المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالى
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الشرعية
شعبة : الفقه والأصول

يوصى مجلس القسم بقبول الطالب المذكور رسالته الماجستير بتقدير جيد جداً

١٤١٧/٨/١٢هـ

التخيير في الشريعة الإسلامية

مع دراسة تطبيقية مقارنة في سائر أبواب الفقه عدا العبادات

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب

صديق إبراهيم الفكي علي

إشراف فضيلة الدكتور

سليمان بن وائل التويجرى

١٤١٦ هـ

٢٦٨٧

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي
جامعة أم القـــرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم (رباعي) عبدالله إبراهيم لفكي علي كلية : الشريعة والدراسات الإسلامية قسم : الفقه والأصول
الأطروحة مقدمة لنيل درجة : الماجستير في تخصص : الفقه
عنوان الأطروحة : ((التخيير في الشريعة الإسلامية
مع دراسة تطبيقية مقارنة في سائر أبواب الفقه عدا الصيام))

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

بناءً على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه _ والتي تمت مناقشتها بتاريخ ٨ / ٧ / ١٤٢٧ هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ،وحيث قد تم عمل اللازم ؛ فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه ...

والله الموفق ...

أعضاء اللجنة

المشرف	المناقش	المناقش
الاسم : د/ سليمان بن داؤد اللهيمي	الاسم : د/ أحمد بن عبدالله بن حميد	الاسم : د/ عايد بن محمد السفياني
التوقيع :	التوقيع :	التوقيع : .....

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم : د / احمد بن عبدالله بن حميد

التوقيع :

• يوضع هذا النموذج أمام الصفحة المقابلة لصفحة عنوان الأطروحة في كل نسخة من الرسالة .

ملخص الرسالة

عنوان البحث : التخيير في الشريعة الاسلامية
مع دراسة تطبيقية مقارنة في سائر أبواب الفقه عدا العبادات

التخيير هو : تفويض الأمر إلى شخص عاقل في اختيار خصلة من خصلتين أو أكثر معيّنةً شرعاً بشروط معلومة .

إن موضوع التخيير يشكل مظهراً من مظاهر اليسر ورفع الحرج في الشريعة الاسلامية ، ويساعد في حل كثير من المسائل الاقتصادية والاجتماعية وغيرها .

من أبرز صعوبات البحث : جدة الموضوع ، وشح معلوماته ، وكثير من مسائله موضع إشكال بين الدارسين .

سلكت في البحث مسلكاً يجمع بين القواعد والتطبيق وكان منهجي هو المنهج المتبع في الرسائل الجامعية .

عولج الموضوع في مقدمة وثلاثة أبوب وخاتمة : فالمقدمة فيها أسباب اختياره ، وأهميته ، والصعوبات ، ومعالجة الموضوع ، ومنهج البحث وخطته . أما الباب الأول : ففي التعريف بالتخيير وأدلته وحكمته وأركانه وشروطه وتقسيماته ويشتمل على فصلين تحتهما مباحث ومطالب ، والباب الثاني : قواعد وضوابط ومسائل التخيير ، ويشتمل على فصلين تحتهما مباحث ومطالب ، والباب الثالث : دراسة تطبيقية مقارنة فيما عدا العبادات ، ويشتمل على فصلين تحتهما مباحث ومطالب والخاتمة وقد تضمنت أهم النتائج ومنها :

١- التخيير يقع بين ما خير فيه من غير خلط ، أو تلفيق ، أو تبعيض ، ويشترط فيه تساوي الدرجة من حيث الوجوب ، والندب ، والإباحة . ٢- التفاضل بين ما خير فيه واقع في الثواب ولا ينافي التخيير .

٣- قد يتحول التخيير في الواجب إلى تعيين . ٤- تدخل كل خيارات البيع والنكاح في التخيير .

٥- إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من امرأة مباحة فله الخيار على أي حال في حدود المباح .

٦- الولد الذكر المميز إذا افترق أبواه ، وتنازعا فيه يخير بينهما بعد مراعاة المصلحة وفقاً لتوفر شروط ، وانتفاء موانع .

٧- التخيير في كفارة اليمين في خصال الكفارة الثلاث الأول ، وفي وقت التكفير قبل الحنث وبعده .

٨- معاملة الأسرى في العالم اليوم وفق اتفاقيتي جنيف ، بينما الحكم الشرعي : أن يخير الإمام بحسب المصلحة بين القتل ، والاسترقاق ، والمنّ ، والفداء . وهناك توصيات منها : أن علم القواعد والنظريات الفقهية يحتاج إلى مزيد من الاهتمام ؛ لذا أقترح تضمين أو تذييل الأبحاث الجامعية في مجال الفقه بالقواعد الفقهية ؛ لما فيها من التعمق ، وإبراز ما في الشريعة من سمو .

ملحق بالبحث فهارس للقرآن الكريم ، والأحاديث ، والآثار ، والأعلام المترجم لهم ، والقواعد والضوابط ، والمراجع والموضوعات . والله ولي التوفيق وهو الهادي إلى سواء السبيل .

يعتمد ،،

الباحث	المشرف	عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
صديق إبراهيم الفكي	د/ سليمان بن وائل التويجري	د/ عمر بن محمد السبيل

كلمة شكر

الحمد لله ، أحمده حمد الشاكرين ، هو أهل الحمد ومستحقه ، لا إله غيره ولا رب سواه ، مُسدي كل نعمة ، وميسّر كل مهمة ، لا سهل إلا ما جعله سهلاً ، ولا خير إلا ما أعطى ، فلا مانع لما أعطى ، ولا معطي لما منع ، فله الحمد أولاً وآخراً .

ثم إني أدعو الله أن يجزي عني كل من أحسن إليّ ، أو صنع لي معروفاً . وفي مقدمتهم أستاذي الجليل فضيلة الشيخ / سليمان بن وائل التويجري ، المشرف على هذه الرسالة ، والذي كان لحسن توجيهه ومتابعته أكبر الأثر في تدرجي في هذا البحث وصياغته منذ أن كان فكرة حتى اكتمل ، ففتح لي قلبه قبل بيته ولم يدّخر وسعاً في بذل نصحه وتوجيهاته لي .

كما أزجي الشكر الجزيل والثناء الجميل لجامعتنا الفتية جامعة أم القرى ، وكليتنا العريقة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية على أن مهّدوا لطلاب العلم دروب المعرفة على نور من الوحي في مهبط الوحي .

كما أشكر رابطة العالم الإسلامي ممثلة في : إدارة التعليم والتربية ، وإدارة المنح الدراسية لحسن عونهم لنا في مجال العلم .

ثم الشكر لكل من أسدى إلي عونا في هذا البحث بمساعدة أو توجيه ، أو مراجعة أو تصويب ، أو طباعة وإخراج .

فلكل هؤلاء جميعاً أزجي جزيل الشكر عرفاناً بالجميل لأهله ، وأسأل الله أن يجزيهم عليه أجزل الثواب .

إهـــداء

إلى والـديّ ... الذيْن تحملا في سبيـل تربيتي عنـاء الكـد والتعـب ، وتوليـاني بالرعـاية ، ودفعـاني بالحـرص والمتـابعة ، ودعواتهما لـي في السر والعلـن إلى مواصلة مسيرة تعليمي حتـى وصلت إلى هـذه المـرحلة .

إليكما أقـدّم باكـورة إنتاجي

وفـاءً وعرفانـاً

المقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً .

أما بعد

فإن الفقه الإسلامي من أشرف العلوم قدراً ، وأسماها فخراً ، وأعظمها أجراً ، لأن به يُعرف الحلال من الحرام ، ويُميز بينهما في الأحكام ؛ فشرف العلم بشرف المعلوم .

وقد زخر تراثنا الفقهي بالعديد من الأبحاث والموضوعات المتعلقة بما يحتاجه مجتمعنا المسلم الحاضر في أمور دينه ودنياه .

ونحن في ظل الاتجاه نحو الالتزام بالإسلام عقيدة وشريعة متمثلاً في هذه الصحوة المباركة، لا بد لنا من اهتمامات جادة ومتكاتفة لوضع الأحكام الفقهية وتقديمها بصيغة علمية متمشية مع ما يتطلبه العصر من أسلوب في التنظيم والتدوين ، مع المحافظة التامة على الأحكام الشرعية أصولاً وفروعاً ، انطلاقاً من قواعد الأحكام ، وكليات الشريعة ، ونظريات الفقه العامة المنثورة في أماكنها باعتناء في أحكام متشابهة ، وفروق مترادفة ؛ تأكيداً لوفاء الإسلام بالمسائل والنوازل المستجدة في كل زمان ومكان ، وهذا من أعظم مظاهر كمال هذا الدين ، فإن الله سبحانه وتعالى لم يترك قضية إلا بيّن حكمها ، وما من قضية أو نازلة إلا ولله فيها حكم ، علمه من علمه ، وجهله من جهله .

لهذا كانت الحاجة ماسة إلى مسلك يجمع بين القواعد والتطبيق في نظريات عامة يسهل تناولها على المختصين وغيرهم للاطلاع على التراث الفقهي والاستفادة منه .

وقد كانت تراودني رغبة قوية منذ بداية دراستي بالدراسات العليا في بحث موضوع من الموضوعات يجمع بين القواعد والتطبيق ، ومما زاد رغبتي ما طالعته للزركشي في المنثور ـ تأكيداً لهذا المسلك ـ حيث قال : " إن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها ، وأدعى لضبطها ، وهي إحدى حِكم العدد التي وضع لأجلها . والحكيم إذا أراد التعليم لا بد له أن يجمع بين بيانين : إجمالي تتشوّق إليه النفوس ، وتفصيلي تسكن إليه " [1].

---

(١) ١ / ٥٥ ـ ٥٦ .

فأخذت أطالع في تراثنا الفقهي الحافل ، وبعد استشارة وقفت على موضوع التخيير ، فأجلت النظر في ثناياه فتبدى لي أن الموضوع جدير بالبحث والدراسة لجمعه بين أصول الفقه ، والفقه في قواعده وتطبيقاته في ثوب واحد ، واستشرت فأُشير عليّ : بأن هذا الموضوع عظيم الفائدة ، لكنه صعب ، فاستخرت الله واستعنت به ، وسرت في الموضوع لما له من أهمية تتمثل فيما يلي :

أولاً : أن هذا الموضوع موضوع استقرائي توجد جزئياته في كثير من أبواب الفقه ؛ مما يتيح الفرصة للباحث لمطالعة عدد كبير من مسائل أبواب الفقه ، وذلك من خلال جمع المتناثر من المسائل التطبيقية ، والفروع الفقهية .

ثانياً : أن جمع هذا الموضوع بقواعده ، وضوابطه ، ومسائله ، يساعد في معرفة أحكام جزئياته بأيسر طريق ، وأوعى لحفظها ، وأدعى لضبطها . كما يتيح الفرصة لغير المختصين للاطلاع على مسائله بأيسر مؤونة .

ثالثاً : أن هذا الموضوع يناقش ويساعد في حل بعض المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقضائية .

رابعاً : هذا الموضوع يشكل مظهراً من مظاهر اليسر في الشريعة ، ومعلماً من معالم رفع الحرج في الدين .

وبعد أن بدأت في موضوع التخيير كثر الطلب عليه من الزملاء الباحثين في هذه الجامعة ، وفي جامعات أخرى ؛ مما يؤكد أن هذا الموضوع جدير بالبحث ، وأنه مكان اهتمام .

وكما جرت عادة المبتدئ في أي مجال أن يجد صعوبة في البداية ، فقد واجهتني في هذا البحث صعوبات جمّة ، ومتاعب كثيرة ، ولولا توفيق الله ، ثم توجيهات شيوخي الأجلاء لما استطعت تجاوزها . وأبرز هذه الصعوبات في نظري هي :

١ ـ جدة الموضوع ، حيث إنه لم يسبقني أحد ـ حسب علمي ـ إلى بحث هذا الموضوع بهذه الكيفية : (تقسيمات ، وقواعد ، وضوابط ، وتطبيقات) .

٢ ـ طبيعة الموضوع ، إذ أنه شحيح المعلومات ، وكثير من مسائله منثورة في بطون كتب الفقه، فكان يتطلب ذلك مني أحياناً أن أتصفح كتاباً بكامله من كتب القواعد ، أو أجلس الساعات الطوال أمام جهاز تكبير صور المخطوطات ، فربما وجدت قاعدة أو ضابطاً واحداً، وأحياناً لا أجد شيئاً ؛ وتطلب مني ذلك أيضاً الرحيل إلى المكتبات خارج مكة المكرمة .

٣ ـ معظم القواعد والضوابط التي وجدتها لم أجد لها شرحاً أو استدلالاً مما كلفني جهداً كبيراً في الشرح والاستدلال .

٤ ـ أن مسائل التطبيق في البحث وإن كانت ظاهرة ومعروفة ، إلا أنها من المسائل التي احتدم فيها الخلاف ، وكثرت فيها الأقوال ؛ مما جعلها موضع إشكال لكثير من الدارسين .

٥ ـ كنت أقف الشهر والشهرين أو أكثر وأطالع ، واستشير لحل قضية أو فهمها .

هذا بعض ما عانيته في كتابة هذا البحث .

وقد حاولت معالجة موضوع البحث كما يلي :

بدأت بتعريف التخيير فلم أعثر على تعريف أرتضيه بعد البحث والتقصي ، فعرّفت الموضوع بناء على تعريف جزئياته أو نتائجه . ثم بعد التعريف بحثت الجانب التطبيقي وهو الفصل الثالث من البحث فكنت أجمع معلومات المبحث في بطاقات ، وأدرس هذه البطاقات ، وأعلّق عليها ، وأصنفها ، وبعد ذلك أصوغ المبحث ، فكنت أعيش بكليتي مع المسألة وكأنها هي موضوع بحثي لا غير . وبعد صياغتها تماماً انتقل لتاليتها ؛ فاستفدت من الجانب التطبيقي في الإحاطة بالفروع لكي أتوصل إلى نظم القواعد والضوابط وفهمها . وبالنظر إلى الموضوع نظرة شاملة ؛ خلصت إلى تقسيم التخيير إلى أقسام باعتبارات متعددة . مما ساعدني في تصور الموضوع بصورة أدق . وبعد ذلك جمعت كل ما يصلح أن يكون قاعدة أو ضابطاً في بطاقات ، ثم قسّمتها وسبرتها لمعرفة مدى صلاحيتها لتكون قاعدة أو ضابطاً في موضوع التخيير ، وبعد التأمل والدراسة توصلت إلى هذه القواعد والضوابط التي قام عليها هذا البحث .

وقد اقتضت طبيعة البحث أن يقسّم إلى ثلاثة أبواب وخاتمة .

ـ الباب الأول: التعريف بالتخيير وأدلته وحكمته وأركانه وشروطه وتقسيماته

ويشتمل على فصلين :

ـ الفصل الأول : التعريف بالتخيير وأدلته وحكمة مشروعيته

ويشتمل على خمسة مباحث :

ـ المبحث الأول : تعريف التخيير لغة واصطلاحاً ، ويشتمل على مطلبين :

ـ المطلب الأول : التخيير لغة .

ـ المطلب الثاني : التخيير اصطلاحاً .

ـ المبحث الثاني : العلاقة بين التخيير والواجب المخيّر .

ـ المبحث الثالث : العلاقة بين التخيير والإباحة .
ـ المبحث الرابع : دليل مشروعية التخيير ، ويشتمل على ثلاثة مطالب :
ـ المطلب الأول : دلالة المشروعية بالقرآن الكريم .
ـ المطلب الثاني : دلالة المشروعية بالسنة النبوية .
ـ المطلب الثالث : دلالة المشروعية بالإجماع .
ـ المبحث الخامس : الحكمة في المشروعية .

ـ الفصل الثاني : في أركان وشروط وتقسيمات التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :
ـ المبحث الأول في أركان وشروط التخيير ، ويشتمل على مطلبين :
ـ المطلب الأول : أركان التخيير .
ـ المطلب الثاني : شروط التخيير .
ـ المبحث الثاني : في أدوات التخيير وألفاظه وما يدل عليه ، ويشتمل على مطلبين :
ـ المطلب الأول : معنى [أو] .
ـ المطلب الثاني : في بعض ألفاظ التخيير وما يدل عليه .
ـ المبحث الثالث : في تقسيمات التخيير ، ويشتمل على ستة مطالب :
ـ المطلب الأول : أقسام التخيير من جهة أفعال المكلف .
ـ المطلب الثاني : أقسام التخيير من حيث جواز الجمع وعدمه .
ـ المطلب الثالث : أقسام التخيير باعتبار اللفظ .
ـ المطلب الرابع : أقسام التخيير من حيث الوصف بالعموم والخصوص .
ـ المطلب الخامس : أقسام التخيير من حيث جواز التوكيل وعدمه .
ـ المطلب السادس : أقسام التخيير باعتبار وقت الفعل .

ـ الباب الثاني : قواعد وضوابط ومسائل التخيير

ويشتمل على فصلين :

ـ الفصل الأول : قواعد وضوابط التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :
ـ المبحث الأول : في التعريف بالقاعدة والضابط والعلاقة بين القاعدة الفقهية وكل من الضابط ، والقاعدة الأصولية ، والنظرية الفقهية ، ويشتمل على أربعة مطالب :

ـ المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لغة واصطلاحاً .
ـ المطلب الثاني : العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .
ـ المطلب الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .
ـ المطلب الرابع : العلاقة بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .
ـ المبحث الثاني : في قواعد التخيير ، ويشتمل على ستة مطالب :
ـ المطلب الأول : قواعد في كيفية التخيير .
ـ المطلب الثاني : قاعدتان في بيان المراد من المخيّر .
ـ المطلب الثالث : قاعدة في التوكيل في الاختيار .
ـ المطلب الرابع : قواعد في مناط ومتعلق التخيير .
ـ المطلب الخامس : قاعدتان فيما يترتب على الاختيار وعدمه .
ـ المطلب السادس : قواعد (أو) التي تفيد التخيير .
ـ المبحث الثالث : في ضوابط التخيير ، ويشتمل على سبعة مطالب :
ـ المطلب الأول : ضابط في التخيير في نصاب الزكاة .
ـ المطلب الثاني : ضابط في الأفضل في الخصال المخيّر فيها .
ـ المطلب الثالث : ضوابط في الخيار .
ـ المطلب الرابع : ضوابط في خيار العيب .
ـ المطلب الخامس : ضابطان في خياري المجلس والشرط .
ـ المطلب السادس : ضابط في خيار الرؤية .
ـ المطلب السابع : ضابط في خيار الولد البالغ .

ـ الفصل الثاني : مسائل في التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :
ـ المبحث الأول : الخلاف في الواجب المخيَّر والحرام المخيَّر ، ويشتمل على مطلبين :
ـ المطلب الأول : الخلاف في الواجب المخيَّر .
ـ المطلب الثاني : المحرم المخيَّر .
ـ المبحث الثاني : ليس كل ما خُيِّر فيه يسمى تخييراً ، ويشتمل على مطلبين :
ـ المطلب الأول : ليس كل واجب خُيِّر في أفراده يسمى واجباً مخيَّراً .
ـ المطلب الثاني : ليس كل مباح مخيَّراً فيه .
ـ المبحث الثالث : في مسائل متفرقة ، ويشتمل على ثلاثة مطالب :

ـ المطلب الأول : مقتضى التخيير .

ـ المطلب الثاني : التفاضل في التخيير .

ـ المطلب الثالث : تحول التخيير إلى تعيين .

ـ الباب الثالث : دراسة تطبيقية مقارنة فيما عدا العبادات

ويشتمل على فصلين :

ـ الفصل الأول : في المعاملات والأحوال الشخصية

ويشتمل على أربعة مباحث :

ـ المبحث الأول : في البيوع : التخيير في المصرّاة .

ـ المبحث الثاني : في النكاح : تخيير من أسلم وتحته أكثر من امرأة مباحة .

ـ المبحث الثالث : في الطلاق ، ويشتمل على مطلبين :

ـ المطلب الأول : في تخيير النبي ﷺ لنسائه ، وفي أي شيء كان .

ـ المطلب الثاني : في حكم تخيير المرأة في الطلاق .

ـ المبحث الرابع : التخيير بعد الحضانة : تخيير المميز بين أبيه وأمه بعد الحضانة .

ـ الفصل الثاني : في القصاص والحدود والكفارات والجهاد

ويشتمل على أربعة مباحث :

ـ المبحث الأول : في القصاص .

ـ المبحث الثاني : في الحدود .

ـ المبحث الثالث : في الكفارات ، ويشتمل على مطلبين :

ـ المطلب الأول : التخيير في خصال كفار اليمين .

ـ المطلب الثاني : في التخيير في وقت كفارة اليمين .

ـ المبحث الرابع : في الجهاد : التخيير في الأسرى .

ـ الخاتمة : وقد تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال بحثي ، كما تضمنت بعض التوصيات أيضاً .

وقد رسمت لنفسي منهجاً للسير عليه في هذا البحث على النحو التالي :

١ ـ جمع مادة البحث من مظانه المعتبرة المعتمدة .

٢ ـ عزو الآيات القرآنية التي ترد في البحث إلى مواضعها من سور القرآن وترقيمها .

٣ ـ عزو الأحاديث والحكم عليها غالباً .

٤ ـ الترجمة للأعلام غير المشهورين .

٥ ـ عزو الأقوال إلى أصحابها سواء أكانت بنصها أو بمعناها ، أو كانت رائدة إلى فكرة معينة .

٦ ـ التعريف بالكلمات والمصطلحات التي تحتاج إلى شرح أو تعريف ,

٧ ـ في القواعد والضوابط :

أ ـ شرح القاعدة أو الضابط .

ب ـ الاستدلال لهما .

ج ـ فروع القاعدة أو الضابط .

د ـ بيان المستثنيات من القاعدة أو الضابط ، والقواعد المندرجة إن وجدت .

٨ ـ في باب التطبيق : تعريف مفردات المسألة وتحرير محل النزاع ، ثم ذكر أقوال العلماء فيكون نصب الأقوال من جهة القول بالتخيير وعدمه في الغالب ، ثم أذكر سبب الخلاف وثمرته إذا وجدا ، ثم استدل لكل قول مع مناقشة الأدلة ، ثم أبين الراجح .

وبعد .. فقد بذلت ما في وسعي مستعيناً بالله ثم بأهل العلم والفضل ، فما كان صواباً فبفضل الله وتوفيقه ، وما كان من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان ، وأستغفر الله ، ورحم الله من أهدى إلي عيوبي .

وفي الختام أسال الله أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم ، وأن يجعلها في موازين أعمالنا يوم نلقاه . إنه ولي ذلك والقادر عليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الباحث

الباب الأول

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : في التعريف بالتخيير وأدلته وحكمة مشروعيته

الفصل الثاني : في أركان وشروط وتقسيمات التخيير

الفصل الأول

في التعريف بالتخيير و أدلته و حكمة مشروعيته

ويشتمل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالتخيير

المبحث الثاني : العلاقة بين التخيير و الواجب المخير

المبحث الثالث : العلاقة بين التخيير و الإباحة

المبحث الرابع : أدلة مشروعية التخيير

المبحث الخامس: الحكمة في مشروعية التخيير

المبحث الأول

تعريف التخيير لغة واصطلاحا

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف التخيير لغة

المطلب الثاني : تعريف التخيير اصطلاحا

المطلب الأول : التخيير لغة

التخيير لغة : مأخوذ من خيّر يخير تخييرا و أصله : العطف والميل ، و التفويض والاصطفاء.

قال في معجم مقاييس اللغة :

" الخاء ، و الياء ، و الراء أصله العطف والميل ثم يحمل عليه فالخير خلاف الشر ؛ لأن كل واحد يميل اليه ويعطف على صاحبه. والخيرة : الخيار . والتخيّر : الكرم. والاستخارة : أن تسأل خير الأمرين لك وكل هذا من الاستخارة ، وهي الاستعطاف....."[١]

ويقال خيرته بين الشيئين ، أو فوضت اليه الخيار ، والخيار الاسم من الاختيار ، والاختيار : الاصطفاء ، وكذلك التخيير ، وخار الشئ اختاره وانتقاه. قال الشاعر :

إن الكرام على ما كان من خلق رهط امرئ خاره للدين مختار[٢]

و يقال : خايرت فلانا فتخيرته ، و تقول : اخترت بني فلان رجلا ، قال تعالى : ﴿**واختار موسى قومه سبعين رجلا**﴾[٣].[٤]

المطلب الثاني : تعريف التخيير اصطلاحا

أعني بالاصطلاح اصطلاح الفقهاء . فلما لم أجد تعريفا جامعا مانعا للتخيير فلا بد من عرض بعض التعريفات لأصل من خلالها إلى تعريف للتخيير.

---

(١) ٢٣٢/٢ لابن فارس ، الطبعة الأولى ، تحقيق : عبد السلام هارون (بيروت : دار الجيل ١٤١١هـ - ١٩٩١م) وانظر : الصحاح للجوهري ٦٥١/٢ الطبعة الثانية ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطّار (بيروت : دار العلم للملايين ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) ؛ و لسان العرب لابن منظور ٢٦١/٤-٢٦٧ الطبعة الأولى (بيروت : دار صادر ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) ؛ وتهذيب الأسماء و اللغات للنووي ٢-١/١٠٠تحقيق : شركة العلماء بمساعد (مصر : دار الطباعة المنيرية).

(٢) بيت الشعر لأبي زبيد الطائي . انظر : تاج العروس للزبيدي ٢٤١/١١ تحقيق : عبد الكريم العزباوي ، راجعه : عبد الستار أحمد فراج (الكويت : المطبعة الحكومية) ؛ لسان العرب لابن منظور ٢٦٥/٤ .

(٣) سورة الأعراف ، الآية (١٥٥)

(٤) انظر : المراجع والصفحات السابقة مع ؛ القاموس المحيط للفيروزابادي ص(٤٩٧) تحقيق : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى (بيروت - طبع مؤسسة الرسالة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) ؛ تاج العروس للزبيدي ٢٣٨/١١ . بتصرف يسير.

هناك تعريفات للخيار ومن ذلك ما جاء في كشاف القناع بأنه :" طلب خيرالأمرين" .[١] فالخيار اسم من الاختيار ، ولا شك أن التخيير ليس هو الطلب ؛ بل هو أعم من ذلك.
وعرف بعض أهل العلم الاختيار و التخيير ، فمنهم من ذهب إلى اعتبارهما مترادفين في الاصطلاح ، ومنهم من فرق بينهما وعرف كل واحد على حدة كما يلي :

تعريف الاختيار والتخيير باعتبار الترادف :

فممن عرف الاختيار و التخيير باعتبار الترادف صاحب القاموس الفقهي فعرفهما بقوله :
" أن يجوز العدول عن الشئ إلى غيره مع القدرة عليه ".[٢]

التعريف باعتبار الفرق :

و من فرقوا بين الاختيار و التخيير عرفوا الاختيار بعدة : تعريفات أقربها إلى موضوعنا ما ذكر في الاختيار بمعنى الانتقاء ، ومن ذلك تعريف صاحب كشف الأسرار فعرفه بأنه :

" القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر ".[٣] وفي كشاف اصطلاحات الفنون :

" الاختيار يعرف بأنه : ترجيح الشئ وتخصيصه وتقديمه علىغيره ".[٤]

---

(١) ١٩٨/٣ عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (بيروت. لبنان ، عالم الكتب ١٤٠٣هـ١٩٨٣م) وانظر : فتح الجواد بشرح الارشاد لأحمد بن شهاب الدين بن حجر الهيتمي ٤٠٠/١ الطبعة الثانية:(مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي١٣٩١هـ-١٩٧١م) ؛ ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفي السيوطي الرحيباني ٨٣/٣ (المكتب الاسلامي بدمشق) على نفقة الشيخ علي بن عبد الله آل ثاني ؛ و النهاية في غريب الحديث و الأثر للمبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ٩١/٢ الطبعة الثانية(بيروت : لبنان دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م) ؛ و نيل الأوطار (شرح منتقى الأخبار) لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ٢٠٩/٥ الطبعة الأخيرة (بيروت لبنان ، دار إحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي). ؛ و سبل السلام شرح بلوغ المرام ٦٣/٣ تحقيق : فؤاد أحمد زمرلي و إبراهيم محمد الجمل (دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) والمعاملات الشرعية المالية لأحمد ابراهيم بك ص (١٠١) (القاهرة : المطبعة الفنية ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م).
(٢) ص(١٢٥)القاموس الفقهي لغةواصطلاحا لسعدي أبو جيب الطبعة الأولى(دمشق دار الفكر ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م).
(٣) ١٥٠٣/٤ كشف الاسرار لعبد العزيز البخاري على أصول البزدوي. (طبع مكتب الصنايع ١٣٠٧هـ).
(٤) ١٩٥/٢ لمحمد بن علي الفاروقي التهانوي تحقيق و مراجعة د/ لطفي عبد البديع و أمين الخولي.

وعرف في معجم لغة الفقهاء بأنه : " تفضيل الشئ على غيره ".[١] وقيل هو " ترجيح تصرف على غيره ".[٢]

وجاء في التعريفات الفقهية الاختيار هو : " طلب ما هو خير و فعله ".[٣]

وأما التخيير فعرف في معجم لغة الفقهاء بأنه :

" جعل حرية الاختيار بين أمور له ".[٤] وعرف التخيير في الموسوعة الكويتية بقولهم :

" في الاصطلاح لا يخرج استعمال الفقهاء لمصطلح تخيير عن معناه الغوي فهو عندهم : تفويض الأمر إلى اختيار المكلف في انتقاء خصلة من خصال معينة شرعا يوكل إليه تعيين أحدها بشروط معلومة ".[٥]

و الذي يظهر أن التفريق بين الاختيار والتخيير هو الأوفق و ذلك لأمرين :

الأول : اختلاف أصل اشتقاق كل من الاختيار والتخيير ، فالاختيار مأخوذ من الفعل اختار . والتخيير مأخوذ من الفعل خيّر.[٦] فالاختلاف في ذلك يترتب عليه اختلاف في التعريف الاصطلاحي ؛ لا سيما وأن التعريف الاصطلاحي مبني على المعنى اللغوي ، ولم يخرج استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي.

الثاني : التخيير أعم من الاختيار حيث إن التخيير يراد به حكم المسألة من الشارع ، كأن يقال مثلا : " ليس في الكفارات ما فيه تخيير وترتيب إلا كفارة اليمين وما ألحق بها ".[٧]

---

(١) ص (٥٠) للدكتور محمد رواس قلعه جي والدكتور حامد صادق قنيبي الطبعة الأولى (بيروت دار النفائس ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م).

(٢) المرجع والصفحة السابقين ؛ وانظر : قسم التعريفات الفقهية من قواعد الفقه للسيد محمد عميم الاحسان المجددي البركتي ص (١٦٤) ، (كراتشي - باكستان ، دار القرآن والعلوم الاسلامية لطباعة كتب التراث ونشر المصاحف).

(٣) ص (٢٨٥) من كتاب قواعد الفقه للسيد محمد عميم الإحسان .

(٤) ص (١٢٦).

(٥) ٦٧/١١ الكويت - وزارة الاوقاف.

(٦) انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٥٠) و ص (١٢٦) .

(٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٦٠٣/١١ تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب وقُصَي محب الدين الطبعة الأولى : (مصر : دار الريّان للتراث ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .

والاختيار فعل المخيَّر الذي يعتبر ناتج التخيير وتطبيقه يقال : " خيَّره بين الشيئين فاختار أحدهما ".[١] وفي الحديث : " ما خيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا اختار أيسرهما ".[٢]

فبناء على الفرق بين الاختيار والتخيير لا تصلح تعريفات الاختيار أن تكون تعريفا للتخيير وبالنظر في تعريفي التخيير نجد أن تعريف معجم لغة الفقهاء إذا سلمنا أنه تعريف للتخيير ؛ فهو من قبيل التعريفات العامة للمناطقة ، فيعتبر تعريفا للتخيير بمعناه العام سواء في الشرع أو في غيره. فلا يصلح أن يكون تعريفا للتخيير في اصطلاح الفقهاء.

أما تعريف الموسوعة الكويتية فهو أقرب محاولة لتعريف التخيير في اصطلاح الفقهاء وقفت عليها وتعتبر محاولة جيدة غير أن التعريف لا يخلو من الاعتراضات عليه وهي كما يلي :

الاعتراضات على تعريف الموسوعة الكويتية :

يعترض على هذا التعريف بثلاثة اعتراضات كالتالي :

الاعتراض الأول: قال في التعريف هو : " تفويض الأمر الى اختيار المكلف..... " فقصر التخيير على المكلف منتقض ؛ لأن التخيير قد يكون للمكلف ولغير المكلف كما هو الحال في تخيير الصبي المميّز بين أبويه[٣] ، أو تخيير الزوجة الصغيرة الغير بالغة لسن التكليف في الطلاق[٤] ، ففي الموسوعة بعد هذا التعريف بصفحات ذكر مسألة تخيير الطفل في الحضانة[٥] . فالتكليف قيد في التعريف لا داعي له .

الاعتراض الثاني : التكرار في التعريف فكلمة " انتقاء " و جملة " يوكل اليه تعيين أحدها " تكرار في التعريف لأن هذا المعنى مستفاد من قولهم:" تفويض الأمر الى اختيار

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ٢٧٦/١ تحقيق محمد فاخوري و عبد الحميد مختار الطبعة الأولى ، (حلب سورية : مكتبة أسامة بن زيد ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).

(٢) متفق عليه. البخاري مع الفتح ٨٨/١٢ كتاب الحدود باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله ، برقم (٦٧٨٦) ؛ ومسلم مع النووي ٨٤/١٥ (كتاب) الفضائل (باب) مباعدته صلى الله عليه و سلم للآثام و اختياره من المباح أسهله . الطبعة الأولى (القاهرة : دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).

(٣) انظر : هذه المسألة ص (١٦٩) من هذا البحث.

(٤) انظر : هذه المسألة ص (١٥٦) من هذا البحث.

(٥) ٧٣/١١ .

المكلف "...و قولهم:"خصلة من خصال معينة " فكلمة اختيار تغني عن كلمة انتقاء ، والجملتان السابقتان تغني عن قولهم : " يوكل اليه تعيين أحدها "

الاعتراض الثالث : قولهم " خصلة من خصال .... "

يعترض عليه بأن التخيير يقع بين خصلتين كما يقع بين أكثر من خصلتين. أما وقوع التخيير بين الخصلتين كالتخيير عند فقد السن الواجبة في زكاة الإبل بين الصعود إلى السن الأعلى أو النزول الى السن الأدنى مع الجبران وكتخيير الغلام بين ابويه ، وتخيير الشفيع بين الأخذ بالشفعة و الترك ، وتخيير صاحب الدين بين الابراء وإنظار المعسر ، و أما ما يقع فيه التخيير بين أكثر من خصلتين كتخيير قاتل صيد البر في حال الاحرام بين هدي مثل ما قتل من الصيد أو طعام بقدر ثمن الهدي للمساكين أو الصوم عن كل مد من الطعام يوما ، فهذا تخيير بين ثلاث خصال ، وكتخيير الامام في الاسرى بين القتل أو الفداء ، أو المن ، أو الاسترقاق هذا تخيير بين أربع خصال و قيل مع الأربع السابقة أخذ الجزية منهم كخصلة خامسة.[1]

وبهذا يتضح أن التعريف غير جامع لأفراد المعرَّف. فإذا أردت أن أضع تعريفا سليما من الاعتراضات السابقة فإني أقول : التخيير هو :

" تفويض الأمر الى شخص عاقل في اختيار[2] خصلة من خصلتين أو أكثر معينة شرعا بشروط معلومة ".

---

(١) و هذا الاعتراض ينتفي بناء على أن أقل الجمع اثنان. والاعتراض مبني على مذهب أقل الجمع ثلاثة ، و تعبير خصلتين أو أكثر هو ما أثبته كثير من المحققين في معرض الكلام عن التخيير وأدواته . انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٧٨/٢ تحقيق الشيخ عبد القادر عبد الله العاني مراجعة د/ عمر الأشقر ، الطبعة الثانية (وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية الكويت : دار الصفوة للطباعة و النشر و التوزيع) ؛ وحاشية أحمد بن قاسم العبادي على شرح جمع الجوامع المسماة (بالآيات البينات) معلومات طبع بدون ٢٤٨/١ .

وعلى هذا المذهب قدمت بعدي خطة بحث بعنوان " التخيير بين امرين أو أكثر " للطالبة / حنان جستنيه بأشراف شيخنا الدكتور / ياسين الخطيب ، فحزت الموضوع بالسبق واستفدت من جهودهما جزاهما الله عني خير الجزاء.

(٢) ذكر كلمة اختيار لا تقتضي الدور في التعريف لاختلاف اشتقاق الاختيار والتخيير، فلا تتوقف معرفتها على معرفة المحدود ؛ بل ذكر بعض أهل التحقيق أن ذكر اشتقاق الكلمة في الحد لا يقتضي الدور.

انظر : شرح الأخضري على سلّمه ص (٢٩). الطبعة الأخيرة (مصر : شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م).

شرح التعريف :

قول : " تفويض الأمر الى شخص عاقل "دل على أن الأمر موكول لشخص عاقل وعاقل قيد عام في التعريف خرج به غيرالعاقل:كالمجنون وغير المميزكالصغير،ودخل فيه المكلف والمميز.

قول : " في اختيار خصلة من خصلتين أو أكثر " جنس في التعريف يبين فيما يكون تفويض الأمر الى المميز و هو اختيار خصلة ؛ إذ المراد بالتخيير الأتيان بخصلة واحدة على المغايرة من خصلتين كتخيير من أسلم وتحته أختان . وأكثر كالتخيير في فدية الجناية على الاحرام بين الصيام ، أو الصدقة بطعام ، أو ذبح شاة .

قول : " معينة " قيد في التعريف خرج به التخيير بين الأمور المبهمة إذ لا بد من تعيين الخصال المخير فيها حتى تكون معلومة للمخيَّر.[١]

قول : " شرعا ": قيد في التعريف خرج به التخيير في غير الشرع و بيّن أن التخيير و تعيينه يكون عن طريق الشارع ؛ إذ أن الشارع هو المخيِّر ، وجوبا أو ندبا أو إباحة.

و قول : " بشروط معلومة " يبين أن التخيير يقع بين ما خيّر فيه بشروط معلومة فمن هذه الشروط ما هو عام في كل التخيير[٢] ، و منها ما هو خاص ببعض الأحكام التي خيّر فيها الشارع و سيأتي شئ من ذلك في الباب الثالث من البحث إن شاء الله .[٣]

---

(١) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٩/١ .

و هذا التعيين يكون بالنوع لا بالشخص فإن خصال كفارة اليمين و هي الإطعام أو الكسوة أو تحرير رقبة مذكورات بنوعها لا بشخصها. انظر : حاشية البناني على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ٨٤/١ (مصطفى البابي الحلبي و اخوته بمصر).

ووجه ابن قاسم العبادي التعيين بالشخص من حيث إنه جائز عقلا كقول : اعتق هذا العبد أو تصدق بهذا المد أو تصدق بهذا الثوب. و لم يذكر له وقوعا في الشرع. انظر : الآيات البينات ٢٤٩/١ .

(٢) انظر : ص (٣٧) من هذا البحث .

(٣) انظر : كمثال لذلك شروط تخيير المميز بين أبويه ص (١٨١) من هذا البحث .

المبحث الثاني

العلاقة بين التخيير والواجب المخير

ينقسم الواجب من حيث نوع الفعل المطلوب القيام به الى قسمين :

الأول : واجب معين كالصلاة ، و صيام رمضان ، و الحج.

الثاني : واجب مخير و أطلق عليه البعض مبهما ككفارة اليمين ، وجزاء الصيد البري للمحرم . وفدية الجناية على الاحرام. فعرّف أهل العلم الواجب المخير بأنه :

إيجاب شئ مبهم من أشياء محصورة.[١]

إن العلاقة بين الواجب المخير والتخيير تتضح إذا علمنا أن التخيير كما يقع في الواجب ويعرف بالواجب المخير أو المبهم كما في الكفارة ، فإنه يقع أيضا في المسنون كما في تعدد صفات أدعية الاستفتاح ، ويقع في المباح بين الفعل والترك مع استواء الطرفين.

ومن هذا نعلم ان بين التخيير والواجب المخير عموم وخصوص فالتخيير اعم ، والواجب المخيّر جزء التخيير. فكل واجب خيّر فيه بين أجناسه المختلفة فهو تخيير بخلاف العكس .

---

(١) انظر : تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بامير باد شاه ٢١١/٢ (دار الفكر للطباعة و النشر) ؛ و نهاية السول في شرح منهاج الأصول لعبد الرحيم بن الحسن الاسنوي ١٣٤/١ (بيروت : عالم الكتب) ؛ و البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين محمد بن بهارد بن عبد الله الزركشي ١٨٦/١ ؛ و بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني ٣٤٥/١ تحقيق د/ محمد مظهر بقا (مركز البحث العلمي واحياء التراث الاسلامي جامعة أم القرى)(جدة دار المدني للطباعة و النشر و التوزيع) ؛ وشرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد الفتوحي ابن النجار ٣٧٩/١ تحقيق : د/ محمد الزحيلي و د/ نزيه حماد (مركز البحث العلمي واحياء التراث الاسلامي – كلية الشريعة مكة المكرمة) (دمشق : دار الفكر ١٤٠٠هـ–١٩٨٠م).

المبحث الثالث

العلاقة بين التخيير والإباحة

هنالك علاقة بين التخيير والإباحة تبدأ هذه العلاقة بتعريف الإباحة.

سلك العلماء في تعريف الإباحة عدة مسالك :

من هذه المسالك تعريف المباح بالتخيير[١] فمن هذه التعاريف قيل : " هي ما خير الشارع فيه بين الفعل والترك من غير اقتضاء و لا زجر ".[٢]

وقيل : " هي المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك ".[٣]

فمن التعريف يتضح أن الإباحة تخيير من الشارع بين فعل الشئ وتركه مع استواء طرفي الفعل و الترك ، فلا ثواب و لا عقاب على أي منهما.

فالتخيير كما يكون في الإباحة بين فعل المباح وتركه وكل من الفعل والترك يتصف بالإباحة فإنه يكون أيضا في المندوبات فيما إذا تعددت صفاتها ، أو التخيير في طريقة أدائها كما في صلاة القيام من الليل.[٤]

ويكون التخيير أيضا في الواجبات ويسمى الواجب المخير كما جاء في التخيير في كفارة اليمين قال تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾[٥]

---

(١) هذا هو الاتجاه الغالب عند الأصوليين. انظر : الإباحة في الشريعة الاسلامية لموفق منوّر سدايو ص (٧٧) أطروحة لنيل درجة الماجستير من جامعة الملك عبد العزيز كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية بمكة ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م قسم الفقه و الأصول.

(٢) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ٣١٣/١ ، تحقيق : د/ عبد العظيم الديب الطبعة الأولى (على نفقة صاحب السمو الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر (سابقا) ١٣٩٩هـ.

(٣) الموافقات للشاطبي ٦٩/١. تعليق الشيخ محمد الخضر حسين التونسي،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٤١هـ

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٥٨٨/٢-٥٨٩ تحقيق : عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو الطبعة الأولى (هجر للطباعة و النشر و التوزيع ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .

(٥) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

و مما سبق يتبين أن التخيير والإباحة بينهما خصوص و عموم . فالتخيير أعم من الإباحة والإباحة أخص من التخيير. فحيثما تحققت الإباحة بين طرفي الفعل والترك بين فعل الشئ وتركه تحقق التخيير في ضمنها دون العكس.(١)

الفرق بين التخيير و الإباحة :

هنالك فرق بين التخيير والإباحة أورده فيما يلي :

الفرق الأول : قد يجب في التخيير الاتيان بواحد من الأمور المخير فيها و ذلك إذا ترتب على ترك الجميع إثم كما في الواجب المخير ، ففي كفارة الجناية على الاحرام مثلا : لا بد من فدية بواحد من ثلاث خصال و هي صيام ثلاثة ايام أو إطعام ستة مساكين أو ذبح شاة لقوله تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾.(٢)

أمافي الإباحة فقد خير الشارع بين الفعل والترك فيمنع الخلو كمافي إباحة أكل الطيبات قال تعالى:﴿ **يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم**﴾(٣) فلا يخلو إما أن يأكل من هذه الطيبات و إما أن يترك.(٤)

الفرق الثاني : التخيير قد يقع بين خصلتين أو أكثر لا يجوز الجمع بينها كما في تخيير من اسلم على أختين ففي هذه الحالة لابد من الاتيان بواحد على سبيل البدل.

