المسألة هو القول الثاني، وهو استحباب الإشهاد، ولكن بالقيد الذي ذكره المالكية، وهو وجوب الإشهاد إذا تحقق أو غلب على ظنه استرقاقه، وبهذا تجتمع الأقوال، ويُحمل حديث عياض بن حمار ﷺ على الندب إذا لم يخف استرقاقه، وعلى الوجوب إذا خيف استرقاقه.

(١) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (١٣٣/٧)، الشرح الكبير للدردير (١٢٦/٤)، كشاف القناع (٢٢٦/٤).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد -رحمه الله- في هذه المسألة: "وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة" [(١)].

الذي يظهر للباحث أن قول ابن رشد -رحمه الله- "والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة" لم يرد به ذكر سبب الخلاف في المسألة، وإنما أراد الإشارة إلى أن الخلاف في وجوب الإشهاد على اللقيط مبني على الخلاف في وجوب الإشهاد على اللقطة، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه عبر عن ذلك بقوله: "والخلاف فيه مبني"، ولم يقل: وسبب الخلاف كعادته في المسائل الأخرى من هذا البحث، وبناء الخلاف في مسألة على الخلاف في مسألة أخرى لا يلزم أن يكون سببا للخلاف، خصوصا إذا فرّق المؤلف في استخدامه لهاتين العبارتين كما ظهر للباحث من خلال دراسته للمسائل الواردة في البحث، وقد تقدم هذا الكلام في مسألةٍ سابقة [(٢)].

الوجه الثاني: أن الفقهاء أشاروا إلى أن الخلاف في الإشهاد على اللقيط كالخلاف في الإشهاد على اللقطة، أو العكس، فوافقوا بذلك المعنى الذي يرى الباحث أنه فهمه من كلام ابن رشد -رحمه الله-.

وممن أشار إلى ذلك الدسوقي [(٣)] -رحمه الله- حيث يقول: "(قوله: خوف طول الزمان) علة، وهي بمعنى الشرط لقول المصنف: وينبغي الإشهاد، أي: إذا كان يخاف أنه عند طول الزمان

---

(١) بداية المجتهد (١٤٩٦/٤).

(٢) تقدم ص (٦٩).

(٣) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي. فقيه مالكي من علماء العربية والفقه، من أهل دسوق بمصر. تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، ودرس بالأزهر. قال صاحب شجرة النور "هو محقق عصره وفريد دهره"، وتوفي سنة ١٢٣٠هـ، من تصانيفه: "حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل"، في الفقه المالكي؛ و "حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين" في العقائد. ينظر: (معجم المؤلفين ٢٩٢/٩).

يدعي ما ذكر فإن تحقق أو غلب على الظن دعوى ذلك وجب الإشهاد، واللقطة كاللقيط في الحالتين المذكورتين" [١].

وقال النووي [٢] -رحمه الله-: "ومن أخذ لقيطا، لزمه الإشهاد عليه على المذهب لئلا يضيع نسبه، وقيل: في وجوبه قولان أو وجهان كاللقطة" [٣].

وقال ابن مفلح [٤] -رحمه الله-: "وفي وجوب الإشهاد عليه ما في اللقطة" [٥].

وهذه النصوص المتقدمة تبين أن مسألة الإشهاد على اللقيط مبنية على مسألة الإشهاد على اللقطة.

وبهذا يتبين أن ابن رشد -رحمه الله- لم يرد الإشارة إلى سبب الخلاف في المسألة.

ولم أقف على من أشار إلى سببٍ للخلاف في هذه المسألة.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢٦/٤).

(٢) هو يحيى بن شرف بن مري الحزامي، النووي، يكنى بأبي زكريا، محي الدين، ولد في نوى سنة ٦٣١هـ، وتعلَّم في دمشق، وأقام بها زمناً طويلاً، كان فقيهاً، محدِّثاً، يُعَدُّ أُستاذ المتأخرين من الشافعية، صنَّف مصنفات كثيرة ونفيسة منها: شرح صحيح مسلم، والمجموع شرح المهذب، توفي سنة ٦٧٦هـ. ينظر: (طبقات الشافعية للسبكي ٣٩٥/٨).

(٣) روضة الطالبين (٤١٨/٥).

(٤) تقدم ترجمته (٤٨).

(٥) المبدع في شرح المقنع (١٣٥/٥).

الفصل الرابع

أسباب الخلاف الواردة في كتابي الوديعة والعارية

تمهيد: **وفيه مطلبان**:

المطلب الأول: **تعريف الوديعة لغةً واصطلاحاً**.

المطلب الثاني: **تعريف العارية لغةً واصطلاحاً**.

المبحث الأول: **ما حكم ضمان الوديعة عند دعوى التلف؟**

المبحث الثاني: **هل العارية عقد جائز أو لازم؟**

المبحث الثالث: **هل العارية عقد ضمان أو أمانة؟**

الفصل الرابع : أسباب الخلاف الواردة في كتابي الوديعة والعارية، وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوديعة لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف الوديعة لغةً.

الوديعة من الفعل: ودع، وهو يدل على الترك والتخلية، يقال: ودعه: أي تركه، ومنه ودعته توديعا، ومنه الدعة: أي الخفض، كأنه أمر يترك معه ما ينصب، ورجل متدع: صاحب راحة، وقد نال الشيء وادعا من غير تكلف، والوديع: الرجل الساكن، والموادعة: المصالحة والمتاركة.

ويقال: أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده، فأنا مُودِع ومُستودِع، وزيد مُودَع ومُستودَع، والمال أيضا مُودَع ومُستودَع، أي وديعة [١].

فالوديعة في المعنى الشرعي مأخوذة من هذا المعنى، لأن المودِع يترك ماله عند المودَع.

ثانيا: تعريف الوديعة اصطلاحاً.

عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة.

فمن تعريفات الحنفية: الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله، والوديعة: ما يُترك عند الأمين [٢].

ومن تعريفات المالكية: استنابة في حفظ المال [٣].

وعرفها الشافعية بأنها: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص [٤].

---

(١) تهذيب اللغة (٨٧/٣)، مقاييس اللغة (٩٦/٦)، المعجم الوسيط (١٠٢١/٢)، مادة (ودع).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٧٦/٥).

(٣) ينظر: القوانين الفقهية (٢٤٦).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (١٢٥/٤).

وعرفها الحنابلة بأنها: اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض [١].

وهذا التعريفات متقاربة، ويُلحظ أن بعضها يعرف الوديعة بالفعل، وهو الإيداع، كتعريف المالكية والشافعية، وبعضها يعرفها بالمال المودع، وهو تعريف الحنابلة، وبعضها يُفرق بين الفعل وبين المال المودع، وهو تعريف الحنفية، قال في مغني المحتاج: "وشرعا: تقال على الإيداع، وعلى العين المودعة" [٢].

(١) ينظر: كشاف القناع (١٦٦/٤).

(٢) مغني المحتاج (١٢٥/٤).

المطلب الثاني: تعريف العارية لغةً واصطلاحاً.

أولا: تعريف العارية لغةً.

الإعارة في اللغة: من التعاور، وهو التداول والتناوب مع الرد، والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العاريَّة، وتطلق على الفعل، وعلى الشيء المعار، والعاريَّة كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، والاستعارة طلب الإعارة [١].

ثانيا: تعريف العارية اصطلاحاً.

عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة.

فعرفها الحنفية بأنها: تمليك المنافع مجانا [٢].

وعرفها المالكية بأنها: تمليك منافع العين بغير عوض [٣].

وعرفها الشافعية بأنها: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه [٤].

وعرفها الحنابلة بأنها: العين المأخوذة من مالك للانتفاع بها مطلقا أو زمنا معلوما بلا عوض [٥].

فالتعريفات المتقدمة متقاربة، ويُلحظ أن تعريف الشافعية قيدها بما يبقى عينه بعد الانتفاع به، وأشار تعريف الحنابلة إلى زمان العارية، وأنه قد يكون مطلقا أو معلوما.

---

(١) تهذيب اللغة (١٠٥/٣)، الصحاح (٧٦١/٢)، المصباح المنير (٤٣٧/٢)، لسان العرب (٦١٩/٤)، مادة (عور).

(٢) ينظر: رد المحتار (٦٧٧/٥).

(٣) ينظر: القوانين الفقهية (٢٤٥).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٣١٣/٣).

(٥) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢٨٧/٢).

المبحث الأول: ما حكم ضمان الوديعة عند دعوى التلف؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اختلف العلماء -رحمهم الله- في الوديعة إذا دفعها المودَع إلى غير صاحبها، فأقر المالك بالإذن، وأقر المدفوع إليه بأنه قبض الوديعة، وادعى أنها تلفت على قولين:

القول الأول: أن القول قول المودَع، وهو قول الحنفية [١]، والحنابلة [٢]، وبالنسبة للقابض، فعند الحنابلة أن الدفع إليه إن كان في دين فقد برأ الكل، وإن كان في وديعة فهو أمين، فيقبل قوله بيمينه ويكون ذهابها من صاحبها [٣].

القول الثاني: أن القول قول المالك، ولا يُصدَّق المودَع في دفعها إلا ببينة، فإذا لم يأت بالبينة فعليه الضمان، وهو قول المالكية [٤]، والشافعية [٥]، وأما القابض فلا يخلو عند المالكية من حالين: **الحال الأولى:** أن يكون القبض إلى أمانة، فقيل: يبرأ الدافع بتصديق القابض، وقيل: لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع، أو يأتي القابض بالمال. **الحال الثانية:** أن يكون القبض إلى ذمة، كقرض ونحوه، فلا يخلو من وجهين: **الأول:** أن تكون الذمة قائمة، فيبرأ الدافع بتصديق القابض بلا خلاف. **والثاني:** أن تكون خربة، فقيل: يبرأ الدافع بتصديق القابض، وقيل: لا يبرأ[٦].

واستدل كل فريق بما يلي:

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢١/١١).

(٢) ينظر: المغني (٤٤٨/٦)، المبدع في شرح المقنع (٩٤/٥)، كشاف القناع (١٧٩/٤).

(٣) المصادر السابقة.

(٤) ينظر: المقدمات الممهدات (٤٦١/٢)، مواهب الجليل (٢٦٢/٥)، منح الجليل (٣٤/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٧٢/٨)، البيان في مذهب الامام الشافعي (٤٩٨/٦)، روضة الطالبين (٣٤٨/٦).

(٦) ينظر: المقدمات الممهدات (٤٦١/٢)، مواهب الجليل (٢٦٢/٥)، منح الجليل (٣٤/٧).

دليل القول الأول:

أن المودَع والقابض إذا كان الدفع إليه في وديعة قد ادعيا دفعها دفعا يبرءان به، فكان القول قولهما، كما لو ادعيا دفعها إلى مالكها [١].

ونوقش:

بأن الأصل عدم الرد، فلا بد من البينة [٢].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

القياس على ولي اليتيم، فقد أمره الله عز وجل بالإشهاد فقال: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [٣]، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع، فكذلك المودَع هنا [٤].

الدليل الثاني:

أن المودَع يدعي دفع الوديعة إلى من لم يأتمنه عليها، والأصل عدم الدفع، فلا يقبل قوله إلا ببينة [٥].

الترجيح:

يتبين مما سبق من عرض الخلاف أن الراجح في المسألة هو القول الثاني، لأن الأصل عدم الرد، ولما فيه من حفظ أموال المودعين، والدفع إلى غير المالك فيه تفريط.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢١/١١)، المغني (٤٤٨/٦).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٤٠٨/١١).

(٣) سورة النساء (٦).

(٤) ينظر: المقدمات الممهدات (٤٦١/٢)، الأم (١٤٣/٤).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الامام الشافعي (٤٩٨/٦).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن، يريد قول الله ﷻ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[1] فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودَع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببينة.

وقد قيل إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك، وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها أو لم يأمر.

وقال أبو حنيفة: إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودَع مع يمينه، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة، (أعني: إذا كان غير المودِع) وادعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودَع دفعها إلى أمانة –وهو وكيل المستودَع– أو إلى ذمة.

فإن كان القابض أمينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم [2]، فقال مرة: يبرأ الدافع بتصديق القابض، وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض، ومرة قال: لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال.

وأما إن دفع إلى ذمة، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إلي سلفا أو تسلفا في سلعة أو ما أشبه ذلك، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف، وإن كانت الذمة خربة، فقولان.

والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوي دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه. فمن شبه أمانة الذي أمره المودِع أن يدفعها إليه (أعني: الوكيل) بأمانة المودَع عنده، قال: يكون القول قوله في دعواه التلف، كدعوى المستودَع عنده. ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال: لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف. ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال: القول

---

(١) سورة النساء (٦).

(٢) تقدم ترجمته (٥٩).

قول الدافع للمأمور، كما كان القول قوله مع الآمر، وهو مذهب أبي حنيفة. ومن رأى أنه أضعف منه، قال: الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال." [١].

فيرى ابن رشد –رحمه الله– أن سبب الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في أمانة المدفوع إليه، فمن رآه أمينا كالمودَع لم يُضمنه، ومن رأى أن أمانته أضعف قال بأنه لا يبرأ.

وقد أشار إلى هذا السبب الجويني [٢] –رحمه الله– حيث يقول: " فإن قيل: إن لم تُصدقوا المودَع لأنه ادّعى الرد على غير من ائتمنه، فالوكيل بالقبض إذا قال: قبضتُ، يجب أن يكون مصدّقاً.

وهذا أصلٌ عظيم في الوديعة، وبه نتبين سرّ الكتاب. فنقول: لا شك أن من ادعى قبضاً، فالأصل عدم قبضه، ومن ادعى رداً، فالأصل عدمُ رده، ولكن ورد الشرع بتصديق المودَع إذا دار النزاع بينه وبين المالك، حتى لا يضمَّن المودَع، فتخرج الأمانة عن حقيقتها، فالمقصود الأظهر في تصديق المودَع تحقيقُ حكم الأمانة ونفي موجَب الخيانة" [٣].

وفي هذا إشارة إلى أن مدار التضمين، هو الخلاف في كون القابض أمينا أم لا؟

ولم أقف على من أشار إلى سبب آخر للخلاف في المسألة.

---

(١) بداية المجتهد (٤/١٥٠٠).

(٢) تقدم ترجمته (٧٠).

(٣) نهاية المطلب (١١/٤٠٨).

المبحث الثاني: هل العارية عقد جائز أو لازم؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة:

اختلف العلماء –رحمهم الله– في العارية، هل هي عقد جائز أو لازم على قولين:

القول الأول: أن العارية عقد جائز، وللمعير الرجوع متى شاء، وهو قول الحنفية [١]، والشافعية [٢]، والحنابلة [٣]، والظاهرية [٤]، واستثنى الشافعية من ذلك الإعارة لدفن ميت حتى يندرس [٥]، واستثنى الحنابلة الرجوع فيما يترتب عليه ضرر بالمستعير [٦].

القول الثاني: أن العارية عقد لازم، فإذا كانت محددة بأجل أو عمل لزمت إلى انقضائه، وإلا لزمت بقدر ما ينتفع بمثلها، وهو قول المالكية [٧].

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن المنافع المستقبلة لم تحصل في يد المستعير؛ لأنها تستوفى شيئا فشيئا، فكل ما استوفى شيئا فقد قبضه، والذي لم يستوفه لم يقبضه، فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض [٨].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٤١/١١)، بدائع الصنائع (٢١٦/٦)، البحر الرائق (٢٨٠/٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١٨/٧)، المهذب (١٨٩/٢)، حاشية قليوبي وعميرة (٢٣/٣).

(٣) ينظر: المغني (١٧٠/٥)، المبدع في شرح المقنع (٥/٥)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٧٢٧/٣).

(٤) ينظر: المحلى بالآثار (١٣٦/٨).

(٥) ينظر: فتح العزيز (٢٢٤/١١)، أسنى المطالب (٣٣١/٢)، فتح الوهاب (٢٧٢/١).

(٦) ينظر: المغني (١٧٠/٥) ، المبدع في شرح المقنع (٥/٥)، الإنصاف (١٠٤/٦).