أما في الإباحة فإنه يقع التخيير بين الفعل و الترك الى غير بدل.

---

(١) انظر : الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء. بحث مقارن محمد سلام مدكور ص(٨٠-٨٤) الطبعة الثانية (القاهرة : دار النهضة العربية المطبعة العالمية ١٩٦٥م) ؛ و أطروحة الإباحة في الشريعة الاسلامية لموفق منور سدايو ص(٧٧).

(٢) سورة البقرة : الآية (١٩٦).

(٣) سورة البقرة : الآية (١٧٢).

(٤) انظر : التنقيح و التوضيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ٣/٧٥-٧٦ الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ. مطبوع مع شرحه التلويح لسعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني.

المبحث الرابع

دليل مشروعية التخيير

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : دلالة المشروعية بالقرآن الكريم

المطلب الثاني : دلالة المشروعية بالسنة النبوية

المطلب الثالث : دلالة المشروعية بالإجماع

لقد تواردت الأدلة من الشارع الحكيم في فروع مسائل التخيير دالة على مشروعيته ، فهو ثابت بالكتاب ، والسنة ، وأجمع أهل العلم على كثير من مسائله ، وإيضاح ذلك في مطالب :

المطلب الأول : دلالة المشروعية بالقرآن

جاءت في كتاب ا لله تعالى آيات بينات تبين أحكاما فقهية على التخيير ، أخص منها ثلاث آيات بالذكر مع أوجه الاستدلال :

الآية الأولى : قال تعالى : ﴿ و أتموا الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك...﴾[1]

فموضع الشاهد من الآية في قوله تعالى : ﴿ ..... **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾. فالآية الكريمة في أحكام الحج ، وموضع الشاهد منها في أحكام فدية الجناية على الإحرام بسبب المرض أو الأذى و ذلك بحلق الشعر ، أو قلم الأظافر ، أو التطيب ، أو لبس المخيط ، فمن فعل شيئا من ذلك فالواجب عليه الفدية و هي واحد من ثلاث خصال على التخيير : صيام ، أو إطعام ، أو ذبح شاة.

يقول أبو بكر الجصاص في أحكام القرآن " ولا خلاف أنه مخير بين هذه الأشياء الثلاثة يبتدئ بأيها شاء وذلك مقتضى الآية و هو قوله تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾ و" أو " للتخيير هذا حقيقتها وبابها إلا أن تقوم الدلالة على غير هذا في الإثبات ".[2]

---

(١) سورة البقرة : الآية (١٩٦).

(٢) ٣٤١/١ تحقيق:عبد السلام محمد علي شاهين،الطبعة لأولى (بيروت : لبنان ، دار الكتب العلمية ١٤١٥هـ-١٩٩٤م) .

ويقول ابن كثير : " و هو مذهب الأئمة الأربعة و عامة العلماء أنه يخير في هـذا المقام ، إن شاء صام ، و إن شاء تصدّق بفرق[١] .....وإن شاء ذبح شاة و تصدق بها على الفقراء أي ذلك فعل أجزأه " [٢].

و قد عنون البخاري في الصحيح بقوله : " باب قول الله تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾ [٣]وهو مخير" [٤].

فيتبين مما تقدم دلالة هذه الآية الكريمة على مشروعية التخيير.

الآية الثانية : قال تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما**.....الآية ﴾ [٥].

هذه الآية الكريمة تبين حكم تحريم صيد البر للمحرم ، ثم بينت ما يترتب على ذلك من الجزاء ، فالواجب على من قتل صيد البر وهو متلبس بالاحرام هدي مثل ما قتل من الصيد أو طعام بقدر ثمن الهدي أو الصوم عن كل مد من الطعام يوما. وهو بالخيار بين هذه الثلاث.

---

(١) الفَرَق : بفتح الفاء و تحريك الراء واسكانها يساوي ستة عشر رطلا بغداديا و هو ثلاثة آصع ، والصاع أربعة أمداد و يساوي ٢١٧٥ غراما عند جمهور الفقهاء . انظر : كتاب الايضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان لابن الرفعة الانصاري ص(٦٩ ، ٥٧) تحقيق : محمد أحمد إسماعيل الخاروف (جامعة أم القرى – مركز البحث واحياء التراث الاسلامي – دمشق : دار الفكر ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م).

(٢) تفسير القرآن الكريم ٣٤٩/١-٣٥٠ تحقيق : حسين بن ابراهيم زهران الطبعة الأولى الناشر دار الباز (بيروت لبنان دار الكتب العلمية ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).

(٣) سورة البقرة : الآية (١٩٦).

(٤) مع فتح الباري ١١٦/١ .

(٥) سورة المائدة : الآية (٩٥).

يقول الجصاص : " وما ذكره الله تعالى في هذه الآية من الهدي ، والإطعام ، والصيام فهو على التخيير ؛ لأن " أو " يقتضي ذلك " [١].

قال الطبري : " وأولى الأقوال بالصواب عندي في قوله تعالى : ﴿ **أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما** ﴾ أن يكون تخييرا ، وأن يكون للقاتل الخيار في تكفيره بقتله الصيد وهو محرم بأي هذه الكفارات الثلاث شاء " [٢].

ويقول الشنقيطي : " ..... وإذا عرفت التحقيق في الجزاء بالمثل من النعم ، فاعلم أن قاتل الصيد مخير بينه ، وبين الإطعام ، والصيام ، كما هو الآية الكريمة ؛ لأن " أو " حرف تخيير ، وقد قال تعالى : ﴿ **أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما** ﴾ ، وعليه جمهور العلماء " [٣].

و قد ذكر غير هؤلاء من أهل العلم كلاما بمعنى ما تقدم . [٤] و بهذا يتبين دلالة هذه الآية الكريمة على مشروعية التخيير.

---

(١) ٥٩٥/٢ .

(٢) جامع البيان في تأويل القرآن ٥٥/٥ الطبعة الأولى (بيروت : لبنان : دار الكتب العلمية ١٤١٢هـ-١٩٩٢م) توزيع مكتبة دار الباز.

(٣) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ١٤٩/٢ . (بدون).

(٤) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٣/٦ (بيروت-لبنان : دار الكتب العلمية ١٤١٣هـ-١٩٩٣م) توزيع دار الباز ؛ تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١٦١/٢ ؛ وفتح القدير لمحمد بن علي الشوكاني ١٤٩/٢ (بيروت لبنان : دار الفكر للطباعة و النشر ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) .

الآية الثالثة : قال تعالى : ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام....** الآية ﴾.[١]

هذه الآية الكريمة من الآيات المبينة لأحكام الأيمان ، و من هذه الأحكام كفارة الحنث في اليمين. فإذا حلف على يمين و رأى أن غير المحلوف عليه أفضل فأراد أن يحنث أو حنث فعليه كفارة و هي : إطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو عتق رقبة وذلك على التخيير بين هذه الخصال الثلاثة ، فإذا لم يجد فعليه صيام ثلاثة أيام ، و الصوم بدل من الخصال الثلاثة المخير بينها.

يقول القرطبي " ذكر الله سبحانه في الكفارة الخلال الثلاث فخير فيها...." [٢].

ويقول ابن كثير " فهذه خصال ثلاث في كفارة اليمين أيها فعل الحانث أجزأ عنه بالإجماع " [٣]. بهذا يتبين دلالة هذه الآية الكريمة على مشروعية التخير .

فهذه ثلاث آيات من القرآن الكريم مع أقوال أهل العلم فيها ، تبين دلالة القرآن على مشروعية التخيير.

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٩).

(٣) الجامع لأحكام القرآن ١٧٨/٦ .

(٤) تفسير القرآن العظيم ١٤٥/٢ .

المطلب الثاني : دلالة المشروعية بالسنة النبوية

استدل من السنة النبوية على مشروعية التخيير بثلاثة أحاديث كما يلي :

الحديث الأول : هو حديث كعب بن عجرةرضي ا لله عنه في فدية حلق الرأس عندما أصابه أذى فيه ، ورد هذا الحديث في كتب السنة بروايات عديدة يفسر بعضها بعضا :

ففي الصحيحين و اللفظ للبخاري : عن كعب بن عجرة رضي ا لله عنه عن رسول ا لله صلى ا لله عليه و سلم أنه قال : " لعلك آذاك هوامك ؟ قال نعم يا رسول ا لله.فقال رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم : احلق رأسك ، وصم ثلاثة أيام ، أو اطعم ستة مساكين ، أو انسك بشاة " [١].

و في الموطأ : " عن كعب بن عجرة أنه كان مع رسول ا لله صلى ا لله عليه و سلم محرما فآذاه القمل في رأسه فأمره الرسول صلى ا لله عليه وسلم أن يحلق رأسه. وقال : صم ثلاثة أيام ، أو اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل انسان ، أو انسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأ عنك " [٢].

وفي سنن أبي داود: " أن رسول ا لله صلى ا لله عليه و سلم قال له : إن شئت فانسك نسيكة ، وإن شئت فصم ثلاثة أيام ، وإن شئت فاطعم ثلاثة آصع من تمر لستة مساكين " [٣].

---

(١) صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ١٦/٤ (كتاب) المحصر ، (باب) قول ا لله تعالى : ﴿ فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ حديث رقم (١٨١٤) ؛ و انظر صحيح مسلم مع شرح النووي ١١٨/٨-٣ (كتاب) الحج ، (باب) جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى. الطبعة الأولى (القاهرة : دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ-١٩٨٣م) .

(٢) ٣٨٤/٢ للإمام مالك بن أنس الأصبحي مع شرحه للزرقاني، (كتاب) الحج ، (باب) فدية من حلق قبل أن ينحر برقم (٢٣٧) تحقيق لجنة من العلماء (مصر : مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م) .

(٣) ٣١٠/٥ مع شرحه عون المعبود (كتاب) المناسك ، (باب) الفدية برقم(١٨٤٠) تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان الطبعة الأولى (القاهرة : مكتبة ابن تيمية ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) .

فهذه الروايات الثلاث ورد فيها ألفاظ واضحة في دلالتها على التخيير، ففي الرواية الأولى : " أو " التي أصلها وحقيقتها للتخيير. وفي الرواية الثانية : " أى ذلك فعلت أجزأ عنك " . بعد ذكر " أو " تأكيداً . وفي الرواية الثالثة : " إن شئت ".

يقول البخاري : " باب قول ا لله تعالى :﴿ **فكفارته أطعام عشرة مساكين**﴾[١] وما أمر النبي صلى ا لله عليه و سلم حين نزلت : ﴿ **ففدية من صيام أو صدقة أو نسك**﴾[٢] ويذكر عن ابن عباس ، و عطاء ، وعكرمة ، ما كان في القرآن " أو " ، " أو " ، فصاحبه بالخيار ، وقد خيّر النبي صلى ا لله عليه وسلم كعبا في الفدية ".[٣] وجاء في شرح الموطأ في قول النبي صلى ا لله عليه وسلم : " أي ذلك فعلت أجزأ عنك " : صرح بذلك بعد التعبير بأو المفيدة للتخيير زيادة في البيان.[٤] ويقول صاحب عون المعبود في حديث كعب بن عجرة : " وفيه دليل على أنه مخير في الثلاثة جميعا "[٥].

بروايات هذا الحديث ، والنصوص المنقولة عن أهل العلم ؛ تتضح الدلالة ووجه الاستدلال على مشروعية التخيير.

الحديث الثاني : وهو حديث أبي هريرةرضي ا لله عنه في حكم التصرية[٦]:

عن أبي هريرة رضي ا لله عنه قال : قال رسول ا لله صلى ا لله عليه و سلم : من اشترى شاة مصرّاة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردّها وصاعا من تمر لا سمراء[٧] ".[٨]

فهذا الحديث واضح الدلالة على تخيير من اشترى شاة مصراة بين أمرين : إما الامساك وإما الرد مع صاع من تمر. ففي قوله صلى ا لله عليه و سلم " بخير النظرين " دلالة على التخيير

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٩).

(٢) سورة البقرة : الآية (١٩٦).

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٦٠٢/١١ .

(٤) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٣٨٥/٢ .

(٥) عون المعبود شرح سنن أبي داود لابن الطيب محمد شمس الحق العظيم ابادي ٣١٠/٥ .

(٦) التصرية : هي حبس اللبن في الضرع. انظر : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية لنجم الدين بن حفص النسفي(٢٣٠) تحقيق : خليل الميس الطبعة الأولى (بيروت : دار العلم ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).

(٧) سمراء : هي الحنطة. انظر : المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث لمحمد بن أبي بكر الأصفهاني ١٢٤/٢ الطبعة الأولى ، تحقيق : عبد الكريم العزباوي (مكة المكرمة : جامعة أم القرى-معهد البحوث العلمية واحياء التراث الاسلامي ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).

(٨) صحيح مسلم مع شرح النووي ١٦٦/١٠-٤ كتاب البيوع ، باب إن شاء ردّ المصرّاة وفي حلبتها صاع من تمر برقم (٢١٥١) ؛ وانظر البخاري مع شرحه فتح الباري ٤٣١/٤ كتاب البيوع ، باب حكم بيع المصرّاة.

وأكدت هذه الدلالة بقوله صلى ا لله عليه وسلم "إن شاء...وإن شاء " يقول البخاري: "باب إن شاء ردّ المصرّاة ، وفي حَلْبها صاع من تمر ".[١] ففي هذا الحديث دلالة على مشروعية التخيير.

الحديث الثالث : هو حديث أبي هريرة رضي ا لله عنه في تخيير وليّ الدم في القتل العمد ، ورد الحديث بروايات متعددة :

منها ما جاء في الصحيحين عن أبي هريرة رضي ا لله عنه عن النبي صلى ا لله عليه و سلم قال : "..... ومن قُتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يودي ، وإما أن يقاد[٢] ".[٣]

و منها ما جاء عند أبي داود : قال رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم : " ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقله[٤] ، فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا ".[٥]

وفي رواية أخرى لأبي داود : أن النبي صلى ا لله عليه وسلم قال : " من أصيب بقتل أو خبل[٦] ، فإنه يختار إحدى ثلاث إما أن يقتص ، وإما أن يعفو ، وإما أن يأخذ الدية فإن أراد الرابعة[٧] فخذوا على يديه . ومن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم "[٨].

فهذه الروايات وردت فيها عبارات تعتبر موضع الشاهد وتبين وجه الدلالة . ففي حديث الصحيحين : قوله صلى ا لله عليه وسلم : " بخير النظرين " وقوله : " إما أن.....وإما أن "

وفي رواية أبي داود الأولى : قوله صلى ا لله عليه وسلم : " بين خيرتين " وكلمة " أو " التي للتخيير .[٩]

---

(١) الصحيح مع الفتح ٤٣١/٤ .

(٢) يقاد : من القود وهو : قتل القاتل بالقتيل . المجموع المغيث للأصفهاني ٧٢٩/٢ .

(٣) صحيح البخاري مع الفتح ٢١٣/١٢ (كتاب) الديات ، (باب) من قتل له قتيل فهو بخير النظرين برقم (٦٨٨٠) ؛ وصحيح مسلم مع النووي ١٢٨/٩-٣ كتاب الحج ، باب تحريم مكة وتحريم صيدها وخلاها وشجرها ولقطتها إلا لمنشد على الدوام.

(٤) عاقله : من العقل وهو : أخذ الدية من عاقلة القاتل . انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود ٢٢٣/١٢-٢٢٤ .

(٥) السنن مع شرحها عون المعبود ٢٢٣/١٢ (كتاب) الديات ، (باب) ولي العمد يأخذ الدية برقم(٤٤٨١) .

(٦) الخبل بسكون الباء : فساد الأعضاء. النهاية في غريب الحديث والأثر لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ٨/٢ تحقيق : محمود محمود الطناحي وطاهر أحمد الرواوي (الناشر:المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ) .

(٧) الرابعة : أن يتجاوز الثلاث كأن يقتل القاتل بعد العفو والدية. انظر : عون المعبود ٢٠٩/١٢ .

(٨) سنن أبي داود مع عون المعبود ٢٠٨/١٢ كتاب الديات ، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم برقم(٤٤٧٣) .

(٩) انظر : معاني " أو " في ص (٤٠) من هذا البحث .

وفي رواية أبي داود الثانية : قوله صلى الله عليه و سلم : " فإنه يختار " ، وقوله : " إما أن ..... وإما أن...". فهذه العبارات كلها تدل على التخيير.

يقول صاحب عون المعبود : " بين خيرتين " أي اختيارين ، والمعنى مخير بين أمرين.....".[١]

قال الشوكاني في نيل الأوطار : " ظاهر الحديث أن القصاص والدية واجبان على التخيير "[٢].

فبهذه الأحاديث الثلاثة يتبين ثبوت مشروعية التخيير بالسنة النبوية المطهرة .

---

(١) شرح سنن أبي داود ١٢/٢٢٣-٢٢٤ .

(٢) ٧/٩ .

المطلب الثالث : دلالة المشروعية بالإجماع

لا شك أن التخيير موضوع واسع ومسائله متفرقة ؛ لذا لا ننشد في هذا المطلب الإجماع على التخيير عامة في كلام أهل العلم ؛ ولكن إذا ما نظرنا الى هذه المسائل نجد أن أهل العلم نقلوا إجماعات على كثير منها أنها للتخيير ، ومن ذلك :

أولا : اتفاقهم على أن جميع الأحكام الشرعية في كتاب الله عز وجل المعطوف بين خصالها بكلمة " أو " انها للتخيير إذا كان كل من الخصال مطلوبا.[١] و هذا ما ورد في الآثار بألفاظ متقاربة عن ابن عباس ، وعطاء ، وعكرمة رضي الله عنهم :

فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال " كل شئ في القرآن " أو " " أو " فصاحبه مخير فيه... ".[٢]

وعن عطاء رحمه الله قال : " ماكان في القرآن " أو : أو " فصاحبه فيه بالخيار أي ذلك شاء فعل " [٣].

وعن عكرمة : " كل شئ في القرآن أو : أو فليتخير أي الكفارات شاء " [٤].

قال ابن بطّال [٥]: " هذا متفق عليه بين العلماء " [٦].

---

(١) انظر : البحر المحيط للزركشي ١/١٩٠ .

(٢) رواه الطبري بسنده في تفسيره ٥/٥٣ ؛ و انظر : السنن الكبرى للبيهقي ، (كتاب) الايمان ، (باب) التخيير بين الاطعام والكسوة و العتق فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ١٠/٥٩-٦٠ الطبعةالأولى(بيروت : دار صادر) بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر اباد الدكن الهند.

(٣) رواه الطبري بسنده في تفسيره ٥/٥٤ ؛ و انظر : الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي ١/٥١٦ الطبعة الأولى(لبنان : بيروت : دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).

(٤) انظر : الدر المنثور ١/٥١٦ .

(٥) هو : علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال يعرف بابن اللجّام عالم بالحديث من أهل قرطبة من كبار علماء المالكية. من آثاره العلمية : شرح " لصحيح البخاري " ، له اجتهادات و ترجيحات صائبة يرويها عنه الحافظ ابن حجر في الفتح توفي سنة ٤٤٩هـ. انظر : شذرات الذهب ٣/٢٨٣ ؛ و ترتيب المدارك ٤/٨٢٧ ؛ و الديباج المذهب ٢/١٠٥-١٠٦ ؛ وسير أعلام النبلاء ١٨/٤٧ و شجرة النور الزكية ص(١١٥).

(٦) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١١/٦٠٣ .

ثانيا : اتفاقهم على أن الخيار يثبت للمرأة إذا تزوجت بالمجبوب ثم علمت ذلك :

يقول ابن المنذر في الإجماع : " وأجمعوا على أن المجبوب إذا نكح امرأة ، ولم تعلم ثم علمت أن لها الخيار " [١].

ثالثا : اتفاقهم على ثبوت الخيار للحرة إذا غرّها العبد المأذون له في النكاح.

يقول ابن المنذر : " أجمعوا على أن الحرة التي غرها العبد المأذون له في النكاح أن لها الخيار إذا علمت " [٢].

رابعا : إجماعهم على جواز الخيار في البيع ثلاثة أيام.

وينقل ابن حزم إجماعهم على ذلك في مراتب الإجماع فيقول : " اتفقوا أن البيع بخيار ثلاثة أيام بلياليهن جائز " [٣].

فبهذه المسائل المجمع عليها بين العلماء في موضوع التخيير نخلص الى دلالة الإجماع على مشروعية التخيير .

وبهذه المطالب الثلاثة تثبت دلالة مشروعية التخيير بالكتاب والسنة والإجماع .

---

(١) ص (٥٧) ، باعتناء وتقديم : محمد حسام بيضون الطبعة الأولى (بيروت : لبنان مؤسسة الكتب الثقافية ١٤١٤هـ-١٩٩٣م) .

(٢) ص (٦١) .

(٣) ص (٨٦) (بيروت : لبنان ، دار الكتب العلمية) .

المبحث الخامس

الحكمة في المشروعية

إن الحكمة في مشروعية التخيير ترجع لعدة أمور من أهمها التيسير والتخفيف ورفع الحرج ، وهذا في حد ذاته مقصد من مقاصد الشارع الحكيم . قال تعالى : ﴿ **يريد الله أن يخفف عنكم و خلق الإنسان ضعيفا** ﴾[١]

فالتخيير بين خصلتين أو أكثر يتيح الفرصة لكل شخص في اختيار ماياناسبه من الأمور المخير بينها ، سواء كان مناسبا لشخصه ومثاله : التخيير في الحج بين الإفراد ، أو القران ، أو التمتع فقد يختار الإفراد لعدم قدرته على الهدي في القران ، والهدي أو الصيام في التمتع ، أو كان مناسبا لغيره و أصلح لواقعه و أنفع لمجتمعه ومثاله : التخيير في كفارة اليمين بين الإطعام والكسوة والعتق ، فتكون الحاجة ماسة للطعام فيختاره تلبية لهذه الحاجة الاجتماعية وفي ذلك تيسير على النفس وتنفيس عن الغير .[٢]

وحتى نطل على حكمة مشروعية التخيير من على مقربة نجتزئ مسائل من التخيير نبين حكمة مشروعية الشارع فيها كما يلي :

أولا : الحكمة في مشروعية التخيير في تعدد صفات المسنون

جاء التخيير في المسنون من الشارع الحكيم ليضفي على التخيير حلة وضّاءة من مبدأ اليسر والسماحة ففي تعدد صفات المسنون تحفيز على العمل وبسط لسبل الخير لتحصيل الأجر .

ففي التخيير بين السنن المتعددة الصفات حافز على العمل ، ودفع للرتابة والاعتياد الذي يشق على النفس ويحملها على التثاقل والقعود عن العمل ، وفي فعل هذا تارة وفعل الآخر تارة أخرى جلب لحضور القلب وتدبّر المعاني مما يبعث على الخشوع ، هذا بعكس الذي يداوم على صفة واحدة يفعلها اعتيادا ، أضف على هذا أنه قد يكون في بعض الصفات ما ليس في البعض الآخر ، ففي بعض أدعية الاستفتاح في الصلاة مثلا ما ليس في الآخر فإنه في بعض الذكر ثناء وفي الآخر دعاء ففي الأخذ بهما جميعا على البدل تكامل بين الثناء والدعاء وفيه زيادة أجر وعمل صالح .

وفي التخيير بين السنن المتعددة أيضا تيسير على النفس وأخذ ما هو مناسب لها .

---

(١) سورة النساء : الآية (٢٨).

(٢) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ١٥٧/٢ ؛ و الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧٨/٦ .

ويلاحظ أن في الأخذ بهذا تارات وبالآخر تارة أخرى عملا بمقتضى التخيير بينهما وعدم إهمال سنة سنها النبي صلى ا لله عليه و سلم ؛ لذا حرّم بعض أهل العلم التعصب لصفة معينة إذا أدى ذلك الى خلاف و شقاق ، و هجران بعض الشرع ، وتفضيل بعضه وترجيحه من غير مرجّح.[١]

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية : " و قاعدتنا في هذا الباب أصح القواعد ، أن جميع صفات العبادات من الأقوال و الأفعال إذا كانت مأثورة أثرا يصح التمسك به لم يكره شئ من ذلك،بل يشرع ذلك كله كما قلنا في أنواع صلاة الخوف و في نوعي الاذان : و الترجيع و تركه ونوعي الإقامة شفعها و إفرادها و كما قلنا في أنواع التشهدات ، و أنواع الاستفتاحات ، و أنواع التعوذات ، وأنواع القراءات ، وأنواع تكبيرات العيد الزوائد ، وأنواع صلاة الجنازة ، وسجود السهو ، والقنوت قبل الركوع وبعده ، والتحميد بإثبات الواو وحذفها ، وغير ذلك، ولكن قد يستحب بعض هذه المأثورات ، ويفضل على بعض إذا قام دليل يوجب التفضيل ، ولايكره الآخر ".[٢]

وهذا في حد ذاته فيه توسيع على الناس.

ويقول أيضا :

"التنوع في ذلك متابعة للنبي صلى ا لله عليه و سلم ، فإن في هذا اتباعا للسنة و الجماعة وإحياء لسنته ، و جمعا بين قلوب الأمة ، و أخذا بما في كل واحد من الخاصة أفضل من المداومة على نوع معين ، لم يداوم عليه النبي صلى ا لله عليه و سلم لوجوه :

أحدها : أن هذا هو اتباع السنة و الشريعة ، فإن النبي صلى ا لله عليه و سلم إذا كان قد فعل هذا تارة ، و هذا تارة ، و لم يداوم على أحدهما كان موافقته في ذلك هو التأسي والاتباع المشروع وهو : **أن يفعل ما فعل على الوجه الذي فعل لأنه فعله.**

الثاني : أن ذلك يوجب اجتماع قلوب الأمة و ائتلافها ، وزوال كثرة التفرق و الاختلاف والأهواء بينها ، وهذه مصلحة عظيمة ، ودفع مفسدة عظيمة ، ندب الكتاب و السنة الى جلب هذه. و درء هذه.

---

(١) انظر في كل هذا الفتاوى ٢٤/٢٤٢-٢٥٢ .

(٢)الفتاوى ٢٤/٢٤٢-٢٤٣ ؛ و انظر : القواعد لابن رجب ص (١٤) (الرياض – السعودية : مكتبة الرياض الحديثة) .

قال الله تعالى : ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعا ولاتفرقوا ﴾[١] و قال تعالى : ﴿ ولاتكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات ﴾[٢] وقال تعالى : ﴿ إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا لست منهم في شئ ﴾[٣]

الثالث : أن ذلك يخرج الجائز المسنون عن أن يشبه بالواجب ، فإن المداومة على المستحب أو الجائز مشبهة بالواجب ؛ و لهذا أكثر هؤلاء المداومين على بعض الأنواع الجائزة أو المستحبة لو انتقل عنه لنفر عنه قلبه ، و قلب غيره أكثر مما ينفر عن ترك كثير من الواجبات لأجل العادة التي جعلت الجائز كالواجب.

الرابع : أن في ذلك تحصيل مصلحة كل واحد من تلك الأنواع ، فإن كل نوع لابد له من خاصة ، وإن كان مرجوحا ، فكيف إذا كان مساويا ، وقد قدمنا أن المرجوح يكون راجحا في مواضع.[٤]

الخامس : أن في ذلك وضعا لكثير من الآصار والأغلال التي وضعها الشيطان على الأمة بلا كتاب من الله ، ولا أثارة من علم ، فإن مداومة الانسان على أمر جائز مرجحا له على غيره ترجيحا يحب من يوافقه عليه ، ولا يحب من لم يوافقه عليه ؛ بل ربما أبغضه . بحيث ينكر عليه تركه له ، و يكون ذلك سببا لترك حقوق له و عليه ، يوجب أن ذلك يصير إصرا عليه ، لا يمكنه تركه ، وغلا في عنقه يمنعه أن يفعل بعض ما امر به ، وقد يوقعه في بعض ما نهي عنه.

وهذا القدر الذي قد ذكرته واقع كثيرا ، فإن مبدأ المداومة على ذلك يورث اعتقاداً ومحبة غير مشروعين ، ثم يخرج الى المدح والذم والأمر والنهي ، بغير حق ، ثم يخرج ذلك الى نوع من الموالاة و المعاداة غير المشروعين من جنس اخلاق الجاهلية.....

ثم يخرج من ذلك الى العطاء والمنع ، فيبذل ماله على ذلك عطية ودفعاً وغير ذلك من غير استحقاق شرعي ، ويمنع من أمر الشارع بإعطائه ايجابا أو استحبابا ، ثم يخرج من ذلك الى الحرب والقتال ، كما وقع في بعض أرض المشرق ، ومبدأ ذلك تفضيل ما لم تفضله الشريعة والمداومة عليه وإن لم يعتقد فضله سبب لاتخاذه فاضلا اعتقادا وإرادة

---

(١) سورة آل عمران : الآية (١٠٣).

(٢) سورة آل عمران : الآية (١٠٥).

(٣) سورة الأنعام : الآية (١٥٩).

(٤) انظر : مبحث متى يصير المرجوح راجحا في الفتاوى ٢٢/٣٤٥-٣٤٨ .

فتكون المداومة على ذلك إما منهيا عنها ، وإما مفضولة. والتنوع في المشروع بحسب ما تنوع فيه الرسول صلى ا لله عيه و سلم أفضل وأكمل.

السادس : أن في المداومة على نوع دون غيره هجران لبعض المشروع وذلك سبب لنسيانه والإعراض عنه ، حتىيعتقد أنه ليس من الدين بحيث يصير في نفوس كثير من العامة انه ليس من الدين وفي نفوس خاصة هذه العامة عملهم مخالف علمهم ، فإن علماءهم يعلمون أنه من الدين ثم يتركون بيان ذلك إما خشية من الخلق ، وإما اشتراء بآيات ا لله ثمنا قليلا من الرئاسة والمال،كما كان عليه اهل الكتاب ، كما قد رأينا من تعوّد أن لا يسمع إقامة إلا موترة ، أو مشفوعة فإذا سمع الإقامة الأخرى نفر عنها وأنكرها ، ويصير كأنه سمع اذانا ليس اذان المسلمين ، وكذلك من اعتاد القنوت قبل الركوع أو بعده.

وهجران بعض المشروع سبب لوقوع العداوة والبغضاء بين الأمة قال تعالى : ﴿ **ومن الذين قالوا إنا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظا مما ذكروا به فأغرينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة** ﴾.[1] فأخبر سبحانه أن نسيانهم حظا مما ذكروا به سبب لإغراء العداوة و البغضاء بينهم فإذا اتبع الرجل جميع المشروع المسنون ، واستعمل الأنواع المشروعة هذا تارة وهذا تارة ، كان قد حفظت السنة علما وعملا ، وزالت المفسدة المخوفة من ترك ذلك....

السابع : أن ا لله يأمر بالعدل والإحسان ، والعدل التسوية بين المتماثلين ، وحرم الظلم على نفسه ، وجعله محرما بين عباده ، ومن أعظم العدل ، العدل في الأمور الدينية ، فإن العدل في أمر الدنيا من الدماء والأموال كالقصاص والمواريث ، وإن كان واجبا وتركه ظلما فالعدل في أمر الدين أعظم منه،وهو العدل بين شرائع الدين،وبين أهله.

فإذا كان الشارع قد سوّى بين عملين أو عاملين ؛ كان تفضيل أحدهما من الظلم العظيم ، وإذا فضل بينهما كانت التسوية كذلك ، والتفضيل أوالتسوية بالظن وهوى النفس من جنس دين الكفار ، فإن جميع أهل الملل والنحل يفضل أحدهم دينه إما ظنا ، وإما هوى ، وإما اعتقادا ، وإما اقتصادا ؛ وهو سبب التمسك به وذم غيره . فإذا كان رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم قد شرع تلك الأنواع إما بقوله أو بعمله ، وكثير منها لم يفضل بعضها على بعض ، كانت التسوية بينهما من العدل

---

(١) سورة المائدة : الآية (١٤).

والتفضيل من الظلم ، وكثير مما تتنازع الطوائف من الأمة في تفاضل أنواعه : لا يكون بينهما تفاضل ؛ بل هي متساوية.... " .[١]

فهذا النقل فيه إشارات واضحة في حكمة مشروعية التخيير في المسنون . وفيه أيضا بيان شاف كاف للذين يضيقون على أنفسهم وعلى غيرهم ولا يأخذون بسماحة الاسلام وتوسيعه على الناس في التخيير وفي هذا تحجير لواسع وتضييق لموسّع.

وإن كان ما ذكر في هذا النقل في التخيير في المسنون ؛ لكنه يصلح في بعض أجزائه أن يكون مؤيِّدا للتخيير في الواجب " الواجب المخير " . والله أعلم.

وبهذا يتبين لنا جانب من جوانب حكمة مشروعية التخيير.

---

(١) الفتاوى ٢٤/٢٤٧-٢٥٢ .

ثانيا : الحكمة في مشروعية الخيارات

لقد شرعت الخيارات للإستيثاق من رضا العاقدين والتأكد من سلامته أو حفظا لمصلحة المتعاقدين أو دفعا للضرر الذي قد يلحق أحد المتعاقدين من جرّاء إنشاء العقد . فالخيارات مشروعة للضرورة أو للحاجة إليها وهذا حتى يكون كلا المتعاقدين على بينة من حقيقة ما يعود عليهما من النفع أو الضرر في العقد. وفي هذا مظهر من مظاهر السماحة في رفع الحرج والضرر الذي قد يحصل بعد إيقاع العقد.[١]

يقول الدكتور الربيعة : " إن الاسلام لم يترك الأمر على ما تشتهيه النفوس الشحيحة ؛ بل مدّ يد اليسر والسماحة الى هذه المعاملة ، وأضفى عليها أنواعا مختلفة من يسره وسماحته،لتقاوم ذلك الجشع في النفوس ، فتعتدل الفطر ، وتسود المحبة وينتشر الوئام بين الناس حتى فيما يرمون اليه من منافع شخصية وأغراض ذاتية.

ومن ذلك أن المتبايعين قد يندم أحدهما بعد إيقاع العقد ، ويحصل عليه شئ من الضرر والحرج ، ويرغب في التخلّص من تلك الصفة ، فجعل له الاسلام فرصة للتخلص منها ما دام في مجلس العقد ولم يتفرقا بعد ، رفعا للحرج الذي وقع فيه ، و تيسيرا عليه في تحقيق ما رأى أن مصلحته فيه....هذا خيار المجلس وفي معناه بقية أنواع الخيار التي تنطلق مشروعيتها من مبدأ اليسر والسماحة ، وإتاحة الفرص في اختيار ما هو الأصلح حتى في أشد المواقف وأحلك الظروف ".[٢]

وفي ذلك بيان لسماحة الاسلام ، والمحافظة على الصدور بعيدة من الغل والبغضاء﴿**ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا**﴾.[٣] وبالتالي يسلم المجتمع ويترابط. وفي هذا مظهر من مظاهر اليسر في الشريعة الاسلامية.

---

(١) انظر : ضوابط العقد في الفقه الاسلامي لعدنان خالد التركماني ص(٢٠٥) الطبعة الأولى (جدة : دار الشروق للنشر و التوزيع ١٤٠١هـ-١٩٨١م) ؛ و الفقه الاسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٢٦١/٤ الطبعة الثانية (سورية دمشق : دار الفكر للطباعة و النشر ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ؛ و المشقة تجلب التيسير دراسة نظرية و تطبيقية لصالح بن سليمان بن محمد اليوسف ص(٥٢٨) (المطابع الأهلية للأفست ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).

(٢) صور من سماحة الاسلام د. عبد العزيز عبد الرحمن بن علي الربيعة ص(٨٠-٨١) الطبعة الثالثة (بيروت:مؤسسة الرسالة ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م).

(٣) سورة الحشر : الآية (١٠).

ثالثا : الحكمة في مشروعية التخيير في الكفارات

أن الحكمة في مشروعية التخيير في الكفارات ترجع الى التيسير برفع الحرج والضيق عن الناس ؛ لذا نجد أن الشارع الحكيم خيّر في الكفارات التي يكثر وقوعها بين الناس مثل : كفارة اليمين ، وكفارة الجناية على الإحرام ، وهذا ما يعرف بجانب التخفيف بالعسر وعموم البلوى . والكفارات التي يندر وقوعها كانت أحكامها على الترتيب مثل : كفارة الظهار ، والقتل ، والجماع في نهار رمضان ، وهذا في حد ذاته مظهر من مظاهر التخفيف والتيسير[١].

يقول القرافي في الفروق :

" فالتخيير في الكفارة في خصالها معناه : أن له أن ينتقل عن أي خصلة شاء الى الخصلة الأخرى بشهوته وما يجده يميل اليه طبعه أو ماهو أسهل عليه فإن ا لله تعالى ما خيّره بينهما إلا لطفا به وليفعل ذلك ، ولو شاء لحتّم عليه خصوص كل خصلة كما فعل في خصال الظهار المرتبة " [٢].

وبهذه المسائل الثلاث يتبين لنا جانب كبير من جوانب حكمة مشروعية التخيير وهنالك جوانب فرعية يأتي ذكرها مع المسائل في الباب الثالث إن شاء ا لله.

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٧) دار الكتب العلمية. حيث إن السيوطي ذكر هذا المعنى تحت قاعدة المشقة تجلب التيسير في أسباب التخفيف و منها العسر وعموم البلوى .

(٢) ١٦/٣ .

الفصل الثاني

في أركان و شروط و تقسيمات التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أركان و شروط التخيير

المبحث الثاني : أدوات التخيير

المبحث الثالث : تقسيات التخيير

المبحث الأول
في أركان و شروط التخيير

و يشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : أركان التخيير

المطلب الثاني : شروط التخيير

المطلب الأول : أركان التخيير

للتخيير ثلاثة أركان ينبني عليها وهي :

الركن الأول : المخيِّر : وهو الشارع أصالة في الإيجاب والندب والإباحة ، فالتخيير يكون من الشارع وهذا ما يميز التخيير في الشرع عن غيره.

الركن الثاني : المخيَّر : وهو الشخص العاقل حيث إن الشارع خيّره.

الركن الثالث : المخيَّر فيه : وهو ما وقع فيه التخيير من خصلتين أو أكثر في الواجب والمندوب و المباح بشروط معلومة.

المطلب الثاني : شروط التخيير

للتخيير شروط عامة ، وهنالك شروط خاصة ببعض مسائل التخيير ، وأقتصر في هذا المطلب بذكر الشروط العامة ، وسوف يأتي ذكر الشروط الخاصة ببعض المسائل في موضعها من البحث إن شاء ا لله.

للتخيير شروط بينها أهل العلم هي :

الشرط الأول : أن يكون التخيير متعلقا بما يصح للمخير اكتسابه من واجب أو مندوب أو مباح دون الحرام والمكروه .[١]

الشرط الثاني : أن تتساوى الأشياء المخير بينها في الرتبة من جهة أفعال المكلف من حيث الوجوب والندب والإباحة ، فلا يجوز التخيير بين مكروه ومباح ، ولا بين واجب ومندوب ؛ لأنه في حالة التخيير ينقلب أحدهما فيصبح كالآخر . ولا بين حرام وواجب ؛ لأن التخيير بين التحريم ونقيضه يرفع حكم التحريم والتخيير بين الواجب وتركه يرفع حكم الوجوب ، فالتخيير بهذه الأحوال ممتنع وإذا وجد دليلان بهذه المثابة عند المجتهد تساقطا .

وقد استشكل على هذا الشرط تخيير النبي صلى ا لله عليه وسلم ليلة الإسراء بين الخمر واللبن ، وسوف تأتي الإجابة على هذا الاستشكال إن شاء ا لله[٢] .[٣]

الشرط الثالث : أن تكون خصلتا أو خصال التخيير مميزة للمخيَّر فلا يجوز التخيير بين متساويين من جميع الوجوه بحيث لا يختص أحدهما عن الآخر بوصف.[٤]

الشرط الرابع : أن يكون مايقع بينه التخيير من خصلتين أو أكثر معلوم للمخيَّر .[٥]

---

(١) انظر : البحر المحيط في أصول الفقه ١٩٧/١ .

(٢) انظر : ص (٨٠) من هذا البحث .

(٣) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٧/١-١٩٩ ؛ وإدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط ٨/٢-١٠ (حاشية الفروق) ؛ وتهذيب الفروق لمحمد علي حسين ٩/٢-١٠ .

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٩/١ .

(٥) انظر : تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه ٢١١/٢ ؛ والبحر المحيط للزركشي ١٩٩/١ .

الشرط الخامس : " أن يكون وقتها واحدا بأن يتأتى الإتيان بكل واحد منهما في وقت واحد بدلا عن أغيارها ، فلو ذكر للمخاطب فعلان مؤقتان بوقتين فلا يكون ذلك تخييرا،فإنه في وقت الإمكان لا يتمكن من الفعل ليتنجز ، وفي الثاني لا يتمكن من الأول فلا يتحقق وصف التخيير أصلا ، وإنما يتحقق ذلك في وصفين يجوز ثبوت أحدهما بدلا عن الثاني مع تقدير اتحاد الوقت "[1] .

---

(١) البحر المحيط ١٩٩/١ .

المبحث الثاني

أدوات التخيير وألفاظه وما يدل عليه

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : في معنى [أو]

المطلب الثاني : في ألفاظ التخيير وما يدل عليه

المطلب الأول : في معنى [أو]

إن [أو] من أقوى الألفاظ دلالة على التخيير ولها خمسة معاني وهي : التخيير ، والإباحة والشك ، والإبهام ، والتنويع. وتكون للتخيير إذا دخلت على الطلب أو الأمر . ومثالها في التخيير قوله تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾[١] . ومتى دخلت على الطلب أو الأمر دلت في أصل وضعها على أحد شيئين أو أكثر على البدل[٢] .

يقول المبرد[٣] : " وحقها أن تكون في الشك واليقين لأحد الشيئين....فأما الذي يكون فيه لأحد الأمرين يقينا أو شكا فقولك : ضربت زيدا أو عمرا ، علمت أن الضرب قد وقع بأحدهما....فأما اليقين قولك : إيت زيدا أو عمرا : أي جعلتك في ذلك مخيرا ، وكذلك لأعطين زيدا أو عمرا درهما.....جعلت نفسك فيه مخيرة "[٤] .

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٦).

(٢) انظر : المقتضب لمحمد بن يزيد المبرد ١٢٠١/١. و ٣٠١/٣ تحقيق محمد عبد الخالق عظيمة (بيروت : عالم الكتب) ؛ وكتاب اللمع في العربية لعثمان بن جني الموصلي ص(٩٢) تحقيق : فائز فارس (الكويت : دار الكتب الثقافية) ؛ والصحاح للجوهري ٢٢٧٤/٦-٢٢٧٥ ؛ وتأويل مشكل القرآن لعبد الله بن مسلم بن قتيبة ٤١٤-٤١٥ تحقيق : السيد أحمد صقر - دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي وشركاه ؛ والمنخول من تعليقات الأصول للغزالي ص(٩٠-٩١) تحقيق : محمد حسن هيتو ؛ والمعتمد في أصول الفقه لمحمد بن علي بن الطيب البصري تحقيق محمد حميد الله ومحمد بكر وحسن حنفي(المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م) ؛ وشرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول لأحمد بن إدريس القرافي ص(١٠٥-١٠٦) تحقيق طه عبد الرؤوف سعد الطبعة الأولى (دار الفكر للطباعة والنشر) ؛ وشرح مختصر الروضة لسليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ٢٨٤/١-٢٩٤ تحقيق الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي الطبعة الأولى (بيروت مؤسسة الرسالة ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) ؛ والبحر المحيط للزركشي ٢٧٨/٢ .

(٣) المبرد : محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الثمالي الأزدي أبو العباس أحد أئمة العربية والأدب والأخبار في زمانه ولد بالبصرة سنة٢١٠هـ من مؤلفاته : "الكامل" و"المذكر والمؤنث" توفي ببغداد سنة٢٨٦هـ. انظر : تاريخ العلماء النحويين ص(٥٣-٦٥) ؛ وطبقات النحويين ص(١٠١-١١٠) ؛ وتاريخ بغداد٣٨٠/٣ ؛ ووفيات الأعيان ٣١٣/٤-٣٢٢ والوافي بالوفيات ٢١٦/٥-٢١٨ ؛ وبغية الوعاة ٢٦٩/١-٢٧١ ؛ والبداية والنهاية ٧٩/١١-٨٠ ؛ وشذرات الذهب ١٩٠/٢-١٩١.