(٧) ينظر: الذخيرة (٢٢١/٦)، مواهب الجليل (٢٦٢/٥)، منح الجليل لمحمد عليش (٣٤/٧).

(٨) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٥٧/٣)، تبيين الحقائق (٨٤/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢٨٩/٢).

الدليل الثاني:

أن العارية عقد ارتفاق وتبرع، فلا يليق بها الإلزام فيما يتعلق بالمستقبل، ولو منعنا المالك من الرجوع لامتنع الناس من التبرع بها [١].

الدليل الثالث:

دليل الشافعية على استثناء الإعارة لدفن الميت هو المحافظة على حرمة الميت [٢].

الدليل الرابع:

دليل الحنابلة على استثناء ماله ضرر، أن الرجوع يُضر بالمستعير، فلم يجز الإضرار به [٣]، لقوله ﷺ ((لاضرر ولا ضرار)) [٤].

دليل القول الثاني:

استدلوا على لزوم العارية المحددة بأجل أو عمل بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾﴾ [٥] [٦]، وأما غير المحددة فينتفع بها بقدر المعتاد؛ لأن العرف كالشرط [٧].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١٨/٧)، فتح العزيز (٢٢٤/١١)، تحفة المحتاج (٤٢٥/٥).

(٢) ينظر: أسنى المطالب (٣٣١/٢)، فتح الوهاب (٢٧٢/١).

(٣) ينظر: المغني (١٧٠/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢٨٩/٢)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٧٢٧/٣).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الصغير، كتاب البيوع، باب ارتفاق الرجل بجدار غيره (٣٠٣/٢/ح: ٢٠٨٨)، والحاكم، كتاب البيوع (٦٦/٢/ح: ٢٣٤٥) وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم، من حديث أبي سعيد الخدري موصولا، قال النووي في " الأربعين " (٩٧/١): حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضا.

(٥) سورة الإسراء (٣٤).

(٦) ينظر: التمهيد لابن عبدالبر (٢٠٨/٣).

(٧) ينظر: التاج والاكليل للمواق (٣٠١/٧)، شرح مختصر خليل للخرشي (١٢٦/٦)، الشرح الكبير للدردير (٤٣٩/٣).

ونوقش:

بأن القول بلزومها يخرجها من حكم العارية إلى حكم الإجارة، وهذا خطأ؛ لأنها عقد تبرع وإرفاق [١].

الترجيح:

لعل الراجح في المسألة أن العارية عقد جائز مالم يوجد شرط، أو يترتب على الرجوع فيها ضرر، لعموم أدلة الوفاء بالعهد، وأدلة نفي الضرر.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١٨/٧).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "وهي عقد جائز عند الشافعي، وأبي حنيفة: أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء. وقال مالك في المشهور: ليس له استرجاعها قبل الانتفاع، وإن شرط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية.

وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة." [١].

وقد أشار إلى هذا المعنى غير واحد من الفقهاء، فقال السرخسي [٢] –رحمه الله–: "وإنما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الإعارة لأن اشتراط ذلك في المعاوضات لقطع المنازعة، وذلك لا يوجد في العارية؛ لأنه لا يتمكن بينهما منازعة إذا أراد المعير الاسترداد، ولأن المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم، وذلك لا يتحقق في غير المعلوم، فأما العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم؛ فلهذا لا يشترط إعلام المكان، ولا إعلام المدة، ولا إعلام ما يحمل على الدابة، وعند إطلاق العقد للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد" [٣].

وقال السمرقندي [٤] –رحمه الله–: "وقال الكرخي إنه عقد إباحة فإنه ليس للمستعير أن يؤاجر، ولو كان تمليكا لملك الإجارة كالمستأجر يملك أن يؤاجر، لكن هذا ليس بصحيح، فإنه يملك أن يعير، ولو كان إباحة لكان لا يملك، كالمباح له الطعام لا يملك الدفع إلى غيره، إلا أنه لا

---

(١) بداية المجتهد (١٥٠٦/٤).

(٢) تقدم ترجمته (٤٧).

(٣) المبسوط (١٣٤/١١).

(٤) هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد، علاء الدين، أبو منصور، وقيل: أبو بكر، السمرقندي، فقيه حنفي، تفقَّه على أبي المعين ميمون المكحولي، وعلى صدر الإسلام أبي اليسر البزدوي. وتفقَّهت عليه ابنته فاطمة العالمة الصالحة، وتفقَّه عليه أيضًا زوجها أبو بكر بن مسعود الكاساني وغيره. وتوفي سنة ٥٥٣ هـ، من تصانيفه: تحفة الفقهاء. ينظر: (الجواهر المضية ٦/٢، معجم المؤلفين ٢٦٧/٨).

يملك الإجارة لأنه عقد لازم، والعارية تبرع، فكيف يملك به ما هو لازم فيؤدي إلى تغيير المشروع"[١].

وقال الكاساني [٢] -رحمه الله-: "ولنا أن المعير سلطة على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا إباحة كما في الأعيان، وإنما صح من غير أجل؛ لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة، والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنها عقد جائز غير لازم، ولهذا المعنى لا يملك الإجارة؛ لأنها عقد لازم والإعارة عقد غير لازم، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم، أو سلب صفة اللزوم عن اللازم، وكل ذلك باطل" [٣].

وقال الماوردي [٤] -رحمه الله-: " ثم العارية بعد القبض تامة وغير لازمة؛ لأنها عقد ارتفاق ومعونة وسواء قدرها بمدة أم لا.

وقال مالك: إن قدرها المعير بمدة لزمه، لم يكن له الرجوع قبل تقضيها، وإن لم يقدرها لم يلزم، ورجع فيها متى شاء؛ ليكون لذكر المدة تأثير مفيد، وهذا خطأ؛ لأن لزومها يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة" [٥].

ففي النصوص المتقدمة إشارة إلى شبه العارية ببعض العقود اللازمة وغير اللازمة، فمن حيث أن للمعير أن يعير العارية شبه بالتملك عن طريق البيع الذي يملك فيه مالك العين أن يعيرها لمن شاء، ومن حيث أن المعير لا يملك الإجارة شبه بالعقود غير اللازمة التي يباح فيها الانتفاع فقط.

ولم أقف على من أشار إلى سبب آخر للخلاف في المسألة.

---

(١) تحفة الفقهاء (١٧٧/٣).

(٢) تقدم ترجمته (٨٠).

(٣) بدائع الصنائع (٢١٤/٦).

(٤) تقدم ترجمته (١٠٥).

(٥) الحاوي الكبير (١١٨/٧).

المبحث الثالث: هل العارية عقد ضمان أو أمانة؟ وفيه مطلبان:

المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.

أجمع العلماء -رحمهم الله- على أن المستعير إذا تعدى في العارية فأتلفها بنفسه فإنه يضمنها[١]، واختلفوا فيما عدا ذلك، هل العارية مضمونة أو أمانة ؟ على أربعة أقوال:

القول الأول: أن العارية أمانة في يد المستعير، لا يضمنها إلا بتعدٍّ أو تفريط، وهو قول الحنفية [٢]، والظاهرية [٣].

القول الثاني: أن العارية أمانة غير مضمونة فيما لا يخفى هلاكه كالحيوان والعقار، ومضمونة فيما يخفى هلاكه كالحلي والأواني إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي أو التفريط، وهو قول المالكية [٤].

القول الثالث: أن العارية مضمونة، سواء تعدى أو لم يتعد، وهو قول الشافعية [٥]، والحنابلة[٦].

القول الرابع: أن العارية مضمونة إن شرط المعير الضمان وإلا فلا، وهو رواية في مذهب الحنابلة اختارها ابن تيمية [٧].

---

(١) ينظر: الاقناع لابن المنذر (٤٠٦/٢)، مراتب الإجماع (٩٥).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢١٧/٦)، مجمع الضمانات (٥٥)، الدر المختار (٦٧٨/٥).
(٣) ينظر: المحلى بالآثار (١٣٨/٨).
(٤) ينظر: المدونة (٢٣١/٣)، المقدمات الممهدات (٤٧٠/٢)، القوانين الفقهية (٢٤٥).
(٥) ينظر: الأم (٢٣٥/٦)، الحاوي الكبير (١١٧/٧)، روضة الطالبين (٤٣١/٤).
(٦) ينظر: المحرر في الفقه لابن تيمية (٣٦٠/١)، الشرح الكبير (٣٦٥/٥)، الفروع (٢٠٤/٧)، الإنصاف (١١٢/٦).
(٧) ينظر: الفروع (٢٠٤/٧)، الإنصاف (١١٢/٦).

واستدل كل فريق بما يلي:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

حديث صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال: قال لي رسول الله ﷺ: ((إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا)) فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: ((بل عارية مؤداة)) [(١)].

وقد فرق فيه بين الضمان والأداء، وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان [(٢)].

الدليل الثاني:

حديث عبدالله بن عمرو بن العاص أن ﷺ قال: ((ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان)) [(٣)].

والمغل هو الخائن، وقد سوى النبي ﷺ بين المستعير والمستودع [(٤)].

ونوقش: من وجهين:

الأول: بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به [(٥)].

الثاني: أن المغل في هذا الحديث ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول، إنما هو مأخوذ من استغلال الغلة [(٦)].

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، (٢٩٧/٣/ح: ٣٥٦٦)، وابن حبان، كتاب السير، باب فرض الجهاد، (٢٢/١١/ح: ٤٧٢٠)، وأحمد (٤٧١/٢٩/ح: ١٧٩٥٠)، والدارقطني، كتاب البيوع، (٤٥١/٣/ح: ٢٩٥٣)، وقال ابن حزم في المحلى (١٤٤/٨)، حديث حسن: ليس في شيء مما يروى في العارية خير يصح غيره.

(٢) ينظر: المحلى بالآثار (١٤٤/٨).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، (٤٥٦/٣/ح: ٢٩٦١)، وقال عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

(٤) ينظر: المبسوط (١٣٥/١١)، الاختيار لتعليل المختار (٥٦/٣)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب لعلي الأنصاري (٥٣٧/٢).

(٥) ينظر: المغني (١٦٤/٥).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٢٠/٧).

الدليل الثالث:

أن المستعير قبض العارية بإذن صاحبها لا على وجه الاستيفاء، ولا على سبيل المبادلة، فلا يضمن كالإجارة والوديعة [١].

دليل القول الثاني:

استدل المالكية على التفريق بين الأموال الظاهرة والخفية بالجمع بين الأحاديث، فتحمل الأحاديث المتقدمة في عدم الضمان على الأموال الظاهرة، وتحمل الأحاديث التي تدل على الضمان على الأموال الخفية؛ لأن المستعير متهم فيها [٢].

ونوقش:

بأن التفريق بينها بناءً على التهمة ليس عليه دليل [٣].

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه ﷺ أن رسول الله ﷺ استعار منه درعا يوم حنين، فقال: أغصبا يا محمد؟ فقال ﷺ : ((بل عارية مضمونة)) [٤].

وقوله ﷺ : ((مضمونة)) إخبار بصفة العارية وحكمها [٥].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣٥/١١)، بدائع الصنائع (٢١٧/٦)، تبيين الحقائق (٨٤/٥).

(٢) ينظر: المدونة (٢٣١/٣)، المقدمات الممهدات (٤٧١/٢)، بداية المجتهد (١٥٠٧/٤).

(٣) ينظر: المحلى بالآثار (١٣٩/٨).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العور (٢٩٧/٣/ح: ٣٥٦٢)، والحاكم، كتاب البيوع (٥٤/٢/ح: ٢٣٠٠)، وأحمد (٦٠٦/٤٥/ح: ٢٧٦٣٦)، والدارقطني، كتاب البيوع (٤٥٢/٣/ح: ٢٩٥٥)، والبيهقي، كتاب البيوع، باب العارية (٣١٠/٢/ح: ٢١١٩)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣٤٤/٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١١٩/٧)، المغني (١٦٥/٥).

ونوقش: من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به [١].

الثاني: لو صح الحديث فالمراد به ضمان الرد، لا ضمان التلف، ويؤيده اللفظ الآخر ((بل عارية مؤداة))، فهذا يبين أن قوله ﷺ : ((مضمونة)) المراد به: المضمونة بالأداء. ويؤيده أيضا: أن صفوان لم يسأل النبي ﷺ عن تلفها، وإنما سأله هل تأخذها مني أخذ غصب تحول بيني وبينها؟ فقال: لا، بل أخذ عارية أؤديها إليك، ولو كان سأله عن تلفها، وقال: أخاف أن تذهب، لناسب أن يقول: أنا ضامن لها إن تلفت [٢].

الدليل الثاني:

أن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغصب، والمأخوذ على وجه السوم [٣].

ونوقش:

بأن هذا القياس معارض بمثله، وهو أن العارية دفع مال بغير عوض، فلا يجب فيها الضمان كالوديعة [٤].

دليل القول الرابع:

استدلوا على صحة اشتراط الضمان على المستعير: بأن الأصل في الشروط الصحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه؛ لعموم الأدلة في وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق، ومنها وقوله تعالى:

---

(١) ينظر: التهميد لابن عبدالبر (٤١/١٢)، المحلى بالآثار (١٤٠/٨)، قال ابن عبدالبر: والاضطراب فيه كثير ولا يجب عندي بحديث صفوان هذا حجة في تضمين العارية والله أعلم.

(٢) ينظر: المبسوط (١٣٦/١١)، العناية شرح الهداية (٩/٩)، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (٤٢٢/٣).

(٣) ينظر: المغني (١٦٤/٥).

(٤) ينظر: المحلى بالآثار (١٤٥/٨).

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [١]، فالله ﷻ أمر بالوفاء بالعقود، وهذا يشمل الوفاء بأصل العقد ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه، ولم يدل دليل على تحريم اشتراط الضمان على المستعير، وهو شرط لا ينافي مقصود الشارع ولا مقصود العقد، وإذا كان الأمر كذلك، وتراضى الطرفان على هذا الشرط، صح العقد، ووجب الوفاء به [٢]؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [٣]، وقوله ﷺ: ((المسلمون على شروطهم))[٤].

ونوقش:

بأن شرط ضمان العارية باطل؛ لأنه يخالف مقتضى العقد [٥].

وأجيب عنه:

بأنه إن كان المراد: أنه ينافي مقتضى العقد المطلق فهذا لا يضر، ولا محظور فيه؛ لأن الشروط الزائدة تنافي العقد المطلق، وإن كان المراد أن ينافي مقتضى العقد المطلق والمقيد، أي: ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد، فهذا يحتاج إلى دليل، ولا يوجد دليل على أن اشتراط الضمان على المستعير ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد [٦].

الترجيح:

لعل الراجح والله أعلم القول الرابع، لقوة أدلة عدم الضمان، وجواز اشتراط الضمان على المستعير لأن الأصل في الشروط الصحة.

---

(١) سورة المائدة (١).

(٢) ينظر: الإنصاف (١١٢/٦)، السيل الجرار (٢١٧/٣).

(٣) سورة النساء (٢٩).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية: باب الصلح (٣٠٤/٣/ح: ٣٥٩٤) من حديث أبي هريرة مرفوعا، واستشهد به البخاري في كتاب الإجارة: باب أجر السمسرة (٩٢/٣)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (١٤٢/٥).

(٥) ينظر: شرح منتهى الإرادات (٢٩٣/٢)، المحلى بالآثار (١٣٩/٨).

(٦) ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٥٥/٢٩).

المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.

قال ابن رشد –رحمه الله– في هذه المسألة: "وأما الأحكام فكثيرة، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة؟ ... وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال – عليه الصلاة والسلام – لصفوان بن أمية: ((بل عارية مضمونة مؤداة)) [(١)]، وفي بعضها ((بل عارية مؤداة)) [(٢)]، وروي عنه أنه قال: ((ليس على المستعير ضمان)) [(٣)].

فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه، إلا أن الحديث الذي فيه ((ليس على المستعير ضمان)) غير مشهور، وحديث صفوان صحيح، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة، ومن فرق قال: الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع، والعارية لمنفعة القابض" [(٤)].