(٤) المقتضب ٣٠١/٣ .

وقال ابن جني[١] : " وأين وقعت [أو] فهي لأحد الشيئين "[٢] .

قال في شرح مختصر الروضة : " قد قال ابن جني وهو من فحول أهل اللغة وأئمتهم " ثم ذكر قوله أعلاه ، وقال : " هذا هو الأصل المختار ، وهو حمل ألفاظ الكتاب والسنة على مقتضياتها الظاهرة المشهورة في عرف أهل اللغة ، ما لم يمنع منه مانع قاطع أو راجح ، ولا يتسارع الى تحريفها عن موضعها بأدنى احتمال ".[٣]

و مما يجدر ذكره أن معظم التخيير في القرآن الكريم جاء بلفظ [أو] ؛ لذا جاء في الأثر عن عطاء رحمه الله أنه قال : " ما كان في القرآن (أو : أو) فصاحبه فيه بالخيار أي ذلك شاء فعل ".[٤]

---

(١) أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي إمام العربية وصاحب التصانيف. له مصنفات منها "سر الصناعة" و"التصريف" و"التلقين" توفي سنة٣٩٢هـ. انظر : بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي ١٣٢/١ ؛ وتاريخ بغداد ٣١١/١١-٣١٢ ؛ والبداية والنهاية ٣٣١/١١ ؛ وسير أعلام النبلاء ١٧/١٧-١٩ ؛ وشذرات الذهب ١٤٠/٣-١٤١ .

(٢) كتاب اللمع ص (٩٢) .

(٣) للطوفي ٢٨٧/١ .

(٤) الخبر تقدم تخريجه ص (٢٤) .

المطلب الثاني : في بعض ألفاظ التخيير وما يدل عليه

أولا : بعض ألفاظ التخيير :

التخيير قد يأتي بألفاظ صريحة تدل عليه . من ذلك ألفاظ : **خيّر** ، **والخيار** ، **ويختار** . وقد يأتي بعدها لفظ " **إما أن** " .

ومثال لفظ " **خيَّر** " : ما جاء في الحديث : " أن النبي صلى الله عليه وسلم خيَّر غلاما بين أبيه وأمه "[١] .

ومثال لفظ " **خيار** " : قوله صلى الله عليه وسلم : " البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا "[٢] .

ومثال لفظ " **يختار** " : قوله صلى الله عليه وسلم : " من أصيب بقتل أو خبل فإنه يختار أحدى ثلاث : إما أن يقتص وإما أن يعفو ، وإما أن يأخذ الدية "[٣] .

ومن الألفاظ أن تأتي الخصلتان أو الخصال المخير فيها ثم يعقب بعدها بقوله : " **أيّ ذلك فعلت أجزأ عنك** " وغالبا ما تكون للتأكيد بعد ذكر " **أو** " .

ومثاله : حديث كعب بن عجرة في كفارة الأذى في الإحرام : قال صلى الله عليه وسلم : " صم ثلاثة أيام ، أو اطعم ستة مساكين مدين مدين لكل إنسان ، أو انسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأ عنك "[٤] .

ومنها أن يعطف بين ما خير فيه بالواو وبعدها لفظ " إن شئت ". ومثاله : رواية أخرى لحديث كعب بن عجرة في كفارة الأذى في الإحرام " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : إن شئت فانسك نسيكة وإن شئت فصم ثلاثة أيام ، وإن شئت فأطعم ثلاثة آصع من تمر لستة مساكين "[٥] .

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه بلفظه في (أبواب) الأحكام ، (باب) ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا ٤٠٥/٢ رقم الحديث ١٣٦٨ طبعة دار الفكر . والحديث صحيح . انظر : إرواء الغليل ٢٤٩/٧-٢٥١ .

(٢) البخاري مع الفتح ٣٨٥/٤ (كتاب) البيوع ، (باب) البيعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم ٢١١٠ ؛ ومسلم مع النووي ١٧٣/١٠ (كتاب) البيوع ، (باب) ثبوت خيار المجلس للمتبايعين .

(٣) الحديث سبق تخريجه ص (٢٢) .

(٤) سبق تخريجه ص (٢٠) .

(٥) سبق تخريجه ص (٢٠) .

ومن ذلك : أن يتخلل ما خير فيه لفظ " **إن شاء : وإن شاء** " أو لفظ " **إما : وإما** " بعد قول بخير النظرين ومثاله :

قول النبي صلى ا لله عليه وسلم : " من اشترى شاة مصرَّاة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردّها وصاعا من تمر لا سمراء "[١] .

وقوله صلى ا لله عليه وسلم : " من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى ، وإما أن يقاد "[٢] .

من الألفاظ الدالة على التخيير من أراد أن يفعل كذا فليفعل ، ومن أراد أن يفعل كذا فليفعل.

ومثاله : " عن عائشة رضي ا لله عنها قالت خرجنا مع رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم فقال: من أراد منكم أن يهل بحج وعمرة فليفعل ، ومن أراد منكم أن يهل بحج فليهل ، ومن أراد أن يهل بعمرة فليهل . قالت عائشة رضي ا لله عنها : فأهل رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم بحج وأهل به ناس معه ، وأهل ناس بالعمرة والحج ، وأهل ناس بعمرة ، وكنت فيمن أهل بالعمرة "[٣].

ومن الألفاظ التي وردت ودلت على التخيير " خذ بيد أيهما شئت ".

ومثاله : عن أبي هريرة رضي ا لله عنه قال : " جاءت امرأة إلى النبي صلى ا لله عليه وسلم فقالت : إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به "[٤] .

---

(١) سبق تخريجه ص (٢١) .

(٢) سبق تخريجه ص (٢٢) .

(٣) رواه مسلم مع شرح النووي ٣-١٤٣/٨ (كتاب) الحج ، (باب) بيان وجوه الإحرام وأنه يجوز إفراد الحج والتمتع والقرآن وجواز إدخال الحج على العمرة ومتى يحل القارن من نسكه .

(٤) رواه أبو داود مع العون ٣٧١/٦ (كتاب) الطلاق ، (باب) من أحق بالولد . وصححه الألباني . انظر : إرواء الغليل ٢٥١/٧ (المكتب الإسلامي ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م) .

ثانيا : ما يدل عليه

قد يدل على التخيير الفعل أو الإقرار. ومثال ذلك التخيير في صفات العبادات من الأفعال وذلك كأنواع صلاة الخوف ونوعي الأذان مع الترجيع وتركه ، ونوعي الإقامة شفعها وافرادها وأنواع تكبيرات العيد ، وأنواع صلاة الجنازة ، والقنوت قبل الركوع وبعده.[1]

فقد وقع فيها تخيير على البدل دل على التخيير فيها الفعل أو الإقرار.

---

(١) انظر : الفتاوي ٢٤/٢٤٢-٢٤٣ ؛ وانظر : كتاب الوصف لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم من الفعل والوصف. تأليف:محمد بن محمد بن عبد الله العاقولي ١/٢٥٤-٢٥٦و٢٦٧-٢٦٩ و٣٥١-٣٥٣ (دمشق : مكتبة الفارابي ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م).

المبحث الثالث

تقسيمات التخيير

ويشتمل على ستة مطالب :

المطلب الأول : أقسام التخيير من جهة أفعال المكلف

المطلب الثاني : أقسام التخيير من حيث جواز الجمع وعدمه

المطلب الثالث : أقسام التخيير باعتبار اللفظ

المطلب الرابع : أقسام التخيير من حيث الوصف بالعموم والخصوص

المطلب الخامس : أقسام التخيير من حيث جواز التوكيل وعدم جوازه

المطلب السادس: أقسام التخيير باعتبار وقت الفعل

ينقسم التخيير من حيثيات الى أقسام متعددة أوردها في مطالب كما يلي :

المطلب الأول

أقسام التخيير من جهة أفعال المكلف

التخيير في الشريعة لفظ مشترك بين أشياء فيقع في الواجبات فيما يعرف بـ(الواجب المخيَّر) كما يقع في المندوبات ، ويقع في المباحات. ولا يقع في المكروه والمحرم .[١] وأفصل في هذه الأقسام كما يلي :

أولا : التخيير في الواجب [الواجب المخيّر][٢]

ينقسم الواجب المخير بصفة عامة الى نوعين : تخيير شهوة وإرادة ، وتخيير مقيد بالمصلحة[٣] وهذا التقسيم أطلق عليه البعض تخيير متمحّض : وهو تخيير الشهوة والإرادة ، وتخيير غير متمحض : وهو تخيير المصلحة.[٤] كما يلي :

القسم الأول : تخيير شهوة ومشيئة : وفيه ينتقل المخير من واجب إلى واجب آخر من الخصال المخير فيها بهواه وإرادته كيفما أدّاه اليه طبعه ورغب فيه فله أن يعرض عما يشاء ويقبل منها ما يشاء ومثال هذا القسم : تخيير الغلام بين أبويه فللغلام أن يختار من شاء منهما برغبته ؛ ولأن هذا التخيير راجع الى رغبة المخير ، فإذا اختار أحد الأبوين ثم رجع واختار الآخر حول إليه. ومن أمثلة هذا القسم أيضا : التخيير في كفارة اليمين فللحانث في يمينه أو الذي أراد الحنث أن يختار أي من الخصال الثلاث الإطعام أو الكسوة او العتق بحسب ميله وما يراه أيسر له ويهواه .[٥]

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٣/١ حقّقه د/ تيسير فائق أحمد محمود . راجعه د/ عبد الستار أبو غدّة الطبعة الثانية (الكويت : المطابع التجارية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م) .

(٢) انظر : تعريف الواجب المخير ص (١١) من هذا البحث .

(٣) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٢/١ ؛ والفتاوى ١١٦/٣٤-١١٧ ؛ والفروق ١٦/٣ و١٨٢/٤ (بيروت : عالم الكتب ؛ وتهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين بهامش الفروق ٢٠٩/٤ ؛ وشرح مختصر الروضة لسليمان بن عبد القوي الطوفي ٢٩٨/١ ؛ والقواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ص (٨١) (الرياض : مكتبة المعارف ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م).

(٤) انظر : شرح مختصر الروضة للطوفي ٢٩٨/١ .

(٥) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٢/١ ؛ والفتاوى ١١٦/٣٤-١١٧ ؛ والفروق ١٦/٣ ؛ وتهذيب الفروق ٢٠٩/٤ ؛ وشرح مختصر الروضة ٢٩٨/١ ؛ والقواعد والأصول الجامعة ص (٨١).

يقول القرافي : " فالتخيير في الكفارة في خصالها معناه أن له أن ينتقل عن أي خصلة شاء إلى الخصلة الأخرى بشهوته ، وما يجده يميل إليه طبعه ، أو ما هو أسهل عليه ؛ فإن الله تعالى ما خيّره إلا لطفا به "[١] .

ولا يتعيّن عليه شئ من هذه الخصال ؛ بل يكون في تخيير محض بينها.

وتخيير الشهوة والمشيئة ينقسم إلى قسمين أيضا : تخيير متأصل ، وتخيير جر إليه الحكم[٢] كمايلي :

أ- تخيير متأصل : وفيه ينتقل المكلف من واجب إلى واجب بشهوته أصالة وذلك من الحكم المنصوص عليه مباشرة ومثال ذلك : التخيير في كفارة اليمين : فإن التخيير بين الإطعام ، والكسوة ، والعتق جاء من أصل الحكم المنصوص عليه مباشرة في قوله تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة...** ﴾[٣].[٤]

ب- تخيير جرّ إليه الحكم : وفيه ينتقل المكلف من واجب إلى واجب بهواه لا أصالة ؛ بل عروضا بحسب ما جرّ إليه الحكم من غير تنصيص من الشارع عليه. ومثاله: تخيير المسافر بين الصوم والفطر ، وبين الجمع بين الصلاتين وتركه ، وتخيير الساعي بين أخذ أربع حقاق أو خمس بنات لبون في صدقة الإبل عند من ملك مائتين منها فإنه في كل أربعين بنت لبون وكل خمسين حقّة والمائتان أربع خمسينات وخمس أربعينات. فهذا تخيير أدت إليه الأحكام.[٥]

جاء في كتاب القواعد في التقسيم إلى تخيير متأصل وتخيير جرّ إليه الحكم ما نصّه : " وهو ضربان : الأول : أن يكون التخيير ثابتاً بالنص في أصل المشروعية كجزاء الصيد ، وكفارة اليمين ونحوه.....

---

(١) ٣/١٦ .

(٢) انظر : الفروق ٤/١٨٢ ، ٣/١٨-١٩ ؛ وتهذيب الفروق ٤/٢٠٩ .

(٣) سورة المائدة : الآية (٨٩).

(٤) انظر : الفروق ٤/١٨٢ ، ٣/١٨-١٩ ؛ وتهذيب الفروق ٤/٢٠٩ ؛ وكتاب القواعد لتقي الدين الحصني ص(٤٦٨) ،(أطروحة لنيل درجة الماجستير جامعة الإمام – كلية الشريعة بالرياض للباحث عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ١٤٠٤-١٤٠٥هـ.

(٥) انظر : تهذيب الفروق (بهامشه) ٤/٢٠٩ ؛ والفروق ٤/١٨٢ ، ٣/١٨-١٩ ؛ وكتاب القواعد للحصني ص(٤٧٥-٤٧٦).

الثاني : ....ما علم ذلك من جملة المشروعية دون تنصيص على التخيير كتخيير المستنجي بين الماء والحجر ، وتخيير المسافر بين الصوم والفطر ، وبين القصر والإتمام وبين الجمع بين الصلاتين وتركه...."[١].

القسم الثاني : تخيير رأي ومصلحة[٢] : ومعنى التخيير في هذا القسم أن المخيّر يجب عليه اختيار الأصلح بشرط النظر والإجتهاد في تحصيل هذه المصلحة بحيث إنه يتعيّن فعل هذا تارة وهذا تارة ولا يتعين فعل واحد من هذه الأمورفي كل وقت ، وليس للمخير أن ينتقل بين الخصال بهواه. وهذا القسم يقع في سائر ما خُيّر فيه ولاة الأمر في الواجب[٣]، ومن أمثلة هذا القسم : تخيير الإمام في الأسرى ، وفي حدّ الحرابة ، ومن تصرف لغيره بولاية كناظر الوقف ووصي اليتيم ، والوكيل المطلق .[٤]

هذه تقسيمات الواجب المخير بصفة عامة. وهناك قسم آخر للواجب المخير من حيث جواز الجمع بين الخصال المخير فيها وعدمه كما يلي :

تقسيم الواجب المخير من جهة جواز الجمع وعدمه

ينقسم الواجب المخير باعتبار جواز الجمع بين الخصال التي وقع فيها التخيير وعدمه إلى قسمين كالتالي :

القسم الأول : قسم يجوز فيه الجمع بين الأمور المخير فيها وتكون أفراده محصورة ومثال ذلك: الجمع بين الماء والحجر في الاستنجاء مع أن التخيير قد ثبت بينهما[٥].ومثاله أيضا : الجمع بين الخصال المخير فيها في كفارة اليمين وهي الإطعام ، والكسوة

---

(١) ص (٤٦٨، ٤٧٥-٤٧٦) لتقي الدين الحصني .

(٢) ذهب صاحب الفروق وصاحب تهذيب الفروق إلى أن إطلاق الفقهاء لفظ التخيير على هذا القسم مجازي وليس على سبيل الحقيقة ومحل التخيير أنه لا يتحتّم على الإمام قبل الفكر فعل خصلة معينة من الخصال المخير فيها فأطلقوا على هذا القسم تخيير مجازي وعلى القسم الأول تخيير حقيقي. انظر : الفروق ١٧/٣-١٩ ؛ وتهذيب الفروق ٣١/٣ .

(٣) يقع التخيير هنا في الواجب لأن ولاة الأمر في بعض صور التخيير مساوين لغيرهم من المكلفين : كبيع مال اليتيم من أحد المشترين ، أو تزويج اليتيمة من كفوين متساويين ، أو تولية القضاء لأحد رجلين مستويين فإن الواجب هنا منتف البتة. انظر : الفروق ١٩/٣ .

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٢/١ ؛ والفتاوى ١١٦/٣٤-١١٧ ؛ والفروق ١٦/٣ ؛ وتهذيب الفروق ٢٠٩/٤ ؛ وشرح مختصر الروضة ٢٩٨/١ ؛ والقواعد والأصول الجامعة ص (٨١-٨٢).

(٥) انظر : البحر المحيط ٢٠٣/١ .

والعتق. وصورتها : أن يوكّل شخصا يطعم ، وشخصا يكسو ، ويعتق هو في آن واحد .[١]

القسم الثاني : قسم لايجوز فيه الجمع بين الخصال المخير فيها وتكون أفراده محصورة أيضا ومن أمثلة هذا القسم : تخيير من أسلم وتحته خمس نسوة أو أختان ، ومنها تخيير أولياء الدم بين القصاص والعفو . فلا يجوز الجمع بين الخمس نسوة ولا بين الأختين كما لا يجوز الجمع بين القصاص والعفو.[٢]

---

(١) انظر : نهاية السول ١٣٤/١ ؛ والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١٠٢/١ الطبعة الثانية ، تعليق عبد الرزاق عفيفي (المكتب الاسلامي ١٤٠٢هـ) ؛ والمسوّدة لآل تيمية ص(٢٨) تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (بيروت : دار الكتاب العربي) ؛ والفتاوى ٢٤٣/٢٤ ؛ وشرح الكوكب المنير ٣٨٣/١ .

إن الجمع بين الخصال المخير فيها قد يقع عقلا ويتصوّر. أما من حيث الشرع فالمطلوب من هذه الخصال واحد. فإن قيل : يرتفع الوجوب بخصلة ويقع الباقي تبرعا. قلنا : الحكم بجواز الجمع بين الخصال المخير فيها ولو يقع الزائد على الواجب تبرعا يحتاج إلى دليل ولم نر من قال بجوازه. انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٣/١ ؛ والفتاوى ٢٤٣/٢٤ ؛ والمسودة ص(٢٨) حيث جاء فيها : " وفي تصور إخراج الكل دفعة واحدة نظر ".

(٢) انظر : نهاية السول ١٣٤/١ ؛ وروضة الناظر ٧٢/٢ ؛ والإحكام للآمدي ١٠٢/١ ؛ والمسوّدة ص(٢٨)؛وشرح الكوكب المنير ٣٨٣/١ .

ثانيا : التخيير في المسنون

يقع التخيير في المسنون وهو القسم الثاني من أقسام التخيير من جهة افعال المكلف.

والتخيير يكون بين صفات المسنون إذا تعددت ومثال ذلك : أنواع أدعية استفتاح الصلاة وأنواع التشهدات ، ونوعي الإقامة شفعها وإفرادها.(١)

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية : " إن العبادات التي فعلها النبي صلى الله عليه وسلم على أنواع يشرع فعلها على جميع تلك الأنواع ، ولا يكره منها شئ ، وذلك مثل أنواع التشهدات،وانواع الاستفتاح ، ومثل الوتر أول الليل وآخره ، ومثل الجهر بالقراءة في قيام الليل والمخافتة ، وأنواع القراءات التي أنزل القرآن عليها ، والتكبير في العيد. ومثل الترجيع في الأذان وتركه ، ومثل إفراد الإقامة وتثنيتها "(٢) .

فهذه مطلوبات على سبيل الندب يقع فيها التخيير. فالجمع بينها محرم تارة ومكروه أخرى.(٣)

ويقع التخيير في طريقة أداء الفعل المسنون نفسه. ومثال ذلك : في طريقة أداء صلاة القيام من الليل كالوتر بخمس ركعات : فله أن يصلي ركعتين ثم يصلي ركعتين ثم يوتر بواحدة. وله أن يصلي الخمس لا يجلس إلا في آخرهن وغير ذلك.(٤)

---

(١) انظر : تعدد صفات الواجب والمسنون في نصوص الشارع وتخيير المكلف بينها في قسم العبادات. أطروحة لنيل درجة الماجستير للزميل أحمد ناصر الغامدي – جامعة أم القرى ١٤١٦هـ.

(٢) الفتاوى ٢٢/٣٣٥ .

(٣) انظر : الفتاوى ٢٤/٢٤٣ .

(٤) انظر : المغني ٢/٥٨٨-٥٨٩ .

ثالثا : التخيير في المباح[١]

يقع التخيير في المباح بين فعل الشئ وتركه مع استواء طرفي الفعل والترك ، فلا ثواب ولا عقاب لأي منهما.[٢]

فيقع على المباح المطلوب الفعل بالكل ومثاله : قوله تعالى : ﴿ **نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم** ﴾[٣] ، وقوله عز وجل ﴿ **كلوا من طيبات ما رزقناكم** ﴾[٤] . ويقع التخيير أيضا إذا كان الأمر للإباحة وذلك بعد الحظر فإنه يقتضي التخيير حقيقة ومثاله قوله تعالى: ﴿**وإذا حللتم فاصطادوا** ﴾[٥] وقوله جل وعلا : ﴿ **فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله** ﴾[٦] .[٧]

---

(١) انظر : تعريف المباح ص (١٣) .

(٢) انظر : الموافقات للشاطبي ٩٣/١ ؛ ونظرية الإباحة لمحمد سلام مدكور ص(٨٠-٨٤) ؛ وأطروحة الإباحة لموفق منوّر ص(٧٧).

(٣) سورة البقرة : الآية (٢٢٣).

(٤) سورة البقرة : الآية (٥٧).

(٥) سورة المائدة : الآية (٢).

(٦) سورة الجمعة : الآية (١٠).

(٧) انظر : الموافقات ٩٣/١-٩٤ .

المطلب الثاني

في أقسام التخيير من حيث جواز الجمع وعدمه

ينقسم التخيير من جهة جواز الجمع بين ما وقع فيه التخيير وعدم جواز الجمع بين ما وقع فيه التخيير إلى ثلاثة أقسام كما يلي :

القسم الأول :

قسم يجوز فيه الجمع بين ما وقع فيه التخيير عقلا وشرعا[١] وتكون أفراده محصورة. ومثال ذلك : خصال كفارة اليمين : الإطعام والكسوة والإعتاق يجوز ذلك عقلا وشرعا ، ويتصور وقوع ذلك في وقت واحد عن طريق التوكيل أو في أوقات مختلفة.[٢]

القسم الثاني :

قسم يمنع فيه الجمع عقلا وشرعا ومثاله : تعجيل الحاج في يومين في المبيت بمنى والتأخّر إلى اليوم الثالث فإن هذا الجمع لا يقع عقلا وبالتالي هو ممنوع شرعا.[٣]

القسم الثالث :

قسم يمكن عقلا ويمنع شرعا كتزويج المرأة من الخاطبين. فإن وقوع ذلك وإن جاز عقلا ؛ ولكنه ممنوع شرعا فلا يجوز زواج المرأة من رجلين.[٤]

---

(١) جواز وقوعه شرعا فيه نظر ، وسبق التعليق عليه في هذا المبحث ص (٤٩) .

(٢) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٢/١ .

(٣) انظر : المرجع السابق.

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٢/١ .

المطلب الثالث : أقسام التخيير باعتبار اللفظ

ينقسم التخيير باعتبار اللفظ إلى قسمين : تخيير لفظي ، وتخيير معنوي كما يلي :

القسم الأول : التخيير اللفظي : في هذا القسم يكون التخيير باللفظ الصريح في إيضاح التخيير في الأمور المخير بينها ، ومثاله : أن يعطف بين ما يقع فيه التخيير بلفظ " أو " وذلك كما في كفارة اليمين قال تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾[١] .

ومثاله أيضا: كأن يقال: إن شئت افعل كذا ، وإن شئت افعل كذا ، كقول النبي صلى الله عليه وسلم في تخيير كعب بن عجرة في فدية الأذى في رأسه وهو محرم حيث قال صلى الله عليه وسلم : " إن شئت فانسك نسيكة وإن شئت فصم ثلاثة أيام ، وإن شئت فاطعم ثلاثة آصع من تمر لستة مساكين "[٢] .

كل هذا تخيير باللفظ الصريح الدال عليه.[٣]

القسم الثاني : تخيير معنوي : في هذا القسم التخيير يكون بالمعنى الدال عليه ، المفهوم بقرينة ، إما في نفس النص ، أو بنص آخر . ومثال ذلك تخيير النبي صلى الله عليه وسلم في الطلاق . قال تعالى : ﴿ **يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** ﴾[٤] . فالآيتان ليس فيهما تصريح باللفظ يدل على التخيير في الطلاق؛ بل فيها تخيير بين الدنيا فيقع الطلاق وبين الآخرة في البقاء مع النبي صلى الله عليه وسلم فيكون الإمساك ، ودلّ على ذلك

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٢) الحديث سبق تخريجه ص (٢٠) من هذا البحث .

(٣) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٣/٥٦٠-٥٦١ .

(٤) سورة الأحزاب : الآيتان (٢٨-٢٩).

(٥) الحديث رواه مع الفتح ٩/٢٨٠ (كتاب) الطلاق ، (باب) من خيّر أزواجه برقم ٥٢٦٢ ؛ ومسلم مع النووي ١٠/٨٠ (كتاب) الطلاق ، (باب) بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنيّة . واللفظ له .

حديث عائشة رضي الله عنهاحيث قالت : " خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يَعُدّهُ طلاقا " [١] .

فمفهوم الحديث إذا لم يختزنه يكون ذلك طلاقا . [٢]فالآية فيها تخيير جاء بمعناه فُهِم من حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم . [٣]

---

(١) رواه بلفظه مسلم مع النووي ٤-١٠/٨٠ (كتاب) الطلاق ، (باب) بين أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بنية .

(٢) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤/١١١ ؛ وفتح الباري ٩/٢٨٢ .

(٣ انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٣/٥٦٠-٥٦١ .

المطلب الرابع

أقسام التخيير من حيث الوصف بالعموم والخصوص

ينقسم التخيير في الشريعة من حيث اتصافه بالعموم والخصوص في الوجوب أو الندب أو الإباحة إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : التخيير بين شيئين أو أكثر وكل واحد مما وقع فيه التخيير واجب بخصوصه وعمومه ، ومن أمثلة ذلك : تخيير الأئمة في الأسرى وغيرهم فإن ما يفعلونه من الخصال المخير فيها تكون واجبة بخصوصها وهي كونها قتلا ، أو منّا ، أو فداءً أو استرقاقا ، وتقع واجبة بعمومها من جهة أنها إحدى الخصال المخير فيها .[١]

القسم الثاني : التخيير بين شيئين أو أكثر وكل واحد منها غير واجب بخصوصه ولا بعمومه. ومثاله: التخيير بين المباحات قال تعالى:﴿ **كلوا من طيبات ما رزقناكم** ﴾[٢] فإن الأكل والشرب خير فيه الشارع بين الفعل والترك مع استواء الطرفين فيه ، فالأكل وإن كان مطلوبا بالكل ؛ ولكن ليس بواجب لا بخصوصه ولا بعمومه فالأرز مثلا ليس بواجب بخصوصه وهو كونه أرزا ، ولا بعمومه من جهة أنه أحد أصناف المتناول من الطعام .[٣]

القسم الثالث : التخيير بين شيئين أو أكثر ، وكل واحد واجب من جهة عمومه دون خصوصه. ومثاله : كفارة اليمين. قال تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾[٤] فكل من الإطعام والكسوة والعتق واجب من جهة عمومه دون خصوصه فالإطعام مثلا : واجب من جهة أنه أحد الخصال ، وغير واجب من جهة أنه طعام ؛ لأن الطعام في حدّ ذاته مباح وكذلك القول في الخصلتين الأخيرتين[٥] ، وهذا القسم نوعان : التخيير في خصوص أنواع المطلق الواجب ، وتخيير الأئمة في أنواع المطلق الواجب كما يلي :

---

(١) انظر : الفروق ٣/١٩-٢٠ ؛ وتهذيب الفروق ٣/٣٠-٣٢ .

(٢) سورة البقرة : الآية (٥٧).

(٣) انظر : الفروق ٣/١٩-٢٠ ؛ وتهذيب الفروق ٣/٣٠-٣٢ .

(٤) سورة المائدة : الآية (٨٩).

(٥) انظر : الفروق ٣/١٩-٢٠ ؛ وتهذيب الفروق ٣/٣٠-٣٢ .

أ- التخيير في خصوص أنواع المطلق الواجب ومثاله : التخيير بين خصال الكفارة فإن كل خصلة وإن كانت واجبة من جهة عمومها ، وأنها أحد الخصال المخير فيها ؛ فإنها لا تجب من جهة خصوصها. وكونه مطلقا يدل على أن هذه الخصال مطلوبة على وجهة البدل لأن المطلق عمومه بدلي .[١]

ب-تخيير الأئمة في أنواع المطلق الواجب وذلك إذا استوت أطرافه من جهة الأصلح والأحظ للغير. ومثاله قول بعض أهل العلم : أن الإمام مخير بين أربع حقاق وخمس بنات لبون يأخذ أيها شاء من صاحب الإبل إذا بلغت مائتين فإنه في كل خمسين حقّة وفي كل أربعين بنت لبون وقد وُجِد الفرضان . أما إذا كان أحدهما أصلح للفقراء فإنه يصير إليه ويكون تخييره ابتداء قبل ظهور المصلحة .[٢]

---

(١) انظر : تهذيب الفروق ٣/٣٢-٣٣ .

(٢) انظر : المرجع السابق.

المطلب الخامس

أقسام التخيير من حيث جواز التوكيل وعدم جوازه

ينقسم التخيير من حيث جواز التوكيل وعدمه إلى ثلاثة اقسام : تخيير يجوز فيه التوكيل وتخيير لا يجوز فيه التوكيل ، وتخيير متردد بينهما كما يلي :

القسم الأول :

تخيير يجوز فيه التوكيل ويكون في التخيير الذي يرجع إلي مصلحة الغير. ومثاله: خيار الشرط[١] ، وخيار العيب[٢].[٣] فيجوز التوكيل في خيار الشرط وخيار العيب لجوازه في البيع عموما .

القسم الثاني :

تخيير لا يجوز فيه التوكيل ويكون في التخيير الذي يرجع إلى الشهوة والإرادة. ومن أمثلته : تخيير من أسلم على أكثر من أربع نسوة أو أختين ، ومنها تخيير الغلام بين أبويه ، فإنه لا يجوز أن يوكّل في اختيار أربعة من الزوجات ولا إحدى الأختين ولا أحد الأبوين ؛ لأن الأمر راجع للشهوة والميل وهذا لا يصدر إلا من الشخص نفسه .[٤]

---

(١) خيار الشرط : هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان. فهو من باب إضافة الشئ إلى سببه. انظر : ضوابط العقد في الفقه الاسلامي لعدنان خالد التركماني ص(٢٠٨) ؛ وكتاب المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص(١٠٢) .

(٢) خيار العيب : أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب وجود عيب في العين المعقود عليها ينقص به الثمن ويقتضي العرف سلامة المبيع منه غالبا. انظر : خيار المجلس والعيب في الفقه الاسلامي لعبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ص(١١٧) الطبعة الأولى (مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية – المعهد العالي للقضاء ١٤٠٠هـ) ؛ وضوابط العقد لعدنان التركماني ص(٢١٧) .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن الملقن ص(٦٤١) رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود – المعهد العالي للقضاء تحقيق الباحث : أحمد بن عبد العزيز بن أحمد الخضيري ؛ وروضة الطالبين للنووي ٢٩١/٤ المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

(٤) انظر : المراجع والصفحات السابقة ؛ والمغني لابن قدامة ١٥/١٠ .

القسم الثالث : هو قسم متردد فيه ومختلف فيه هل هو جائز التوكيل أم لا ؟ ومثلوا له بخيار الرؤية[١] .[٢]

المطلب السادس

أقسام التخيير باعتبار وقت الفعل

ينقسم التخيير باعتبار الوقت في كونه على الفور أم على التراخي أم مختلف فيه إلى أربعة أقسام : ما هو على الفور بلا خلاف ، وما هو على التراخي بلا خلاف ، ما كان مختلف فيه أهو على الفور أم على التراخي والراجح أنه على الفور ، وما كان مختلف فيه أهو على الفور أم على التراخي والراجح أنه على التراخي .

القسم الأول :

ما يقع فيه التخيير على الفور بلا خلاف بين أهل العلم. ومثاله : خيار العيب واستثنى بعض أهل العلم من خيار العيب صورتين تكون على التراخي :

أ- إذا استأجر ارضا للزراعة فانقطع ماؤها ثبت الخيار على التراخي .

ب- إذا وجد المقبوض في الذمّة من سَلَم[٣] ، أو كتابة[٤] ، معيبا فله الرد على التراخي .

فهذا تخيير وقع على الفور استثني منه صورتان .[٥]

---

(١) خيار الرؤية : هو الخيار الذي يثبت للمشتري إذا تم التعاقد على شئ لم يره فإذا رآه له الخيار بين إمضاء العقد أو رفضه وعدم قبوله . انظر : كتاب المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص(١٠٦) ؛ وضوابط العقد في الفقه الاسلامي لعدنان التركماني ص(٢٢٣) .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن الملقن ص(٦٤١) ؛ وروضة الطالبين للنووي ٢٩١/٤ .

(٣) السَلَم : هو أخذ عاجل بآجل سمي به هذا العقد لكونه معجلا على وقته . أنيس الفقهاء لقاسم القونوي ص (٢١٨-٢١٩) تحقيق : د/ أحمد الكبيسي الطبعة الأولى (السعودية - جدة : دار الوفاء للنشر والتوزيع ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .

(٤) الكتابة : هي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على ادائه . حدود ابن عرفة مع شرحه للرصاع ٦٧٦/٢ تحقيق : محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري الطبعة الأولى (بيروت لبنان : دار الغرب الإسلامي ١٩٩٣م) .

(٥) انظر : المنثور في القواعد للزركشي ١٤٧/٢-١٤٨ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص(٢٩١) الطبعة الأولى (بيروت لبنان : دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) .

القسم الثاني : ما يقع فيه التخيير على التراخي بلا خلاف . ومن أمثلته : من ابهم الطلاق على إحدى زوجاته أو أبهم العتق على احد عبيده فله ان يختار ويبين المراد على التراخي .

ومنها : من أسلم على أكثر من أربع نسوة أو أختين فله أن يختار على التراخي.

ومنها : تخيير وليّ الدم بين القصاص والعفو والدية فله أن يختار على التراخي.

القسم الثالث : التخيير الذي اختلف فيه أهل العلم هل هو على الفور أم على التراخي ؟ والأصح أنه على الفور. ومثاله : خيار تلقّي الركبان، ورجوع البائع فيما باعه المفلس والأخذ بالشفعة. والفسخ بعيب النكاح في الجارية .

القسم الرابع : التخيير الذي اختلف فيه اهل العلم هل هو على الفور ام على التراخي ؟ والأصح أنه على التراخي. ومثاله : خيار المسلم إذا انقطع المسلَم فيه عند محله ، وخيار الرؤية على فرض جواز بيع الغائب .

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ١٤٨/٢-١٤٩ ؛ والأشباة والنظائر للسيوطي ص (٢٩١) .

(٢) خيار تلقي الركبان : هو الخيار الذي يثبت للبائع إذا تم العقد قبل أن يصل إلى السوق بأرخص من سعر المثل فإذا وصل السوق فهو بالخيار بين إمضاء البيع وفسخه ؛ وذلك صيانة له من الخديعة . انظر : نيل الأوطار للشوكاني ١٨٨/٥ ؛ وضوابط العقد لعدنان التركماني ص (١٧٩) .

(٣) الشفعة : هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه . شرح حدود ابن عرفة مع شرحه للرصاع ٤٧٤/٢ .

(٤) انظر : المنثور للزركشي ١٤٩/٢ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩١) .

(٥) انظر : المنثور للزركشي ١٤٩/٢ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢٩١) .

الباب الثاني

قواعد وضوابط ومسائل التخيير

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : قواعد وضوابط التخيير

الفصل الثاني : مسائل التخيير

الفصل الأول

قواعد وضوابط التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في التعريف بالقاعدة والضابط والعلاقة بين القاعدة الفقهية وكل من الضابط، والقاعدة الأصولية ، والنظرية الفقهية

المبحث الثاني: في قواعد التخيير

المبحث الثالث : في ضوابط التخيير

المبحث الأول

في التعريف بالقاعدة والضابط والعلاقة بين القاعدة الفقهية وكل من الضابط، والقاعدة الأصولية، والنظرية الفقهية

ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لغة واصطلاحا

المطلب الثاني : العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

المطلب الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية القاعدة الأصولية

المطلب الرابع : العلاقة بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لغة واصطلاحا

تعريف القاعدة في اللغة :

هي الأساس ، فقاعدة الشئ أساسه ، وأصل استعمال الكلمة في الأمور الحسية ومن ذلك قواعد البيت وهي أسسه قال تعالى : ﴿ **وإذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت وإسماعيل** ﴾[١] . ومن ذلك قواعد الهودج وهي " خشباتٌ أربعُ تَحْته ركّبَ فيهن "[٢] . ومن ذلك قواعد السحاب وهي : " أصولها المعترضة في آفاق السماء شبهت بقواعد البناء "[٣] .[٤]

ثم استعملت الكلمة في الأمور المعنوية ، كقواعد الاسلام ، وقواعد الفقه ، وقواعد العلوم الأخرى .

القاعدة في الاصطلاح :

لقد اختلف الفقهاء في تعريف القاعدة ولهم في ذلك مسلكان :

المسلك الأول : مسلك من ذهب إلى إن القاعدة الفقهية كلية فهؤلاء عرّفوا القاعدة بتعريفات منها :

١- " الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها " .[٥]

٢- " حكم كلّي ينطبق على جزئياته يتعرّف أحكامها منه " .[٦]

٣- " القضايا الكلية التي يعرف بالنظر فيها أحكام الجزئيات " .[٧]

٤- " أمر كلّي منطبق على جزئيات موضوعه " .[٨]

---

(١) سورة البقرة : الآية (١٢٧) .

(٢) القاموس المحيط ص (٣٩٧) ؛ وانظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٠٩/٥ .

(٣) نقله ابن منظور في لسان العرب عن أبي عبيد ٣٦١/٣ .

(٤) انظر : مادة قعد في الصحاح للجوهري ٥٢٥/٢ ؛ وتاج العروس للزبيدي ٤٩/٩ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، الطبعة الأولى (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية ١٤١١هـ-١٩٩١م) .

(٦) التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢٠/١ (مصر : مطبعة محمد علي صبيح) .

(٧) شرح مختصر الروضة للطوفي ٩٥/٢ .

(٨) كشاف القناع لمنصور البهوتي ١٦/١ .

٥- " قضية كلية يتعرّف منها أحكام جزئياتها " . [١]

٦- " حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرّف به أحكام الجزئيات " . [٢]

٧- " كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة " . [٣]

المسلك الثاني : مسلك من ذهب إلى أن القاعدة الفقهية أغلبية أو أكثرية ، فهؤلاء عرّفوا القاعدة بتعريفات منها :

١- " قضية اكثرية تنطبق على أكثر جزئيات موضوعها " . [٤]

٢- " حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتُعرف أحكامها منها " . [٥]

والباعث لمن عرّف القاعدة بأنها أكثرية أن كثيرا من القواعد الفقهية يستثنى منها فروع .

ولعل الأولى أن تكون القاعدة الفقهية كلية على ماذهب إليه أكثر العلماء وذلك للآتي :

١- أن القواعد من شأنها أن تكون كلية سواء كانت قواعد أصولية أو فقهية أو نحوية أوغير ذلك . [٦]

٢- أن الفروع الخارجة عن القاعدة داخلة تحت قاعدة أخرى ، وتبقى القاعدة كلية إلى غير ذلك الفرع المخرج .

قال صاحب التحقيق الباهر : " إن الفرع المخرج عنها بدليل عند الفقهاء إما أن يدخل تحت قاعدة أخرى أو لا . وعلى كل فهي كلية بالنسبة إلى غير ذلك الفرع المخرج ؛ فكما أن الدليل أخرج الفرع عنها كذلك خصصها بما وراءه " . [٧]

---

(١) شرح جمع الجوامع على للمحلّى ١/٣١-٣٢ (مصر : المكتبة التجارية الكبرى ١٣٥٨هـ) .

(٢) مجامع الحقائق للخادمي ص (٣٠٥) معلومات الطبع (بدون) .

(٣) القواعد للمَقّري تحقيق الدكتور / أحمد بن عبد الله بن حميد (طبع جامعة أم القرى مكة المكرمة معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الاسلامي) .

(٤) التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر لمحمد هبة الله بن محمد بن مكي التاجي ١/ورقة ٢٨أ مكتبة عارف حكمت المدينة المنورة برقم عام ١١٦٥ .

(٥) غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموي ١/٥١ الطبعة الأولى (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) .

(٦) انظر : شرح الكوكب المنير لابن النجار ١/٤٥ .

(٧) ١/ لوحة ٢٨ أ .

٣- أن الفروع المستثناة عن القاعدة لم تدخل تحت حكم القاعدة أصلاً ؛ لذا لا تقدح في كونها كلية ؛ لأن عموم القاعدة عادي وليس عقلي[١] يقدح فيه الإستثناء .

جاء في الموافقات : " الأمر الكلي إذا ثبت كليا فتخلّف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كليا . وأيضاً فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي ؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت " . [٢]

إذا نظرنا للتعريفات السابقة باستثناء تعريف المَقَّري [٣] نجد أنها لا تصلح أن تكون تعريفاً للقاعدة الفقهية لسببين :

الأول : ليس فيها ما يقيّدها بالفقه فهي تعريفات للقاعدة عموماً سواء في الفقه أو في غيره ، فهي من قبيل تعريفات المناطقة العامة . [٤]

الثاني : غير مقررة لما استقر عليه الأمر عند المتأخرين بتمييز القاعدة الفقهية عن الضابط الفقهي .

وقد برزت حديثاً محاولات لعدد من الباحثين في هذا المجال لوضع تعريف للقاعدة باعتبار أنها كلية منها :

* تعريف الدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان :

" حكم كلّي فقهي ينطبق على جزئيات كثيرة من أكثر من باب " [٥] .

---

(١) العموم العقلي لا يقبل الاستثناء ومثاله نصف الاثنين ، والعموم العادي يقبل الاستثناء ، بل الاستثناء معيار العموم عند الأصوليين . انظر : شرح الكوكب المنير ١٥٣/٣ .

(٢) للشاطبي ٣٥/٢ ؛ وانظر : القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي ص (٤٤) الطبعة الثانية (دمشق : سوريا . بيروت : لبنان دار القلم ١٤١٢هـ - ١٩٩١م) ؛ وأطروحة الأستاذ الميمان " الضوابط والقواعد الفقهية عند شيخ الاسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة ص (١١١) . جامعة أم القرى ماجستير ١٤١٤هـ .

(٣) محمد بن أحمد التلمساني أبو عبد الله المَقَّري . عمل في القضاء بفاس . من مؤلفاته : (عمل من طب لمن حب) و(شرح التسهيل) توفي سنة ٧٥٨ هـ . انظر : شجرة النور الزكية ص (٢٣٢) ؛ ونفح الطيب ٢٠٥/٥ .

(٤) انظر : التعريفات للجرجاني ص (١٧١) الطبعة الثالثة (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) والكليات لأبي البقاء الكفوي ٤٨/٤ ؛ وكشاف إصطلاحات الفنون للتهانوي ١١٧٦/٥-١١٧٧ .

(٥) القسم الدراسي لتحقيق كتاب القواعد لتقي الدين الحصني ص (١٠) .

* تعريف الدكتور محمد بن حمود الوائلي :

" حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو معظمها لتعرف أحكامها منه " [١].

* تعريف أستاذي : ناصر بن عبد الله الميمان :

" حكم كلي فقهي ينطبق على فروع كثيرة لا من باب مباشرة " [٢].

فتعريف الدكتور الشعلان ينقصه تقييد التعريف بكلمة " مباشرة " لتخرج القاعدة الأصولية . فإذا كان شيخنا الدكتور أحمد بن حميد وضع هذا القيد حينما عرّف القاعدة بأنها أغلبية [٣]، فهو عند تعريفها بأنها " كلية " أولى ؛ لأن القاعدة الأصولية أقرب للكلية من كونها أغلبية .

وتعريف الدكتور الوائلي امتاز بذكر عبارة : " لتعرف أحكامها منه " [٤]؛ لأن الأحكام تعرف من القاعدة حيث إن هذا الجنس في التعريف نقص في تعريف الدكتور الشعلان ، والأستاذ الميمان .