ذكر ابن رشد –رحمه الله– فيما تقدم سببين للخلاف في المسألة:

السبب الأول: تعارض الآثار:

التعارض بين الآثار الواردة في المسألة ظاهر مما تقدم، ويظهر هذا التعارض بين قوله ﷺ ((بل عارية مضمونة))، وقوله ﷺ ((بل عارية مؤداة)).

وقد أشار إلى هذا السبب غير واحد من الفقهاء، فقال عبدالله الموصلي [(٥)] –رحمه الله–: "قال: (وهي أمانة) لا يضمنها من غير تعد. قال – عليه الصلاة والسلام –: ((ليس على المستعير

(١) تقدم تخريجه (١٢٨).
(٢) تقدم تخريجه (١٢٧).
(٣) تقدم تخريجه (١٢٧).
(٤) بداية المجتهد (١٤٥٨/٤).
(٥) تقدم ترجمته (٨٠).

غير المغل ضمان))، ولأنه قبضه من يد المالك لا على وجه الضمان؛ لأن اللفظ يقتضي تمليك المنافع بغير عوض لغة وشرعا؛ لما بينا، فلم يكن متعديا.

وتأويل ما روي أنه – عليه الصلاة والسلام – استعار دروعا من صفوان، فقال: أغصبا تأخذها يا محمد؟ فقال: ((لا، بل عارية مؤداة مضمونة)) أي واجبة الرد مضمونة بمئونة الرد توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن" [(١)]، فقوله: "توفيقا بين الحديثين" يدل على التعارض؛ لأن التوفيق لا يكون إلا بعد التعارض.

وممن صرح بسبب الخلاف أيضا ابن رشد الجد [(٢)] –رحمه الله– حيث قال: "واستعار رسول الله ﷺ عند غزوه إلى هوازن بحنين من صفوان بن أمية أداة وسلاحا ذكر له أنها كانت عنده، فأرسل إليه فسأله إياها عارية، فقال صفوان: أمن الأمان أتأخذها غصبا؟ فقال رسول الله ﷺ: ((إن شئت أن تمسك أداتك فأمسكها، وإن أعرتناها فهي ضامنة علي حتى تؤس إليك)). فقال صفوان: ليس بهذا بأس وقد أعرتك يا محمد، فبعث إليه بمائة درع وأداتها، وكان صفوان كثير السلاح؛ فقال له رسول الله ﷺ: اكفنا حملها، فحملها له صفوان؛ وروي أنه قال له أعارية مضمونة، أم عارية مؤداة؟ فقال رسول الله ﷺ: ((بل عارية مضمونة مؤداة)) وفي بعض الآثار أنه قال: ((بل عارية مؤداة))، وروى عنه ﷺ أنه قال: ((ليس على المستعير ضمان)). وروى عنه ﷺ أنه قال: ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))[(٣)]. فاختلف أهل العلم في ضمان العارية لتعارض ظواهر هذه الآثار" [(٤)]، وهذا صريح في وجود التعارض بين الأحاديث في المسألة.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار (٣/٥٦).

(٢) تقدم ترجمته (٧٠).

(٣) أخرجه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٢/٥٥٧/ح: ١٢٦٦)، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وأبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية مؤداة (٣/٢٩٦/ح: ٣٥٦١)، وابن ماجة، كتاب الصدقات، باب العارية (٢/٨٠٢/ح: ٢٤٠٠)، والدارمي، كتاب البيوع، باب في العارية مؤداة (٣/١٦٩١/ح: ٢٦٣٨)، وأحمد (٣٣/٢٧٧/ح: ٢٠٠٨٦)، وابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في العارية من كان لا يضمنها (٤/٣١٦/ح: ٢٠٥٦٣)، والحاكم، كتاب البيوع (٢/٥٥/ح: ٢٣٠٢)، قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، والبيهقي، كتاب البيوع، باب العارية (٢/٣١١،ح: ٢١٢١) من طريق الحسن عن سمرة مرفوعا.

(٤) المقدمات الممهدات (٢/٤٧٠).

وممن صرح بسبب الخلاف أيضا البهوتي [١] -رحمه الله-، حيث يقول: "(مضمونة) بكل حال نصا. وبه قال ابن عباس: وعائشة وأبو هريرة. لقوله ﷺ لصفوان ((بل عارية مضمونة)) فأثبت الضمان من غير تفصيل، ولحديث سمرة مرفوعا ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) ... وأما الوقف فلا يضمن بلا تفريط؛ لأن قبضه ليس على وجه يختص مستعير بنفعه؛ لأن تعلم العلم وتعليمه الغزو من المصالح العامة أو لكون الملك فيه لغير معين، أو لكونه من جملة المستحقين له. أشبه سقوط قنطرة بمشيه عليها (بخلاف حيوان موصى بنفعه) إذا قبضه موصى له وتلف عنده فلا يضمنه إن لم يفرط؛ لأن نفعه مستحق له. وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه مرفوعا ((ليس على المستعير غير المغل ضمان)) ... فإن صح حمل على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال جمعا بين الأخبار " [٢]، فقوله: "جمعا بين الأخبار" إشارة صريحة إلى وجود التعارض بين الآثار في المسألة؛ لأن الجمع لا يكون إلا بعد التعارض.

وهذا السبب الذي ذكره ابن رشد -رحمه الله- وهو تعارض الآثار، سبب ظاهر، وقد أشار إليه غير واحد من الفقهاء.

السبب الثاني: تعارض أقيسة الشبه:

وهو الذي ذكره ابن رشد -رحمه الله- بقوله: "ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة، ومن فرق قال: الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع، والعارية لمنفعة القابض" [٣].

فمن رأى أن العارية أمانة غير مضمونة شبهها بالوديعة؛ لأنها مقبوضة لمصلحة صاحب الوديعة، ومن رأى أنها مضمونة شبهها بالقرض ونحوه مما يكون مقبوضا لمصلحة قابضه.

---

(١) تقدم ترجمته (٦٤).

(٢) شرح منتهى الإرادات (٢/٢٩٣).

(٣) بداية المجتهد (٤/١٤٥٨).

وممن صرح بذكر هذا السبب القرافي [١] -رحمه الله- حيث يقول: "ومنشأ الخلاف النظر إلى خلوص المنفعة للمستعير فيضمن، أو إلى أنها قبض بإذن المالك من غير عوض فلا يضمن، أو ملاحظة شبه الأصلين" [٢].

وقد أشار إلى هذا السبب غير واحد من الفقهاء في أثناء استدلالهم لهذه المسألة، ومن هؤلاء الماوردي [٣] -رحمه الله- حيث يقول: "ثم الدليل من طريق المعنى أنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض" [٤].

وقال ابن قدامة [٥] -رحمه الله-: "ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغصب، والمأخوذ على وجه السوم" [٦].

فمما تقدم يتبين أن الفقهاء -رحمهم الله- وافقوا ابن رشد -رحمه الله- في هذا السبب.

---

(١) تقدم ترجمته (٨١).

(٢) الذخيرة (٦/٢٠٠).

(٣) تقدم ترجمته (١٠٥).

(٤) الحاوي الكبير (٧/١١٩).

(٥) تقدم ترجمته (٨٢).

(٦) المغني (٥/١٦٤).

الخاتمة

وبعد حمد الله ﷻ على تمام البحث أشير إلى أبرز نتائج البحث، وهي:

- تميز الإمام ابن رشد –رحمه الله– وجمعه لعدد من العلوم، منها: الفقه، وأصول الفقه، والخلاف، والمنطق، والفلسفة، والطب.
- أهمية كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وتميزه من بين كتب الفقه المقارن بذكر أسباب الخلاف للمسائل.
- عدم إرادة ابن رشد –رحمه الله– الإشارة إلى سبب الخلاف إذا عبر بقوله: والخلاف مبني، أو: والمسألة مبنية، وإنما يريد بناء مسألةٍ على أخرى.
- رجوع أسباب الخلاف إلى ثلاثة أصناف، وهي: الخلاف في ثبوت النص، أو فهمه، أو الخلاف في الأدلة المختلف فيها.
- أن من أدرك عين ماله عند رجل قد توفي مفلسا فهو أسوة الغرماء، وسبب الخلاف في المسألة: تعارض الآثار، والأقيسة، والخلاف في مسألة انتقال التركة إلى الورثة حال وجود دين على مورثهم.
- أن دين العبد المفلس يتعلق بذمة سيده، وسبب الخلاف في المسألة: تعارض أقيسة الشبه، والخلاف في مسألة تصرف العبد في مال السيد، هل هو يتصرف لنفسه أو لسيده؟
- أنه يُبدأ بدين العبد إذا أفلس العبد والمولى معاً، وسبب الخلاف في المسألة: تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي، أو حكم مال السيد.
- أن الكفالة بالوجه تصح قبل ثبوت الحق، وسبب الخلاف في المسألة: تعارض وجه العدل بين الخصمين.
- اشتراط اتفاق الدينين جنسا في الحوالة، وعدم اشتراط الاتفاق قدرا، والمسألة مبنية على أن الحوالة ليست حقيقةً في المعاوضات.