إلا أن تعريف الدكتور الوائلي يلاحظ عليه الآتي :

١- لم يقيّد التعريف بما يشعر بالفقهية .

٢- لم يميّز القاعدة الفقهية عن كل من القاعدة الأصولية والضابط الفقهي .

٣- قوله " أو معظمها " مشعر بالأغلبية في القاعدة مع تعريفه لها بأنها " كلية " .

فإذا أردت أن أختار تعريفا بناءً على التعريفات السابقة خاليا من الاعتراضات أقول : هي :

" حكم كلّي ينطبق على فروع فقهية لتعرف أحكامها منه مباشرة من أكثر من باب " .

شرح التعريف :

" كلّي " : يخرج الأغلبي ، ويشعر بأن القاعدة الفقهية كلية بمعنى كل الفروع تعرف أحكامها من القاعدة التي تندرج تلك الفروع تحتها .

---

(١) القواعد الفقهية تاريخها وأثرها في الفقه ص (٨) الطبعة الأولى (المدينة المنورة : مطبعة الرحاب ١٤٠٧هـ-١٩٨٧).

(٢) القواعد والضوابط عند شيخ الاسلام ص (١١٦) .

(٣) القواعد للمقّري القسم الدراسي ١٠٧/١ .

(٤) هذه العبارة في تعريف القاعدة عند ابن السبكي ، والتفتازاني ، والمَقّري وغيرهم .

" ينطبق على فروع " : قيد الانطباق لابد منه وهو بمعنى الاشتمال على احكام الجزئيات حتى تعرف هذه الأحكام من القاعدة ؛ لأن الفروع سابقة للقاعدة .

" فقهية " : قيد في التعريف يخرج به غير القاعدة الفقهية كالقاعدة النحوية كقاعدة " كل مبتدأ مرفوع " وغيرها من قواعد الفنون الأخرى .

" مباشرة " : قيد يخرج القاعدة الأصولية فإنها يستخرج منها حكم الفروع الفقهية بواسطة وليس مباشرة ، ومثال ذلك في القاعدة الأصولية " النهي يقتضي التحريم "[١] أفادت حرمة القتل ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى : ﴿ **ولا تقتلوا النفس** ﴾[٢] . أما القاعدة الفقهية يستنبط منها الحكم مباشرة ، ومثال ذلك : قاعدة " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه "[٣] أفادت منع قاتل مورّثه من الميراث مباشرة بغير واسطة .

" من أكثر من باب " : قيد يخرج الضابط ؛ لأنه يشتمل على الجزئيات من باب واحد .

تعريف الضابط لغة واصطلاحاً

الضابط لغة :

هو : اسم فاعل من الضبط وهو حفظ الشئ بحزم .[٤]

الضابط اصطلاحاً :

يمكن أن يعرّف بتعريف القاعدة الفقهية مع حذف القيد الذي أخرجه بقول :

هو : حكم كلي ينطبق على فروع فقهية لتعرف أحكامها منه مباشرة من باب واحد .

---

(١) انظر : القواعد لعلي بن عباس " ابن اللحام " ص (٢٥١) تحقيق : أيمن صالح شعبان الطبعة الأولى (القاهرة : دار الحديث ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) .

(٢) سورة الأنعام : الآية (١٥١) .

(٣) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٩٩/١ تعريب : المحامي فهمي الحسيني ، الطبعةالأولى (بيروت : دار الجيل ١٤١١هـ - ١٩٩١م) ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٥٢) ؛ وانظر : الأشباه والنظائر لابن الوكيل تحقيق ودراسة : د/ أحمد بن محمد العنقري ، الطبعة الأولى (الناشر : السعودية ، الرياض - مكتبة الرشد ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م) . تحت عنوان " المناقضة بنقيض المقصود " ؛ والمنثور للزركشي ١٨٣/٣ تحت عنوان " المعارضة بنقيض المقصود وعدمه " .

(٤) انظر : الصحاح للجوهري ١١٣٩/٣ ؛ والقاموس المحيط للفيروزابادي ص (٨٧٢) ؛ ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٨٦/٣-٣٨٧ .

المطلب الثاني : العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

بالنظر إلى تعريفي القاعدة والضابط تتبين العلاقة بينهما من وجهين : وجه اتفاق ، ووجه اختلاف كما يلي :

وجه الاتفاق :

تتفق القاعدة مع الضابط في أن كلاً منهما ينطبق على عدد من الفروع الفقهية لتعرف أحكامها منه .

وجه الاختلاف :

لم يفرّق المتقدمون بين القاعدة والضابط ، ولم يتضح التمييز بينهما شائعاً إلا في العصور المتأخرة حتى أصبح تداول وجه الاختلاف بين الباحثين في الفقه الاسلامي مستقراً إلى يومنا هذا . وهو : أن القاعدة تنطبق على الفروع لتعرف احكام الفروع من القاعدة من أبواب كثيرة فقاعدة " كل شئ في القرآن فيه [أو] فهو على التخيير" [(١)] تدخل في عدة ابواب فقهية كالحج ، والحدود والأيمان .

أما الضابط فينطبق على الفروع الفقهية من باب واحد فالضابط : " كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور " . [(٢)] خاص بباب الخيار في البيع لا يتعداه إلى غيره [(٣)] .

---

(١) انظر : الأم للإمام الشافعي ١٨٨/٢ . تصحيح محمد زهدي النجار ، الطبعة الثانية (بيروت لبنان : دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م) .

(٢) الأشباه والنظائر لابن الملقن ص (٥٧٧) ؛ والشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٣/١ ؛ وانظر : شرح الضابط ص (٩٣) من هذا البحث .

(٣) انظر : القواعد للمقّري ٢١٢/١ ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١ ؛ وشرح الكوكب المنير ٣٠/١ والأشباه والنظائر في النحو للسيوطي ٢٥/١-٢٦ تحقيق د / فائز ترحيني ، الطبعة الأولى (دار الكتاب العربي ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٦٦) ؛والقسم الدراسي من قواعد المقري د/ أحمد بن حميد ١٠٨/١-١٠٩ ؛ والقسم الدراسي من قواعد الحصني د/ عبد الرحمن الشعلان ١١/١ ؛ والقواعد والضوابط عند شيخ الاسلام للأستاذ ناصر الميمان ص (١١٩) .

المطلب الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

إن الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية مبني أن علم الفقه علم مستقل ، وأصول الفقه علم مستقل ، ولكل علم منهما قواعده الخاصّة به ، وذلك مع ما بينهما من العلاقة .

ولكي نستجلي هذه الفروق ونبين استقلال كل من القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية نطرق الموضوع من وجوه :

الأول : من جهة الاستمداد

فالقواعد الفقهية مستمدة من الأدلة الشرعية والمسائل الفرعية المتشابهة . أما القواعد الأصولية " علم الأصول " فمستمد من ثلاثة أشياء :

أ/ علم التوحيد .

ب/ علم العربية .

ج/ تصوّر الأحكام .

ووجه الحصر في استمداد كل منهما الاستقراء .[١]

الثاني : من جهة المتعلّق والموضوع :

فموضوع القاعدة الفقهية أفعال المكلفين فهي متعلقة بها . أما موضوع القاعدة الأصولية فهو الأدلة الشرعية فهي متعلقة بها .

فمثلاً : القاعدة الفقهية :

" المشقة تجلب التيسير "[٢] متعلقة بكل فعل من أفعال المكلف تكون فيه مشقة معتبر شرعاً .

والقاعدة الأصولية :

" الواجب المخيَّر يخرج المكلف عن العهدة فيه بفعل واحد مما خير فيه " . متعلقة بكل دليل فيه واجب مخيَّر .[٣]

---

(١) انظر:الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/٥-٦؛ وتيسير التحرير ١/٤٦-٤٨؛وشرح الكوكب المنير ١/٤٨ .

(٢) القواعد للمقّري ١/٣٢٦-٣٢٧ ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٤٨ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٧٦) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٧٥) الطبعة الأولى (بيروت : لبنان ، دار الكتب العلمية ١٤١٣هـ-١٩٩٣م) .

(٣) انظر : القسم الدراسي لكتاب القواعد لتقي الدين الحصني ١/١٣ .

الثالث : من جهة الفائدة والثمرة :

القاعدة الفقهية يستفيد منها الفقيه والمجتهد وكذلك المتعلم عموما حيث تيسّر عليه معرفة أحكام المسائل .

أما القاعدة الأصولية فيستفيد منها المجتهد وغيره خاصة في الاستنباط . (١)

الرابع : من حيث مسائل كل منهما :

فمسائل القاعدة الفقهية : القواعد وكيفية تطبيقها على الفروع المتشابهة . أما مسائل القواعد الأصولية فعائدة إلى الاستنباط وأركانه الأربعة : الحكم ، والدليل ، وطرق الاستنباط ، وشروط المستنبط . (٢)

---

(١) انظر : مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور ص (٦) (تونس : الشركة التونسية ١٩٧٨م) .

(٢) انظر : أطروحة القواعد والضوابط عند شيخ الاسلام لناصر الميمان ص (١٢٢) .

المطلب الرابع : العلاقة بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

النظرية مشتقة من النظر والنظر لغة : الفكر في الشئ وتأمله . [١]

والنظري اصطلاحاً : هو ما يحصل بالنظر والاستدلال . كالعلم بان الواحد عُشر عُشر المائة . [٢]

وعلم النظريات الفقهية اصطلاح حديث في الفقه الاسلامي[٣] ، تُجمَع فيه موضوعات متشابهة من أبواب الفقه المختلفة وفق أركان وشروط وقواعد وضوابط وروابط في وحدة موضوعية .

ويعرّف النظرية الفقهية أستاذنا الدكتور / أحمد فهمي أبو سنّة بأنها : " **القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي تحته موضوعات متشابهة ، في الأركان والشروط ، والأحكام العامة كنظرية الملك ، ونظرية العقد ، ونظرية البطلان** "[٤] .

وفي بيان معنى النظرية يقول الأستاذ الزرقاء :

" ومعنى هذه النظريات .... تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلّف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً منبثاً في الفقه الاسلامي..... وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه الأحكام ، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها . وفكرة العقد وقواعده ونتائجه ، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها ، وفكرة النيابة وأقسامها ، وفكرة البطلان والفساد والتوقف.... وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه ، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الإلتزامات.... "[٥] .

وبين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية وجه اتفاق وأوجه اختلاف .

فأما وجه الاتفاق فهو : أن كل منهما يشتمل على مسائل من أبواب متفرقة . [٦]
وأما أوجه الاختلاف الأساسية بينهما فتتلخص في ثلاثة أمور :

---

(١) انظر : القاموس المحيط ص (٦٢٣) .

(٢) شرح الأخضري على سلمه ص (٢٥) .

(٣) لا مشاحّة في الاصطلاح إذا لم يكن هنالك محظور .

(٤) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية ص (٤٤) (مصر : مطبعة التأليف ١٣٨٧هـ – ١٩٦٧م) .

(٥) المدخل الفقهي العام ٢٣٥/١ ، الطبعة التاسعة (دمشق مطابع ألف باء ١٩٦٧–١٩٦٨م) .

(٦) انظر : قواعد المقّري – القسم الدراسي ١٠٩/١ .

الأول : القاعدة الفقهية تنطبق على فروع فقهية لتعرف أحكامها منه مباشرة كقاعدة " ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض "[١] فهذه القاعدة تتضمن حكماً فقهياً في المسائل التي فيها تخيير ، بخلاف النظرية فلا تتضمن أحكاماً في لفظها كنظرية الضمان أو البطلان .[٢]

الثاني : أن القاعدة الفقهية لا تشتمل على شروط وأركان بخلاف النظرية الفقهية فإنها تشتمل على ذلك .[٣]

الثالث : أن القاعدة الفقهية أخص من النظرية ، والنظرية اعم بحيث إنها تشتمل على عدد من القواعد تندرج تحتها ، فمثلاً : القواعد التالية :

١- العادة محكّمة .

٢- إستعمال الناس حجة يجب العمل بها .

٣- لا ينكر تغيُّر الفتوى بتغير الأزمان .

٤- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .

٥- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

٦- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

٧- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

فهذه القواعد يمكن أن تكون تحت عنوان " نظرية العرف " .[٤]

والجدير بالذكر ان موضوع هذا البحث الذي بين أيدينا يصلح أن يكون نظرية فقهية بعنوان " نظرية التخيير " . وقد نوّه إلى ذلك الشيخ محمد أبو زهرة تحت عنوان مقارب وهو " قواعد الخيارات " حيث قال :

" إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية ، وهي التي مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الاسلامي .... كقواعد الملكية في الشريعة الاسلامية ، وكقواعد الضمان وكقواعد الخيارات ، وكقواعد الفسخ بشكل عام "[٥] .

---

(١) المنثور للزركشي ٢٢٥/١ ؛ وانظر : شرح القاعدة ص (٧٤) من هذا البحث .

(٢) انظر : قواعد المقري – القسم الدراسي د/ أحمد بن حميد ١٠٩/١ .

(٣) انظر : النظريات الفقهية العامة للمعاملات في الشريعة الاسلامية ص (٤٤) .

(٤) انظر : شرح المجلة لعلي حيدر ٤٤/١-٥١ .

(٥) أصول الفقه ص (١٠) (مصر : دار الفكر العربي) .

المبحث الثاني
في قواعد التخيير

ويشتمل على ستة مطالب :

المطلب الأول : قواعد في كيفية الاختيار

المطلب الثاني : قاعدتان في بيان المراد

المطلب الثالث : قاعدة في التوكيل في الاختيار

المطلب الرابع : قواعد في مناط ومتعلق التخيير

المطلب الخامس : قاعدتان فيما يترتب على الاختيار وعدمه

المطلب السادس: قواعد [أو] التي للتخيير

المطلب الأول : قواعد في كيفية التخيير

القاعدة الأولي : ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض[١]

هكذا ذكرها الزركشي[٢] مع استثناء أورده في القاعدة فقال : " إلا أن يكون الحق لمعيّن ورضي " . واخترت الصياغة أعلاه لثلاثة أسباب :

الأول : دأب علماء القواعد إلى وضع قواعد دون استثناء الفروع من اللفظ وعليه يمكن أن يكون لفظ " إلا أن يكون الحق لمعين ورضي " مستثنى كسائر الفروع المستثناه .

الثاني : إذا اعتبرنا الفروع الخارجة عن القاعدة ووضعنا لها قيوداً في لفظ القاعدة يلزمنا هنا أن نضع قيداً آخر في القاعدة يخرج لنا تعدد الدافع ؛ لأن الزركشي بعد ذكر فروع القاعدة قال : " هذا كله عند اتحاد الدافع... "[٣] .

الثالث : أن القاعدة الفقهية تمتاز في الغالب بقلة الألفاظ وقصر العبارة وهي قاعدة لفروعها وما خرج منها يدخل تحت قاعدة أخرى .[٤]

معنى القاعدة:

يدل لفظ القاعدة على أنه لا يجوز الخلط والتلفيق بين جنسين أو أكثر من الأشياء المخير فيها بحيث يقوم المخيَّر بفعل جزء من أحد الخصال المخير فيها كنصفها أو ثلثها مع جزء من خصلة أخرى .

دليل القاعدة :

ويمكن أن نستدل لهذه القاعدة بما يفهم من أدلة الفروع المندرجة تحتها من وجهين :

الأول : بأن التخيير يقتضي في أصل اللغة المغايرة بين الأشياء المخير فيها فلا يجوز الخلط بينها بالتبعيض .[٥]

---

(١) المنثور للقواعد للزركشي ٢٢٥/١ ؛ وانظر : فتح الباري ٦٠٣/١١ .

(٢) هو محمد بن بهادر بن عبد الله أبو عبد الله عالم بفقه الشافعية والأصول تركي الأصل مصري المولد من كتبه : " خبايا الزوايا في الفروع " و " شرح الأربعين النووية " و " تكملة شرح المنهاج للنووي " توفي سنة٧٩٤هـ . انظر : الدرر الكامنة ٣٩٧/٣ ؛ وشذرات الذهب ٣٣٥/٦ .

(٣) المنثور للزركشي ٢٥٧/١ .

(٤) انظر : المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ٩٤٧/٢ .

(٥) انظر : نيل الأوطار ٢٤٣/٥ .

الثاني : إن الشارع خيّر بين هذه الخصال فلو أراد الخيار بينها مبعّضة لذكر ذلك ، فالاقتصار على خصال معينة ينفي ما سواها ؛ لأن ما سواها خصال أخرى وتجويزها يخالف الدليل[١] ؛ لذا لا يجوز التبعيض .

فمثلاً : في كفارة الأيمان يقول الله تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾[٢] . فظاهر الآية يفيد التخيير بدلالة [أو] بين ثلاث خصال . فليس هنالك ما يدل على التبعيض .

فروع القاعدة :

لهذه القاعدة فروع كثيرة منها :

- لا يجوز في كفارة اليمين أن يطعم خمسة ويكسو خمسة .[٣]
- ومنها : لا يجزئ في زكاة الفطر لشخص واحد صاع من جنسين على الأصح عند الشافعية .[٤]
- ومنها :" الشفيع مخير بين الأخذ بالشفعة والترك فلو أراد أخذ بعض الشقص فليس له ذلك .[٥]
- ومنها : ولو اشترى معيبين صفةً واحدة تخير بين ردّهما أو تركهما معاً ، وليس له رد أحدهما وترك الآخر .[٦]
- ومنها : أن الشرع خيَّر المتوضئ بين غسل الرجلين والمسح على الخفين ولو أراد أن يغسل أحدى الرجلين ويمسح علىالأخرى لم يجز .[٧]

مستثنيات القاعدة :

لهذه القاعدة مستثنيات خارجة عن مجال تطبيقاتها وهي عبارة عن قيود لإطلاق القاعدة كما يلي :

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٣/٢٧ .

(٢) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٥٥ .

(٤) انظر : المرجع السابق ١/٢٥٥ .

(٥) المنثور للزركشي ١/٢٥٦ .

(٦) المرجع السابق ١/٢٥٦ .

(٧) المرجع السابق ١/٢٥٧ .

القيد الأول :

ما جاز فيه التخيير يجوز فيه التبعيض إذا تعدد الدافع . (١)

فروع القيد :

– لو كان لهما عبد وهما مختلفا القوت فالأصح عند – الشافعية – أنه يخرج كل واحد منهما لزكاة فطر هذا العبد نصف صاع من قوته ؛ لأنه لم يبعّض ما عليه وطرد ابن سريج(٢) المنع . وقال المخرج عنه واحد فلا يبعّض واجبه . (٣)

– ومنها : " لو قتل ثلاثة محرمون ظبية فعليهم جزاء واحديخيّر فيه بين شاة ، أو صيام ، أو إطعام ، فلو أخرج أحدهم ثلث شاة وأطعم الثاني بقيمة شاة ، وصام الآخر عدل ذلك فإنه يجزئ اتفاقاً " . (٤)

القيد الثاني :

ما جاز فيه التخيير يجوز فيه التبعيض إذا كان الحق لمعين ورضي . (٥)

معنى القيد :

يجوز التبعيض في التخيير إذا كان الشخص المخيَّر مالك لما يقع فيه التخيير وهذا الشخص معين ورضي بإسقاط بعض حقه فله ذلك كما له إسقاط حقه كله .

فروع القيد :

الجبران في الزكاة فلو لزمه بنت مخاض فعدمها وعنده بنت لبون دفعها وأخذ شاتين أو عشرين درهماً . ولو لزمته بنت لبون وعنده حقّة دفعها وأخذ شاتين أو عشرين درهماً والخيار للشاتين والدراهم لدافعها ولا تجزئ شاة وعشرة دراهم عن جبران واحد ؛ لأن الشارع خيّر بين

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ٢٥٧/١ ؛ وانظر : إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل لعبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني ٢٨٩/١–٢٩٠ تحقيق د/ عمر بن محمد بن عبد الله السبيل (مطابع جامعة أم القرى – مركز البحث العلمي وإحياء التراث الاسلامي) .

(٢) ابن سُرَيْج : هو أبو العباس أحمد بن عمر البغدادي القاضي الشافعي . له مصنفات منها : " الودائع لمنصوص الشرائع " . انظر : طبقات الشافعية ٢١/٣–٣٩ ؛ وتهذيب الأسماء واللغات ٢٥١/٢–٢٥٢ ؛ وسير أعلام النبلاء ٢٠١/٤–٢٠٤ ؛ والبداية والنهاية ١٢٩/١١ .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ٢٥٧/١ .

(٤) المرجع السابق ٢٥٧/١–٢٥٨ .

(٥) انظر : المرجع السابق ٢٥٨/١–٢٥٩ .

شاتين وعشرين درهماً فامتنع التبعيض فإن كان المالك هو الآخذ ورضي جاز ؛ لأن له إسقاط حقّه كله وهومعّين بخلاف الساعي ؛ لأن الحق للفقراء وهم غير معيّنين . [١]

قواعد مندرجة تحت القاعدة الأولى

القاعدة الأولى : التخيير في الجملة هل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا ؟ [٢]

هذه القاعدة بصيغة الاستفهام الدال على الخلاف سواء كان هذا الاختلاف في المذهب[٣] أو بين المذهب والمذاهب الأخرى[٤] . فمنشأ الخلاف في القاعدة التخيير بين الخصال المخير بينها هل يفيد التخيير ويقتضيه في أبعاضها وأجزائها ام لا ؟ وهي مسألة التلفيق بين جنسين أو أكثر من الأنواع المخير فيها . ففي هذه المسألة قولان والصحيح عدم التبعيض ؛ وذلك بناء على ما في القاعدة التي اندرجت تحتها هذه القاعدة إلا ما استثني . [٥]

فروع القاعدة :

انظر فروع القاعدة الكبرى .

القاعدة الثانية : من خُيِّر بين شيئين وأمكنه الأتيان بنصفيهما معاً فهل يجزئه أم لا ؟ [٦]

هذه القاعدة كما هي واضحة بصيغة الاستفهام الدال على الخلاف فيها كما هو مقرر عند علماء القواعد الفقهية .

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٥٨-٢٥٩ .

(٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأحمد بن يحيى الونشريسي ص (٢٠٢) تحقيق : أحمد بو طاهر الخطابي (صندوق إحياء التراث الاسلامي المشترك بين المملكة المغربية والأمارات العربية – الرباط ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م) وانظر : شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ص (٢٠١)للمنجور أحمد بن علي . تحقيق : محمد الشيخ محمد الأمين رسالة دكتوراه – الجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة شعبة الفقه ١٤١٢هـ-١٩٩٢م . (دار : عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر والتوزيع) .

(٣) انظر : إيضاح المسالك ص (٢٠٢) .

(٤) هذا بينته القاعدة السابقة . انظر : المنثور للزركشي ١/٢٥٥ وما بعدها .

(٥) انظر : المرجع السابق وانظر : إيضاح المسالك هامش رقم (٣) من ص (٢٠٢) .

(٦) القواعد لابن رجب ص (٢٩٩) ؛ وانظر : المنثور للزركشي ١/٢٦٠ .

فروع القاعدة :

لهذه القاعدة فروع من أوضحها :

- إذا أعتق في الكفارة نصفي رقبتين فإن كان باقيهما حراً جاز في الأصح عند الشافعية[1] ووجهاً واحداً عند الحنابلة ؛ وذلك لأن الشارع متشوّف لتكميل العتق وإن كان غير ذلك اختلف فيه على وجهين . [1]

القاعدة الثالثة : " لا يبعّض الصاع في الفطر ، إلا إذا اعتبر بلد المؤدي في العيد ونحوه وهو ضعيف " [2]

والذي يتبين لي أن الضعف راجع إلى الاستثناء بعد إلا . والأنسب أن نطلق على ما ذكر أنه ضابط وليس قاعدة . ولعل المصنف أطلق عليه قاعدة باعتبار القاعدة المندرج تحتها . [3]

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٠/١ ؛ و القواعد لابن رجب ص (٢٩٩) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٤٥) .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١-١٢ .

القاعدة الثانية : [يقع التخيير بين جنسين أو أكثر حكمها واحد] [١]

معنى القاعدة :

هذه القاعدة في التخيير في أفعال المكلّف حيث توضح وقوع التخيير بين جنسين أو أكثر حكمها واحد كواجبين أو أكثر ، أو مندوبين أو أكثر ، أو مباحين أو أكثر ، ولا يقع التخيير في المحرم[٢] والمكروه ، ولا بين مباح وحرام . فهذه القاعدة تمنع التخيير بين الشئ وبعضه ، وهذا ما استقر عليه المتأخرون من أهل العلم . [٣]

دليل القاعدة :

إن هذه القاعدة من القواعد التي أدركها العلماء بالتتبع وتصفّح الجزئيات ، فليس لها دليل تنبني عليه أو أخذت منه مباشرة[٤] ، فأهل العلم تتبعوا مسائل التخيير فوجدوا أن التخيير يقع بين جنسين أو أكثر من أفعال المكلفين حكمها واحد .

فروع القاعدة :

فروع هذه القاعدة هي مسائل التخيير في الواجب ، والمسنون ، والمباح .

فمن الواجب :

التخيير في كفارة الأذى للمحرم ، وفي جزاء الصيد للمحرم ، وفي كفارة اليمين .

---

(١)انظر : المنثور للزركشي ٢٦٣/١ .

وهذا ما ذهب إليه جمهور أهل العلم ، وخالفه القرافي وقال بجواز التخيير بين الواجب والمندوب ، وتعقّب ابن الشاط القرافي فأبطل ما ذهب إليه وأيّد مذهب الجمهور . انظر : الفروق ٨/٢-١١ ؛ وحاشية الفروق المسمّاة إدرار الشروق لابن الشاط ، في نفس الصفحات .

(٢) أقصد بذلك أن يحرم الشارع شيئين أو أكثر ثم يخير بينها ؛ لأن التخيير بهذه الصورة يرفع التحريم .

(٣) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٠/١ . وجوّز ابن الرفعة التخيير بين الشئ وبعضه واستدل بتخيير المسافر بين إتمام الصلاة وقصرها ، وتخيير من لا تجب عليه الجمعة بين الجمعة ركعتين والظهر أربعاً ، وهذاليس صحيحاً ؛ لأن الركعتين في حال القصر ليستا الركعتين المجتمعتين مع الركعتين الأخريين من الأربعة . انظر : إدرار الشروق لابن الشاط ٨/٢-٩ .

(٤) أعني بالإستمداد هنا الإستمداد المباشر القريب . وإلا فهي راجعة في آخر الأمر أن تكون مستمدة من ادلة الفروع المندرجة تحتها . وبهذا يتبين أن القواعد تنقسم باعتبار إستمدادها إلى قسمين : قسم مستمد من نص أو عدة نصوص ومثال ذلك : القواعد الخمس الكلية . وقسم مستمد من المسائل المتشابهة . انظر : كتاب القواعد لتقي الدين الحصني – القسم الدراسي ص (٢٠) .

ومن المسنون :

التخيير بين نوعي الإقامة شفعها ووترها ، وبين ادعية الاستفتاح في الصلاة ، وانواع التشهد .

وفي المباح : في قوله تعالى : ﴿ نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾[١] وقوله عز وجل ﴿ كلوا من طيبات ما رزقناكم ﴾[٢]

إيراد على القاعدة :

أُورد على هذه القاعدة تخيير النبي صلى الله عليه وسلم بين الخمر واللبن في حديث الإسراء[٣] ، وهو تخيير بين حرام ومباح .

ويُجاب عنه : بان هذا إيراد ضعيف ؛ لأن هذا التخيير خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم وهذا يخرجه عن المعنى الاصطلاحي للتخيير . وأُجيب عنه أيضاً بأجوبة منها :

- أن هذا تخيير بين مباحين ؛ لأن الخمر حرّمت بالمدينة .[٤]
- وبأن هذا التخيير كان في السماء ولا تكليف فيها .[٥]
- وأن المراد تفويض الأمر إلى ما يحرم منها إلى اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم فاجتهد واختار الصواب والفطرة .[٦]

---

(١) سورة البقرة : الآية (٢٢٣) .

(٢) سورة البقرة : الآية (٥٧) .

(٣) حديث الإسراء : " قال أبو هريرة : أُتِيَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة أُسري به بايلياء بقدحين من خمر ولبن فنظر إليهما فأخذ اللبن . قال جبريل : الحمد لله الذي هداك للفطرة لوأخذت الخمر غوت امتك " . البخاري مع الفتح ٢٤٣/٨ (كتاب) التفسير ، (باب) ﴿ أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام ﴾ برقم ٤٧٠٩ ؛ وصحيح مسلم مع شرح النووي (كتاب) الإيمان ، (باب) الإسراء برسول الله صلى الله عليه وسلم إلى السموات وفرض الصلوات .

(٤) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٣/١-٢٦٤ ؛ وفتح الباري ٣٦/١٠ .

(٥) انظر : المراجع والصفحات السابقة .

(٦) انظر : المراجع والصفحات السابقة .

المطلب الثاني : قاعدتان في بيان المراد

القاعدة الأولي

ما له فعله إذا فعله واحتمله واحتمل غيره رجع إلي بيانه[١]

معنى القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد الراجعة إلى نيّة المخيَّر في بيان مراده من الفعل أو القول في الأخذ بأحدى الخصلتين أو الخصال المخيّر بينها . فإذا احتمل قوله أو فعله خصلتين أو أكثر ولم يعرف مراده في تحديد الخصلة التي اختارها ، يرجع إلى بيانه في تحديد قصده ومراده .

دليل القاعدة :

كل أدلة القاعدة الكبرى " **الأمور بمقاصدها** "[٢] تصلح دليلاً لهذه القاعدة ومن أهمها حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيّات وإنما لكل امرئ ما نوى "[٣] .

ويستدل لهذه القاعدة أيضاً من ادلة فروعها بما روي عن أبي موسى رضي الله عنه " أنه قدم من اليمن محرماً قال : لبيك بإهلال كإهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال صلى الله عليه وسلم : أحسنت "[٤]. فأقره النبي صلى الله عليه وسلم .

ويستدل لها أيضاً بـ" جواز فسخ الحج إلى العمرة للقارن والمفرد إذا لم يقفا بعرفة ، ولا ساقا هدياً ، فإذا جاز صرف الإحرام المعين إلى غيره ، فصرف الإحرام المطلق أولى " .[٥]

---

(١) المنثور للزركشي ٢٦٤/١ .

(٢) انظر : القاعدة ومزيداً من أدلتها في المنثور للزركشي ؛ والقواعد للمقّري ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ٥٤/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٨-٩) ؛ ؛ والشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٩ ، ٢٧) ؛ وشرح القواعد لأحمد بن محمد الزرقا (دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م) .

(٣) رواه البخاري مع الفتح ١٥/١ (كتاب) ، بدء الوحي ، (باب) كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقم (١) ؛ ومسلم مع النووي ٥٣/١٣-٥ (كتاب) الإمارة ، (باب) قوله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيّات " .

(٤) رواه مسلم مع النووي ١٩٨/٨ (كتاب) الحج ، (باب) جواز تعليق الإحرام .

(٥) إيضاح الدلائل للدريراني ٢٥٥/١ .

فروع القاعدة :

يندرج تحت هذه القاعدة فروع منها :

- إذا أحرم بالحج مطلقاً فله صرفه إلى ما شاء من الأنساك الثلاثة . [١]

- ومنها : لو قال عفوت عنك أو قال عفوت عن أحدهما ولم يذكر قصاص ولا دية يرجع إلى بيانه وما بيّنه لزم . [٢]

القاعدة الثانية

ما يخيّر فيه إذا اختار أحد الأمرين ثم اختار الآخر قد يلزمان [٣]

معنى القاعدة :

هذه القاعدة في التخيير في بيان المراد من تعيين إيقاع الطلاق والظهار وغير ذلك ، فإذا اختار أحد الأمرين مبيناً لمراده ثم عدل عنه إلى الأمر فقد لا يقبل رجوعه ويلزمه الأمران . فالأول يلزم باختياره له أولاً مع عدم قبول الرجوع ، والثاني باختياره له بعد الرجوع عن الأول .

دليل القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة بالمعقول كما يلي :

كما ذكرنا أن التخيير في هذه القاعدة تخيير في بيان المراد فإذا بيّن أنه أراد بالحكم هذا الأمر (كمن عيّن إحدى زوجتيه في قوله : إحداكما طالق) فقد ارتبط الحكم بسببه فوقع ، فإذا أراد رفع الحكم الأول وإيقاع الحكم الثاني لم يرتفع الحكم الأول ويقع الحكم الثاني مع الأول ؛ لوجود سببه فيلزم الأمران بانعقاد سبب كل واحد منهما .

فروع القاعدة :

لهذه القاعدة فروع منها :

لو قال لزوجته أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى الطلاق والظهار يخيّر فما اختاره لزمه ،

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٤/١ .

(٢) انظر : المرجع السابق .

(٣) المنثور للزركشي ٢٦١/١ . ويمكن أن تقلب هذه القاعدة فتكون ما خير فيه إذا اختار أحد الأمرين ثم اختار الآخر فلا يلزمان . على أن تكون فروع القاعدة مستثناة ، ومستثنيات القاعدة فروع ؛ وذلك لكثرة الفروع المستثناة .

(٤) انظر : المرجع السابق ٢٦٢/٢ .

فلو اختار الطلاق ثم قال : لا بل اختار الظهار ، وقع الطلاق والظهار . [١]

ومنها لو قال لزوجتيه : إحداكما طالق ثم قال : أردت هذه بل هذه وقع الطلاق عليهما . [٢]

بيان محترزات القاعدة :

إن كل فروع التخيير التي لا يعتبر فيها التخيير في بيان المراد تعتبر خارجة عن هذه القاعدة وهو ما قيّد في القاعدة ب" قد يلزمان " فهو قيد يخرج به كل ما لا يلزم فيه الأمران كما في خصال الكفارة : فلو اختار إحدى الخصال ثم رجع فاختار غيرها فلا يلزمان .كذلك لو اختار من ملك مائتين من الإبل خمس بنات لبون ثم رجع واختار أربع حقاق فلا يلزم الأمران . وكذلك إذا دُفع المميِّز إلى أحد الأبوين باختياره له ، فرجع واختار الآخر حوّل إليه ولا يلزم أن يكون عندهما . [٣]

---

(١) انظر : المنثور ٢٦١/١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ ؛ والبحر المحيط ٢٠٠/١-٢٠١ .

المطلب الثالث : قاعدة في التوكيل في الاختيار

كل خيار يرجع إلي الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه وكل خيار يرجع إلي الإرادة والشهوة لا يجوز التوكيل فيه وكل خيار تردد بينهما ففيه خلاف [1]

معنى القاعدة :

هذه القاعدة قسمت التخيير إلى ثلاثة اقسام من حيث جواز التوكيل وعدمه ، وهذا التقسيم ينبني على تقسيم التخيير إلى قسمين : تخيير حظ ومصلحة ، وتخيير إرادة وشهوة .

فما يرجع من التخيير إلى الحظ والمصلحة فإنه يجوز فيه التوكيل ، وما يرجع من التخيير إلى الإرادة والشهوة فلا يجوز فيه التوكيل . والقسم الثالث متردد بين القسمين السابقين ، بحيث يكون باعتبار تخيير حظ ومصلحة ويكون باعتبار آخر تخيير إرادة وشهوة .

دليل القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة من المعقول : بأن عقد الوكالة عقد جائز شرعاً في كل ما يقبل التوكيل فيه فهناك أمور لا يتصور فيها التوكيل ولا يجوز ، ومن هذه الأمور الحب ، والميل ، والإرادة . فإنها أمور معنوية باطنة تتعلق بالشخص فلا يجوز فيها التوكيل ؛ فلذلك لا يجوز التوكيل في خيار الإرادة والشهوة ويجوز في خيار الحظ والمصلحة .

لذا اشترط الفقهاء في الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة فيه ، ومعنى قبول النيابة عندهم

---

(١) المجموع المُذْهب في قواعد المذهب للحافظ خليل بن كيكلدي العلائي – لوحة ٢٥٠/ب . مصور في ميكروفيلم بجامعة أم القرى – مركز البحث العلمي وإحياء التراث الاسلامي برقم (٢٧١) .

بعد أن اطلعت على المخطوط نما إلى علمي أن المخطوط قد اكتمل تحقيقه بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة ، فرحلت إلى المدينة النبوية ووقفت على الرسائل ، وهي عبارة عن خمس رسائل الأولى للباحث : محمد عبد الغفار بن عبد الرحمن دكتوراه ١٤٠٦هـ . والثانية للباحث إبراهيم جالو ماجستير ١٤١٤هـ . والثالثة : للباحث حسن أحمد حسن ماجستير ١٤١٤هـ . والرابعة : للباحث محمد صالح فرج ماجستير ١٤١٤هـ . والخامسة للباحث سراج الدين بلال ماجستير ١٤١٤هـ .

والقاعدة في أطروحة الباحث سراج الدين بلال . من قواعد في البيوع إلى نهاية المخطوط مع مقارنة بكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك . ص (١٥٣) . وانظر القاعدة أيضاً في : الأشباه والنظائر لابن السبكي١/٣١٠ .

إمكان حلول شخص مكان شخص آخر في القيام به ولا يتعيّن الإتيان من قبل الشخص نفسه ؛ لأن ما تعيّن إتيانه من قبل الشخص نفسه لا يملك النيابة فيه . (١)

جاء في بُلغة السالك : " اعلم أن الفعل الذي طلبه الشارع في الشخص ثلاثة أقسام : الأول : ما كان مشتمل على مصلحة منظور فيها لخصوص الفاعل وهذا لا تحصل مصلحته إلا بالمباشرة وتمنع فيه النيابة قطعاً ، وذلك كاليمين والدخول في الإسلام والصلاة ووطء الزوجة ... الثاني : ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لذات الفعل من حيث هو ، وهذا لا يتوقّف حصول مصلحته على المباشرة وحينئذٍ فتصح فيه النيابة قطعاً ، وذلك كرد العواري والودائع والمغصوبات وقضاء الديون وتفريق الزكاة ونحوها فإن مصلحة هذه الأشياء إيصال الحقوق لأهلها بنفسه أو بغيره ؛ فلذلك يبرأمن كانت عليه بالوفاء وإن لم يشعر . الثالث : ما كان مشتملاً على مصلحة منظور فيها لجهة الفعل ولجهة الفاعل وهو متردد بينهما . (٢)

فروع القاعدة :

من فروع القسم الأول خيار الحظ والمصلحة :

- خيار الشرط يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه .
- ومنها خيار العيب يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه .
- ومنها تخيير الإمام في الأسرى يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه .

ومن فروع القسم الثاني خيار الإرادة والشهوة :

- تخيير من أسلم على أكثر من أربع نسوة أو أسلم على أختين فإنه تخيير إرادة وشهوة فلا يجوز التوكيل في اختيار أربع منهن أو إحدى الأختين .

ومن فروع القسم الثالث المتردد بين القسمين السابقين : خيار الرؤية إذا جوّزنا بيع الغائب فإن فيه خلافاً في جواز التوكيل وعدم جوازه . (٣)

---

(١) انظر : الوكالة في الشريعة والقانون لمحمد رضا عبد الجبار العاني ص (١٨٠-١٨١) (مطبعة العاني - بغداد ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م) .

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد الصاوي " على الشرح الصغير " ١٨٢/٢ الطبعة الأخير (مصر : شركة ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢هـ) .

(٣) انظر : في كل هذه الفروع : المجموع المذهّب في قواعد المذهب للعلائي أطروحة الباحث سراج الدين بلال ص (١٥٣) .

المطلب الرابع : قواعد في مناط ومتعلّق التخيير

القاعدة الأولي

إذا خيّر العبد بين شيئين فأكثر فإن كان التخيير لمصلحته فهو تخيير يرجع إلي شهوته واختياره وإن كان لمصلحة الغير فهو تخيير يلزمه فيه الإجتهادفي الأصلح [١]

معنى القاعدة :

هذه القاعدة قسمت التخيير إلى قسمين من جهة مصلحة النفس ومن جهة مصلحة الغير ثم ارجعت ذلك إلى قسمي التخيير : تخيير شهوة وإرادة ، وتخيير مصلحة واجتهاد . [٢] فما كان من تخيير لمصلحة المخير لا ينوب فيه غيره ، وله الانتقال من خصلة إلى خصلة بهواه . وما كان من تخيير لمصلحة الغير فالتخيير فيه اجتهادي في تحصيل المصلحة . فإذا تبينت المصلحة في خصلة ، فلا يجوز العدول عنها . [٣]

دليل القاعدة :

هذه القاعدة من المسائل المستمدة من المسائل المتشابهة في التصوّر والحكم وليست مستمدة من نص شرعي ، حيث إن أهل العلم تتبّعوا مسائل التخيير فوجدوا أن كل المسائل التي ترجع إلى مصلحة المخير يكون التخيير فيها راجع إلى شهوته واختياره . وكل المسائل التي ترجع إلى مصلحة الغير يلزم فيها الاجتهاد في تحصيل الأصلح .

---

(١) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ص (٨١) .

(٢) انظر : أقسام التخيير ص (٤٦-٤٨) من هذا البحث .

(٣) لذلك جاء في القاعدة " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " . وهذه القاعدة ذكرها الشافعي بقوله : " منزلة الإمام مع الرعية منزلة الولي مع اليتيم " . انظر : شرح المجلة لعلي حيدر ٥٧/١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٢١) ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٢٣) .

فروع القاعدة :

يندرج تحت القسم الأول من القاعدة ، وهومايرجع إلى مصلحة المخير فروع منها :

- التخيير في كفارة اليمين بين إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة . (١)
- ومنها التخيير في جزاء الصيد للمحرم بين ذبح المثل من النعم ، أو تقويمه بطعام يطعم للمساكين ، أو يصوم عن كل مد من ذلك الطعام يوماً . (٢)
- ومنها التخيير في فدية الأذى في الإحرام بين الصيام أو الإطعام أو ذبح شاة . (٣)
- ومنها تخيير مخرج الدية بين مائة من الإبل ، أو مائتين من البقر ، أو ألفين شاة ، أو الف دينار أو اثني عشر ألف درهم . (٤)

ويندرج تحت القسم الثاني من القاعدة وهو ما يرجع إلى مصلحة الغير فروع منها :

- تخيير ملتقط الحيوان في حول التعريف بين حفظه ، والإنفاق عليه ليرجع على صاحبه إذا وجده ، وبين بيعه وحفظ ثمنه ، وبين أكله بعد أن يقوّمه على نفسه يلزمه في كل ذلك فعل الأصلح . (٥)
- ومنها : تخيير الإمام في الأسير الحربي بين قتله ، أو رقّه ، أو أخذ فدائه ، أو المنة عليه ويلزمه فعل الأصلح . (٦)
- ومنها : تصرفات وليّ اليتيم يلزمه فعل الأصلح . (٧)
- ومنها : تصرفات ناظر الوقف يلزمه فعل الأصلح . (٨)

---

(١) القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص (٨١) .

(٢) انظر : المرجع السابق .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) انظر : المرجع السابق .

(٥) انظر : القواعد ولأصول الجامعة للسعدي ص (٨١-٨٢) .

(٦) انظر : المرجع السابق ص (٨٢) ؛ ومسألة التخيير في الأسرى ص (٢٣٣) من هذا البحث .

(٧) القواعد والأصول الجامعة للسعدي ص (٨٢) .

(٨) المرجع السابق .

القاعدة الثانية

ما دخله التخيير من الحقوق إن تعلّق بالذمة كانت الخِيَرَة للدافع [١]

معنى القاعدة :

الذمّة : وصف قائم بالإنسان ، صالح للإلزام ، والإلتزام يزول بالموت . [٢]

ومعنى القاعدة : هنالك حقوق يدخلها التخيير وهذه الحقوق متعلقة بالذمة يكون فيها الخيار لدافع ذلك الحق .

دليل القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد المستمدة من المسائل المتشابهة في التصوّر والحكم وليست مستمدة من دليل شرعي حيث إن الفقهاء تتبعوا مسائل التخيير ، فوجدوا أن كل المسائل التي تتعلق بالذمة يكون الخيار فيها للدافع .

فروع القاعدة : لهذه القاعدة فروع منها :

- كفارة اليمين فإنها متعلقة بالذمة فيكون الخيار فيها للحانث . [٣]
- ومنها : الخيار في الزكاة بين الصعود والنزول لمن لم يجد الفرض يكون للدافع ؛ لأن الحق متعلق بالذمة . [٤]

فروع مستثناة من القاعدة :

يستثنى من هذه القاعدة صور منها :

" العين المقترضة إذا طلبها المالك وأراد المقترض دفع غيرها فإنه يجاب المالك مع أن الحق ثابت في الذمة بناء على انه يملك القرض بالقبض ويثبت بدله في ذمته "[٥] .