- أن المحتال إذا رضي بالحوالة فقد انتقل الحق إلى ذمة المحال عليه وبريء المحيل، ولا يرجع المحتال على المحيل أبدا ولو تعذر استيفاء الحق لمطل أو فلس أو موت أو جحد أو غير ذلك، وسبب الخلاف في المسألة: مشابهة الحوالة للحمالة، وتعارض آثار الصحابة في المسألة.
- أن الغني يحل له أن يستنفق اللقطة بعد أن يُعرفها سنة، وسبب الخلاف في المسألة: معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه، وكذلك: التعارض بين الأحاديث الواردة في اللقطة.
- أن صاحب اللقطة إذا أصاب أوصافها وجب على الملتقط دفعها إليه، ولا تشترط البينة، وسبب الخلاف في المسألة: معارضة ظاهر حديث اللقطة لأصل الشرع في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى.
- لزوم ضمان ضالة الغنم لصاحبها إذا أكلها، وسبب الخلاف في المسألة: التعارض بين أحاديث اللقطة، والتي تبيح أكل ضالة الغنم، وبين أصل الشرع في عدم إباحة مال المسلم إلا بإذنه، وكذلك: الخلاف في معنى قوله ﷺ في ضالة الغنم ((هي لك)).
- استحباب الإشهاد على اللقيط، ويجب إذا تحقق أو غلب على ظنه استرقاقه، والخلاف في المسألة مبني على الاختلاف في حكم الإشهاد على اللقطة.
- أن الوديعة إذا دفعها المودَع إلى غير صاحبها، فأقر المالك بالإذن، وأقر المدفوع إليه بأنه قبض الوديعة، وادعى أنها تلفت فالقول قول المالك، وسبب الخلاف في المسألة: الخلاف في أمانة المدفوع إليه.
- أن العارية عقد جائز مالم يوجد شرط، أو يترتب على الرجوع فيها ضرر، وسبب الخلاف في المسألة: مشابهة العارية لبعض العقود اللازمة وغير اللازمة.
- أن العارية مضمونة إن شرط المعير الضمان وإلا فلا، وسبب الخلاف في المسألة: تعارض الآثار في المسألة، وتعارض أقيسة الشبه.

فهرس الآيات

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾	١٨٨	البقرة	٨٨
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾	٢٨٢	البقرة	٢٢
﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ۖ ﴾	٣٧	آل عمران	٥٥
﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ ﴾	٩٢	آل عمران	٨٩
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾	١٠٢	آل عمران	٢
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾	١	النساء	٢
﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ۚ ﴾	٦	النساء	١١٨، ١١٩
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ ﴾	٢٩	النساء	٤٥ ، ١٣٠
﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾	٩٢	النساء	٢٢

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾	١	المائدة	١٣٠
﴿وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾	٣	المائدة	٢٣
﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾	٥	المائدة	٢٣
﴿وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ﴾	١٦٤	الأنعام	٤٤
﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾	٣٤	الإسراء	١٢٢
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١﴾	٧٠ – ٧١	الأحزاب	٢
﴿يُؤۡتِكُمۡ كِفۡلَيۡنِ مِن رَّحۡمَتِهِۦ﴾	٢٨	الحديد	٥٥
﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾	٣	المجادلة	٢٢

فهرس الأحاديث والآثار

طرف الحديث أو الأثر	الراوي	الصفحة
اجعلها في فقراء قرابتك	أنس بن مالك ﷺ	٩٠
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه	زيد بن خالد الجهني ﷺ	٩٧، ٩٨
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها	زيد بن خالد الجهني ﷺ	٨٨، ٩٤
إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام	أبو بكرة ﷺ	٤٥
أنت سرق، اذهب يا عراقي فبعه حتى تستوفي حقك	عبد الرحمن بن البيلماني	٤٣
إنما كان يكفيك أن تضرب بيديك الأرض	عبدالرحمن بن أبزى ﷺ	٢١
أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذي ابتاعه	أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام	٢٩، ٣٦
أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذي ابتاعه	أبو هريرة ﷺ	٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٤
أيما رجل مات أو أفلس	أبو هريرة ﷺ	٣٢، ٣٦
بل عارية مضمونة	صفوان عن أمية ﷺ	١٢٨، ١٣١
بل عارية مؤداة	يعلى بن أمية ﷺ	١٢٧، ١٣١
البينة على المدعي واليمين على من أنكر	ابن عباس ﷺ	٩٦
عرفها حولا.. اعرف عددها ووعاءها ووكاءها	أبي بن كعب ﷺ	٨٩، ٩٢
على اليد ما أخذت حتى تؤديه	سمرة بن جندب ﷺ	١٣٢

فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك	زيد بن ثابت ﷺ	٩٩
قال علي: أبعده الله	سعيد بن المسيب	٧٧، ٨١
قال في الحوالة أو الكفالة: يرجع صاحبها، لاتوى	عثمان ﷺ	٧٦، ٨١
لا تحل اللقطة، من التقط شيئا فليعرفه سنة	أبو هريرة ﷺ	٨٧، ٩٤
لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه	عم أبي حرة الرقاشي ﷺ	١٠٢، ١٠٦
لاضرر ولا ضرار	أبو سعيد الخدري ﷺ	١٢٢
ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان	عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ	١٢٧، ١٣١
المسلمون على شروطهم	أبو هريرة ﷺ	١٣٠
مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم	أبو هريرة ﷺ	٦٧، ٧٠، ٧٧، ٧٨
من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان	أبو هريرة ﷺ	٣١، ٣٢
من التقط لقطة فليشهد ذا عدل	عياض بن حمار ﷺ	١٠٨
من باع عبدا وله مال	جابر ﷺ	٤٥
هي لك أو لأخيك أو للذئب، فرد على أخيك ضالته	عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ	١٠٢، ١٠٣، ١٠٥

فهرس الأعلام المترجم لهم

اسم العلم	الصفحة
ابن القاسم	٥٩، ١١٩
ابن تيمية	٤٨
ابن حجر الهيتمي	٧٢
ابن حزم	٨٢
ابن رجب	٤٠
ابن رشد الجد	٧٠، ١٣٢
ابن عبدالبر	٣٧، ٣٩
ابن قدامة	٨٢، ١٠٧، ١٣٤
ابن مفلح	٤٨، ١١٢
ابن نجيم	٩٣
أبو يوسف	٥٨، ٧٤
البابرتي	٣٧، ٩٢، ١٠٠
البجيرمي	٧٢
البهوتي	٦٤، ٧٣، ١٣٣
البيهقي	٤٥
الجويني	٧٠، ١٢٠
الدسوقي	١١١
الرافعي	٤٩، ٧١
الزركشي	٣٨، ٤٨، ٧٢
زفر	٧٥، ٧٩
زكريا الأنصاري	٧١

اسم العلم	الصفحة
الزيلعي	٩٣، ٩٩
سحنون	٦٠، ٦١
السرخسي	٤٧، ٦٣، ١٢٤
السمرقندي	١٢٤
شريح	٦٠
الشعبي	٦٠
الشيرازي	٤٠
عبدالله الموصلي	٨٠، ١٣١
العيني	٩٣، ١٠٠
القرافي	٨١، ١٣٤
الكاساني	٨٠، ٩٤، ١٢٥
الكمال ابن الهمام	٦٤، ٨٠، ٨١
الماوردي	١٠٥،١٠٦،١٢٥،١٣٤
محمد بن الحسن	٧٤
النووي	١١٢