منها : لو تملّك اللقطة ثم ظهر مالكها يجوز رجوعه في عينها مع أن البدل ثبت في الذمة بالتمليك وانتقلت العين إلى صاحبها بظهوره في الأصح عند الشافعية . [٦]

---

(١) المنثور للزركشي ١/٢٦٠ .

(٢) انظر : التعريفات للجرجاني ص (١٠٧) ؛ وأنيس الفقهاء ص (١٨٢-١٨٣) ؛ والقاموس الفقهي ص (١٣٨) .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٦٠ .

(٤) انظر : المرجع السابق .

(٥) المنثور للزركشي ١/٢٦١ .

(٦) انظر : المرجع السابق .

القاعدة الثالثة

ما دخله التخيير من الحقوق إن تعلّق بالعين كان الخيار للمستحق [١]

معنى القاعدة :

العين ما يقابل الذمة وهو ما كان قائماً في ملك الإنسان من نقود وعروض . [٢]

ومعنى القاعدة أن الحقوق التي تثبت لمستحقها بتخيير إن تعلق هذا الحق بعين المخير فيه كان الخيار للمستحق أو من يقوم مقامه .

دليل القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد المستمدة من المسائل المتشابهة ولم تستمد من دليل شرعي مباشرة . حيث إن الفقهاء تتبعوا مسائل التخيير فوجدوا أن المسائل المتعلقة في التخيير بالعين يكون الخيار فيها للمستحق .

فروع القاعدة :

لهذه القاعدة فروع منها :

- من ملك مائتين من الإبل ووجد الفرضين فإن المتخيّر هو الجابي نائباً عن المستحق ؛ لأن الحق تعلق بالعين ، وقيل غير ذلك . [٣]
- ومنها : لو كان رأس الجاني الشاج أكبر من رأس المشجوج أقتص من الشاج بقدر رأس المشجوج فقط والخيار في موضع القصاص إلى المستحق ؛ لأنه حق تعلق بالعين . وقيل الخيار للجاني . [٤]

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٦٠ .

(٢) انظر : القاموس الفقهي ص (٢٧٠) .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٦٠ .

(٤) انظر : المنثور للزركشي ١/٢٦٠-٢٦١ .

المطلب الخامس : قاعدتان فيما يترتّب على الإختيار وعدمه

القاعدة الأولي

" من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر " [١]

معنى القاعدة :

مجال العمل في هذه القاعدة في التخيير بين أمرين ، وذلك أن من ثبت له التخيير بين أمرين إما أن يأخذ بهما معاً وهذا مناف للتخيير وقد لا يمكنه الجمع بينهما[٢] . وإما أن يتركهما وهذا سوف يأتي في القاعدة التالية – إن شاء الله – وإما ان يختار أحدهما ، فاختيار أحدهما يلزم منه إسقاط وترك الآخر عنه . وإسقاط وترك أحدهما يلزم منه ثبوت الآخر .

دليل القاعدة :

أن الألفاظ الدالة على التخيير بين أمرين في نصوص الشارع دلّت على هذه القاعدة ، ومن ذلك ما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم : " ....ومن قُتِلَ له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يودي ، وإما يقاد "[٣] . وفي رواية " ....فمن قتل له قتيل بعد مقالتي هذه فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا "[٤] .

فموضع الشاهد في ألفاظ الحديث " إما أن ....وإما أن " " وبين خيرتين " ووجه الإستشهاد أنه تخيير بين أمرين ، فإن قلنا إن الواجب أحدهما فإذا أخذ الأولياء الدية سقط القَوَد ، وإذا عفوا عن الدية ثبت القصاص . فدل ذلك على أن من ثبت له التخيير بين أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر وإن أسقط أحدهما ثبت الآخر .

فروع القاعدة :

يندرج تحت هذه القاعدة صور منها :

– " لو عفى مستحق القصاص عنه وقلنا الواجب احد الأمرين تعيّن له المال ، ولو عفى عن المال

---

(١) القواعد لابن رجب ص (٢٤٤–٢٤٥) ؛ وانظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ .

(٢) انظر : مبحث تقسيمات التخيير ص (٥٢) من هذا البحث .

(٣) سبق تخريجه ص (٢٢) من هذا البحث .

(٤) سبق تخريجه ص (٢٢) من هذا البحث .

ثبت له القود "[١] .

- ومنها : لو اشترى شيئاً فظهر معيباً ثم استعمله دلّ على الرضى وسقط حقّه من الأرش[٢]؛ لأنه رضي بذلك العيب . [٣]

القاعدة الثانية

من ثبت له التخيير بين حقّين وامتنع منهما فإن لم يكن في امتناعه ضرر على غيره تُرك وإن كان ناب عنه الحاكم في اختيار الأحظ إن كان مالياً ، وإن كان غير مالي ألزم بالإختيار [٤]

معنى القاعدة :

الضرر لغة : هو الضيق ، وخلاف النفع[٥]. واصطلاحاً لا يخرج عن المعنى اللغوي وله أقسام . [٦]

إن الإمتناع عن الأخذ بالحقين المخير بينهما أو تركهما لا يؤثر إذا لم يكن الأخذ بأحدهما ملزماً ، ولم يكن في هذا الإمتناع عنهما ضرر على الغير ، فإن حصل الضرر على الغير بامتناعه عنهما فإن هذا الضرر يزال بواسطة الحاكم وذلك باختيار الأحسن بحسب إجتهاده إذا كان الحق مالياً ، وإذا كان الحق غير مالي ألزمه الحاكم بالاختيار .

دليل القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة من المنقول والمعقول :

أولاً : بالمنقول : قال صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار "[٧] . ووجه الدلالة أنه إذا

---

(١) المنثور للزركشي ٢٦٢/١ ؛ وانظر : القواعد لابن رجب ص (٢٤٥) .

(٢) الأرش هو " اسم المال الواجب على ما دون النفس " . التعريفات للجرجاني ص (١٧) ؛ وانظر : أنيس الفقهاء ص (٢٩٥) .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ ؛ والقواعد لابن رجب ص (٢٤٤) .

(٤) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ ؛ والقواعد لابن رجب ص (٢٤٤-٢٤٥) .

(٥) انظر : القاموس المحيط ص (٥٥٠) ؛ والصحاح للجوهري ٧١٩/٢ .

(٦) انظر : شرح القواعد للزرقاء ص (١٠١-١٠٣) .

(٧) الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٧٤٥/٢ (كتاب) ، الأقضية ، (باب) القضاء في المرفق ؛ والحاكم ٥٨/٢ كتاب البيوع وقال حديث صحيح ووافقه الذهبي . وصححه الألباني في إرواء الغليل ٤٠٨/٣ .

حصل ضرر مترتب على امتناع من ثبت له التخيير بين حقين فإن هذا الضرر يُزال[١] ؛ لأن الحديث يدل على نفي الضرر مطلقاً ؛ لظاهر دلالة النكرة المنفية على العموم وهذا النفي ليس وارداً على الإمكان ولا على الوقوع ، بل على الجواز ، فإذا انتفى الجواز ثبت التحريم .[٢]

ثانياً : بالمعقول : إنه في حالة عدم ترتب ضرر على الغير نتيجة لامتناع من ثبت له التخيير بين حقين له الإمتناع عن الأخذ بحقه كما لصاحب الحق في التنازل عن حقه بالكلية .

فروع القاعدة :

يتفرع على هذه القاعدة فروع منها :

- لو امتنع مستحق القصاص عن القصاص والدية وقلنا الواجب أحد أمرين لا يجبر على استيفائه أو العفو إذ لا ضرر على الجاني .[٣]
- ومنها : إذا أتاه المدينون بالدين ولا ضرر في قبضه أمر بقبضه فإن امتنع الداين قبضه الحاكم وبرئ المدين .[٤]
- ومنها : " لو تحجر مواتاً وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه قال له السلطان : احْي أو اترك "[٥].
- ومنها : " لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الإختيار حبس وعزّر حتى يختار "[٦].

---

(١) هذا اللفظ عبارة عن قاعدة فقهية . انظرها في : كتاب القواعد لتقي الدين الحصني القسم الأول ص (٢٩٩) ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ٤١/١ ؛ وشرح المجلة لعلي حيدر ٣٧/١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٨٣) ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٨٥) . وهي إحدى القواعد الخمس الكلية . قال الشاعر :

خمس مقررة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهذا خبيرا
ضرر يزال وعادة قد حكمت ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا
الشك لا ترفع به متيقنا ... والنية اخلص إن أردت أجورا

(٢) انظر : نهاية السول للأسنوي ٣٥٦/٤-٣٥٧ .

(٣) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ .

(٤) انظر : المنثور ٢٦٢/١-٢٦٣ ؛ والقواعد لابن رجب ص (٢٤٥) .

(٥) المنثور للزركشي ٢٦٣/١ ؛ وانظر : القواعد لابن رجب ص (٢٤٥) .

(٦) القواعد لابن رجب ص (٢٤٥) .

المطلب السادس : قواعد [أو] التي تفيد التخيير

القاعدة الأولي : كل شئ في القرآن فيه أو فهو على التخيير[١]

يتضح من لفظ القاعدة أن فيها عموماً شمولياً في كل ما ورد في القرآن بلفظ [أو] ؛ لكن هنالك إيراد على عموم هذه القاعدة ، فإن لفظة [أو] وردت في القرآن لغير التخيير ومثالها : قول الله تعالى : ﴿ **ثم استوى إلى السماء وهي دخان فقال لها وللأرض ائتيا طوعا أو كرها قالتا أتينا طائعين** ﴾[٢] وقوله عز وجل : ﴿ **اصلوها فاصبروا أو لا تصبروا ...الآية** ﴾[٣] فيجاب عن هذا الإيراد من وجهين : الأول : لم يقصد في الآيتين السابقتين وأمثالهما بالتخيير ظاهره ؛ بل المقصود التهديد . الثاني : المراد منهما الإتيان بشئ واحد فقط من الخصلتين المعطوفتين بأو . وعليه نخلص إلى أن مجال العمل في هذه القاعدة : في المأمور به إذا كان كل من الخصال مطلوباً على التخيير وهو التخيير في أصله وحقيقته ، وهذا قيد في القاعدة[٤] يفهم من الآثار المنقولة عن الصحابة والتابعين كدليل لهذه القاعدة .[٥]

دليل القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة بآثار وردت بألفاظ متقاربة عن ابن عباس وعطاء وعكرمة رضي الله عنهم .

فعن ابن عباس رضي الله عنه قال : " كل شئ في القرآن [أو : أو] فصاحبه مخير فيه "[٦].

وقال عطاء رحمه الله : " ماكان في القرآن [أو : أو] فصاحبه فيه بالخيار أي ذلك شاء فعل "[٧].

---

(١) البحر المحيط للزركشي نقلاً عن الشافعي رحمه الله ٢٠٦/١ .

(٢) سورة فصّلت : الآية (١١) .

(٣) سورة الطور : الآية (١٦) .

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٠/١ . قال الزركشي : " ولم أر من تعرّض له " أي لهذا القيد .

(٥) انظر : فتح الباري ٦٠٢/١١-٦٠٣ .

(٦) سبق تخريجه ص (٢٤) .

(٧) سبق تخريجه ص (٢٤) .

وقال عكرمة رحمه الله : " كل شئ في القرآن [أو : أو] فليتخير أي الكفارات شاء .... " [١].

فهذه الآثار فيها دلالة واضحة على القاعدة . فأثر عكرمة رحمه الله في الكفارات ، وفي أثر ابن عباس رضي الله عنه وأثر عطاء رحمه الله عموم في كل ما ورد في القرآن ويشمل ذلك على سبيل المثال : حد المحارب إذا قلنا إنه للتخيير ، فيبقيا على عمومهما لعدم ورود التخصيص .

فهذه الآثار تعبر عن القاعدة نفسها وهي في ذات الوقت تعتبر دليلاً عليها ، كغيرها من القواعد التي استمدت من الآثار . [٢]

كما يستدل باستقراء الأحكام التي عطفت بأو في القرآن الكريم . فبالإستقراء والتتبع وجد أهل العلم أن الأحكام التي عطفت بأو في القرآن للتخيير ، وهو أصل وضعها وحقيقتها في لغة القرآن . [٣]

فروع القاعدة :

يندرج تحت هذه القاعدة فروع منها :

– آية جزاء الصيد . قال تعالى : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ....** ﴾[٤] الآية عطف بين خصالها بأو فهي للتخيير .

– ومنها : آية كفارة الأذى للمحرم . قال تعالى :﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾[٥] الآية عطف بين خصالها بـ" أو " فهي على التخيير .

---

(١) سبق تخريجه ص (٢٤) .

(٢) كقاعدة لا ضرر ولا ضرار فأصلها أثر ، وعبّر عنها بعضهم بقولهم : " الضرر يُزال " . انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ٤١/١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (٨٣) ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٨٥) ؛ والقواعد لأحمد الزرقاء ص (١٦٥) .

(٣) انظر : معاني [أو] ص (٤٠) من هذا البحث .

(٤) سورة المائدة : الآية (٩٥) .

(٥) سورة البقرة : الآية (١٩٦) .

- ومنها : آية كفارة اليمين . قال تعالى : ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم ...** ﴾[١] فما عطف بين الخصال فيها " بأو " فهو على التخيير .
- ومنها : آية حد الحرابة . قال تعالى . ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف او ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم** ﴾[٢] عطف بين خصالها بـ" أو " فهي على التخيير .[٣]

القاعدة الثانية

إذا أمر الله بأشياء وعطف بعضها على بعض نظرت : فما بدأ فيه بالأخف ثم ذكر بعده الأغلظ كان للتخيير وما بدأ فيه بالأغلظ كان للترتيب [٤]

هذه القاعدة محكية عن أبي إسحاق المروزي[٥] وهي في الواجب المخير الذي عُطف بين خصاله بأحد ادوات العطف التي تفيد التخيير . فإذا بدأ بالخصلة الأخف ثم ذكر بعدها الأغلظ كان دليلاً على التخيير . وإذا بدأ بالخصلة الأغلظ ثم ذكر بعدها الأخف كان دليلاً على الترتيب ، وذكر الترتيب من باب بيان الأمر بما يقابله .

دليل القاعدة :

هذه من القواعد المستمدة من تتبع واستقراء الفروع المتشابهة . ولم تؤخذ من نص شرعي يعتبر دليلاً عليها أو يعبر عنها بلفظها .

فروع القاعدة :

يندرج تحت هذه القاعدة فروع فأكتفي بفروع التخيير ومنها :

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٦) .

(٢) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٣) انظر : مسألة التخيير في حد الحرابة ص (٢٠٥) من هذا البحث .

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٥/١ .

(٥) هو : إبراهيم بن أحمد فقيه انتهت إليه رئاسة الشافعية بالعراق بعد ابن سريج . من مصنفاته : شرح مختصر المزني . توفي سنة ٣٤٠هـ . انظر : وفيات الأعيان ٢٦/١-٢٧ ؛ وشذرات الذهب ٣٥٥/٢-٣٥٦ ؛ وسير أعلام النبلاء ٤٢٩/١٥-٤٣٠ ؛ وتاريخ بغداد ١١/٦ .

– كفارة اليمين حيث بدأ فيها بالأخف . قال تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة .. الآية** ﴾[١] .[٢]

– ومنها كفارة الأذى في الإحرام . قال تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك .... ﴾**[٣] بدأ فيها بالأخف فهي للتخيير .

– التخيير في الأسرى . قال تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾[٤] بدأ فيه بالأخف فكان للتخيير .

فرع خرج عن القاعدة :

يورد على هذه القاعدة كفارة قتل الصيد . قال تعالى : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما... ﴾**[٥] .

فهي مبدوءة بالأغلظ في إيجاب مثل الصيد مع أنها للتخيير .[٦]

يرتفع هذا الإيراد ويكون الفرع مستقيم مع هذه القاعدة بما حُكي عن الشافعي رحمه الله : إن كفارة قتل الصيد للترتيب .[٧]

---

(١) سورة المائدة : الآية (٩٥) .

(٢) انظر : البحر المحيط للزركشي ١/٢٠٥ .

(٣) سورة البقرة : الآية (١٩٦) .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

(٥) سورة المائدة : الآية (٩٥) .

(٦) انظر : البحر المحيط للزركشي ١/٢٠٥ .

(٧) انظر : المرجع السابق . وهذا رأي مرجوح .

القاعدة الثالثة
كلمة [أو] متى ذُكرت بين الأجزية المتفقة الأسباب فهي للتخيير وإلا فللترتيب [١]

هذه القاعدة عبارة عن مقولة لأبي منصور الماتريدي[٢]، وهي قاعدة خلافية فمن المناسب أن تصدّر بالإستفهام بلفظ هل لإفادة ذلك المعنى فيكون اللفظ : كلمة " أو " متى ذكرت بين الأجزية المتفقة الأسباب هل هي للتخيير أم للترتيب ؟ وقدمت التخيير على الترتيب لمناسبة الموضوع .

معنى القاعدة :

إن كلمة " أو " متى وردت عاطفة بين الخصال التي تكون جزاء لسبب واحد دلّت على أنها على حقيقتها وظاهرها في التخيير ، وإذا وردت جزاء لأسباب متعددة خرجت عن ظاهرها وحقيقتها إلى الترتيب على خلاف في الفروع سيأتي شئ من التفصيل فيها إن شاء الله . [٣]

دليل القاعدة :

هذه القاعدة مستمدة من المسائل المتشابهة فبتصفّح جزئيات مسائل التخيير التي عطفت بـ " أو " وجد أن المسائل التي اتفق فيها سبب ترتب الحكم أفاد العطف بـ" أو " ظاهره وحقيقته وهو التخيير . وإذا اختلفت أسباب ترتب الحكم أفادت الترتيب .

فروع القاعدة : من فروع هذه القاعدة :

– كفارة اليمين ذكرت فيها كلمة [أو] بين الأجزية المتحدة السبب وهو الحنث أو إرادته فكانت للتخيير . [٤]

– جزاء الصيد للمحرم ذكرت فيه كلمة [أو] بين الأجزية المتحدة السبب وهو قتل صيد البر وهو في حالة الإحرام فكانت للتخيير .

---

(١) انظر : البحر المحيط ٢٠٥/١-٢٠٦ .

(٢) هو : محمد بن محمد بن محمود من أئمة علماء الكلام . من كتبه " أوهام المعتزلة " و " مآخذ الشرائع " في أصول الفقه و" تأويلات اهل السنة " . توفي سنة ٣٣٣هـ . انظر : الفوائد البهية ص (١٩٥) ؛ ومفتاح السعادة ٢١/٢ ؛ وكشف الظنون ص (٣٣٥-٣٣٦) .

(٣) انظر : مسألة التخيير في حد الحرابة ص (٢٠٥) من هذا البحث .

(٤) انظر : البحر المحيط للزركشي ٢٠٥/١-٢٠٦ .

– جزاء المحارب اختلفت فيه الأسباب فكان للترتيب على حسب الجناية . [١]

القاعدة الرابعة [٢]

ضابط (ذكر [أو] في موضع الإثبات يقتضي التخيير في شرط البر وذكرها في موضع النفي لا يقتضي تخييراً في شرط البر [٣]

معنى الضابط :

إن كلمة " أو " متى ذكرت في موضع الإثبات في القَسَم فهي على ظاهرها في التخيير ويبر بفعل أي الخصال شاء ، أما إذا ذكرت في القسم في موضع نفي فتخرج عن معناها الحقيقي إلى معنى لا النافية . [٤]

دليل الضابط :

هذا من الضوابط التي استمدت من الفروع المتشابهة . فبتصفح فروع القسم مع العطف بين أجزاء المقسوم عليه بـ" أو " وجد أنه في حالة الإثبات يقتضي التخيير في شرط البر ، وفي حالة النفي لا يقتضيه .

فرع الضابط :

ذكر لهذا الضابط فرع واحد وهو : " لو قال والله لأدخلن هذه الدار اليوم أو لأدخلن هذه الدار فأي الدارين دخل برّ في يمينه ... ولو قال لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه الدار فأي الدارين دخل حنث في يمينه لأنه ذكرها في موضع النفي ...." [٥]

---

(١) انظر : البحر المحيط للزركشي ١/٢٠٥-٢٠٦ .

(٢) يمكن أن يسمى هذا الضابط قاعدة باعتبار ما يرجع إليه من القواعد . انظر : الأشباه والنظائر للسبكي ١/١١-١٢ .

(٣) انظر : أصول السرخسي ١/٢١٧ ؛ وأصول الفقه المسمى بـ الفصول في الأصول لأحمد بن علي الرازي الجصاص ١/٨٩ تحقيق د / عجيل جاسم النشمي ، الطبعة الأولى (الكويت : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/٢٠٦-٢٠٧ .

(٤) انظر : أصول السرخسي ١/٢١٧ .

(٥) المرجع والصفحة السابقتين .

المبحث الثالث
في ضوابط التخيير

ويشتمل على سبعة مطالب :

المطلب الأول : ضابط في التخيير في نصاب الزكاة

المطلب الثاني : ضابط في فضل إراقة الدم

المطلب الثالث : ضوابط في الخيار

المطلب الرابع : ضوابط في خيار العيب

المطلب الخامس : ضابطان في خياري المجلس والشرط

المطلب السادس : ضابط في خيار الرؤية

المطلب السابع : ضابط في خيار الولد البالغ

المطلب الأول : ضابط في التخيير في نصاب الزكاة

الضابط : مالك نصاب الزكاة مخيَّر ...في الصعود والنزول عند فقد السن الواجب [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط في زكاة سوائم الإبل فمن ملك نصاب زكاة سوائم الإبل وفقد السن الواجبة عليه ، فله الصعود إلى السن الأعلى وأخذ الجبران ، وله النزول ودفع الجبران ، والجبران الواحد شاتان او عشرون درهماً . ولا يجوز الصعود والنزول بدرجتين مع التمكن من درجة ، ولا ثلاث مع التمكن من درجتين . [٢]

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط بقول النبي صلى الله عليه وسلم : " من بلغت عنده من الإبل صدقة الجَذَعَة ، وليست عنده جذعة ، وعنده حِقَّة ، فإنها تقبل منه الحقة ، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له ، أو عشرين درهماً . ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة فإنها تقبل منه الجذعة ، ويعطيه المُصَدِّق عشرين درهماً أو شاتين . ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهماً . ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين . ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض ويعطي معها عشرين درهماً أو شاتين "[٣] . فالحديث يدل على الصعود والنزول عند فقد السن الواجبة كما يدل الحديث أيضاً على أن من فقد الفرض ووجد عنده الأعلى ، والأدنى فهو مخير بين الصعود والنزول .

---

(١) الإستغناء في الفرق والإستثناء ٢/٥٠٠ تحقيق : د/ سعود بن مسعد الثبيتي (طبع جامعة أم القرى – مكة المكرمة معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ١٤٠٨هـ –١٩٨٨م) .

(٢) انظر : المرجع السابق ٢/٥٠٠–٥٠١ .

(٣) صحيح البخاري مع الفتح ٣/٣٧٠ كتاب الزكاة ، باب من بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليست عنده ، حديث رقم ١٤٥٣ .

فروع الضابط :

يفرّع على الصعود :

- من وجبت عليه بنت مخاض [١] وفقدها وعنده بنت لبون [٢] أعطاها وأخذ جبراناً واحداً لصعود درجة .
- ومن وجبت عليه بنت لبون وفقدها ، وفقد الحقة [٣]، أخرج جذعة [٤] وأخذ جبرانين لصعود درجتين .
- ومن وجبت عليه بنت مخاض وفقدها وفقد بنت اللبون والحقة ، أخرج جذعة وأخذ ثلاثة جبرانات ؛ لأنه صعد ثلاث درجات .

وعلى عكس هذه الفروع في النزول :

- فمن وجبت عليه بنت لبون وفقدها أخرج بنت مخاض ودفع جبراناً واحداً لنزوله درجة.
- ومن وجبت عليه جذعة وفقدها وفقد الحقة أخرج بنت لبون ودفع جبرانين لنزوله درجتين .
- ومن وجبت عليه جذعة وفقدها وفقد الحقة وفقد بنت لبون أخرج بنت مخاض ودفع ثلاثة جبرانات لنزوله ثلاث درجات .

ويفرع على من وجد الأعلى والأدنى :

- من وجبت عليه بنت لبون وفقدها وعنده بنت مخاض وحقة فإنه يخير بين الصعود إلى الحقة وأَخْذ جبران واحد أو النزول إلى بنت المخاض ودَفْع جبران واحد .

---

(١) بنت المخاض وابن المخاض من الإبل ما دخل في السنة الثانية ؛ لأن أمه قد لحقت بالمخاض وهي الحوامل . النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣٠٦/٤ .

(٢) بنت لبون من الإبل هي التي دخلت في السنة الثالثة سميت بذلك ؛ لأن أمها ولدت غيرها فصار لها لبن . انظر : النهاية في غريب الحديث ٢٢٨/٤ .

(٣) الحِق والحقة من الإبل : ما طعنت في السنة الرابعة ؛ لأنها استحقت أن يحمل ويركب عليها . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر ٤١٥/١ .

(٤) الجذع والجذعة من الإبل : ما دخل في السنة الخامسة ، ومن البقر والمعز ما دخل في السنة الثانية ، وقيل البقر في الثالثة ، ومن الضأن ما تمت له سنة وقيل أقل . النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٥٠/١ .

المطلب الثاني : ضابط في الأفضل في الخصال المخيّر فيها

كل كفارة مخيَّر فيها الأفضل فيها إراقة الدم [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط في كل كفارة مخيرة أحد خصالها إراقة الدم . وهو بين فضل إراقة الدم على سائر الخصال في الكفارات المخيرة التي يكون أحد خصالها إراقة دم .

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط بالكتاب والسنة كما يلي :

فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ **فمن كان منكم مريضا أو به اذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾[٢].

ومن السنة ما رواه عبد الله بن معقل " قال : جلست إلى كعب بن عجرة رضي الله عنه فسألته عن الفدية فقال : نزلت فيّ خاصة وهي لكم عامة . حُمِلتُ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهي ، فقال : ما كنت أرى الوجع بلغ بك ما أرى أو ما كنت أرى الجهد بلغ بك ما أرى . تجد شاة ؟ فقلت : لا . فقال : فصم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع "[٣].

فالآية الكريمة جاءت لبيان الرخصة فبدأت بالأسهل . وفي هذه الرواية – لحديث كعب بن عجرة – دلّ سؤال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشاة أولاً على فضلها .

والتفاضل بين الخصال المخير فيها وارد[٤] . قال ابن كثير : " ولما كان لفظ القرآن في بيان الرخصة جاء بالأسهل ، فالأسهل : ﴿ **ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾[٢]. ولما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم كعب بن عجرة أرشده إلى الأفضل فالأفضل فقال : " أنسك شاة

---

(١) الإسغناء في الفرق والإستثناء ٦٤١/٢ .

(٢) سورة البقرة : الآية (١٩٦) .

(٣) الحديث سبق تخريجه ص (٢٠) .

(٤) انظر : فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٢٠/٣٤ .

أو أطعم ستة مساكين أو صم ثلاثة أيام " [١] فكلٌ حسن في مقامه ولله الحمد والمنة ".[٢]

فروع الضابط :

من فروع هذا الضابط :

- كفارة الأذى في الإحرام كالحلق واللبس وغيره على التخيير فالأفضل فيها إراقة الدم .
- جزاء صيد المحرم على التخيير فالأفضل فيه إراقة دم .

---

(١) رواه مسلم في صحيحه مع شرح النووي بلفظ مقارب ٣-٨/١٢٠ كتاب الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ووجوب الفدية لحلقه وبيان قدرها .

(٢) تفسير القرآن العظيم ١/٣٥٠ .

المطلب الثالث : ضوابط في الخيار

الضابط الأول

" الفسخ بالخيار يملكه من ملك الخيار بغير علم الآخر " [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط في خيار البيع والنكاح وبمعناه ضابط آخر :

" إن من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه " [١]

حيث إن الفسخ ملك لمن له الخيار وذلك من غير أن يشترط العلم بالفسخ لطرف آخر ؛ لأن " من لا يعتبر رضاها لفسخ عقد أو حلّه لا يعتبر علمه به " [٢].

والفسخ لغة : النقض . [٣] وهذه الفسوخ على نوعين :

الأول : ما لا يتوقف فيه على حكم الحاكم وهو مجمع على ثبوته[٤] . ومن أمثلته : الطلاق [٥]

- ومنها : فسخ المعتقة تحت العبد . [٦]
- ومنها : فسخ المبيع المعيب المدلس . [٧]

الثاني : ما يفتقر إلى حكم الحاكم وهو مختلف في ثبوت أصله[٨] . ومن أمثلته :

- الفسخ بالعنّة[٩] وعموم العيوب في الزوج . [١٠]
- ومنه : تزوّج امرأة المفقود على رواية . [١١]

كل ذلك يحتاج إلى فسخ بواسطة الحاكم لأنها أمور إجتهادية . [١٢]

---

(١) القواعد لابن رجب ص (١١٦) .

(٢) قاعدة ذكرها ابن رجب وذكر تحتها الضابطين أعلاه . القواعد ص (١١٥) .

(٣) القاموس المحيط ص (٣٢٩) .

(٤) انظر : القواعد لابن رجب ص (١١٦) .

(٥) المرجع السابق ص (١١٥-١١٦) .

(٦) المرجع السابق ص (١١٦) .

(٧) المرجع السابق .

(٨) انظر : القواعد لابن رجب ص (١١٦) .

(٩) العنّين : " ذو ذكر لا يُمكن به جماع لشدّة صغره أو إسترخائه " . حدود ابن عرفة مع شرحه ٢٥٣/١ .

(١٠)انظر : القواعد لابن رجب ص (١١٦) .

(١١) انظر : المرجع السابق .

(١٢) انظر : المرجع السابق .

الضابط الثاني

" خيار كل من المتبايعين باق في مدة خيارهما " [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط أورده صاحب الإعتناء كقاعدة ثالثة في كتاب الحوالة . وهذا القسم من الضابط يبين أن الخيار يبقى مستمراً في مدته ولا يتطرّق إليه النقض إلا إذا وجد ناقض .

ناقض الخيار :

ذكر صاحب الإعتناء ناقضاً بعد ذكر الضابط بقوله : " إلا في مسألة وهي ما إذا أحال المشتري البائع إلى ثالث " [٢].

فالحوالة من نواقض الخيار بشرط رضى المحيل وهو المشتري والمحال وهو البائع على غيرها ؛ لأن الرضى بالحوالة دال على الرضى بالبيع ، وهو رضي بانقطاع الخيار وكون الحوالة لثالث ؛ لضمان رضى طرفي العقد بها ، ورضى الطرفين يعني انقطاع الخيار من الطرفين معاً ؛ لأن الخيار لا يثبت لطرف دون الآخر . [٣]

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : " البيِّعان بالخيار " [٤]. وقد وضع الشرع الخيار لضمان رضاء المتعاقدين بالبيع ، وهذا الخيار لكلٍ من البائع والمشتري فيظل مستمراً في مدته ، إلا إذا تطرق إليه ناقض ، كالتنازل عنه و إبطاله بالقول أو الفعل الدال على انقطاعه .

---

(١) الإعتناء في الفرق والإستثناء ٥٥٩/١ تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوّض ، الطبعة الأولى (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية ١٤١١هـ - ١٩٩١م) . ذكره صاحب الاعتناء أنه ضابط ولعله فرع ، والفرع خلاف الضابط .

(٢) المرجع السابق ٥٥٩/١ .

(٣) هذا معنى الضابط . انظره في ص (١١٤) من هذا البحث .

(٤) سبق تخريجه ص (٤٢) من البحث .

الضابط الثالث

" كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضررعن المال فهو على الفور " [١]

معنى الضابط :

في الضابط عموم إفادته " كل " التي هي من ألفاظ العموم ، فَعَمَّ اللفظ كل خيار ثبت بالشرع . واحترز بالخيار الذي ثبت بالشرع من الخيار الذي لم يثبت بالشرع كخيار الشرط في المبيع ، ثم خصَّ الخيار الثابت بالشرع بالأمور المالية ليخرج الخيار في الأمور غير المالية كخيار الأمة إذا أعتقت تحت العبد ، والخيار في الإيلاء[٢]: بالفيئة[٣] أو الطلاق ، فإن فيها دفع ضرر ؛ ولكنه عن غير المال . فإذا كان الخيار ثبت بالشرع لدفع ضرر على المال فهوعلى الفور . وكونه على الفور : يعني إذا أخّر الطلب فيه من غير عذر سقط الخيار . [٤]

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط بالإجماع والمعقول :

أولاً : الإجماع :

نقله صاحب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فقال : " والرد على الفور إجماعاً بأن يرد المشتري المبيع المعين حال إطّلاعه على عيبه ؛ لأن الأصل في البيع اللزوم فيبطل بالتأخير من غير عذر " [٥].

ثانياً : المعقول :

فيستدل بالمعقول من وجهين :

١- أن جواز تأخير الرد يفضي إلى الضرر بالغرماء لإفضائه إلى تأخير حقوقهم . [٦]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن الملقّن ص (٥٧٧) ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٣/١ .

(٢) " حلْفُ زوج على ترك وطء زوجته يُوجب خيارها في طلاقه " . حدود ابن عرفة مع الشرح ٢٩١/١ ؛ وانظر : أنيس الفقهاء ص (١٦١) .

(٣) الفيئ : الرجوع . قال تعالى : ﴿ حتى تفيئ إلى أمر الله ﴾ سورة الحجرات : الآية (٩) . أي : ترجع . انظر : حلية الفقهاء للرازي تحقيق : د/ عبد الله التركي ، الطبعةالأولى (بيروت : لبنان الشركة المتحدة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) .

(٤) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٣/١ ؛ والمنثور للزركشي ١٤٨/٢ .

(٥) نهاية المحتاج ٤٧/٤ الطبعة الثالثة (بيروت : لبنان دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي ١٤١٣هـ-١٩٩٣م) ؛

(٦) المغني لابن قدامة ٥٤٠/٦ .

٢- أن الأصل في البيع اللزوم ، وإن الضرر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار وهو ممكن فالتأخير تقصير ؛ لذا يجري عليه حكم اللزوم في الفورية لأنه الأصل . [١]

فروع الضابط : من فروع الضابط :

- خيار العيب فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور . [٢]
- خيار الشفعة فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور . [٣]

---

(١) انظر : خيار المجلس والعيب لعبد الله الطيار ص ١٤٠.

(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسبكي ٢٨٣/١ .

(٣) انظر : المرجع السابق .

المطلب الرابع : ضوابط في خيار العيب

الضابط الأول

" يحرم إخفاء ما يُثبت الخيار دون ما لا يثبت " [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط من ضوابط خيار الرد بالعيب والتدليس[٢]. البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب ، وهذا يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب ، ومن غير أن يذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيوب[٣] فيبين هذا الضابط ما يحرم من التدليس وما لا يحرم " فمن علم شيئاً يُثبت الخيار فأخفاه أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرّماً ، فإن لم يكن السبب مثبتاً للخيار فترك التعرّض له لا يكون من التدليس المحرّم " [٤]

دليل الضابط :

يمكن ان يستدل لهذا الضابط بأدلة تحريم وإخفاء العيب والتدليس كالتالي :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صبرة طعام[٥] فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال : " ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السماء يارسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غشّ فليس مني " [٦].

في الحديث دلالة على تحريم الغش[٧] ، وإخفاء العيب الموجب للخيار نوع من أنواع الغش ؛ " لأن الغش والتدليس في البيع بمعنى واحد " [٨].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٤/١ .

(٢) التدليس هو : إيداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً أو كتم عيبه . حدود ابن عرفة مع شرحه ٣٧٠/١ ؛ وانظر : المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص (٨٩) .

(٣) انظر : شرح المجلة لعلي حيدر ٣٣٧/١ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي٢٨٤/١.وهذه العبارة هي عبارة الإمام التي اختصرها ابن السبكي في الضابط أعلاه.

(٥) الصبرة : الكومة المجموعة من الطعام . شرح مسلم للنووي ١٠٩/٢ ؛ والمجموع المغيث ٢٤٩/٢ .

(٦) رواه مسلم . صحيح مسلم مع النووي ١٠٨/٢ كتاب الإيمان ، باب من غشّنا فليس منا حديث رقم ١٠٢ .

(٧) انظر : سبل السلام للصنعاني ٥٤/٣ .

(٨) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٣٧٠/١ .

٢- قال عقبة بن عامر : " لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم أن بها داءً إلا أخبره " [١].

فروع الضابط :

من فروع هذا الضابط :

- لو علم عيباً بالسلعة يحرم عليه أن يبيعها حتى يبيّن عيبها . [٢]

- ومنها : لو اشترى بدين من مماطل وجب عليه الإخبار عنه في بيع المرابحة وإلا حرم البيع . [٣]

الضابط الثاني

العيب المثبت بالخيار : ما نقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح والغالب في جنس المبيع عدمه [٤]

معنى الضابط :

هذا الضابط من ضوابط خيار الرد بالعيب أيضاً وهو في بيان العيب الذي يثبت الخيار مما لا يثبته ؛ إذ ليس كل عيب معتبر في إثبات الخيار[٥]. والعيب المعتبر يكون الغالب في جنس المبيع عدمه ، وينقص به المبيع أو قيمته بحيث يفوت على المشتري به حاجة صحيحة والمعوّل عليه في النقص هو العرف ، وأهل التجارب وأرباب الخبرة . [٦]

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط بدليل عقلي كما يلي :

إن العقد عقد معاوضة والمعاوضة مبنية على المساواة عرفاً . فإذا نقص المبيع نقصاً يفوت به غرض صحيح فإن مبنى المعاوضة وهو المساواة قد اختل وهذا الإختلال يُثبت الخيار بالعيب . أما إذا كان النقص يسيراً عادة ولا يفوت به غرض صحيح فلا يؤثر في المساواة لذا لا يثبت الخيار بالعيب .

---

(١) البخاري مع الفتح ٣٦٢/٤ كتاب البيوع ، باب إذا بيّن البيّعان ولم يكتما ، ونصحا . والحديث رواه الإمام أحمد مرفوعاً عن طريق واثلة بن الأسقع. المسند ٤٩١/٣ طبع دار الفكر العربي . وإسناده حسن . انظر : فتح الباري ٣٦٤/٤

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٦/١ .

(٣) انظر : المرجع السابق ٢٨٦/١ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٥) ؛ وانظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨٠/١-٢٨٢ .

(٥) انظر : المرجعين السابقين .

(٦) انظر : شرح المجلة لعلي حيدر ٣٤٢/١ ، ٣٥٣ .

فروع الضابط :

من فروع هذا الضابط :

- الخصاء سواء كان في الرقيق أو البهائم ، يفوت به غرض صحيح والغالب في الرقيق والبهائم عدمه فيثبت الخيار بالعيب . (١)
- ومنها : الزنا ، والسرقة ، والإباق في الرقيق ، تفوت بها أغراض صحيحة والغالب في الرقيق عدمها فتثبت خيار العيب . (٢)
- ومنها : الرمل تحت أرض البناء ، والحجر تحت أرض الزرع ، يفوت بها اغراض صحيحة في البناء والزرع والغالب عدمها في أرض البناء والزرع فيثبت الخيار . (٣)
- ومنها : نجاسة المبيع تفوّت في المبيع غرضاً صحيحاً وتنقص به القيمة و الغالب في جنس المبيع عدمه فيثبت الخيار . (٤)

الضابط الثالث
من اشترى شيئاً ثم اطّلع على عيب به ثم استعمله ، لم يكن له الرد بعد ذلك (٥)

معنى الضابط :

هذا الضابط في خيار الرد بالعيب في البيع . فمن مقاصد الشارع الحكيم تحقيق جانب الرضى بين طرفي العقد والإستيثاق من ذلك . فإذا اشترى المشتري معيباً ثم اطّلع على هذا العيب وعلم به والعيب مما يرد بمثله كان له الرد ؛ لكنه إذا استعمل المبيع مع الإطلاع على العيب دلّ هذا الإستعمال على رضاه ، مع أن الرضى أمر باطني إلا أن " دليل الشئ في الأمور الباطنة يقوم مقامه " (٦) ولم يكن له الخيار في الرد بالعيب بعد ذلك الإستعمال .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٥) .

(٢) المرجع السابق ص (٤٥٥) .

(٣) المرجع السابق ص (٤٥٥) .

(٤) المرجع السابق ص (٤٥٥) .

(٥) الإعتناء في الفرق والإستثناء ٤٣٦/١-٤٣٧ ؛وانظر : إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل للزربراني ٢٩٠/١ ؛ وعدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي ص(٤٤٢) تحقيق : حمزة أبو فارس الطبعة الأولى (بيروت : لبنان دار الغرب الإسلامي ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) .

(٦) القواعد لأحمد الزرقاء ص (٣٤٥) .

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط من المعقول كالتالي :

إن البيع إذا تمّ بالتراضي أصبح لازماً ، وتحقيقاً للتراضي شرع خيار العيب . فالعيب في المبيع الذي تكون الأصل السلامة منه في مثله يوجب الرد . وهذا الخيار يسقط برضى المشتري بعد العلم به ؛ لأن حق الرد إنما هو لفوات سلامة المبيع المشروطة بدلالة العقد . فاستعمال المبيع المعيب دلالة على الرضى ، فإذا رضي المشتري بالعيب دلّ على أنه تنازل عن شرط السلامة من العيوب أو انه لم يشترطه ابتداء . (١)

فروع الضابط : (٢)

- إذا اشترى ثوباً فيه عيب فعلم بالعيب ثم لبسه أو صبغه أو قطعه لم يكن له الرد بعد ذلك .
- إذا اشترى أرضاً معيبة فعلم بالعيب ثم بنى عليها أو زرعها لم يكن له الرد بالعيب بعد ذلك .
- إذا اشترى حنطة فعلم بالعيب ثم طحنها ليس له الرد بعد ذلك .

فروع مستثناة من الضابط :

يخرج عن هذا الضابط فروع يثبت فيها الرد بالعيب مع شئ من الإستعمال . منها :

- الدابة إذا كانت جموحاً ووجد بها عيباً ولا يمكنه ردّها إلا بركوبها كان له ردّها بالعيب مع ركوبها . (٣)
- ومنها : إذا اشترى ثوباً معيباً فلبسه ثم اطلع على عيبه وهو بالطريق فلم ينزعه ورجع إلى البائع ليردّه ، فله رده بخيار العيب ولا يضر ذلك اللباس اليسير ؛ لأن نزع الثوب في الطريق غير معتاد . (٣)
- ومنها : إذا اشترى دابة ثم اطلع على عيب بها ، ولم يجد من يرد عليه إلا بعد مدة ، لو تركها من غير ركوب لَزَمِنت(٤) ، فإذا ركبها ليُسيّرها ، لم يمتنع الرد بخيار العيب ؛ لأنه ركوب لصالح البائع . (٥)

---

(١) انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني ٢٨٢/٥ (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية) ؛ وحاشية ابن عابدين ٤٩/٥ (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية) .

(٢) انظر : الإعتناء في الفرق والإستثناء ٤٤٦/١ .

(٣) انظر : الإعتناء في الفرق والإستثناء ٤٣٧/١ .

(٤) زمنت : من الزمانة : وهي آفة في الحيوان . الصحاح للجوهري ٢١٣١/٥ .

(٥) انظر : الإعتناء في الفرق والإستثناء ٤٣٧/١ .

الضابط الرابع
العيوب الموجبة للفسخ في النكاح إذا علمت بها المرأة قبل النكاح فلا خيار لها [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط في خيار الفسخ بالعيب في النكاح . فعلم المرأة واطلاعها على العيب قبل النكاح دلالة على رضاها بهذا العيب بعد النكاح ؛ لأن " **دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه** " . فإذا كان علمها بالعيب قبل النكاح دلّ على رضاها بعده فإن رضاها بالعيب رضى بناتجه وما يتولّد عنه بعد النكاح أيضاً ؛ لأن " **الرضى بالشيء رضى بما يتولد عنه** " .[٢]

فعلى هذا لا يثبت لها خيار الفسخ بالعيب بعد النكاح .

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط من المعقول كما يلي :

إن الزواج عقد ينعقد بسبب شرعي . فالعيب في الزوج يمنع من ترتب آثار عقد الزواج ويحلّه . فإذا كان هنالك رضى بهذا العيب بدلالة العلم قبل الزواج إنتفى تأثير العيب على العقد بفسخه ؛ فترتب على ذلك إنتفاء خيار المرأة في عيب زوجها .

فروع الضابط :

كل العيوب الموجبة لفسخ المرأة للنكاح كالجب .

فرع مستثنى من الضابط :

من العيوب الموجبة للفسخ إذا علمت بها المرأة قبل النكاح ويكون لها الخيار عيب العنّة ، وهذا على الأصح عند الشافعية .[٣]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٧٦) .

(٢) انظر هذه القاعدة في : الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٥٢/١ ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٤١) .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٧٦) .

المطلب الخامس : ضابطان في خياري المجلس والشرط

الضابط الأول

ما يثبت فيه خيار المجلس يثبت فيه خيار الشرط [١]

معنى الضابط :

" خيار المجلس هو : أن يكون لكل من المتبايعين الخيار في إبقاء العقد أو فسخه وإلغائه ما داما مجتمعين في المجلس لم يتفرّقا ما لم يتبايعا على أنه لا خيار بينهما ".[٢]

والمراد بالضابط بيان الإشتراك بين ما يقع فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، فخيار الشرط لازم لخيار المجلس . ويجوز إشتراط الخيار في مجلس البيع ثلاثة أيام فما دون .[٣]

دليل الضابط :

لعل هذا الضابط من الضوابط التي استمدها الفقهاء من الفروع المتشابهة حيث إن أهل العلم تتبعوا الفروع التي يقع فيها خيار المجلس والفروع التي يقع فيها خيار الشرط ثم أثبتوا أوجه الإتفاق والإفتراق بينهما . فكانت أوجه الإتفاق في الضابط بحيث إن ما ثبت فيه خيار المجلس يثبت فيه خيار الشرط وأوجه الإفتراق في الفروع المستثناة .

فروع مستثناة من الضابط :

يخرج عن هذا الضابط الفروع التالية :

- ما يشترط فيه التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام .[٤]
- السلم .[٥]
- وما يسرع إليه الفساد .[٥]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٤) ؛ وانظر : المجمع المذهب في قواعد المذهب للعلائي لوحة ٢٤٧/ب

(٢) فقه المعاملات دراسة مقارنة للدكتور / محمد علي عثمان الفقي (٢٢٧) (دار المريخ للنشر – الرياض المملكة العربية السعودية) ؛ وانظر : خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي لعبد الله بن محمد بن احمد الطيار ص (٣٣،٤٢) .

(٣) انظر : المجموع المذهب في قواعد المذهب لوحة ٢٤٧/ب .

(٤) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٤) ؛ وانظر : المجموع المذهب في قواعد المذهب لوحة ٢٤٧/ب .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٤) .

الضابط الثاني

لا يتبعّض خيار المجلس إبتداءً فيقع لواحد دون آخر [١]

معنى الضابط :

يثبت خيار المجلس لكلا الطرفين البائع والمشتري أو من يقوم مقامهما فلا يبعض ، فيكون لأحد الطرفين دون الطرف الآخر في ابتداء إستحقاق الخيار كأن يسقط من أحد المتبايعين ويثبت للآخر بغير اختيارهما .

دليل الضابط :

دليل هذا الضابط هو قول النبي صلى الله عليه وسلم : " البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا " [٢]. فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم الخيار للبائع والمشتري ما داما في مجلس العقد ولم يتفرقا . فلا يجوز نفيه عن أحد الطرفين وإثباته للآخر .

فروع مستثناة :

من الفروع المستثناة من هذا الضابط :

- إذا اشترى من اعترف بحريّته يتبعض خيار المجلس فيثبت لواحد دون الآخر .[٣]
- " إذا اشترى من يعتق عليه ، وقلنا : المِلك في زمن الخيار للمشتري تخيّر البائع دونه وهو ضعيف " [٤].
- " في الشفعة إذا أثبت الخيار للشفيع . وهوضعيف أيضاً " [٥].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٤) . ولعل ما ذكر فرع وليس ضابطاً .

(٢) سبق تخريجه ص (٤٢) من البحث .

(٣) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٥٤) .

(٤) المرجع السابق ص (٤٥٤) .

(٥) المرجع السابق ص (٤٥٤) .

المطلب السادس : ضابط في خيار الرؤية

خيار الرؤية لا يثبت في النقود [١]

معنى الضابط :

خيار الرؤية هو : أن يشتري شيئاً ولم يره فإن له الخيار حتى يراه ، فإذا رآه إن شاء قبله ، وإن شاء فسخ البيع .

والمراد من خيار الرؤية هو : الوقوف على الحال والمحل الذي يتعرف به على المبيع ، وليس المقصود بالرؤية إبصار الشئ ؛ بل المراد العلم به . [٢]

لكل خيار مسائل أو أبواب أو حالات أو أعيان ينتفي فيها ، ومن ذلك خيار الرؤية لا يثبت في النقود ويشترط في ذلك أن تكون النقود من فضّة .

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط بحديث النبي صلى الله عليه وسلم : عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الوَرِق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز " [٣].

فموضع الشاهد : " ولا تبيعوا منها غائباً بناجز " ، أي مؤجّل بحال ، فخيار الرؤية بيع غائب بحال فلا يجري في النقود . [٤]

فرع الضابط :

رجل باع آخر عبداً بما في يده ، وكان في يده صرّة من الدراهم ، فلما فتحها أراد أن يرد المبيع بخيار الرؤية ليس له ذلك . [٥]

---

(١) الفوائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة ص (٤٢) الطبعة الأولى (دمشق – سوريا : دارالفكر ١٤٠٦هـ –١٩٨٦م) .

(٢) انظر : شرح المجلة لعلي حيدر١/٣٢٠-٣٢١ .

(٣) الحديث متفق عليه . البخاري مع الفتح ٤/٤٤٤، كتاب البيوع ، باب بيع الفضة بالفضة ، برقم٢١٧٧ ؛ ومسلم مع النووي ١١/١٠ ، كتاب المساقاة والمزارعة ، باب الربا .

(٤) انظر : فتح الباري ٤/٤٤٥ ؛ وسبل السلام ٣/٧٢ .

(٥) انظر : الفوائد البهية لمحمود حمزة ص (٤٢) .

المطلب السابع : ضابط في خيار الولد البالغ

كل ولد بالغ عاقل رشيد هو بالخيار عند أحد أبويه أو غيرهما [١]

معنى الضابط :

هذا الضابط في مسألة تخيير المكلّف فله أن يختار في مقامه أحد الأبوين أو غيرهما وذلك بمحض إرادته وما يشتهيه ويميل إليه ؛ لأن التخيير راجع إلى مصلحته . والمراد في ذلك الذكر والأنثى ؛ لأن الولد يشملهما .

دليل الضابط :

يستدل لهذا الضابط في خيار الولد البالغ العاقل الرشيد بين أبويه من السنة بما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خيّر الغلام المميّز بين أبويه.[٢] فإذا ثبت هذا فتخيير المكلف من باب أولى سواء كان عند ابويه او غيرهما .

وعند غير الأبوين يستدل " بقصة زيد بن حارثة حيث خيّره النبي صلى الله عليه وسلم بين المقام معه والذهاب مع أخيه[٣] حين قال : يا رسول الله ابعث معي أخي زيداً . قال هو ذا فإن انطلق معك لم أمنعه ، فقال زيد : يا رسول الله والله لا أختار عليك أحداً..." [٤].

فرع خارج عن الضابط :

لا خيار للأُنثى في مفارقة أحد أبويها حتى تتزوج ، فإذا تزوجت كانت عند زوجها . [٥]

---

(١) الإعتناء في الفرق والإستثناء للبكري ٩٥١/٢ ؛ وانظر : التخيير في البلوغ عند في رد المختار ٦٤١/٢ . ولعل ما ذكر فرع وليس ضابطاً .

(٢) الحديث سبق تخريجه ص (٤٢) من البحث .

(٣) أخوه : هو جبلة بن حارثة .

(٤) رواه الترمذي مع تحفة الأحوذي ٣١٨/١٠ في المناقب برقم ٣٩٠٣ ؛ والحاكم في المستدرك مع التلخيص ٢١٤/٣ ، كتاب معرفة الصحابة – ذكر مناقب زيد الحب بن حارثة بن شراحيل بن عبد العزّى . وصححه ووافقه الذهبي . (الرياض مكتبة ومطابع النصر الحديثة) .

(٥) انظر : الإعتناء في الفرق والإستثناء للبكري٩٥١/٢ .

الفصل الثاني

مسائل التخيير

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الواجب المخيَّر والمحرّم المخيَّر

المبحث الثاني : ليس كل ما خيِّر فيه يسمّى تخييراً

المبحث الثالث : في مسائل متفرِّقة

المبحث الأول

الخلاف في الواجب المخير والمحرم المخير

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : الواجب المخير

المطلب الثاني : المحرم المخير

المطلب الأول : الخلاف في الواجب المخير

إن الخلاف في الواجب المخير يتمثل في جواز التخيير مع الوجوب وعدم ذلك ، فجمهور أهل العلم جوّزوا الوجوب مع التخيير شرعاً وعقلاً ، فالواجب المخير عندهم واحد مبهم من أشياء محصورة . (١)

ومنع بعض المعتزلة(٢) جواز إيجاب شئ مبهم من أشياء محصورة . فالواجب عندهم جميع الخصال على التخيير . (٣)

ويتضح تصوير الخلاف وتحرير محل النزاع بالتمثيل : ففي كفارة اليمين قال تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾(٤)

فمذهب الجمهور في هذه الكفارة واحدمن هذه الخصال الثلاث لا بعينه هو الواجب وتبرأ به الذمة إما الإطعام ، وإما الكسوة ، وإما العتق ، ويتعين الواحد من الخصال بالفعل . فلا منافاة للوجوب ؛ لأنه لم يخيّر بين الفعل والترك تخييراً مطلقاً ؛ بل لا يجوز ترك بعضها إلا مشروطاً بفعل بعض آخر . (٥)

ومذهب المعتزلة في هذه الكفارة أن جميع هذه الخصال الثلاث وجب على البدل ، ومعنى وجوبها على البدل عندهم : أنه لا يجوز للمكلف الإخلال بهذه الخصال الثلاث ، ولا يلزمه الجمع بينها

---

(١) انظر : المستصفى لأبي حامد الغزالي ٦٧/١ (بغداد : مكتبة المثنى – بالأوفست عن طبعةالأميرية ببولاق ١٣٢٢هـ) ؛ والإحكام للآمدي ١٠٠/١ ؛ وشرح مختصر ابن الحاجب ٣٤٥/١ ؛ وجمع الجوامع مع حاشية البناني ١٧٥/١ ؛ ونهاية السول ١٣٢/١ ؛ والمسوّدة لآل تيمية ص (٢٧) ؛ وشرح مختصر الروضة ٢٧٩/١–٢٨٠ ؛ وشرح الكوكب ٣٧٩/١ .

(٢) المعتزلة : من الفرق المعروفة ، ويسمّون أصحاب العدل والتوحيد وهم أصحاب واصل بن عطاء الغزّال كان ممن يحضرون مجلس الحسن البصري فاعتزله بسبب حكم مرتكب الكبيرة . ومعتقدهم يتمثل في قولهم بالأصول الخمسة وهي : التوحيد ، والعدل ، والوعد والوعيد ، والمنزلة بين المنزلتين ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . انظر : الملل والنحل للشهرستاني ٤٣/١ ؛ وتاريخ المذاهب الإسلامية لأبي زهرة ١٣٨/١ .

(٣) انظر : المعتمد في أصول الفقه ٨٤/١–٨٥ .

(٤) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٥) انظر : مذكرة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي على روضة الناظر ص (١١) (مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينةالمنورة) .

ويكون فعل كل واحد من هذه الخصال موكولاً إلى اختياره ؛ وذلك لتساويها في جهة الوجوب . [١]

جرت عادة الأصوليين على نصب الخلاف في هذه المسألة بين الجمهور والمعتزلة ثم الإستدلال والترجيح ثم مناقشة هل الخلاف لفظي أو معنوي . فمن ذهب إلى أنه لفظي[٢] بنى ذلك على الإتفاق في المعنى والعمل .

جاء في شرح مختصر الروضة عند قول صاحب المختصر " وهو لفظي " : " يعني الخلاف بين الجمهور ، وبين أصحاب هذا القول [أي المعتزلة]...أي في اللفظ ، والمعنى متفق عليه ؛ وذلك لأنه لا خلاف بين المسلمين أنه لو فعل جميع الخصال لم يثب ثواب أداء الواجب إلا على واحدة ، ولو ترك الجميع لم يعاقب عقاب ترك الواجب إلا على واحدة ، ولو وجب الجميع ، لترتب الثواب والعقاب على جميع الخصال ، وتقرّر به ، ولما خرج عن عهدة التكليف بفعل واحدة وكل ذلك باطل بالإجماع . ووافق الخصم على هذا[٣] ، فلم يبق إلا النزاع في اللفظ . غير أن نصب الخلاف معهم جرى على عادة الأصوليين " [٤].

فإذا كان الخلاف لفظياً فلا معنى لنصب الخلاف إلا تقليد لمن قال إنه معنوي من الأصوليين ، وهو في غير محله ؛ بل الأولى أن ينصب الكلام على نقد اللفظ أو توجيهه .

ومن ذهب إلى أن الخلاف معنوي[٥] : اختلفوا في نصب الأقوال فبعض الأقوال تنسبه الأشاعرة[٦] إلى المعتزلة ، والمعتزلة ترد هذه النسبة إليها وتنسبه إلى الأشاعرة فيما يسمى : بقول " التراجم " [٧]. ويستدل بعضهم بدليل خصمه ، فبهذا يظهر تضارب في الأقوال .

---

(١) انظر : المعتمد ١/٨٤-٨٥ .

(٢) انظر : المعتمد ١/٨٧ ؛ ومختصر الروضة ١/٢٧٩ .

(٣) انظر : المعتمد ١/٨٧ .

(٤) ١/٢٨٠-٢٨١ .

(٥) انظر : الإحكام للآمدي ١/١٠١ .

(٦) الأشاعرة : نسبة إلى شيوخ الأشعرية ، والأشعرية هم أتباع أبي الحسن الأشعري قبل رجوعه إلى مذهب أهل السنة وبعد تركه الإعتزال وهم يثبتون بعض الصفات ويأولون بعضها . انظر : الملل والنحل للشهرستاني ١/٩٤ .

(٧) سمي بالتراجم لأن كل واحد يرجم به الآخر ويتبرأ منه فهي أقوال مفترضة لا قائل لها في الحقيقة . انظر : نهاية السول ١/١٤٠-١٤١ .

ومن قرر أن الخلاف معنوي حاول إظهار فوائد لهذا الخلاف في بعض الفروع منها :

١- إذا فعل المخيَّر خصلة يقال هي الواجب على قول الجمهور ، أو يقال تأدّى بها الواجب على قول المعتزلة . (١)

٢- إذا فعل الجميع يثاب على الجميع ثواب الواجب على قول الجمهور ؛ لأن كل واحدة لم يسبقها غيرها ، وعلى قول المعتزلة يثاب على واحدة فقط . (٢)

٣- إذا مات وعليه الكفارة المخيرة ولم يوص وأخرج الوارث الأعلى وهوالعتق فهل يجزئ ؟ (٣)

فهي محاولة لإظهار الخلاف في الفروع لكن فيها نظر(٤). فإذا كان كذلك فهل لنصب هذا الخلاف فائدة مسلمة أم لا ؟

جاءت في الموافقات إجابة على هذا السؤال :

" وكل مسألة في أصول الفقه ينبني عليها فقه إلا أنه لا يحصل من الخلاف فيها خلاف في فرع من فروع الفقه ، فوضع الأدلة على صحة بعض المذاهب أو إبطاله عارية أيضاً كالخلاف مع المعتزلة في الواجب المخير والمحرم المخير(٥) فإن كل فرقة موافقة للأخرى في نفس العمل . وإنما اختلفوا في الإعتقاد بناء على أصل محرر في علم الكلام ، وفي أصول الفقه له تقرير أيضاً وهو هل الوجوب والتحريم أو غيرهما راجعة إلى صفات الأعيان أو إلى خطاب الشارع ؟ " (٦)

وجاء في البحر المحيط توضيح لهذه الإجابة بقولهم :

" في الجملة فلا خلاف أن يكون المكلف لا يجب عليه أن يأتي بها كلها ،ولا أنه لا يجوز في الجميع ، ولا أنه إذا أتى بشئ منها أجزأه ، ولا أنه لا يقع التخيير بين واجب وغير واجب من

---

(١) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٢/١ .

(٢) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٢/١ .

(٣) انظر : البحر المحيط للزركشي ١٩٢/١ ؛ و الأشباه والنظائر لابن السبكي ٩٣/٢-٩٤ .

(٤) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ٩٣/٢ .

(٥) الخلاف في المحرم المخير هو نفس الخلاف في الواجب المخير قولاً وحجاجاً لذا الكلام عن أحدهما يغني عن الآخر . وإلى هذا ذهب كثير من المحققين . انظر : الموافقات ١٩/١ ؛ وتهذيب الفروق ٥/٢-٦ ، غير أنه ثمّة فرق بين الواجب المخير والمحرم المخير وهو : أن المحرم المخير لا يكون في التخيير المتأصل حيث إنه لم يرد من الشارع تحريم أشياء على التخيير وإلا لارتفع التحريم ؛ بل يكون في التخيير الذي جرّ إليه الحكم ، كتحريم الجمع بين الأختين أدى إلى تخيير من أسلم وتحته أختان بينهما ، والخلاف في التخيير في الوقت الموسّع هو نفسه الخلاف في الواجب المخير . انظر : الفروق ٥/٢-٨ ؛ ومختصر الطوفي ١٣٢/١ ؛ ومذكرة الشنقيطي ص (١٢) .

(٦) للشاطبي ١٩/١ .

مباح أو ندب ، فحينئذ فلا أعرف موضع الخلاف وكذا قال صاحب " المصادر " : قد دارت رؤوس المختلفين في المسألة وأعيتهم ، ولا فائدة لها معنوية للإتفاق على ما ذكر ا.هـ "[١].

وبناء على ما تقدم فإن الأمر بشئ واحد من شيئين أو أكثر جائز شرعاً ، وواقع عقلاً ، فأما جوازه شرعاً كما في المثال السالف ، وكما تقدم في مبحث دليل المشروعية على التخيير[٢]، وأما وقوعه عقلاً فيدل عليه جوازه شرعاً إذ لا تعارض بين الشرع والعقل .

ويجدر بالذكر أن ما ذكر من الخلاف في الواجب المخير فمحله في الصيغة التي ورد فيها تخيير متأصل باللفظ أو المعنى ، أما التخيير الذي جرّ إليه الحكم فخارج محل الخلاف . [٣]

ونقل بعض أهل العلم الإجماع على مذهب الجمهور . [٤]ونقل الإجماع فيه دلالة على عدم إعتبار الخلاف في المسألة ، والله أعلم .

---

(١) للزركشي ١٩١/١ .

(٢) انظر : ص (١٦) من هذا البحث .

(٣) انظر : المسوَّدة لآل تيمية ص (٢٧) ؛ وشرح الكوكب ٣٨٢/١ .

(٤) انظر : شرح الكوكب ٣٨٠/١ .

المطلب الثاني : المحرّم المخيَّر[١]

يجوز أن يحرم الشارع واحداً لا بعينه من أحد أمرين أو أكثر .

ومثاله في تحريم أحد الأمرين : تحريم إحدى الأختين فالمحرمة واحدة منهما لا بعينها .

ومثالها في تحريم واحد لا بعينه من أمور : من أسلم على اكثر من أربع نسوة فأسلمن معه أو كنّ كتابيات ، فإن التحريم هنا على الزائد على الرابعة لا بعينها . [٢]

ولا يقتضي ذلك تحريم الكل ، وإنما يقتضي النهي عن الجمع بينهن . [٣]

جرى الخلاف في هذه المسألة بين الجمهور والمعتزلة ، فذهب الجمهور إلى جواز تحريم أحد أمرين أو أكثر لا بعينه ولا يقتضي ذلك تحريم الكل . [٣]

ومنع المعتزلة تحريم واحد لا بعينه وأوجبوا إجتناب الجميع . [٤]

سبب الخلاف :

سبب الخلاف في هذه المسألة : أن المعتزلة جعلوا متعلق التحريم القدر المشترك ، والجمهور عندهم متعلق التحريم أحدى الخصوصيتين لا بعينها . [٥]

والقول في هذه المسألة كالقول في مسألة الواجب المخير[٦]، إلا أن المعتزلة لم يوجبوا فعل الجميع في الواجب المخير وأوجبوا إجتناب الكل في المحرم المخير . [٧]

---

(١) هذه المسألة بحثها الأصوليون في موضعين : فمنهم من بحثها في أقسام الحكم الشرعي تحت عنوان " يجوز أن يكون المحرم أحد أمرين لا بعينه " ومن هؤلاء الآمدي وابن الحاجب وابن السبكي وابن النجار والزركشي . ومنهم من بحثها في باب النهي كالقاضي أبي يعلى وغيره فهي مسألة واحدة ؛ لأن النهي يقتضي التحريم .والمسألة فيها نوع من الفرضيات ، لاسيما في تصوير الأقوال قياساً على الواجب المخير .

(٢) انظر : شرح الكوكب المنير ١/٣٨٧ .

(٣) انظر : الإحكام للآمدي ١/١١٤ ؛ وجمع الجوامع للسبكي مع المحلى ١/١٨١ ؛ وشرح الكوكب المنير ١/٣٨٧ ؛ والمسودة ص (٨١) ؛ والبحر المحيط ١/٢٧ .

(٤) انظر : المعتمد ١/١٨٣ .

(٥) انظر : البحر المحيط ١/٢٧٢ .

(٦) انظر : الإحكام للآمدي ١/١١٤ ؛ وجمع الجوامع ١/١٨١ ؛ وانظر : الواجب المخير ص (١١) من هذا البحث .

(٧) انظر : المسودة ص (٨١) .

والذي يجدر به الذكر هنا أن تحريم الجمع جرّ إلى التخيير وهو ما سبق ان سمي بالتخيير الذي جر إليه الحكم وفي هذا دلالة على العلاقة بين الواجب المخير والمحرم المخير[١]، فمن نهي عن شئ واحد على التخيير له فعل أحدهما على التخيير .[٢]

خالف القرافي الجمهور وساند رأي المعتزلة ، وذهب إلى عدم صحة المنهي عنه مع التخيير ، وبنى هذا على أن النهي إذا تعلق بالمشترك لزم منه تحريم أفرادها كلها ؛ لأنه لو دخل منه فرد إلى الوجود لدخل في ضمن هذا الفرد المشترك المحرم ، ووقع المحذور كما إذا حرم الخنزير يلزم من ذلك تحريم السمين والهزيل ، والطويل والقصير[٣]. وعليه قال : " التحريم إنما تعلق بالمجموع عيناً لا بالمشترك بين الأفراد "[٤] في مسألة تحريم إحدى الأختين .

ونقضه صاحب الحاشية فقال : " ماقاله هذا ليس بصحيح فإنه لا يخلو أن يريد بالنهي عن المجموع النهي عن الجمع ، أو يريد بذلك النهي عن الجملة فإن أراد الثاني فقوله ليس بصحيح ، فإنه يلزم من النهي عن الجملة النهي عن آحادها ، وإن أراد الأول وهوالنهي عن الجمع فإنه يلزم منه النهي عن كل واحد مبهم وهو قول خصمه وقد لزمه ما أنكر "[٥].

---

(١) انظر : مبحث التقسيمات ص (٤٧) .

(٢) انظر : شرح الكوكب المنير ١/٣٨٧ .

(٣) انظر : الفروق ٢/٤-٧ .

(٤) الفروق ٢/٦ .

(٥) إدرار الشروق لابن الشاط ٢/٧ .

المبحث الثاني
ليس كل ما خيِّر فيه يسمَّى تخييراً

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : ليس كل واجب خُيِّر في أفراده يسمى واجباً مخيَّراً

المطلب الثاني : ليس كل مباح مخيراً فيه

المطلب الأول : ليس كل واجب خُيِّر في أفراده يسمى واجباً مخيَّراً

هذه المسألة في ضبط إصطلاح العلماء في تحديد الواجب المخير . فالواجب يتأدّى بأفراد من جنس واحد كالثوب في الستر فأي ثوب اختاره من بين الثياب يتأدى به الواجب ، وكذا المياه في الوضوء ، وكذا شاة من شياه الدنيا .

فهذه الواجبات لها أفراد وهو مخير في ايّها شاء مع هذا لا يسمى اصطلاحاً واجباً مخيراً .

والسبب في ذلك أنه تخيير في الغالب لا تنحصر أفراده . كما أن التخيير وقع فيها بين أفراد الجنس الواحد والتخيير يكون بين جنسين كواجبين في مسألتنا .

قال القرافي :

" * الفرق التاسع والأربعون بين قاعدة التخيير في الأجناس المتباينة وبين قاعدة التخيير بين أفراد الجنس الواحد *

وتحرير الفرق بين هاتين القاعدتين يرجع إلى تحرير اصطلاح العلماء ، لا لمعنى يترتب عليه ، وذلك انهم يسمون خصال الكفارة واجباً مخيراً ، ولا يسمون تخيير المكلف بين رقاب الدنيا في إعتاق الرقبة في كفارة الظهار وغيرها واجباً مخيراً ، وكذلك التخيير بين شياه الدنيا في إخراج شاة من أربعين شاة لا يسمونه واجباً مخيراً ، وكذلك دينار من أربعين ديناراً ، والسترة بثوب من ذلك واجباً ، والوضوء بماء من مياه الدنيا ، وغير ذلك لا يسمونه واجباً مخيراً ؛ بل يقصرون ذلك على خصال الكفارة ونحوها ، وضابط الفرق بين القاعدتين ما تقدم من **أن التخيير متى وقع بين الأجناس المختلفة فهو الذي اصطلحوا على أنه واجب مخير ومتى وقع بين أفراد جنس واحد لا يكون هو المسمى بالواجب المخير** .

فالعتق والإطعام والكسوة أجناس مختلفة والغنم كلها جنس واحد وكذا الدنانير وغيرها من النظائر .... " [1].

---

(١) الفروق ٢/١١-١٢ .

المطلب الثاني : ليس كل مباح مخيَّراً فيه

ينقسم المباح من حيث إطلاق المباح عليه إلى قسمين :

الأول : من حيث هو مخير فيه بين الفعل والترك والذي يقع عليه التخيير في الإباحة .

الثاني : المباح الذي قيل فيه لا حرج فهو ليس داخلاً تحت التخيير بين الفعل والترك فهذا ليس فيه تخيير .[١]

يقول الشاطبي : " المباح يطلق بإطلاقين : أحدهما من حيث هو مخير فيه بين الفعل والترك ، والآخر من حيث يقال : لا حرج فيه ... إذا قيل في المباح إنه لا حرج فيه في أحد الإطلاقين المذكورين فليس بداخل تحت التخيير بين الفعل والترك لوجوه :

أحدها : أنا إنما فرّقنا بينهما بعد فهمنا من الشريعة القصد إلى التفرقة ، فالقسم المطلوب الفعل بالكل هو الذي جاء فيه التخيير بين الفعل والترك كقوله تعالى : ﴿ **نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم** ﴾[٢] وقوله ... ﴿ **وإذ قلنا ادخلوا هذه القرية فكلوا منها حيث شئتم رغدا** ﴾[٣] ... ، فهذا تخيير حقيقة وأيضاً الأمر في المطلقات إذا كان الأمر للإباحة يقتضي التخيير حقيقة كقوله تعالى : ﴿ **وإذا حللتم فاصطادوا** ﴾[٤] ﴿ **فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله** ﴾[٥] ﴿ **كلوا من طيبات ما رزقناكم** ﴾[٦] وما أشبه ذلك ، فإن إطلاقه مع أنه يكون على وجوه واضح في التخيير في تلك الوجوه إلا ما قام الدليل على خروجه من ذلك .

أما القسم المطلوب الترك بالكل فلا نعلم في الشريعة ما يدل على حقيقة التخيير فيه نصّاً ؛ بل هو مسكوت عنه أو مشار إلى بعضه بعبارة تخرجه عن حكم التخيير الصريح ، كتسمية الدنيا لعباً ولهواً في معرض الذم لمن ركن إليها فإنها مشعرة بأن اللهو غير مخير فيه ..." [٧]

---

(١) انظر : الموافقات للشاطبي ١/٩٢-٩٣ ؛ والمستصفى في علم الأصول للغزالي ١/٧٥ .

(٢) سورة البقرة : الآية (٢٢٣) .

(٣) سورة البقرة : الآية (٥٨) .

(٤) سورة المائدة : الآية (٢) .

(٥) سورة الجمعة : الآية (١٠) .

(٦) سورة البقرة : الآية (٥٧) .

(٧) الموافقات ١/٩٢-٩٤ .

المبحث الثالث
في مسائل متفرقة

ويشتمل على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التخيير يقتضي التسوية

المطلب الثاني : التفاضل في التخيير

المطلب الثالث : تحوُّل التخيير إلى تعيين

المطلب الأول : ماهو مقتضى التخيير

ذهب جمهور أهل العلم إلى أن التخيير يقع بين متساويين في الرتبة ، حيث يقع بين واجب وواجب ، أو مندوب ومندوب ، أو مباح ومباح وسبق في الفصل الماضي قاعدة تبين هذا الأمر . (١)

خالف في ذلك القرافي فذهب إلى أن التخيير قد يقع ولا تتساوى فيه الأشياء في رتبتها من حيث الوجوب أو الندب أو الإباحة ، وذلك إذا كان التخيير بين الجزء والكل أو بين الأقل والأكثر فقال :

" * الفرق الثامن والأربعون بين قاعدة التخيير الذي تقتضي التسوية وبين قاعدة التخيير الذي لا يقتضي التسوية بين الأشياء *

جمهور الفقهاء يعتقدون أن صاحب الشرع أو غيره إذا خير بين أشياء يكون حكم تلك الأشياء واحداً وألا يقع التخيير إلا بين واجب وواجب أو مندوب ومندوب أو مباح ومباح ، وكذا هو مسطور في كتب أصول الفقه وكتب الفقه ، وليس الأمر كذلك بل هنالك تخيير يقتضي التسوية وتخيير لا يقتضيها ، وتحرير الفرق بين القاعدتين متى وقع بين الأشياء المتباينة وقعت التسوية ، أو بين الجزء والكل أو أقل أو أكثر لم تقع التسوية " (٢).

ثم برهن على قوله بأربع مسائل كما يلي :

المسألة الأولى : في وقوع التخيير بين الجزء والكل ، ففي قوله تعالى : ﴿ **فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة** ﴾(٣) خيَّر المولى عز وجل المسافر بين ركعتين وهما جزء وبين أربع ركعات وهي كل فوقع التخيير بين واجب وهما الركعتان وبين ما ليس بواجب وهما الركعتان الزائدتان ؛ لأنه جاز تركهما ، وما جاز تركه لا يكون واجباً . (٤)

---

(١) انظر ص (٧٩) من هذا البحث .

(٢) الفروق ٢/٨ .

(٣) سورة النساء : الآية (١٠١) .

(٤) انظر : الفروق ٢/٩-١٠ .

مناقشة المسألة : لا نسلم أن الركعتين واجبتان جزماً على المسافر ؛ لجواز تركهما وإبدالهما باربع إجماعاً . وسبب توهمه في جواز التخيير بين واجب وغير واجب ؛ أن الركعتين المنفردتين هما المجتمعتان مع الركعتين الأخريين من الأربعة وليس كذلك ، فالزائد لا يجوز تركه مطلقاً إلا عند فعل بدله ؛ لذا لم يقع التخيير بين واجب وما ليس بواجب بسبب أن التخيير وقع بين جزء وكل . (١)

المسألة الثانية : في وقوع التخيير بين الأقل والأكثر . ففي قوله تعالى : ﴿ **ياأيها المزمل قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه ورتل القرآن ترتيلا** ﴾(٢) وقع التخيير بين الثلث والنصف والثلثين ، والثلث واجب لا بد منه ، والنصف والثلثان مندوبان ؛ لجواز تركهما مع أن فعلهما أولى ، وبهذا وقع التخيير بين واجب ومندوب ؛ لأن التخيير وقع بين الأقل والأكثر . (٣)

مناقشة المسألة : لم يقع التخيير في الآية الكريمة بين واجب ومندوبين ؛ لأن الثلث ليس بواجب من حيث هو ثلث وإلا لكان واجباً معيناً ، وليس النصف والثلث مندوبين ؛ لأنه لا يجوز تركهما مطلقاً ؛ بل يجوز تركهما عند قيام الثلث ؛ لذا لم يكن وقوع التخيير بين الأقل والأكثر سبباً في وقوع التخيير بين واجب ومندوب . وسبب توهمه أن الجزء المنفرد المنفصل هو الجزء المتمم المتصل . (٤)

المسألة الثالثة : إن تخييره تعالى بين خصال الكفارة في الحنث اقتضى التسوية وهو الوجوب ، فلكل خصلة من الخصال حكم الأخرى ، فالمشترك متعلق الوجوب من غير تخيير والخصوصيات متعلق التخيير من غير إيجاب ، وذلك لأنها أمور متباينة . (٥)

مناقشة المسألة : ما قيل من أن " لكل خصلة حكم الأخرى ،والمشترك متعلق الوجوب ..الخ " فهو صحيح ؛ ولكن ليس لأنها أمور متباينة ؛ بل لأن التخيير يقتضي التسوية . (٦)

المسألة الرابعة : صاحب الدين على المعسر مخير بين النظرة والإبراء ؛ لإجماع الأمة على ذلك ، والإبراء أفضل في حق صاحب الدين وهو ليس بواجب ، وترك المطالبة واجب

---

(١) انظر : إدرار الشروق لابن الشاط ٢/٨-٩ ؛ وتهذيب الفروق ٢/١٠-١١ .

(٢) سورة المزمل : الآيات (١-٤) .

(٣) انظر : الفروق ٢/٩ .

(٤) انظر : إدرار الشروق ٢/٩ ؛ وتهذيب الفروق ٢/١١ .

(٥) انظر : الفروق ٢/٨-٩ .

(٦) انظر : إدرار الشروق ٢/٩ .

حتماً ، فصار هذا التخيير بين الأقل والأكثر فجاز التخيير مع عدم التسوية . [١]

مناقشة المسألة : أن الأمة لم تجمع على التخيير بين النظرة والإبراء للمعسر ؛ بل النظرة له متعينة بنص الكتاب قال تعالى : ﴿ **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة** ﴾ . [٢] وسبب توهمه هو ما لرب الدين من إبراء غريمه منه أو إسقاطه موسراً كان أو معسراً عنه ، وليس كذلك ؛ لأن التخيير في هذه المسألة لا يكون بين الأخذ والترك جملة ؛ لذا لا يقال في مثل هذا أقل أو أكثر ، وبذلك لا يكون التخيير هنا اقتضى عدم التسوية . [٣]

وبالنظر إلى المسائل ومناقشتها يتبين رجحان ما ذهب إليه جمهور اهل العلم في اشتراط تساوي الرتبة بين ما خُيِّر فيه ، والله أعلم .

المطلب الثاني : التفاضل في التخيير

لا شك أن بعض ما خيِّر فيه أفضل من البعض الآخر ، وهذا التفاضل في الثواب والأجر وهو لا ينافي التخيير ؛ لأن التخيير لا يقتضي عدم التفاضل بين خصاله في الثواب ، ما دام أنه بين أجناس متباينة كواجبين أو مندوبين أو مباحين . وهذا فرق بين التفاضل في الإجزاء وهو غير وارد ، وبين التفاضل في الثواب وهو لا ينافي التخيير .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : " من خير بين شيئين فله أن يفعل أيهما شاء : كالمكفّر إذا خير بين الإطعام والكسوة والعتق ؛ فإنه وإن كان أحد الخصال أفضل فيجوز له فعل المفضول . وكذلك لابس الخف إذا خير بين المسح وبين الغسل ؛ وإن كان أحدهما أفضل ، وكذلك المصلي إذا خير بين الصلاة في اول الوقت وآخره ؛ وإن كان أحدهما أفضل " [٤]

فهذه أمثلة ذكرها شيخ الإسلام وهي أمثلة للتفاضل بين ما خير فيه ومنها أيضاً : تخيير المتوضِّئ بين المرة والإثنين والثلاثة . ومنها التخيير بين الإستنجاء بالماء والإستجمار بالأحجار ، والإستنجاء بالماء أفضل . [٥]

فهذه الأفضلية قد تكون لدلالة متصلة بالخصال أو منفصلة عنها .

---

(١) انظر : الفروق ٢/١٠ .

(٢) سورة البقرة : الآية (٢٨٠) .

(٣) انظر : إدرار الشروق ٢/١٠-١١ ؛ وتهذيب الفروق ٢/١١ .

(٤) الفتاوى ٣٤/١٢٠ .

(٥) انظر : قواعدالأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ١/٢٠٦-٢٠٧ (بيروت : لبنان ، دار المعرفة) .

فمثال الدلالة المتصلة إراقة الدم في كفارة فدية الأذى للمحرم فالنبي صلى الله عليه وسلم دلّ كعب بن عجرة إلى أفضل هذه الخصال أولاً فقال له : " تجد شاة ؟ " [١] ثم ذكر بعد ذلك بقية الخصال[٢]. ولذلك قرر بعض أهل العلم أن كل كفارة مخير فيها وفي خصالها إراقة دم الأفضل فيها إراقته . [٣]

أما الدلالة المنفصلة فمثالها حاجة الناس إلى خصلة دون الأخرى أو حال المخير ؛ لذلك تختلف الأفضلية بالزمان ، والمكان ، وحال الناس ، وحالة الشخص المخيَّر ، جاء في معنى ذلك في الجامع لأحكام القرآن في مسائل كفارة اليمين :

" ذكر الله سبحانه في الكفارة الخلال الثلاث فخير فيها وعقّب عند عدمها بالصيام ، وبدأ بالإطعام ؛ لأنه كان الأفضل في بلاد الحجاز لغلبة الحاجة إليه وعدم شبعهم " [٤].

فالمخيَّر ينظر في حاله والأفضل له إذا كان التخيير قاصراً عليه ، وينظر في حال الناس وحاجتهم إذا كان التخيير متعدي إلى الغير .

جاء في أحكام القرآن لابن العربي في الكلام عن الأفضل من خصال كفارة اليمين :

" وعندى أنها تكون بحسب الحال فإن علمت محتاجاً فالإطعام أفضل ، لأنك إذا أعتقت لم ترفع حاجتهم وزدت محتاجاً حادي عشر إليهم ، وكذلك الكسوة تليه . ولما علم الله غلبة الحاجة [أي إلى الإطعام] بدأ بالمهم المقدّم " [٥].

---

(١) سبق تخريجه ص (٢٠) من البحث .

(٢) انظر : تفسير ابن كثير ١/٣٥٠ .

(٣) انظر : الإستغناء في الفرق والإستثناء ٢/٦٤١ .

(٤) ٦/١٧٨ .

(٥) ٢/١٥٧ .

المطلب الثالث : تحوُّل التخيير إلى تعيين

هنالك حالات يتحول فيها الواجب المخير إلى واجب معين وتوضيح ذلك في صور منها :

١- إذا خير بين امرين أو اكثر وانتفت كل الخصال إلا واحدة ، تعينت هذه الخصلة سواء كان سبب الإنتفاء من نفس المخير أو انتفت في حقه بغيره .

مثال لما كان سبب الإنتفاء من نفس المخير :

من ثبت له التخيير بين القصاص والدية وقلنا الواجب أحد أمرين فإذا عفى عن القصاص أسقطه فانتفى في حقه وثبت له المال . (١)

وأمثلته لمن انتفى في حقه بغيره :

أ- إذا لم يجد ولم يقدر إلا على خصلة واحدة تعينت في حقه هذه الخصلة . كالفقير الذي جنى على إحرامه ولم يجد ما يُطعِمه أو يَطعَمه ، ولم يجد شاة لينسكها ، تعين في حقه الصوم .

ب- إذا كان الواجب بسبب واحد احد شيئين ، وقامت حجة ثبت بها واحد دون الآخر كما إذا قلنا موجب القتل العمد القصاص أو الدية فادعى أولياء المقتول على ولي القاتل في القسامة فنكل لزمته الدية . (٢)

٢- إذا ظهرت المصلحة في تخيير الرأي والمصلحة في خصلة معينة تعين العمل بهذه الخصلة دون غيرها .

مثاله :

التخيير في خصال الأسرى إذا ظهر للإمام أن المصلحة في قتل الأسرى دون فدائهم أو المن عليهم أو إسترقاقهم تعين القتل ولا يجوز العدول إلى غيره .

٣- إذا كانت الحاجة ملحّة لخصلة لدرجةالإضطرار تعينت هذه الخصلة .

ومثاله :

من كانت عليه كفارة يمين ووجد مضطرين إلى طعام قد وقعوا في مخمصة فعليه أن يكفّر بالإطعام ما دام في قدرته .

---

(١) انظر : المنثور للزركشي ٢٦٢/١ ؛ والقواعد لابن رجب ص (٢٤٤-٢٤٥) .

(٢) انظر : القواعد ص (٢٤٥) .

٤- إذا كان أحد الأطراف المخير بينها ليس اهلاً للتخيير تعين الطرف الآخر .

ومثاله :

في تخيير الغلام المميز بين أبويه . إذا تبين أن أحد الأبوين فاسق فهو ليس اهلاً للتخيير فتعين أن يكون الغلام عند الآخر . [١]

---

(١) انظر : الفتاوى ٣٤/١٣١-١٣٢ .

الباب الثالث

دراسة تطبيقية مقارنة

فيما عدا العبادات

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : في المعاملات والأحوال الشخصية

الفصل الثاني : في القصاص والحدود والكفارات والجهاد

الفصل الأول

في المعاملات والأحوال الشخصية

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : في البيوع : التخيير في بيع المصرَّاة

المبحث الثاني : في النكاح : تخيير من أسلم وتحته أكثر من امرأة مباحة

المبحث الثالث : في الطلاق : تخيير المرأة في اختيار نفسها أو زوجها

المبحث الرابع : بعد الحضانة : تخيير المميِّز بين أبيه وأمه

المبحث الأول

في البيوع : التخيير في بيع المصرَّاة

التخيير في بيع المصرَّاة

قبل أن ندخل في تفصيلات هذه المسألة نعرف المصرَّاة لغة واصطلاحاً :

تعريف المصرَّاة لغة :

المصرَّاة اسم مفعول من التصرية ، والتصرية : مأخوذة من المصدر صرَّى يصرِّي الذي يدل على الجمع ، ومنه يقال : صرى الماء يصريه إذا جمعه ، وماء صري أي مجموع ، قال الشاعر :

رأيت غلاماً قد صَرَى في فِقْرته ماءَ الشبابِ عنفوان شِرَّته

ومنه يقال : صرَّ الناقة تصرية : إذا ترك حلبها ، فاجتمع اللبن في ضرعها . (١)

تعريف التصرية اصطلاحاً :

عرف الفقهاء التصرية : بأن يترك البائع حلب الحيوان عمداً مدة قبل بيعه حتى يجتمع اللبن فيتخيل المشتري غزارة لبنه ، فيزيد في الثمن . (٢)

وقد أولى العلماء مسألة التصرية إهتماماً ضمن اهتمامهم بجانب الخيار في البيع فألحقها أكثر العلماء بخيار العيب ، وعند بعض العلماء ملحقة بخيار التدليس بالخلف في صفة المبيع واعتبروه من جنس التغرير الفعلي . (٣)

حكم التصرية :

يرى بعض الفقهاء أن التصرية حرام ، سواء قصد بذلك البائع التدليس وخداع المشتري أو لم يقصد ؛ لأنها تفضي إلى الضرر بالحيوان وإيذائه (٤)، والراجح أن الحرمة مقيَّدة بالتدليس على المشتري ، وأما الضرر والإيذاء الذي يحدث للحيوان فإنه يسير ولا يستمر فيغتفر عنه أمام مصلحة الولد أو غيرها . (٥)

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ٣/٣٤٦-٣٤٧ ؛ والقاموس المحيط ص (١٦٧٩-١٦٨٠) ؛ والصحاح ٦/٢٣٩٩ ؛ ولسان العرب ١٤/٢٥٨ .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤/٧٠ ؛ وانظر : شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٠٠ الطبعة الأولى (مصر : مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٩هـ - ١٩٣٧م) ؛ وبداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٠٨-٢٠٩ ، الطبعة الثانية (مصر : دار التوفيق النموذجية ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) ؛ ومواهب الجليل ٤/٤٣٨ ، الطبعة الثالثة (بيروت : لبنان ، دار الفكر ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) ؛ وحلية الفقهاء للرازي ص (١٣٢) .