فهرس المصادر والمراجع

١-القرآن الكريم.
٢-الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ ، لأبي محمد عبدالحق بن عبدالرحمن الأشبيلي، تحقيق: حمد السلفي، وصبحي السامرائي، مكتبة الرشد-الرياض، ١٤١٦هـ.
٣-الاختلاف الفقهي، أسبابه وموقفنا منه، د. وجيه محمود، دار الهدى، مصر-المنيا.
٤-الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، ١٣٥٦ هـ/ ١٩٣٧ م.
٥-الأربعون النووية، لأبي زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، تحقيق: قصي محمد نورس الحلاق، أنور بن أبي بكر الشيخي، دار المنهاج للنشر والتوزيع، لبنان — بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.
٦-إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبى بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣٢٣ هـ.
٧-إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، شهاب الدين المالكي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة: الثالثة.
٨-إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٩-أسباب اختلاف الفقهاء عند ابن رشد الحفيد وأثرها الفقهي، لزايد الهبي زيد العازمي، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٦م.
١٠- أسباب اختلاف الفقهاء، لعلي الخفيف، دار الفكر العربي، مصر القاهرة، الطبعة الثانية: ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

١١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

١٢- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، وبهامشه: حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي.

١٣- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد الشربيني الخطيب، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٤١٥هـ.

١٤- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت-لبنان.

١٥- الإقناع لابن المنذر، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ.

١٦- الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

١٧- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

١٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، وبهامشه: حاشية منحة الخالق، دار الكتاب الإسلامي.

١٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

٢٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢١- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي، دار المعارف.

٢٢- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي، بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

٢٣- البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي ، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج — جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ/٢٠٠٠ م.

٢٤- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨م.

٢٥- تاج العروس من جواهر القاموس، لأبي الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

٢٦- التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدري (المواق)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٢٧- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

٢٨- التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج، لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، مطبعة الحلبي.

٢٩- تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي ، دار الفكر.

٣٠- تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.

٣١- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.

٣٢- التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان وتمييز سقيمه من صحيحه، وشاذه من محفوظه، لمحمد ناصر الدين الألباني، دار با وزير للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٣٣- تقريب التهذيب، للحافظ أحمد بن علي بن حجر، تحقيق: محمد عوامة، دار الرشيد — سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م.

٣٤- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ- ١٩٨٩م.

٣٥- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، تحقيق : مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.

٣٦- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، تحقيق : سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، أضواء السلف — الرياض، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

٣٧- تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.

٣٨- الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لأبي عبد الله لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٩- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لأبي محمد عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، محيي الدين الحنفي، الناشر: مير محمد كتب خانه —كراتشي.

٤٠- الجوهر النقي على سنن البيهقي، لعلاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني، الناشر: دار الفكر.

٤١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي، دار الفكر.

٤٢- حاشيتا قليوبي وعميرة، لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر- بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٤٣- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

٤٤- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه — مصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧ م.

٤٥- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي، دار صادر — بيروت.

٤٦- خلاصة الكلام في تخريج أحاديث بلوغ المرام، لخالد بن ضيف الله الشلاحي، مكتبة الرشد — الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.

٤٧- الخلاف بين العلماء، أسبابه وموقفنا منه، لمحمد بن صالح العثيمين، دار الوطن- الرياض، ١٤٢٣هـ.

٤٨- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة — بيروت.

٤٩- درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، دار إحياء الكتب العربية.

٥٠- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، تحقيق: د. محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

٥١- الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.

٥٢- ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلامي البغدادي الدمشقي الحنبلي ، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان – الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ/٢٠٠٥ م.

٥٣- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر- بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

٥٤- الروض الداني (المعجم الصغير)، أبي القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي،تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي ، دار عمار - بيروت ، عمان، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ /١٩٨٥م.

٥٥- الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

٥٦- روضة الطالبين وعمدة المفتين، ، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٥٧- زاد المعاد في هدي خير العباد، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، تحقيق: شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

٥٨- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

٥٩- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

٦٠- سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٦١- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ١٩٩٨م.

٦٢- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، تحقيق : شعيب الأرناؤوط، حسن شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ /٢٠٠٤م.

٦٣- سنن الدارمي، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ - ٢٠٠٠ م

٦٤- السنن الصغرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية،كراتشي-باكستان، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

٦٥- السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠١ م.

٦٦- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي (المتوفى سنة ٧٤٨هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م.

٦٧- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمود ابراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

٦٨- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد الإمام شهاب الدين أبي الفرج عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي الدمشقي، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق- بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

٦٩- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

٧٠- الشرح الكبير على مختصر خليل، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، وبهامشه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.

٧١- الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي.

٧٢- شرح حدود ابن عرفة، لمحمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.

٧٣- شرح مختصر خليل للخرشي، لأبي عبد الله محمد الخرشي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار الفكر– بيروت.

٧٤- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار عالم الكتب، بيروت–لبنان، ١٩٩٦م.

٧٥- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، بيروت–لبنان، الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

٧٦- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت–لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

٧٧- صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي – بيروت.

٧٨- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت–لبنان.

٧٩- طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣هـ.

٨٠- العناية شرح الهداية، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، دار الفكر.

٨١- العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٨٢- الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص سراج الدين عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي الحنفي، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

٨٣- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، المطبعة الميمنية.

٨٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ومحب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وذكر أطرافها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.

٨٥- فتح العزيز شرح الوجيز (الشرح الكبير)، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، دار الفكر.

٨٦- فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الفكر.

٨٧- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين السنيكي، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

٨٨- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، دار الفكر.

٨٩- الفروع، لأبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، ومعه تصحيح الفروع، للمرداوي، تحقيق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

٩٠- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، دار الفكر.

٩١- القواعد لابن رجب، لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب، دار الكتب العلمية.

٩٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، للعلاّمة أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٩٣- الكافي في فقه الإمام أحمد، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

٩٤- كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ومنهج مؤلفه فيه، د. محمد سليمان النور، مجلة الشريعة والقانون، عدد: ٢٩، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، (ص:٣٤٥-ص:٤٠٤).

٩٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية.

٩٦- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني، المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة، مكتبة المثنى - بغداد، ١٩٤١م.

٩٧- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لأبي محمد جمال الدين علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، تحقيق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم- سوريا، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

٩٨- اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني، حققه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت — لبنان.

٩٩- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة - ١٤١٤ هـ.

١٠٠- المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت — لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

١٠١- المبسوط، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

١٠٢- المجتبى من السنن المشهور بسنن النسائي، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب-سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

١٠٣- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد شيخي زاده، دار إحياء التراث العربي.

١٠٤- مجمع الضمانات، لغانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

١٠٥- مجموع الفتاوى، لأحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

١٠٦- المجموع شرح المهذب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق: محمد بن نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة-المملكة العربية السعودية.

١٠٧- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني، مكتبة المعارف، الرياض-المملكة العربية السعودية، ١٤٠٤هـ.

١٠٨- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار الفكر – بيروت.

١٠٩- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق : يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

١١٠- مختصر المزني (مطبوع ملحقا بالأم للشافعي)، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، دار المعرفة – بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

١١١- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

١١٢- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الكتب العلمية – بيروت.

١١٣- المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.

١١٤- مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١م.

١١٥- المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المكتبة العلمية – بيروت.

١١٦- مصنف عبد الرزاق، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

١١٧- المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، تحقيق : كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض-المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.

١١٨- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق-سوريا، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م

١١٩- المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، لأبي المحاسن يوسف بن موسى بن محمد، جمال الدين المِلَطي الحنفي، عالم الكتب – بيروت.

١٢٠- معجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشقي، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي- بيروت.

١٢١- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.