(٣) انظر : الفتاوى ٢٠/٥٥٧ ؛ والأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٥٢ ؛ والمدخل الفقهي العام ١/٣٨١ .

(٤) انظر : نهاية المحتاج ٤/٧٠-٧١ .

(٥) انظر : فتح الباري ١/٤٢٣-٤٢٤ ؛ والبخاري في ترجمة الباب .

ودليل ذلك : حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاع تمر " [١].

فموضع الشاهد في قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تصروا " فهو نهي عن التصرية والنهي يقتضي التحريم ، وهذا النهي قُيِّد بالبيع بلفظ " إذا باع أحدكم الشاة اللقحة[٢] فلا يُحَفِّلها " [٣].

ردّ المصرَّاة

أما ثبوت الخيار للمشتري إذا وجد الشاة أو الناقة ونحوهما مصراة بين ردها على البائع ، أو إمساكها اختلف فيه العلماء ، وكان اختلافهم على قولين :

القول الأول :

أن التصرية عيب يثبت به خيار العيب أو التدليس في وصف المبيع وتوجب الرد ، رُوِي ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وأنس ، وإليه ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، وأبو يوسف[٤] في رواية ، وزُفَر [٥]،

---

(١) رواه البخاري مع الفتح ٤/٤٣١ كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل ، والبقر ، والغنم وكل محفلة برقم ٢١٤٨ .

(٢) اللقحة هي: الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة . شرح مسلم ٤-١٠/١٦٦ .

(٣) رواه النسائي ٧/٢٥٢ كتاب البيوع ، باب المحفلة (بيروت : لبنان ، دار الفكر ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م) .

(٤) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه وأول من نشر مذهبه وأول من دعي بقاضي قضاة الدنيا وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب ابي حنيفة . من كتبه : الخراج ، واختلاف الأمصار ، وأدب القاضي . توفي سنة ١٨٢هـ . انظر : طبقات الحنفية ١/١٢ ؛ وتاريخ بغداد ١٤/٢٤٢-٣٦٢ ؛ والبداية والنهاية ١٠/١٨٠ ؛ وشذرات الذهب ١/٢٩٨-٣٠١ .

(٥) هو : زفر بن الهذيل بن قيس العنبري من أصحاب الإمام أبي حنيفة ولي القضاء بالبصرة وتوفي بها سنة ١٥٨هـ . انظر : وفيات الأعيان ٢/٣١٧-٣١٩ ؛ والجواهر المضية ١/٢٤٣ و٢/٥٣٤ ؛ وشذرات الذهب ١/٢٤٣ .

وأبو ثور[١] .[٢]

القول الثاني :

أن التصرية لا يثبت بها خيار ، وإن الحيوان لا يرد بها ، والتصرية ليست بعيب ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد[٣] ، وأبي يوسف في المشهور عنه ، وأشهب[٤] من المالكية .[٥]

ويرى أبو حنيفة ومحمد : أن المشتري ليس له أن يرد المبيع ؛ ولكنه يرجع بنقصان الوصف المرغوب فيه وذلك على المختار من الروايتين .[٦]

ويرى أشهب : أن التصرية عيب ؛ ولكن الحيوان لا يرد بها بعد حلبها ؛ بل يرجع بنقصان العيب .[٧]

---

(١) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي الفقيه صاحب الإمام الشافعي ، كان أحد الأئمة حافظ حجة مجتهد ويكنى أيضاً أبا عبد الله . توفي سنة ٢٤٠هـ . انظر : تاريخ بغداد ٦٥/٦-٦٩ ؛ وطبقات السبكي ٧٤/٢ ؛ وطبقات الحفاظ ص (٢٢٣) ؛ وشذرات الذهب ٩٣/٢-٩٤ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٩٦/٤-٦٧ ؛ والشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي ١١٦/٣-١١٧ (بيروت : لبنان ، دار الفكر) ؛ وشرح الزرقاني على خليل ١٣٣/٥-١٣٥ (بيروت : لبنان ، دار الفكر) ؛ ومواهب الجليل والتاج الإكليل ٤٣٧/٤-٤٣٨ ؛ وبداية المجتهد ٢٠٨/٢-٢٠٩ ؛ ونهاية المحتاج ٧٠/٤-٧٤ ؛ وتحفة المحتاج ٣٨٩/٤-٣٩١ (دار إحياء التراث العربي) ؛ وشرح منتهى الإرادات ٧٣/٢-١٧٤ (بيروت : لبنان ، عالم الكتب) ؛ وكشاف القناع ٢١٤/٣-٢١٥ ؛ والمغني ٢١٦/٦-٢١٩ ؛ والمحلّى بالآثار ٥٧٥/٧ ، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري (بيروت : لبنان ، دار الكتب العلمية) .

(٣) هو : محمد بن الحسن بن فرقد من موالي بني شيبان إمام بالفقه والأصول ، له الفضل في نشر مذهب أبي حنيفة . له مصنفات منها : الجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والسيَر ، والموطأ ، والأمالي . توفي سنة ١٨٩هـ . انظر : تاريخ بغداد ١٧٢/٢-١٨٢ ؛ ووفيات الأعيان ١٨٤/٤ ؛ والفوائد البهية ص (١٦٣) .

(٤) هو : أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري فقيه الديار المصرية وصاحب الإمام مالك ، قيل : أشهب لقب له . توفي سنة ٢٠٤هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٥٠٠/٩ ؛ والديباج المذهب ٣٠٧/١ ؛ وشذرات الذهب ١٢/٢ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٩٦/٤-٩٧ ؛ وشرح فتح القدير ٤٠٠/٦ ؛ والشرح الكبير ١١٦/٣-١١٧ ؛ والتاج الإكليل ٤٣٧/٤-٤٣٨ .

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين ٩٦/٤-٩٧ .

(٧) انظر : التاج الإكليل ٤٣٨/٤ .

سبب الخلاف

إن سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يعود إلى اختلافهم في تقديم خبر الواحد على القياس ، أو تقديم القياس على خبر الواحد عند التعارض[١]. فمن ذهب إلى تقديم خبر الواحد والعمل به ولم يعتبر القياس معارضاً له ، عمل بظاهر حديث التصرية وقال بالخيار في بيع المصراة ، ومن ذهب إلى تقديم القياس على خبر الواحد قدم قياس بيع المصراة بالمتلفات على أن يرد المثل أو القيمة ، على حديث المصراة وقال بعدم التخيير في بيع المصراة .[٢]

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بالتخيير في بيع المصراة بالسنة والإجماع والمعقول كما يلي :

أولاً : السنة : استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " ...ولا تصروا الغنم ، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر "[٣].

وفي رواية : " من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر "[٤].

وفي رواية : " إذا ما أحدُكم اشترى لقحة مصراة أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، وإما هي وإلا فليردها وصاعاً من تمر "[٥].

---

(١) انظر في بحث القياس وخبر الواحد : أصول السرخسي ١/٣٣٨-٣٤١ ، تحقيق : أبوالوفاء الأفغاني (بيروت : لبنان ، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م) ؛ تيسير التحرير ٣/١١٦ ؛ والمسودة ص (٢٣٩) ؛ ونهاية السول ٢/٢٥٥ ؛ وشرح الكوكب المنير ٢/٣٦٧ ؛ وكشف الأسرار عن أصول البزدوي لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ٢/٣٧٧-٣٨٢ طبعة الأوفست (بيروت : لبنان ، دار الكتاب العربي ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م) .

(٢) انظر : الفتاوى ٢٠/٥٥٦-٥٥٨ ؛ وفتح الباري ٤/٤٢٨ .

(٣) رواه البخاري مع الفتح ٤/٤٢٣ كتاب البيوع ، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم ٢١٥٠ .

(٤) رواه البخاري مع الفتح ٤/٤٣١ .

(٥) رواه مسلم ، كتاب البيوع ، باب حكم بيع المصراة ٤-١٠/١٦٧ مع شرح النووي

وفي رواية : " من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردّها ردّ معها صاعاً من طعام لا سمراء " [١].

دلّت هذه الروايات على ثبوت الخيار لمشتري المصراة بين الإمساك والرد ، وإن ردّها رد معها صاعاً من تمر أو طعام . وذلك يدل على كونه عيباً مؤثّراً . غير أن المالكية فهموا من صاع التمر صاعاً من قوت البلد ؛ لأن قوتهم بالمدينة كان غالبه التمر . ويؤيد ذلك رواية " من طعام " [٢]. ورجّح البخاري التمر لعدم اختلاف الرواية فيه . [٢]

ثانياً : الإجماع : نقل الإجماع على هذه المسألة إبن المنذر فقال : " وأجمعوا على أن من حلب المصراة فهو بالخيار إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر ... وانفرد أبو يوسف..، وابن أبي ليلى فقالا : يردّها مع قيمة اللبن ...، وشذّ النعمان فقال ليس له ردها ، ولا يستطيع رد ما أخذ منها " [٣].

ثالثاً : المعقول : قالوا : إن التصرية نوع من أنواع التدليس فكان هذا التدليس كسائر العيوب التي يُرَد بها المعيب . [٤]

واستدل الحنابلة على تخيير مشتري المصراة بالقياس : حيث قاسوا هذه المسألة على ما لو اشترى جارية فسوّد البائع شعرها ، والجامع بين المسألتين أن في كل واحدة منهما تدليساً بما يختلف الثمن باختلافه . [٥]

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

وتتضمن ادلة القول الثاني مناقشة لأدلة القول الأول .

استدل الذين لم يثبتوا الخيار بالتصرية على قولهم بمناقشة دليل الجمهور على ضوء أصول الحنفية كما يلي :

أولاً : إن حديث أبي هريرة في بيع المصراة مخالف للقياس فكان بهذه المخالفة ناسخاً للكتاب والسنة والإجماع لأنهما أوجبا العمل بالقياس ، وبيان هذه المخالفة : أن الأصل في المتلفات إن كانت مما لها مثل تضمن بالمثل لقوله تعالى :

---

(١) رواه مسلم المرجع السابق .

(٢) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٠٨-٢٠٩ ؛ والبخاري مع الفتح ٤/٤٢٥-٤٢٦ .

(٣) الإجماع ص (٧٨) .

(٤) انظر : بداية المجتهد ٢/٢٠٨-٢٠٩ .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة ٦/٢١٦-٢١٧ .

﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾[١] ولقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾[٢] . وإن كانت مما لا مثل لها ، تقدّر بالقيمة لقوله عليه الصلاة والسلام : " من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قُوِّم عليه قيمة العدل فأُعطيَ شركاؤه حصصهم ، وعَتَقَ عليه العبد ، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ " [٣].

فمفهوم الآيتين يدل على أن ضمان المتلفات يتقدر بالمثل فيما كان له مثل ، واللبن مثلي ، وضمانه يكون بالمثل بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والصاع من التمر غير مماثل اللبن ، فيكون الحديث مخالفاً لما هو أقوى منه فيتوقف عن العمل بظاهره . والحديث يدل على أن ضمان المتلفات غير المثليات يكون بالقيمة من النقدين ، فالقول بظاهر الحديث من إيجاب صاع من التمر مكان اللبن المحلوب مخالف لهذا الحديث لأن الصاع ليس بقيمة له . كما أن إيجاب التمر مكان اللبن فيه تسوية بين قليل اللبن وكثيره وهذا مخالف للأصول أيضاً لأنه إذا قلّ المتلف قل الضمان ، وإذا كثر المتلف كثر الضمان .[٤]

ويناقش هذا الإستدلال : " بأن السنة إذا وردت لا يعترض عليها بالمعقول ، وأما الحكمة في تقييده بصاع التمر فلأنه كان غالب قوتهم في ذلك الوقت فيستمر حكم الشرع على ذلك وإنما لم يجب مثله ولا قيمته بل وجب صاع في القليل ، والكثير ليكون ذلك حدّاً يرجع إليه ويزول به التخاصم ، وكان صلى الله عليه وسلم حريصاً على رفع الخصام والمنع من كل ما هو سبب له ، وقد يقع بيع المصراة في البوادي والقرى وفي مواضع لا يوجد من يعرف القيمة ويعتمد قوله فيها ، وقد يتلف اللبن ويتنازعون في قلته وكثرته وفي عينه ، فجعل لهم الشرع ضابطاً لا نزاع معه وهو صاع التمر ، ومثل ذلك الدية فإنها مائة بعير ولا يختلف باختلاف حال القتيل قطعاً للنزاع ، ومثله الغرة في الجناية على الجنين سواء كان ذكراً أو أنثى ، تام الخلق أو ناقصه ، جميلاً كان أو قبيحاً ، ومثله الجبران في الزكاة بين الشيئين جعله الشرع شاتين أو عشرين درهماً قطعاً للنزاع سواء كان التفاوت بينهما قليلاً أو كثيراً " [٥].

---

(١) سورة البقرة : الآية (١٩٤) .

(٢) سورة النحل : الآية (١٢٦) .

(٣) الحديث متفق عليه . أخرجه البخاري مع الفتح ١٥٦/٥ (كتاب) الشركة ، (باب) تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل برقم ٢٤٩١ ؛ ومسلم مع النووي ١٣٥/١٠-٤ في أول كتاب العتق واللفظ له .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي ٤٠/١٣ الطبعة الأولى (بيروت : لبنان ، دار الكتب العلمية ١٤١٤هـ - ١٩٩٣) ؛ وحاشية ابن عابدين ٩٦/٤-٩٧ .

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم ١٦٧/١٠-٤ .

و" تضمينه بغير جنسه ففي غاية العدل ، فإنه لا يمكن تضمينه بمثله ألبتة ، فإن اللبن في الضرع محفوظ غير معرّض للفساد ، فإذا حُلِب صار عرضة لحمضه وفساده ، فلو ضمن اللبن الذي كان في الضرع بلبن محلوب في الإناء كان ظلماً تتنزه الشريعة عنه . وأيضاً فإن اللبن الحادث بعد العقد إختلط باللبن الموجود وقت العقد ، فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري ، وقد يكون أقل منه أو أكثر فيفضي إلى الربا ؛ لأن أقل الأقسام أن تجهل المساواة . وأيضاً فلو وكلناه إلى تقديرهما أو تقدير أحدهما ؛ لكثر النزاع والخصام بينهما ، ففصل الشارع الحكيم – صلاة الله وسلامه عليه وعلى آله – النزاع وقدره بحد لا يتعدياته ؛ قطعاً للخصومة وفصلاً للمنازعة ، وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن ، فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتاً لهم ، وهومكيل كما أن اللبن مكيل ، فكلاهما مطعوم مقتات مكيل ، وأيضاً فكلاهما يقتات به بلا صنعة ولا علاج بخلاف الحنطة والشعير والأرز ، فالتمر اقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن " [١].

سبق تأويل واعتذار للحنفية عن حديث أبي هريرة رضي الله عنه بمخالفة الأصول ، واعتذروا عنه أيضاً بأن أبا هريرة ليس من فقهاء الصحابة ، وخالفه الصحابة في بعض المسائل فلا يقدم ما رواه على القياس الجلي . [٢]

ويناقش هذا القول بما جاء في فتح الباري :

" اعتذر الحنفية عن الأخذ بحديث المصراة بأعذار شتى فمنهم من طعن في الحديث لكونه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ولم يكن كابن مسعود وغيره من فقهاء الصحابة ، فلا يؤخذ بما رواه مخالفاً للقياس الجلي ، وهو كلام أذى قائله به نفسه وفي حكايته غنى عن تكلّف الرد عليه " [٣].

والحديث رواه البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه أيضاً . [٤]

ثانياً : أن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع ، وقلة اللبن لا تنفي صفة السلامة من العيوب ؛ لأن اللبن ثمرة للبيع وبعدمه لا نعتبر أن الصفة قد فاتت ولا يثبت الخيار ، فإذا لم يثبت الخيار

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٣٩/٢–٤٠ تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد (بيروت : لبنان ، دار الجيل) .

(٢) انظر : المبسوط ٤٠/١٣ .

(٣) ٤٢٧/٤ .

(٤) البخاري مع الفتح ٤٢٣/٤ ؛ وانظر : الروضة الندية شرح الدررالبهية لصديق بن علي البخاري ١١٥/٢ الطبعة الأولى (بيروت : لبنان ، دار الندوة الجديدة ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م) .

بعدم اللبن فبقلّته من باب أولى أن لا يثبت خيار الرد . [١]

ويناقش هذا الدليل :

إن الرد بالخيار لا ينحصر في هذين السببين : السلامة من العيوب أو فوات صفة ، بل جاء في الشريعة الرد بأسباب أخرى كالتدليس والغش ، فالتدليس نوع ثبت به الرد ، وهومن جنس خلف الصفة ، فالبيع تارة تظهر صفاته بالقول ، وتارة بالفعل ، فإذا ظهر المبيع على صفة ، وكان على خلافها فهذا تدليس يثبت به الخيار ، ومن ذلك أثبت النبي صلى الله عليه وسلم الخيار للركبان إذا تلقّاهم الناس قبل أن يهبطوا السوق ويعرفوا السعر لما فيه من التدليس ، فالتصرية فيها نوع من التدليس والغش . [٢]

ثالثاً : أن التخيير في رد المصراة مخالف لقاعدة : " **الخراج بالضمان** " [٣] وهي عبارة عن حديث أثبت من حديث التخيير في بيع المصراة ؛ ولذلك يكون حديث : الخراج بالضمان ناسخ لحديث المصراة . [٤]

ويناقش هذا الدليل : بأن هذا الحديث موافق لأصول الشريعة وقواعدها ، ولو خالفها لكان أصلاً بنفسه كغيره من الأصول والقواعد . فلا يضرب النصوص بعضها ببعض ، بل يجب إتّباعها كلها ، فإنها من عند الله . كما أن حديث المصراة أصح منه باتفاق أهل العلم قاطبة ، مع أنه لا تعارض بينهما ، فالمقصود بالخراج هو الغلة مثل كسب العبد وأجرة الدابة ، ونحو ذلك ، أما اللبن فليس من الخراج ؛ لأن الخراج يحدث بعد البيع ، وأما اللبن فإنه كان موجوداً حال العقد ، فهو جزء من المعقود عليه ، فالصاع عوض عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد ، وهذا الضمان هو محض العدل والقياس . [٥]

وإن نسخ حديث المصراة بحديث الخراج بالضمان لا دليل عليه . وعلى فرض التعارض فإن

---

(١) انظر : المبسوط ١٣/٣٨-٣٩ .

(٢) انظر : الفتاوى ٢٠/٥٥٧ ؛ وأعلام الموقعين ٢/٣٨-٣٩ .

(٣) انظر القاعدة في : المنثور ٢/١١٩ ؛ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥١-١٥٢) ؛ والأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٣٥) ؛ والمجلة مع شرح سليم رستم ص (٥٦) الطبعة الثالثة (بيروت : لبنان ، دار إحياء التراث العربي ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) . فهذه القاعدة عبارة عن حديث مرفوع برواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها رواه أبو داود ، والنسائي ، والترمذي ، وأحمد وغيرهم ، وهو حسن . انظر : إرواء الغليل ٥/١٥٨ برقم ١٣١٥ .

(٤) انظر : التاج والإكليل ٤/٤٣٧ ؛ والشرح الكبير ٣/١١٦-١١٧ .

(٥) انظر : الفتاوى ٢٠/٥٥٧-٥٥٨ ؛ وأعلام الموقعين ٢/٣٩ ؛ وبداية المجتهد ٢/٢٠٩ ؛ وشرح النووي على صحيح مسلم ٤-١٠/١٦٧-١٦٨ .

حديث " الخراج بالضمان " حديث عام وحديث المصراة حديث خاص ، والخاص يقضى به على العام . [١]

وفي التمهيد بعد أن ذكر جملة ما اعتل به من رد حديث المصراة قال : " وممن رده أبو حنيفة وأصحابه . وهو حديث مجتمع على صحته وثبوته من جهة النقل : وهذا مما يعد وينقم على أبي حنيفة من السنن التي ردها برأيه ، وهذا مما عيب عليه ، ولا معنى لإنكارهم ما أنكروه من ذلك ؛ لأن هذا الحديث [يعني حديث المصراة] أصل في نفسه " [٢].

بيان الراجح :

من الأدلة والمناقشات لا يخفى أن الراجح هو قول من ذهب إلى العمل بظاهر الحديث الصحيح في تخيير مشتري المصراة بين الإمساك والرضى بها وبين الرد وصاع من تمر أو طعام . لأن الحديث قد صح سنداً وسلم من المعارض فوجب القول به . وهذا قول الجمهور ، والله أعلم .

ومما يجدر ذكره أن من قبيل هذه المسألة في عصرنا الحاضر : تلاعب باعة السيارات المستعملة بعدّاد المسافة ، وذلك بإيقافه فترة من الزمان ؛ لإيهام المشتري قلة استعمالها . [٣]

الحكمة في مشروعية الخيار في بيع التصرية :

إن هذه المسألة أخذت مساحة كبيرة من ساحة المعاملات الرحبة ؛ وكل ذلك لتحقيق العدل ، ومنع الظلم في المعاملات ، والوصول إلى تمام الرضى في البيع ، والتيسير والتوسعة على العاقدين . [٤]

---

(١) انظر : الشرح الكبير ١١٧/٣ .

(٢) لابن عبد البر ٢٠٨/١٨ تحقيق : سعيد أحمد عرب ، توزيع مكتبة الأوس بالمدينة المنورة .

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام ٣٨١/١ .

(٤) انظر : المعاملات الشرعية المالية ص (١٠١) .

المبحث الثاني

في النكاح

تخيير من أسلم وتحته أكثر من إمرأة مباحة [١]

أجمع أهل العلم على أن الحر ليس له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات ولا بين أختين ولا امراة وعمتها ولا إمرأة وخالتها ، ومثل ذلك . [٢]

واختلفوا فيما اذا أسلم الكافر ومعه أكثر من أربع نسوة أو أختان ونحو ذلك وأسلمن معه أو في عدتهن أو كن كتابيات فهل يبطل النكاح ويفارقهن ، أو يفارق الأواخر ويبقي الأوائل ، أو يختار من شاء منهن أربعاً وما دون فكان اختلافهم في ذلك على قولين كما يلي :

القول الأول

إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة ، أو أسلم وعنده أختان ونحو ذلك فإنه يختار من النسوة أربعاً فما دون ، وواحدة من الأختين . سواء تزوجهن في عقد واحد أو أكثر ، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر . وبه قال الحسن والليث والأوزاعي ومالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن . [٣]

جاء في الشرح الكبير على خليل : " واختار المسلم " أي الذي أسلم على أكثر من أربع ، أربعاً منهن إن أسلمن معه أو كن كتابيات تزوجهن في عقد أو عقود ، بنى بهن أو ببعضهن أو لا ، أو كانت الأربعة هي الأواخر أو لا... وإن شاء اختار أقل من أربع ، أو لم يختر شيئاً منه . واختار إحدى أختين ونحوهما من كل محرمتي الجمع " [٤].

وجاء في نهاية المحتاج : " فصل في زوجات الكافر إذا أسلم على أكثر من مباحة : إذا أسلم كافر حرّ وتحته أكثر من أربع من الزوجات الحرائر وأسلمن معه ... في العدة أو كن كتابيات وإن لم يسلمن لزمه ... إختيار أربع ... منهن " [٥].

---

(١) انظر هذا العنوان في : نهاية المحتاج ٣٠٢/٦ .

(٢) مراتب الإجماع لابن حزم ص (٦٢-٦٣) ؛ والمغني ١٤/١٠ ؛ والإجماع لابن المنذر ص (٥٩) ؛ والجامع لأحكام القرآن ١٣/٥ .

(٣) انظر : الشرح الكبير على مختصر خليل ٢٧١/٢ ؛ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٣٠/٢ ؛ والتاج الإكليل ٤٨٠/٣ ؛ وبداية المجتهد ٥٧/٢ ؛ وتحفة المحتاج ٣٣٧/٧ ؛ ونهاية المحتاج ٣٠٢/٦ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٥٨/٣ ؛ وكشاف القناع ١٢٢/٥ ؛ والمغني ١٤/١٠ ؛ والمبسوط ٥٣/٣-٥٤ ؛ وحاشية ابن عابدين ٣٩٧/٢ ؛ والبحر الرائق ٢٣٣/٣ .

(٤) ٢٧١/٢-٢٧٢ .

(٥) ٣٠٢/٦ .

وجاء في كشاف القناع : " إن أسلم حرّ وتحته أكثر من أربع فأسلمن معه أو في العدة إن كان بعد الدخول بهن أو لم يسلمن وكن كتابيات أمسك أربعاً منهن "[١] و " وإن أسلم وتحته أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها ونحوه إختار منهما واحدة " [٢].

القول الثاني

إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان ونحو ذلك ، فإن تزوجهن في عقود متفرقة أو في عقدين متفرقين فإن نكاح الأربع زوجات الأُول جائز ونكاح ما زاد عليهن فاسد ، وجاز نكاح الأولى من الأختين وبطل نكاح الثانية ، وإن تزوجهن في عقد واحد بطل نكاح الزوجات ، وبطل نكاح الأختين ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف[٣] والثوري[٤] وابن أبي ليلى[٥]. [٦]

جاء في المبسوط : " حربي[٧] أسلم وتحته خمس نسوة وأسلمن معه فإن كان تزوجهن في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهن وإن كان تزوجهن في عقود متفرقة فنكاح الأربع الأول جائز ، ونكاح الخامسة فاسد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ... وكذلك لو كان تحته أختان فأسلمن معه فإن تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما ولو كان تزوجهما في عقدين جاز نكاح الأولى وبطل نكاح الثانية عندهما " [٨].

---

(١) ١٢٢/٥ .

(٢) ١٢٥/٥ .

(٣) انظر : المبسوط ٥٣/٣-٥٤ ؛ وحاشية ابن عابدين ٣٩٧/٢ ؛ والبحر الرائق ٢٣٣/٣ .

(٤) الثوري هو : سفيان بن سعيد بن مسروق أبو عبد الله ، أمير المؤمنين في الحديث ثقة حافظ أمام حجة . من مصنفاته : الجامع الكبير ، والجامع الصغير في الحديث . توفي سنة ١٦١هـ . انظر : تاريخ بغداد ١٥١/٩-١٧٤ ؛ وتقريب التهذيب ص (٢٤٤) ؛ وتهذيب الأسماء واللغات ٢٢٢/١-٢٢٣ ؛ وشذرات الذهب ٢٥٠/١-٢٥١ .

(٥) إبن أبي ليلى هو : عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني ثم الكوفي . توفي سنة ٨٢ وقيل ٨٣هـ . تاريخ بغداد ١٩٩/١٠ ؛ وطبقات الحفاظ للسيوطي ص (١٩) ؛ وتقريب التهذيب ص (٣٤٩) ؛ وشذرات الذهب ٩٢/١ .

(٦) انظر : بداية المجتهد ٥٧/٢ .

(٧) فرّق محمد بن الحسن بين أهل الحرب وأهل الذمّة فيرى في أهل الذمة برأي أبي حنيفة . انظر : المبسوط ٥٤/٣ .

(٨) المبسوط ٥٣/٣-٥٤ .

سبب الخلاف

يرجع سبب إختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى معارضة القياس للأثر ؛ وذلك أنه ورد في المسألة آثار منها حديث غيلان الثقفي " أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم " أن يتخير منهن أربعا " [١] وهذا فيمن أسلم وتحته أربع نسوة ، أما من أسلم وتحته أختان ففيه آثار منها حديث الضحاك رضي الله عنه عن أبيه قال : قلت يا رسول الله ، إني أسلمت وتحتي أختان ، فقال صلى الله عليه وسلم : " طلّق أيتهما شئت " [٢]. أما القياس الذي خالفوا به الآثار فهو قياسهم للعقد على الأواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام وذلك بإلحاق حكم الفساد للعقد بعد الاسلام للعقد قبل الإسلام وفيه ضعف . [٣]

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول ومناقشتها:

استدل أصحاب القول الاول على مذهب التخيير بالأثر والنظر كما يلي:

أولاً : الأثر :

١- حديث غيلان الثقفي رضي الله عنه : " عن ابن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً " [٤].

٢- ما روي عن قيس بن حارثة رضي الله عنه قال : " أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال إختر منهن أربعاً " [٥].

---

(١) رواه الترمذي في (كتاب) النكاح ، (باب) ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، حديث رقم ١١٣٨ ؛ تحفة الأحوذي ٢٧٨/٤ . والحديث صحيح . انظر : إرواء الغليل ٢٩١/٦ .

(٢) رواه أبو داود في (كتاب) الطلاق ، (باب) من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ، حديث رقم ٢٢٢٦ عون المعبود ٣٣٠/٦ ؛ والترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان . تحفة الأحوذي ٢٧٩/٤ .

(٣) انظر : بداية المجتهد ٥٧/٢ .

(٤) تقدم تخريجه في المبحث .

(٥) رواه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان . عون المعبود ٣٢٩/٦ . والحديث حسن . انظر : إرواء الغليل ٢٩٥/٦ .

٣- حديث وهبة الأسدي : قال : " أسلمت وعندي ثمان نسوة قال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إختر منهن أربعاً " [١].

٤- أسلم صفوان بن أمية وعنده ثمان نسوة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم " أن يمسك أربعاً ويفارق سائرهن " [٢].

٥- قال نوفل بن معاوية : " أسلمت وتحتي خمس نسوة فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " فارق واحدة وأمسك أربعاً " [٣] .

٦- عن الضحاك عن أبيه قال : " قلت : يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان ، فقال : " طلق أيتهما شئت " وفي رواية : " إختر أيتها شئت " [٤].

فهذه أحاديث في تخيير من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ، وتخيير من أسلم وتحته أختان .

والشاهد في الأحاديث في قوله صلى الله عليه وسلم : " أن يتخيّر منهن أربعاً " ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " إختر منهن أربعاً " [٤]، وقوله عليه الصلاة والسلام : " طلّق أيتها شئت " وفي رواية " إختر أيتها شئت " [٤]وغيرها .

ووجه الإستشهاد أن هذه ألفاظ ظاهرها يدل على تفويض الإختيار للزوج ، أضف إلى ذلك أن في تركه صلى الله عليه وسلم الأستفصال في حكاية الحال عن المتقدمة منهن من المتأخرة دليل على اعتبار أنكحة الكفار وأن عقودهم يحكم عليها بالصحة وإن خالفت أنكحة الإسلام وأنه لا يحتاج إلى تجديد عقد ، وإذا أسلموا أمضينا عليهم أحكام المسلمين في الأنكحة ، فدل هذا على العموم كما هو شأن الوقائع القولية . [٥]

---

(١) رواه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان . عون المعبود ٣٢٧/٦ برقم ٢٢٢٤ .

(٢) سنن الدار قطني ٢٦٩/٣ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة والنشر ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) .

(٣) مسند الشافعي ص (٢٧٤) .

(٤) هذه الأحاديث تقدم تخريجها في المبحث .

(٥) انظر : نيل الأوطار ١٨١/٦ ؛ وسبل السلام ٢٨٠/٣ ؛ وتحفة المحتاج ٣٣٧/٧ .

مناقشة الأدلة :

١- أن الأحاديث في تحريم ما زاد على الأربع كلها معلولة وليس منها شئ صحيح . (١)

٢- على فرض صحة الأحاديث فإن مكحولاً قال : " إن تلك كانت قبل الفرائض " أي قبل نزول حرمة الجمع فوقعت الأنكحة صحيحة مطلقاً ثم أمره صلى الله عليه وسلم بالإختيار لتجديد العقد ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " وطلق سائرهن " فلم يحكم بالفرقة بمجرد الإختيار ، كذلك يجدد العقد فيمن إختار . (٢)

رد المناقشة :

أن حديث غيلان بن سلمة صحيح ، صححه جمع من أهل العلم كما نقل ذلك بعض اهل التحقيق وأيدوه ، كما أن حديث قيس بن الحارث حسن . (٣)

قال ابن عبد البر : " الأحاديث المروية في هذا الباب كلها معلولة ، وليست أسانيدها بالقوية ، ولكنها لم يرو شئ يخالفها عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والأصول تعضدها والقول بها والمصير إليها أولى . وبالله التوفيق " (٤). أضف إلى ذلك أن بعض اهل التحقيق حسّن بعضها كما تقدم .

أن تجديد العقد واختيار الأوائل مخالف لظاهر النصوص من غير دليل . (٥)

ثانياً : المعقول :

١- أن أنكحة الكفار صحيحة وذلك لإمضائه صلى الله عليه وسلم لها ، وإنما حرمت الزيادة على الأربع والجمع بين الأختين ونحوهما ، وقد أزيل بالتخيير في اختيار أربع أو أقل ، واختيار إحدى الأختين ، وذلك كما لو طلق ما زاد على الأربع أو إحدى الأختين قبل الإسلام . (٦)

---

(١) انظر : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر ٥٨/١٢ ؛ وتعليقات ابن القيم على سنن أبي داود مع العون ٣٢٧/٦-٣٢٨ .

(٢) انظر : المبسوط ٥٥/٥ ؛ وحاشية ابن عابدين ٣٩٧/٢ .

(٣) انظر : أعلام الموقعين ٣٥٠/٢ . وفيه مبحث نفيس في تصحيح حديث غيلان وحديث فيروز الديلمي ؛ وإرواء الغليل ٢٩١/٦-٢٩٦ و ٣٣٤/٦-٣٣٦ ؛ وتحفة الأحوذي ٢٧٩/٤ .

(٤) التمهيد ٥٨/١٢ .

(٥) انظر : تحفة المحتاج ٣٣٧/٧ .

(٦) انظر : شرح منتهى الإرادات ٦٠/٣ ؛ وكشاف القناع ١٢٥/٥ ؛ والمغني ٢٢/١٠ .

٢- أن نكاح ما زاد على الأربع والجمع بين الأختين ونحوهما " إرتفع من أصله لأنه ممنوع من إبتدائه فوجوده كعدمه " [١].

٣- " لأن كل عدد جاز له إبتداء العقد عليه ، جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حالة الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود " [٢].

دليل القول الثاني ومناقشته :

استدل أصحاب القول الثاني بالمعقول كما يلي :

أن تحريم العقد من طريق الجمع وبسببه يتعين الفساد فنكاح ما زاد عن الأربع ونكاح الأخت الثانية فاسدبحكم الإسلام ونكاح الأوائل والأخت الأولى صحيح إذا كانت العقود متفرقة . أما إذا تزوج في عقد واحد فالجمع حصل بالجميع ولم يكن إبطال نكاح بعضهن بأولى من الآخر ، فيبطل نكاح الكل وكذا في الأختين ، وذلك البطلان يشبه مسألة الحربية تحت الرجلين إذا أسلمت وأسلما معها . [٣]

مناقشة الدليل :

دلت الآثار الواردة على العموم على تخييره صلى الله عليه وسلم لمن أسلم على أكثر من مباحة ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لم يفصّل كما هو واضح في شأن الوقائع القولية وتركه صلى الله عليه وسلم للإستفصال في حكاية الحال ينزّل منزلة العموم من المقال . [٤]

يناقش ابن القيم القول الثاني بعد أن ذكر أوجه تصحيح حديث غيلان الثقفي وحديث فيروز الديلمي بقوله : " فهذان الحديثان هما الأصول التي ترد ما خالفها من القياس ، أما أن نقعّد قاعدة ونقول هذا هو الأصل ثم نرد السنة لأجل مخالفة تلك القاعدة فلعمر الله لهدم ألف قاعدة لم يؤصلها الله ورسوله أفرض علينا من رد حديث واحد ، وهذه القاعدة معلومة البطلان من الدين ، فإن أنكحة الكفار لم يتعرض لها صلى الله عليه وسلم كيف وقعت وهل صادفت الشروط المعتبرة في الإسلام فتصح أم لم تصادفها فتبطل ، إنما أعتبر حالها وقت إسلام الزوج ؛ فإن كان ممن يجوز له المقام مع امرأته أقرهما ، ولو كان في الجاهلية قد وقع علىغير شرطه من الولي والشهود وغير ذلك ، وإن لم يكن الآن ممن يجوز له الإستمرار لم يقر

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٦٠ .

(٢) المغني ١٠/١٥ .

(٣) انظر : المبسوط ٥/٤٥-٥٥ .

(٤) انظر : تحفة المحتاج ٧/٣٣٧ .

عليه كما لو أسلم وتحته ذات رحم محرم أو أختان أو أكثر من أربع ، فهذا هو الأصل الذي أصّلته سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما خالفه فلا يلتفت إليه ، والله الموفق " . [١]

الترجيح :

من الأدلة والمناقشات يظهر رجحان القول الأول ؛ وذلك لأن الأدلة الصحيحة دلّت عليه بظاهرها وليس لها معارض وهذا ما عليه العمل عند جمهور أهل العلم . والله أعلم .

الحكمة في مشروعية التخيير :

إن الزوج الذي أسلم على أكثر من إمرأة مباحة خيره الإسلام بينهن حتى يعود الأمر إلى نصاب المباح ، وهذا التخيير تخيير إرادة وشهوة يحدد فيه المخيَّر ما يهواه وما تميل إليه نفسه مما أباحه الله له فلا يُلزَم بالأولى أو الأخيرة ؛ لأن نفسه قد تتعلق بغيرها ، وفي هذا نوع من التيسير ، ومسايرة الفطرة .

ومما يجدر ذكره أن تزوج أكثر من إمرأة مباحة جرى في الجاهلية القديمة . ويمثل هذا الإتجاه في الجاهلية الحديثة طائفة المورمون المسيحية الأمريكية ، فكانوا يتزوجون إلى عشرين زوجة ، ويجمعون في زيجاتهم بين ثلاث أخوات ويجمعون بين البنت وأمها . سكتت عنهم الحكومة ردحاً من الزمان ثم منعت تعدد الزوجات ، وهم من حيث المبدأ لا يزالون يرون حِلَّ ذلك ، ومتى ما سمح لهم بهذا قانونياً عادوا إلى العمل به ديانة . [٢]

---

(١) أعلام الموقعين ٢/ ٣٥٠-٣٥١ .

(٢) انظر : المرأة بين الفقه والقانون د/ مصطفى السباعي ص (٢٤٤-٢٤٥) الطبعة السادسة (المكتب الإسلامي ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .

ويقابل هذا الإتجاه إلى التعدد ، الإتجاه السائد في جاهلية القرن العشرين الذي يقضي بنظام الزوجة الواحدة ويحرم التعدد كما في القانون الفرنسي (م ١٤٧ مدني) حيث يعاقب بالسجن بين ستة شهور إلى ثلاث سنوات مع الغرامة المالية ، ويسري هذا القانون على المواطنين والمقيمين في فرنسا . وانجرّ إلى هذا الحكم الجاهل " دولة تونس " وطبقته على المسلمين . انظر : تعدد الزوجات من النواحي الدينية والإجتماعية والقانونية د/ عبد الناصر توفيق العطّار ، ص (٢٦٢-٢٦٣) (جدة : دار الشروق . بيروت : مؤسسة الرسالة ١٣٩٦هـ -١٩٧٦م) .

وانجرّ إلى هذا المبدأ قئام من أبناء الأمة الإسلامية فإن لم يطبق في القانون في المحاكم فطبّق في قوانين أفكارهم وعاداتهم الإجتماعية ، فأصبح الذي يعدد أو يدعو إليه مسعر حرب ، يرمى بأرذل الصفات . وما هذا إلا غزو فكري إستقر في الأذهان والعادات . يهدم في بناء الأمة ويزيد من نسبة العوانس ، والأرامل ، والمطلقات . والله المستعان على ما يصفون . والحق وسط بين هؤلاء وهؤلاء .

المبحث الثالث
في الطلاق

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تخيير النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه وفي أي شئ كان

المطلب الثاني : في حكم التخيير

المطلب الأول

في تخيير النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه وفي أي شئ كان

لقد خيّر النبي صلى الله عليه وسلم زوجاته بأمر من المولى عز وجل كما جاء في قوله تعالى : ﴿ **ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا # وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** ﴾ (١).

وكما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها قالت : لما أُمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال : " إني ذاكر لكِ أمراً فلا عليك أن لاتعجلي حتى تستأمري أبويك قالت : قد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت : ثم قال إن الله عز وجل قال : ﴿ **ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا # وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** ﴾ (١). قالت فقلت في أيّ هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت : ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت " (٢).

إختلف أهل العلم في هذا التخيير على قولين :

القول الأول :

إن النبي صلى الله عليه وسلم خير أزواجه بإذن الله تعالى له في البقاء على الزوجية والمقام معه ، أو الطلاق . وإلى هذا القول ذهب الجمهور . (٣)

القول الثاني :

إن التخيير كان بين الدنيا والآخرة ، فإذا اخترن الدنيا طلقهن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) سورة الأحزاب : الآيتان (٢٨-٢٩) .

(٢) الحديث متفق عليه . البخاري مع الفتح ٢٨٠/٩ كتاب الطلاق ، باب من خير أزواجه ، وكتاب التفسير ، تفسير سورة الأحزاب ٣٧٩/٨ ؛ ومسلم مع النووي ٤-٧٨/١٠ كتاب الطلاق ، باب بيان أن تخيير إمرأته لا يكون طلاقاً إلا بنية ، واللفظ له ؛ وأبو داود مع عون المعبود ٢٨٧/٦ كتاب الطلاق ، باب في الخيار .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصّاص ٤٦٧/٣-٤٦٨ ؛ وبدائع الصنائع ١١٨/٣ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١١/١٤ ؛ وزاد المعاد لابن القيم الجوزية ٢٨٦/٥ ؛ وفتح الباري ٢٨١/٩ .

كما يقول القائل لامرأته : " إذا اخترت كذا طلقتك " فيقع الطلاق إستئنافاً بعد اختيار الدنيا لابمجرد إختيارها . وإذا اخترن الآخرة أمسكهن ولهن المنزلة العليا . وإليه ذهب علي رضي الله عنه من الصحابة ، والحسن وقتادة من التابعين . [١]

أدلة القول الأول :

إستدل أصحاب هذا القول بالقرآن والسنة والقياس :

أولاً : القرآن : إستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا # وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما** ﴾ [٢].

والشواهد من الآية أوجه الإستشهاد في قوله تعالى : ﴿ **إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا** ﴾[٣] تخييراً للطلاق على شرط أنهن إذا اخترن الحياة الدنيا وزينتها كن مختارات للطلاق فجعل إختيارهن للدنيا إختياراً للطلاق ، وفي الآية إضمار لهذا المعنى . [٣]

وفي قوله تعالى : ﴿ **أمتعكن** ﴾[٤]دلالة على الطلاق ؛ إذ أن المتعة [٥] تكون بعد إختيارهن للطلاق . وفي قوله تعالى : ﴿ **أسرحكن** ﴾[٤] دلالة أيضاً على الطلاق ؛ لأن التسريح هو إخراجهن من بيوتهن بعد الطلاق كما قال تعالى : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا** ﴾ [٦] فذكر المولى عز وجل في هذه الآية المتعة بعد الطلاق وأراد بالتسريح إخراجها من بيته . [٧]

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) سورة الأحزاب الآيات (٢٨-٢٩) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/٣-٤٦٨ ؛ وبدائع الصنائع ١١٩/٣ .

(٤) سورة الحزاب : الآية (٢٨) .

(٥) المتعة هي : ما يؤمر الزوج بإعطائه للزوجة لطلاقه إياها . حدود ابن عرفة مع الشرح ٢٦٩/١ ؛ وانظر : حلية الفقهاء ص (١٦٦) .

(٦) سورة الأحزاب : الآية (٤٩) .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٦٨/٣-٤٦٩ .

ثانياً : السنة :

١- إستدلوا من السنة بحديث عائشة رضي الله عنها لما نزلت الآية في تخيير النبي صلى الله عليه وسلم لنسائه قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لاتعجلي فيه حتى تستأمري أبويك قالت : قد علم أن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ثم تلى عليها الآية [١] قالت إني أريد الله والدار الآخرة " [٢].