١٢٢- المعونة على مذهب أهل المدينة، لأبي محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

١٢٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٢٤- المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

١٢٥- مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.

١٢٦- المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

١٢٧- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، برهان الدين، تحقيق د.عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد - الرياض — السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

١٢٨- منح الجليل على مختصر العلامة خليل، للشيخ محمد عليش، دار الفكر — بيروت، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

١٢٩- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، للعلامة محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.

١٣٠- المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.

١٣١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٣٢- الموطأ، لمالك بن أنس ﷺ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت — لبنان، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م.

١٣٣- نصب الراية لأحاديث الهداية، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت —لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة — السعودية، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ-١٩٩٧م

١٣٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

١٣٥- نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين ، تحقيق: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

١٣٦- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي، تحقيق: د.عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩ م.

١٣٧- الهداية شرح بداية المبتدي، للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي — بيروت — لبنان.

١٣٨- الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن ايبك الصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.

١٣٩- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت-لبنان، ١٩٠٠م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة.	٢
أهمية الموضوع.	٣
أسباب اختيار الموضوع.	٣
الدراسات السابقة.	٤
منهج البحث.	٥
خطة البحث.	٨
التمهيد.	١٤
المبحث الأول: ترجمة ابن رشد.	١٤
المبحث الثاني: التعريف بكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد.	١٧
المبحث الثالث: أسباب الاختلاف عند الفقهاء.	٢٠
المطلب الأول: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في ثبوت النصوص.	٢٠
المطلب الثاني: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في فهم النصوص.	٢٢
المطلب الثالث: أسباب الاختلاف بسبب الخلاف في الأدلة المختلف فيها.	٢٤
الفصل الأول: أسباب الخلاف الواردة في كتاب التفليس.	٢٧
تمهيد. تعريف التفليس لغة واصطلاحا.	٢٧
المبحث الأول: هل الموت يأخذ حكم الفلس؟	٢٩
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٢٩
القول الأول.	٢٩
القول الثاني.	٢٩
أدلة القول الأول.	٢٩

الموضوع	الصفحة
أدلة القول الثاني.	٣٢
الترجيح.	٣٤
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٣٦
أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد.	٣٦
ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد.	٤٠
المبحث الثاني: هل العبد المفلس المأذون له بالتجارة يُتبع بالدين في رقبته؟	٤٢
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٤٢
القول الأول.	٤٢
القول الثاني.	٤٢
القول الثالث.	٤٢
القول الرابع.	٤٣
أدلة القول الأول.	٤٣
دليل القول الثاني.	٤٤
أدلة القول الثالث.	٤٥
دليل القول الرابع.	٤٦
الترجيح.	٤٦
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٤٧
أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد.	٤٧
ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد.	٤٨
المبحث الثالث: بأي الدينين يُبدأ إذا أفلس العبد والمولى؟	٥٠
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٥٠
القول الأول.	٥٠

الموضوع	الصفحة
القول الثاني.	٥٠
دليل القول الأول.	٥١
دليل القول الثاني.	٥٢
الترجيح.	٥٢
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٥٣
الفصل الثاني: أسباب الخلاف الواردة في كتابي الكفالة والحوالة.	٥٥
تمهيد.	٥٥
المطلب الأول: تعريف الكفالة لغةً واصطلاحاً.	٥٥
المطلب الثاني: تعريف الحوالة لغةً واصطلاحاً.	٥٧
المبحث الأول: متى تجب الكفالة بالوجه؟	٥٨
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٥٨
القول الأول.	٥٨
القول الثاني.	٦٠
أدلة القول الأول.	٦١
دليل القول الثاني.	٦١
الترجيح.	٦٢
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٦٣
المبحث الثاني: هل يشترط اتفاق الدينين جنسا وقدرا في الحوالة؟	٦٦
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٦٦
القول الأول.	٦٦
القول الثاني.	٦٦

الموضوع	الصفحة
القول الثالث.	٦٦
القول الرابع.	٦٦
دليل القول الأول.	٦٧
دليل القول الثاني.	٦٧
دليل القول الثالث.	٦٧
دليل القول الرابع.	٦٨
الترجيح.	٦٨
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٦٩
المبحث الثالث: هل يرجع صاحب الدين على المحيل إذا أفلس المحال عليه؟	٧٤
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٧٤
القول الأول.	٧٤
القول الثاني.	٧٤
القول الثالث.	٧٥
أدلة القول الأول.	٧٥
أدلة القول الثاني.	٧٧
دليل القول الثالث.	٧٨
الترجيح.	٧٨
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٧٩
أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد.	٧٩
ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد.	٨١
الفصل الثالث : أسباب الخلاف الواردة في كتابي اللقطة واللقيط.	٨٤
تمهيد.	٨٤

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: تعريف اللقطة لغةً واصطلاحاً.	٨٤
المطلب الثاني: تعريف اللقيط لغةً واصطلاحاً.	٨٥
المبحث الأول: ما حكم اللقطة بعد تعريفها سنة؟	٨٧
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٨٧
القول الأول.	٨٧
القول الثاني.	٨٧
أدلة القول الأول.	٨٧
أدلة القول الثاني.	٨٨
الترجيح.	٩١
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٩٢
أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد.	٩٢
ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد.	٩٤
المبحث الثاني: هل يُحتاج إلى بينة إذا عُرف العفاص والوكاء؟	٩٥
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	٩٥
القول الأول.	٩٥
القول الثاني.	٩٥
أدلة القول الأول.	٩٥
أدلة القول الثاني.	٩٧
الترجيح.	٩٨
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	٩٩
المبحث الثالث: هل يضمن ضالة الغنم إذا أكلها؟	١٠١
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	١٠١

الموضوع	الصفحة
القول الأول.	١٠١
القول الثاني.	١٠١
أدلة القول الأول.	١٠١
أدلة القول الثاني.	١٠٣
الترجيح.	١٠٤
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	١٠٥
أولا: سبب الخلاف الذي نص عليه ابن رشد.	١٠٥
ثانيا: سبب الخلاف في غير بداية المجتهد.	١٠٦
المبحث الرابع: ما حكم الإشهاد على اللقيط خيفة الاسترقاق؟	١٠٨
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	١٠٨
القول الأول.	١٠٨
القول الثاني.	١٠٨
أدلة القول الأول.	١٠٨
دليل القول الثاني.	١٠٩
الترجيح.	١١٠
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	١١١
الفصل الرابع : أسباب الخلاف الواردة في كتابي الوديعة والعارية.	١١٤
تمهيد.	١١٤
المطلب الأول: تعريف الوديعة لغةً واصطلاحاً.	١١٤
المطلب الثاني: تعريف العارية لغةً واصطلاحاً.	١١٦
المبحث الأول: ما حكم ضمان الوديعة عند دعوى التلف؟	١١٧

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	١١٧
القول الأول.	١١٧
القول الثاني.	١١٧
دليل القول الأول.	١١٨
أدلة القول الثاني.	١١٨
الترجيح.	١١٨
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	١١٩
المبحث الثاني: هل العارية عقد جائز أو لازم؟	١٢١
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	١٢١
القول الأول.	١٢١
القول الثاني.	١٢١
أدلة القول الأول.	١٢١
دليل القول الثاني.	١٢٢
الترجيح.	١٢٣
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	١٢٤
المبحث الثالث: هل العارية عقد ضمان أو أمانة؟	١٢٦
المطلب الأول: عرض الخلاف في المسألة.	١٢٦
القول الأول.	١٢٦
القول الثاني.	١٢٦
القول الثالث.	١٢٦
القول الرابع.	١٢٦
أدلة القول الأول.	١٢٧

الموضوع	الصفحة
دليل القول الثاني.	١٢٨
أدلة القول الثالث.	١٢٨
دليل القول الرابع.	١٢٩
الترجيح.	١٣٠
المطلب الثاني: دراسة سبب الخلاف في المسألة.	١٣١
الخاتمة.	١٣٥
الفهارس العامة.	١٣٧
فهرس الآيات القرآنية.	١٣٧
فهرس الأحاديث والآثار.	١٣٩
فهرس الأعلام.	١٤١
فهرس المراجع والمصادر.	١٤٣
فهرس الموضوعات.	١٥٧