فموضع الشاهد في قوله صلى الله عليه وسلم " تستأمري أبويك " ووجه الإستشهاد به أن الإستيمار لايكون إلا في طلاق أو نكاح ولا يكون في أمر الدنيا والآخرة . فدلّ ذلك على أن الإستيمار أريد به الفرقة . [٣]

وفي قولها : " إن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه " وقولها : " إني أريد الله ورسوله " شاهدان على أن التخيير كان بين المقام معه أو الطلاق . [٣]

٢- واستدلوا بقول عائشة رضي الله عنها لما سئلت عن الرجل يخيّر إمرأته فقالت : " قد خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أفكان طلاقاً ! " وفي رواية " إخترناه فلم يعدّه طلاقاً " فدلّ الحديث دلالة ظاهرة على أن التخيير كان في الطلاق إذ أنه إذ لم يخترنه كان طلاقاً . [٤]

ثالثاً : القياس :

قاسوا هذا الخيار على الخيارين الطارئين على النكاح وهما خيار المتعة ، وإمرأة العنّين فتقع الفرقة بهذين الخيارين بمجرد الإختيار فيكون طلاقاً ، كذا كان التخيير في الطلاق أوالمقام معه . [٥]

قال ابن كثير رحمه الله عند تفسيره للآية : " هذا أمر من الله تبارك وتعالى لرسوله صلى الله عليه وسلم بأن يخيّر نساءه بين أن يفارقهن فيذهبن إلى غيره ممن يحصل لهن عنده الحياة الدنيا وزينتها ، وبين الصبر على ما عنده من ضيق الحال ، ولهن عند الله تعالى في ذلك الثواب الجزيل ، فاخترن رضي الله عنهن وأرضاهن الله ورسوله والدار الآخرة فجمع الله لهن بعد ذلك بين خير الدنيا وسعادة الآخرة ... " [٦].

---

(١) المراد الآيتين (٢٨ ، ٢٩) من سورة الأحزاب .

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص (١٥٦)

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٤٦٨/٣ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١١/١٤ .

(٤) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١١/١٤ ، والحديث رواه مسلم بألفاظه الثلاثة وتقدم تخريجه .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ١١٨/٣ .

(٦) ٧٦٤/٣ .

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الثاني على أن التخيير بين الدنيا والآخرة بقوله تعالى : ﴿ **ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا** ﴾ [١]

ووجه الإستشهاد بالآية أن الله عز وجل أمر نبيه أن يطلق أزواجه إذا اخترن الدنيا ، ولا يقع الطلاق بمجرد الإختيار وهذا مثل قول القائل لإمرأته : أن إخترت كذا طلقتك ، فيطلقهن بعد إختيار الدنيا . فيكون التخيير بين الدنيا والآخرة ثم يترتب على ذلك الفراق أو الإمساك .

ناقش ابن القيم هذا الإستدلال بقوله : " ذكر عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن أن الله تعالى : إنما خيرهن بين الدنيا والآخرة ولم يخيرهن في الطلاق ، وسياق القرآن وقول عائشة رضي الله عنها يرد قوله ، ولا ريب أنه سبحانه خيرهن بين الله ورسوله والدار الآخرة وبين الحياة الدنيا وزينتها وجعل موجب إختيارهن الله ورسوله والدار الآخرة المقام مع رسوله ، وموجب إختيارهن الدنيا وزينتها أن يمتعهن ويسرحهن سراحاً جميلاً ، وهو الطلاق بلا شك ولا نزاع " [٢].

أما ما نقل من نسبة هذا القول إلى علي رضي الله عنه فقد قال ابن كثير : " هذا منقطع وعن قتادة وغيرهما نحو ذلك وهو خلاف الظاهر من الآية فإنه قال : ﴿ **فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا** ﴾ [١] أي أعطيكن حقوقكن وأطلق سراحكن " [٣].

بيان الراجح :

والذي يظهر لي من الأدلة والمناقشة أن الراجح هو القول الأول : قول الجمهور ؛ لأن مقتضى سياق الآية ومقتضى التخيير يؤيده : أما سياق الآية وظاهرها يبين أن التخيير بين المقام معه على الزوجية أو الفراق وذلك إلى الزوجة على سبيل التفويض ، أما التخيير فمقتضاه تفويض الأمر إلى الزوجة في إختيار البقاء أو الفراق .

---

(١) سورة الأحزاب : الآية (٢٨) .

(٢) زاد المعاد ٥/٢٨٦ .

(٣) تفسير القرآن العظيم ٣/٧٦٦ .

المطلب الثاني : في حكم التخيير

التخيير في هذا المبحث يكون بين أمرين : الأول : إختيار الزوج ، والثاني : إختيار النفس . وهذا ما سبق بيانه في المطلب الأول . ولبيان حكم التخيير نفصّل في حكم كل خصلة في مسألتين كما يلي :

المسألة الأولى : في حكم إختيار الزوج :

إختلف العلماء فيما إذا إختارت المرأة زوجها هل يعتبر ذلك طلاقاً أو لا يعدّ شيئاً على قولين :

القول الأول :

أن من أختارت زوجها لم تطلق لا واحد ولا أكثر ولا يكون التخيير بمجرده طلاقاً ، وهذا قول الجمهور وبه قال : عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم من الصحابة ، وعطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب من التابعين ، والحنفية ، والشافعية ، والحنابلة من الفقهاء . (١)

القول الثاني :

أن من إختارت زوجها فهي واحدة رجعية . صحّ هذا القول عن علي وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو قول الحسن وحكي عن مالك ورواية عن أحمد . (٢)

---

(١) انظر : البحر الرائق ٣٣٦/٣ ؛ وبدائع الصنائع ١١٩/٣-١٢٠ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٩/٣ ؛ والمجموع شرح المهذّب ٩٠/١٧ ؛ وشرح منتهى الإرادات ١٣٤/٣ ؛ وكشاف القناع ٢٧٥/٥ ؛ والمغني ٣٨٢/١٠ .

(٢) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٣٤٥/٧ ؛ والمصنّف لابن أبي شيبة ٦٠/٥ تحقيق : عامر العمري الأعظمي (الهند : بومباي ، الدار السلفية) . وانظر هذا القول محكي في : أحكام القرآن للجصاص ٤٦٨/٣ ؛ وزاد المعاد لابن القيم ٢٨٧/٥ ؛ والجامع لأحكام القرآن ١١٢/١٤ . وفي نسبته للمذاهب المذكورة نظر ؛ لأنها لا تمثل ما استقرت عليه المذاهب ، ولم أجده في الكتب المعتمدة عند المتأخرين .

أدلة القول الأول :

إستدل أصحاب القول الأول لمذهبهم من السنة والمعقول :

فمن السنة : ما صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " لم يكن ذلك طلاقاً " [١]

وفي لفظ : " لم نعدّه طلاقاً " [١] وفي لفظ : " خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أفكان طلاقاً ؟ " [١].

ومن المعلوم أن عائشة رضي الله عنها هي اعلم الأمة بشأن التخيير ، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل : وقع بكن طلقة ، وعليه لم يحصل أنه راجعهن . فدل ذلك على أن الزوجة المخيرة إذا إختارت زوجها لم تطلق وليس عليها شئ . [٢]

ومن المعقول :

١- أن التخيير توكيل قد ردّه الموكّل ولم يقبله فلم يقع به شئ كسائر أنواع التوكيل . [٣]

٢- " أن التخيير : إثبات الخيار في الفراق والبقاء على النكاح ، وإختيارها زوجها دليل الإعراض عن ترك النكاح ، والإعراض عن ترك النكاح إستبقاء النكاح فكيف يكون طلاقاً " [٤].

دليل القول الثاني ومناقشته :

إستدل أصحاب القول الثاني على أن إختيار المرأة لزوجها يعتبر طلقة رجعية من المعقول كما يلي :

أن التخيير هو تمليك المرأة لنفسها ولا تملك المرأة نفسها إلا وقد طلقت ، فالتمليك يلزم منه وقوع الطلاق . فدل ذلك على أنها لو إختارت زوجها تكون قد طلقت طلقة رجعية . [٥]

ويناقش هذا القول ابن القيم بقوله : " هذا مبني على مقدمتين . إحداهما : أن التخيير تمليك . والثانية : أن التمليك يستلزم وقوع الطلاق ، وكلا المقدمتين ممنوع ، فليس التخيير بتمليك ، ولو كان تمليكاً لم يستلزم وقوع الطلاق قبل إيقاع من ملكه ، فإن غاية أمره أن تملكه

---

(١) الروايات الثلاثة عند مسلم . صحيح مسلم مع شرح النووي ٤-١٠/٧٩-٨٠ . وتقدم تخريج الحديث .

(٢) انظر : زاد المعاد ٥/٢٨٧ .

(٣) انظر : المغني ١٠/٣٨٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٣/١١٩-١٢٠ .

(٥) انظر : زاد المعاد ٥/٢٨٧ .

الزوجة كما كان الزوج يملكه ، فلا يقع بدون إيقاع من ملكه ، ولو صحّ ما ذكروه ، لكان بائناً ، لأن الرجعية لا تملك نفسها " [١].

وإذا نظرنا إلى قول من قال : إختيار الزوج لا يعد شئ نلاحظ ما يلي :

١- أن ظاهر الآثار صرح بذلك .

٢- أن التخيير هنا متردد بين أمرين : الطلاق وعدمه ، فتفوض المرأة بينهما . فلو كان إختيارها لزوجها طلاقاً ؛ لزم من ذلك تخييرها بين طلاقين وبذلك ينتفي التخيير [٢].

٣- أنه إختيار جمهور الصحابة رضي الله عنهم وفي مقدمتهم عمر رضي الله عنه . ومن عارضهم من الصحابة كعلي رضي الله عنه فقد وافق الجمهور في فترة ، ورأي الجمهور اقوى وأصح ، وفي الأثر عن زاذان [٣] قال كنا عند علي رضي الله عنه فذكر الخيار فقال إن أمير المؤمنين قد سألني عن الخيار فقلت : إن إختارت نفسها فواحدة بائنة ، وإن إختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها . فقال عمر رضي الله عنه ، ليس كذلك ولكنها أن إختارت زوجها فليس بشئ ، وإن إختارت نفسها فواحدة وهو أحق بها . فلم أستطع إلا متابعة أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فلما خلص الأمر إليّ وعلمت أني مسئول عن الفروج أخذت بالذي كنت أرى فقالوا : والله لأمر جامعت عليه أمير المؤمنين عمر وتركت رأيك رأيت أنه لأحب إلينا من أمر تفردت به بعده ، قال : فضحك ثم قال : أما أنه قد أرسل إلى زيد بن ثابت فسأل زيداً فخالفني وإياه فقال زيد رضي الله عنه : إن إختارت نفسها فثلاث وإن إختارت زوجها فواحدة وهو أحق بها " [٤].

قال ابن القيم بعد هذا الأثر : " هذا رأي منهم كلهم رضي الله عنهم ورأي عمر رضي الله عنه أقوى وأصح " [٥].

الترجيح :

من الأدلة والمناقشات يتضح رجحان قول الجمهور في المسألة بأن إختيار الزوج لا يعد شئ .

---

(١) زاد المعاد ٥/٢٨٧-٢٨٨ .

(٢) انظر : فتح الباري ٩/٢٨١ .

(٣) زاذان أبو يحيى القتات مختلف في اسمه . ليّن الحديث من الطبقة السادسة . انظر : تقريب التهذيب ص (٦٨٤) .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣٤٥ .

(٥) اعلام الموقعين ١/٢١٦ .

المسألة الثانية : حكم إختيار النفس :

إختلف أهل العلم في حكم المرأة المخيرة إذا إختارت نفسها على أقوال أربعة :

القول الأول :

إذا إختارت المرأة نفسها فإنها تعتبر تطليقة واحدة يملك زوجها رجعتها . وهذا القول مروي عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال ابن أبي ليلى والثوري والشافعي ، وأحمد[١].

القول الثاني :

إذا إختارت المرأة نفسها فهي طلقة واحدة بائنة . وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . [٢]

القول الثالث :

إذا إختارت المرأة نفسها فهي ثلاث طلقات وبه قال الحسن وإليه ذهب مالك والليث إلا أن مالكاً يرى إن كان التخيير قبل الدخول فله ما نوى وقيل منه إذا أراد واحدة أو إثنين [٣].

القول الرابع :

إذا إختارت المرأة نفسها فلا يعتبر شيئاً ولا تطلق به وبه قال الظاهرية .

قال ابن حزم : " مسألة : ومن خيّر إمرأته فاختارت نفسها أو إختارت الطلاق أو إختارت زوجها أو لم تختر شيئاً ، وكل ذلك لا شئ ، وكل ذلك سواء لاتطلق بذلك ولا تحرم عليه ولا شئ من ذلك حكم ، ولو كرر التخيير وكررت هي إختيار نفسها أو إختارت الطلاق ألف مرة " [٤].

---

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٣٤٧/٧-٣٤٨ ؛ ونهاية المحتاج ٤٤٠/٦-٤٤١ ؛ وشرح منتهى الإرادات ١٣٣/٣ ؛ والمغني ٣٨٢/١٠ ؛ وكشاف القناع ٢٥٤/٥-٢٥٥ .

(٢) انظر : السنن الكبرى ٣٤٥/٧ ؛ والمبسوط للسرخسي ٥ أو ٢١٢/٦ ؛ وبدائع الصنائع ١٢٠/٣ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٩/٣ .

(٣) انظر : السنن الكبرى ٣٤٩/٧ ؛ والشرح الكبير على خليل ٤٠٧/٢-٤١٠ مع حاشية الدسوقي ؛ وانظر : أحكام القرآن لابن العربي ٥٦٣/٣ .

(٤) المحلّى ٢٩١/٩ .

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الأول بالسنة والمعقول كما يلي :

أولاً : السنة :

إستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها المتقدم حيث قالت في رواية : " فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقاً " [١] فمفهوم الحديث لو إختارت نفسها كان ذلك طلاقاً بالتمليك وليس هنالك ما يدل على أنها أكثر من طلقة ، أو أنها طلقة بائنة . هذا الذي يفهم من أمر الله للنبي صلى الله عليه وسلم بالتخيير ، والنبي صلى الله عليه وسلم لا يطلق خلاف ما أمره الله تعالى ، كذلك المخيرة بالتمليك ؛ فلهذا كله يكون حكم إختيارها لنفسها طلقة رجعية . [٢]

ويناقش الدليل : بأن دلالة المنطوق في آية التخيير وكذا حديث عائشة لا تدل على أن إختيار النفس طلاق ، بل لابد من إنشاء الزوج الطلاق بعد أن تختار نفسها وفي إنشائه يكون تحديد الطلاق بواحد بائن أو ثلاثة أو غير ذلك .

فإذا كان ما ذكرناه دلالة منطوق ، فهي مقدمة على دلالة المفهوم . [٣]

ويرد على هذه المناقشة : بأنه إذا سلمنا أن ظاهر الآية لم يدل بمجرده على أن التخيير طلاق فإن الحديث دل على ذلك ؛ لأن التخيير يقتضي المغايرة بين خصاله .

ثانياً : المعقول :

إستدل أصحاب القول الأول من المعقول بدليلين :

الأول : إذا إختارت المرأة نفسها فإن ذلك يكون طلاقاً بطريق توكيلها من الزوج فيه ، وهذا الطلاق الموكل فيه بلا عوض فلا يكمّل به عدد الطلاق إلى الثلاث . [٤]

---

(١) الحديث تقدم تخريجه .

(٢) انظر : فتح الباري ٢٨٢/٩ .

(٣) انظر : المحلى ٢٩١/٩ ؛ وفتح الباري ٢٨٢/٩ .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات ١٣٣/٣ .

٢- أن المرأة المختارة لنفسها لم تطلق بلفظ الثلاث ، ولا نوت الطلاق ثلاث ؛ لذلك لا تطلق ثلاثاً كما لو أتى الزوج بالكناية الحقيقية . (١)

ويناقش هذا الإستدلال من وجهين :

١- أن لفظ الثلاثة قد إقترن بإختيار المرأة لنفسها فيكون ذلك على نية البينونة . (٢)

٢- معلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم خيّر نساءه بين الفراق والبقاء على النكاح فإذا اختزن أنفسهن وقعت الفرقة وإلا لم يكن للتخيير معنى . (٣)

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الثاني بالمعقول كما يلي :

١- أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه بين الفراق باختيار الدنيا وبين البقاء معه على النكاح بإيثار الآخرة ، فإذا إختارت إحداهن نفسها وقعت الفرقة وهي البينونة بطلقة واحدة وإلا لم يكن للتخيير معنى ؛ لأن معنى إختيار النفس يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها . (٤)

٢- أن التخيير ليس فيه ما يدل على الثلاث ؛ لأن حكم ملكيتها لأمر نفسها لا يختلف بالعدد ؛ لذا كان حكم إختيار المرأة لنفسها طلقة واحدة بائنة . (٥)

ويناقش دليلي القول الثاني : بأن كل ما قلتم رأي لا دليل عليه ولم يأت في القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرجل إذا خيّر إمراته وإختارت نفسها أن ذلك طلاقاً فلا يجوز أن يحرم على الرجل ما أباحه الله تعالى له . (٦)

أدلة القول الثالث ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الثالث بالمعقول كما يلي :

أن معنى إختيار المرأة لنفسها يقتضي زوال سلطان الزوج عنها ولا يكون ذلك إلا بالثلاث . (٧)

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٣٨٣/١٠ .

(٢) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٥٦٤/٣ .

(٣) انظر : المرجع السابق ٤٦٩/٣ .

(٤) انظر : المبسوط للسرخسي ٢١٢/٥ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٤٦٩/٣ .

(٥) انظر : المبسوط ٢١٢/٥ .

(٦) انظر : المحلى لابن حزم ٢٩٤/٩ ، ٣٠٢ .

(٧) انظر : بداية المجتهد ٨٥/٢ .

يناقش هذا الدليل : بأن التخيير ليس فيه ما يدل على الثلاث ؛ لأن حكم ملكيتها لأمر نفسها لا يتخلف بالعدد ؛ لذا لا يستقيم إستدلالكم . (١)

دليل القول الرابع ومناقشته :

إن الله عز وجل جعل امر الطلاق إلى الأزواج دون الزوجات ؛ وذلك لحكم عظيمة فلو جعل هذا الأمر للزوجات لناقض حكمة الله ورحمته . وفي التخيير إذا إختارت المرأة نفسها طلقها الزوج بنفسه ومتعها وهو السراح الجميل ولا يكون بمجرد الإختيار طلاقاً . (٢)

قال ابن حزم : " كل هذه الأقاويل آراء لا دليل على صحة واحد منها . وقدتقصّينا من رُوي عنه من الصحابة رضي الله عنهم أنه يقع به طلاق فلم يكونوا بين من صح عنه ومن لم يصح عنه إلا سبعة : ثم قد إختلفوا كما ترى وليس قول بعضهم أولى من قول بعض "(٣). وقال: " لاحجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذ لم يأت في القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لإمرأته : " أمرك بيدك " أو قد ملكتك أمرك أو إختاري يوجب أن تكون طالقاً أو أن لها تطلق نفسها أو أن تختار طلاقاً ، فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى له ورسوله صلى الله عليه وسلم بأقوال لم يوجبها الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم " . (٤)

يناقش هذا الدليل ابن القيم فيقول : " لا يعرف عن أحد من الصحابة إلغاء التخيير والتمليك ألبتة ، إلا هذه الرواية عن ابن مسعود ، وقد روي عنه خلافها ، والثابت عن الصحابة إعتبار ذلك ، ووقوع الطلاق به ... " إلى أن قال : " لكن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم هم القدوة وإن إختلفوا في حكم التخيير ، ففي ضمن إختلافهم إتفاقهم على إعتبار التخيير ، وعدم إلغائه ، ولا مفسدة في ذلك ، والمفسدة التي ذكرتموها في كون الطلاق بيد المرأة إنما تكون لو كان ذلك بيدها إستقلالاً ، فأما إذا كان الزوج هو المستقل بها ، فقد تكون المصلحة له في تفويضها إلى المرأة ليصير حاله معها على بينة إن أحبته أقامت معه ، وإن كرهته فارقته ، فهذا مصلحة له ولها ، وليس في ذلك ما يقتضي تغيير شرع الله وحكمته ، ولا فرق بين توكيل المرأة في طلاق نفسها وتوكيل الأجنبي ، ولا معنى لمنع توكيل الأجنبي في الطلاق ، كما يصح توكيله

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٢١٢/٥ .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم ٢٩٤/٩ .

(٣) المحلى ٣٦٤/٩ .

(٤) المحلى ٣٠٢/٩ .

في النكاح والخلع . وقد جعل الله سبحانه للحكمين النظر في حال الزوجين عند الشقاق إن رأيا التفريق فرّقا ، وإن رأيا الجمع جمعا ، وهو طلاق أو فسخ من غير الزوج ، إما برضاه إن قيل هما وكيلان ، أو بغير رضاه إن قيل هما حكمان ، وقد جُعِل للحاكم أن يطلق على الزوج في مواضع بطريق النيابة عنه ، فإذا وكل الزوج من يطلق عنه ، أو يخالعَ ، لم يكن في هذا تغيير لحكم الله ولا مخالفة لدينه ، فإن الزوج هو الذي يطلق إما بنفسه أو بوكيله ... وإذا جاز التوكيل في العتق ، والنكاح ، والخلع والإبراء ، وسائر الحقوق من مطالبة بها وإثباتها وإستيفائها ، والمخاصمة فيها ، فما الذي حرم التوكيل في الطلاق ؟ " [١].

بيان الراجح :

ومن الأدلة والمناقشات يتضح ان تخيير الزوجة في إختيار نفسها ثابت بفهم الصحابة رضوان الله عليهم للنصوص التي دلّ عليها مجرى الخلاف في أقوالهم . وأقل ما يقع به الفراق ويصدق عليه هي الطلقة الواحدة الرجعية ؛ إذ أن البينونة أو الثلاث تحتاج إلى دليل أوضح ، ومقاصد الشارع لا تتشوف إلى البينونة أو الثلاث ، فبهذا أرى ترجيح القول الأول بأنها واحدة رجعية ، والله أعلم .

الحكمة في مشروعية تخيير الزوج لزوجته :

إن الحياة الزوجية تقوم على الوفاق والوئام بين الزوجين ، فكان من الحكمة تشريع كل ما يخدم هذا الأمر ، والتأكد منه ، فإن في تفويض الزوج لزوجته مصلحة في بيان أمره إن أحبته أقامت معه ، وإن كرهته فارقته وفي هذا مصلحة لكلا الزوجين . [٢]

---

(١) زاد المعاد ٥/٢٩٨-٢٩٩ .

(٢) انظر : زاد المعاد لابن القيم ٥/٢٩٨ .

المبحث الرابع

التخيير بعد الحِضانة

تخيير المميِّز بين أبيه وأمه بعد الحضانة

قبل أن ندخل في تفصيلات التخيير نتعرف على مفردات عنوان المبحث :

تعريف المميّز لغة واصطلاحاً :

المميِّز لغة :

الميز : العزل ، والفرز ، والتمييز بين الأشياء ، يقال : مزت الشئ أميزه ميزاً : أي عزلته وفرزته . (١)

قال في معجم مقاييس اللغة : " الميم والياء والزاي أصل صحيح يدل على تزيُّلِ شيءٍ من شئ وتزييله . وميّزته تمييزاً ، ومِزته ميزاً ... وانماز الشئ : إنفصل عن الشئ . (٢)

المميّز إصطلاحاً :

لم يخرج الفقهاء في تعريفهم للمميِّز عن معناه اللغوي فهو عندهم يدور حول فهم الخطاب ، ومعرفة الضار من النافع والمصلحة وغيرها ، والفصل بينهما .فعرفّه الحنفية في معرض بيان إجازة تصرفات الولي للمحجور عليه بأن : يعقل البيع والشراء ويعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له . (٣)

وعرفه المالكية بأنه : الذي يفهم الخطاب ويحسن رد الجواب ، ومقاصد الكلام (٤). وعرفه الشافعية والحنابلة بنحوه . (٥)

وذهب بعض أهل العلم إلى تحديد سن السابعة كسن للتمييز إذا بلغها الطفل يعتبر مميزاً . وإليه ذهب بعض الحنفية وجمهور الحنابلة . (٦)

---

(١) انظر : الصحاح للجوهري ٨٩٧/٣ .

(٢) ٢٨٩/٥ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي ١٩١/٥ الطبعة الثانية بالأوفست (بيروت : لبنان دار المعرفة) .

(٤) مواهب الجليل ٢٤٤/٤ . ويبدو أن هذا لا يتقيد بسن وهو واضح من التعريف .

(٥) انظر : المجموع ٢٦/٧ ؛ والمطلع على أبواب المقنع لمحمد بن أبي الفتح البعلي ص (٥١) الطبعة الأولى (المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م) .

(٦) انظر : المبسوط ١٦٢/٢٤ ؛ والإنصاف لعلاء الدين المرداوي ٣٩٥/١ تحقيق : محمد حامد الفقي ، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م) .

ولعل نظرتهم بنيت على الغالب الأكثري ، مع مراعاة الصفات المعتبرة في التمييز . وهو سن أمر الأبناء بالصلاة .

تعريف الحِضانة لغة واصطلاحاً :

الحضانة لغة :

الحضانة لغة مأخوذة من أصل حضن يحضن حضناً وحضانة ، وتأتي لمعان منها الحفظ والصيانة والجعل في الحضن ، والنواحي والجانبين . (١)

قال ابن فارس : " الحاء ، والضاد ، والنون أصل واحد يقاس وهو حفظ الشئ وصيانته ، فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح " (٢).

الحضانة اصطلاحاً :

عرف الفقهاء الحضانة بتعريفات لا تخرج عن التعريف اللغوي .

فعرفّها ابن عابدين بقوله : " تربية الولد لمن له حق الحضانة " (٣).

وعرّفها ابن عرفة بقوله : " حفظ الولد في مبيته ، ومؤنة طعامه ، ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " (٤).

وعرّفها بعض الشافعية بأنها : " حفظ من لا يستقل بأموره ككبير مجنون وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره " (٥).

وعرّفها الحنابلة بأنها : " حفظ صغير ومعتوه ، ومجنون ، عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم " (٦).

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٧٤ ؛ والقاموس المحيط ص (١٥٣٦-١٥٣٧) ؛ والصحاح للجوهري ٥/٢١٠١ .

(٢) معجم مقاييس اللغة ٢/٧٤ .

(٣) رد المحتار إلى الدر المختار ٣/٦٣٣ .

(٤) ١/٣٢٤ .

(٥) تحفة المحتاج ٨/٣٥٣ ؛ ونهاية المحتاج لابن شهاب الرملي ٧/٢٢٥ .

(٦) شرح منتهى الإرادات ٣/٢٦٣ ؛ وكشاف القناع ٥/٤٩٥ .

متى يكون التخيير :

إذا افترق الزوجان وكان بينهما ولد ، فهو في حضانة أمه حتى يستغني عنها ؛ وذلك بأن يأكل وحده ويشرب ، ويلبس وحده كعلامات للتمييز .

فإذا ميّز وكان عند أحد الأبوين ولم يطلبه الآخر يكون أمر الحضانة موكولاً إليه بالإصطلاح .[١]

ودليل ذلك حديث أنس بن مالك : قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله " إن أنساً غلام كيّس فليخدمك قال فخدمته في السفر والحضر "[٢].

فأنس بن مالك كان مميزاً في حضانة أمه وهي تحت أبي طلحة ؛ ذلك لعدم التنازع فيه ، فإذا حصل التنازع بين من هما أهل لرعاية الطفل وتربيته بعد الفراق ، فهل يظل عند الأم ؟ أو يكون عند الأب ؟ أو يخيَّر بينهما تخيير إرادة وشهوة ؟ في ذلك إختلف اهل العلم ، ويمكن أن أصنف أقوالهم على القول بالتخير وعدمه إلى قولين :

القول الأول :

وهو مذهب من قال بالتخيير ، وإليه ذهب الشافعية ،[٣]والحنابلة . إلا أن الحنابلة إستثنوا الأنثى ولم يجعلوا لها خياراً وجعلوا الخيار للغلام المميز دون الجارية . والجارية عند أبيها وجوباً ، ولا تكون عند أمها ؛ وإن تبرعت برعايتها .[٤]

---

(١) انظر : جامع أحكام الصغار لمحمد بن محمود الاسروشيني ٣٧١/١-٣٧٢ تحقيق : عبد الحميد عبد الخالق البيزي (بغداد : مطبعة النجوم الخضراء ١٩٨٢م) ؛ كشاف القناع ٥٠١/٥ ؛ والطفل في الشريعة الإسلامية ، نشأته وحياته . حقوقه التي كفلها الإسلام للدكتور محمد بن أحمد الصالح ص (١٢٢،١٣٢) الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ .

(٢) رواه البخاري مع الفتح ٤٦٤/٥ (كتاب) الوصايا ، (باب) إستخدام اليتيم في السفر والحضر إذا كان صالحاً له ونظر الأم أو زوجها لليتيم .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٢٢٥/٧-٢٣١ ؛ وتحفة المحتاج ٣٥٣/٨-٣٦٠ .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات ٢٦٥/٣-٢٦٦ ؛ وكشاف القناع ٥٠١/٥ والتنقيح المشبع ص (٣٥٠-٣٥١) . هذا هو المذهب عند المتأخرين من الحنابلة في الكتب الثلاثة المعتمدة عندهم وهناك روايات أخرى : في الغلام : أن الأب أحق ، ورواية أخرى أن الأم أحق كما في قبل السبع . أما الجارية : أن الأم أحق بها وفي رواية أنها تخير كالغلام . انظر : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ٤٢٧/٩-٤٣١ . وفي المسألة تحقيق قيم لشيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم . انظر : الفتاوى ١١/٣٤ ؛ وزاد المعاد ٤٦٧/٥ .

جاء في تحفة المحتاج : " .... والمميّز الذكر والأنثى ... إن افترق أبواه مع أهليتهما ومقامهما في بلد واحد خيّر ... " (١).

وفي شرح منتهى الإرادات : " وإن بلغ صبي محضون سبع سنين خُيِّر بين أبويه ... وتكون بنت سبع سنين تامة عند أب إلى زفاف ... وجوباً " (٢).

القول الثاني :

وهوقول من لم ير التخيير حال التمييز .

وإليه ذهب الحنفية ، والمالكية ، والظاهرية على تفصيل بينهم :

فذهب الحنفية إلى أن الولد الذكر إذا استغنى من خدمة النساء وميّز حوِّل إلى أبيه حتى البلوغ . أما الجارية فتظل عند النساء إلى أن تبلغ . ويذهب محمد بن الحسن إلى الجارية تكون عند النساء حتى تُشتهى . (٣)

وذهب المالكية والظاهرية إلى أن الغلام يكون عند أمه حتى يبلغ . وأما الجارية عند المالكية فتكون عند أمها إلى أن يدخل بها الزوج . وعند الظاهرية تكون عند أمها إلى البلوغ كالذكر . (٤)

جاء في المبسوط : " إذا فارق الرجل إمرأته ولها ولد فالأم أحق بالولد أن يكون عندها حتى يستغني عنها فإن كان غلاما فحتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ... ويستنجي وحده ، وإن كانت جارية فهي أحق بها حتى تحيض ... وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله تعالى إذا بلغت حدّ الشهوة فالأب أحق بها ... " (٥).

---

(١) ٣٥٣/٨-٣٦٠ .

(٢) ٢٦٥/٣-٢٦٦ .

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٠٧/٥-٢٠٨ ؛ وحاشية ابن عابدين ٦٣٣/٣-٦٤١ ؛ وتبيين الحقائق ٤٨/٣ ؛ وفتح القدير ٣٦٧/٤-٣٧١ .

(٤) انظر : شرح الزرقاني على مختصرخليل ٢٦٣/٤-٢ ؛ والشرح الكبير على خليل ٥٢٦/٢ ؛ والخرشي على خليل ٢٠٧/٤-٢ ؛ والمحلى بالآثار ١٤٣/١٠ .

(٥) ٢٠٧/٥-٢٠٨ .

وجاء في شرح الخرشي على خليل : " (ص) وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة للأم (ش) يعني أن الحضانة ثابتة وكائنة للأم كان المحضون ذكراً أو أنثى لكن حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ ... والأنثى لدخول الزوج بها ، ولا تكفي الدعوة إلى الدخول " [١].

وفي المحلى : " الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض ، أو الإحتلام ، أو الإنبات مع التمييز ، وصحة الجسم " [٢].

سبب الخلاف :

إن سبب الخلاف في هذه المسألة هوالإختلاف في صحة الآثار ؛ فمن صحت عنده الآثار التي وردت في التخيير قال بالتخيير ، ومن لم تصح عنده الآثار لم يقل بالتخيير وهذا في الغلام . أما تخيير الجارية فمبني على عدم إعتبار وصف الذكورية : فمن ذهب إلى عدم إعتباره رأى أن الآثار التي صحت في الغلام تكون للجارية أيضاً ، ومن اعتبر وصف الذكورية إقتصر على تخييرالغلام فقط . وكذلك الإختلاف في الإجتهاد لمن لم يقل بتخيير الجارية ، فمنهم من اجتهد أن تكون عند الأم بناء على ما كان ، ومنهم من رأى نقلها إلى الأب للمصلحة .

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الأول بالسنة ، والإجماع ، والمعقول كما يلي :

أولاً : السنة : إستدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : جاءت إمرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : أن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عِنبة [٣]وقد نفعني ، فقال رسول الله " إستهما عليه " فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به " [٤].

---

(١) ٢-٢٠٧/٤ .

(٢) ١٤٣/١٠ .

(٣) بئر على ميل من المدينة وأبو عنبة هو عبد الله بن عنبة من الصحابة . انظر : المجموع ٣٣٩/١٨ .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه مع زيادة في أوله ٥٠٨/٢ كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد برقم ٢٢٧٧ . والحديث صحيح . انظر : نصب الراية ٢٦٨/٣-٢٦٩ ؛ وتلخيص الحبير ١٢/٤ ؛ وإرواء الغليل ٢٥١/٧ .

ووجه الإستشهاد بهذا الحديث توضحه رواية الحديث المختصرة " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه " [١].

ففي الحديث دليل على تخيير الغلام بين أبويه .

ويناقش هذا الدليل : بأن الحديث ورد عن طريق أبي ميمونة وهو مجهول . وعلى فرض صحة الحديث فإنه ورد في بعض رواياته أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا الغلام فقال : اللهم سدّده . فبركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم إختار ما هو أنفع له ، ولا يقره النبي صلى الله عليه وسلم إلا إذا إختار الأصلح ، فهذا خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم ولا يوجد مثله في حق غيره ، فالحديث ليس فيه دليل على التخيير ؛ لأنه ليس فيه ان الغلام لو إختار الآخر قضى له النبي صلى الله عليه وسلم بذلك [٢].

ثانياً : الإجماع : روي عن عمر أنه خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه . [٣]

وعن عمارة الجرمي قال : خيرني علي رضي الله عنه بين أمي وعمي ثم قال لأخ لي أصغر مني : وهذا أيضاً لو بلغ مبلغ هذا لخيّرته . وفي رواية قال عمارة : وكنت ابن سبع أو ثمان سنين . [٤]

جاء في المغني بعد ذكر هذه الأثار : " وهذه قصص في مظنة الشهرة ، ولم تنكر ، فكانت إجماعاً " [٥].

ثالثاً : المعقول :

١- أن التقديم في تربية الولد من حقه فيقدم من هو أشفق فيها ، واختياره يكون دليلاً على ذلك ، وتعتبر الشفقة بالمظنة ؛ إذ لا يمكن إعتبارها بنفسها . [٦]

٢- أن الأم قدمت في حال صغره قبل التمييز لحاجة حمله ومباشرته ، فإذا استغنى من الأم تساوى والداه في قربهما منه ، فيرجح بينهما باختيار المميز . [٧]

---

(١) رواه الترمذي في سننه ٤٠٥/٢ أبواب الأحكام ، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا برقم ١٣٦٨ .

(٢) انظر : المبسوط ٢٠٨/٥ ؛ وحاشية ابن عابدين ٦٤١/٢ ؛ والمحلى ١٥٠/١٠ .

(٣) السنن الكبرى ٤/٨ كتاب النفقات ، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج .

(٤) المرجع السابق .

(٥) ٤١٥/١١ .

(٦) انظر : المغني ٤١٥/١١-٤١٦ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٥/٣ ؛ والمجموع ٣٤٠/١٨-٣٤١ .

(٧) انظر : المغني ٤١٦/١١ .

كل هذه الأدلة التي تقدمت من السنة والإجماع والمعقول في تخيير الغلام عند الشافعية والحنابلة .

أما تخيير الجارية عند الشافعية الذي يبدو أنهم استدلوا بنفس أدلة الغلام مع إلغاء وصف الذكورية في أحاديث التخيير وذلك باعتباره وصفاً غير مؤثر وهذا بعد تحقيق المناط في الحكم ، وذكر أن وصف الصبي في الروايات إدراج من الراوي . (١)

ويناقش الإستدلال بالمعقول : بأن الصبي في العادة يختار ما يضره ، ويمكنه من شهوته ، ومن اللعب واللهو ، ويبتعد عمن يؤدبه ويأخذ بيده إلى الخير ، فالغلام لا قول له ولا يعرف حظه . (٢)

ويناقش الحنابلة الشافعية في تخيير الجارية :

١- أن الشرع لم يرد بتخيير الجارية . (٣)

٢- أن البنت إذا بلغت السابع فقد قاربت سن صلاحية التزويج والنبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي إبنة سبع ، والجارية تخطب من أبيها ؛ لأنه وليها والمالك لتزويجها وهوالعالم بكفاءة الزوج وعدمها ، وهو أقدر على البحث ؛ فلهذا يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها . (٤)

٣- أن إلغاء وصف الذكورية لا يستقيم في هذا المقام بل هو معتبر من الشارع وله تأثيره على الحكم لأن وصف الحكم لم يتعلق بنوع الإنسان المشترك بين الأفراد .

هنالك أوصاف تعتبر فيها الذكورية كالشهادة ، والميراث ، والولاية في النكاح ، وهنالك أوصاف يعتبر فيها وصف الأنوثة كالحضانة إذا إستوى في الدرجة الذكر والأنثى فإنها تقدم الأنثى . (٥)

---

(١) انظر : سنن أبي داود مع عون المعبود ٣٣٢/٦ ؛ وتكملة المجموع ٣٤٠/٨ ؛ ونهاية المحتاج ٢٢٥/٧ ؛ وتحفة المحتاج ٣٥٣/٨ . ذكر في بعض كتب المحققين أدلة لمذهب الشافعية في تخيير الجارية ومنها حديث رافع بن سنان ، والحديث لا يصلح للإستدلال لقول زوجة رافع في الحديث إبنتي وهي فطيم - أو شبه ذلك - وبذلك يكون خارج محل النزاع ولم يستدل به الشافعية لأنفسهم . هذا غير ما فيه من إختلاف في السند والمتن . انظر : التلخيص الحبير ١١/٤ ؛ ونصب الراية ٢٧٠/٣ ؛ وزاد المعاد ٤٧٠/٥ .

(٢) انظر : المبسوط ٢٠٨/٥ .

(٣) انظر : المغني ٤١٦/١١ ؛ وكشاف القناع ٥٠٢/٥ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٦/٣ .

(٤) انظر : المغني ٤١٦/١١ .

(٥) انظر : زاد المعاد ٤٧١/٥-٤٧٢ .

إن التخيير في المسألة تخيير شهوة ، وليس تخيير رأي ومصلحة ، لذلك إذا اختار غير الذي إختاره نقله إليه ، وإذا خيرت البنت كلما أرادت الإنتقال أجيبت إليه وفي هذا منافاة لما شرع للإناث من لزوم المنزل . (١)

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدل أصحاب هذا القول بالسنة والإجماع والمعقول :

أولاً : السنة : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت : يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني فأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " (٢).

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم لها بالغلام وجعلها أحق به ما لم تنكح ، ولم يذكر لها تخييراً فكان هذا الحكم مطلقاً عند المنازعة .

ويناقش هذا الدليل : بأن الإستدلال بهذا الحديث على هذا الوجه غير صحيح ؛ لأن الحديث يقتضي بدلالته أمرين :

الأول : أن الأم لا حق لها في الولد بعد أن تنكح .

الثاني : أن حق الأم في الولد يكون في مرحلتين :

١- أن يكون ولداً صغيراً لم يبلغ سن التمييز فهي أحق به مطلقاً من غير تخيير فهذه أحقية مطلقة . (٣)

٢- أحقية مشروطة وتكون إذا بلغ سن التمييز فهي أحق به بشرط اختياره لها ؛ لأن الحكم إذا عُلّق بشرط يصدق إطلاقه إعتماداً على تقدير الشرط ، وهذا تقييد للمطلق من حديث عمرو بن شعيب بالسنة واتفاق الصحابة على التخيير(٤)، وفي هذا العمل بكلا الدليلين ، وإعمال الدليلين أولى من أهمالهما أو إهمال أحدهما .

---

(١) انظر : زاد المعاد ٥/٤٧١-٤٧٢ .

(٢) رواه أبو داود في سننه مع عون المعبود ٦/٣٧١ كتاب الطلاق ، باب : من أحق بالولد ؛ والحاكم ٢/٢٠٧ باب حضانة الولد ، وقال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي . انظر : نصب الراية ٣/٢٦٥ ؛ وتحفة المحتاج ٢/٤٣٣ . وحسنه الألباني للخلاف المشهور في رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . انظر : الإرواء ٧/٢٤٤ .

(٣) انظر : زاد المعاد ٥/٤٧٧ .

(٤) انظر : المرجع السابق .

ثانياً : الإجماع : أن الصحابة لم يخيروا [١]: فأبوبكر رضي الله عنه حكم بابن عمر : عاصم لأمه[٢] حين وقعت الفرقة ، وبينها وبين عمر ، والصحابة حاضرون فكان إجماعاً . [٣]

ويناقش هذا الدليل : بأن هذا الإستدلال مردود من وجهين :

١- ففي نفس الأثر أن أبابكر قال : ياعمر مسحها ، وحجرها ، وريحها خير له منك ، حتى يشب فيختار لنفسه . [٤]

٢- ما سبق أن روي أن عمر خيّر غلاماً بين أبويه . وكذلك علي رضي الله عنه .

ثالثاً : المعقول : ١- أن الغلام إذا استغنى من أمه فإنه يحتاج إلى التأدب ، والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم ، وأعمالهم ، والأب على ذلك أقدر من غيره . [٥]

٢- أن الغلام إذا بلغ سبع سنين لا يخير ؛ لأنه يختار من عنده اللعب ، لقصور عقله . [٦]

٣- أن صحبة الغلام للنساء مفسدة له ؛ فإذا ترك عند أمه ينكسر لسانه ويميل طبعه إلى طبع النساء فربما جاء مخنّثاً ؛ لذلك كان دفعه للأب أولى . [٧]

هذه أدلة في الغلام للحنفية ، أما أدلتهم في الجارية فذكر الأحناف أنهم عدلوا عن القياس الذي يسوي بين الغلام والجارية في الحضانة وذلك للإجماع الذي سبق إيراده وللأدلة الآتية[٨] :

١- أن الجارية وإن استغنت عن التربية فإنها تحتاج إلى معرفة آداب النساء من الطبخ وترتيب المنزل ، وذلك يتعلم عند الأم ، فإذا دفعت إلى أبيها تخلط بالرجال ويقل حياؤها ، والحياء زينة النساء ولا يبقى لها ذلك إلا تحت ذيل أمها . [٨]

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٣٧٣/٤ ؛ وتبيين الحقائق ٤٩/٣ .

(٢) انظر : نصب الراية ٢٦٦/٣ . والأثر بهذه الرواية ضعيف . انظر : إرواء الغليل ٢٤٤/٧ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤١/٢ ؛ وبدائع الصنائع ٤٢/٤ .

(٤) انظر : نصب الراية ٢٦٦/٣ . والأثر بهذه الرواية مرسل ورجاله رجال الشيخين وتلقاه أهل العلم بالقبول . انظر : إرواء الغليل ٢٤٥/٧ .

(٥) انظر : المبسوط ٢٠٨/٥ ؛ وشرح فتح القدير ٣٧١/٤ ؛ وبدائع الصنائع ٤٢/٤ .

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤١/٢ .

(٧) انظر : المبسوط ٢٠٨/٥ ؛ وبدائع الصنائع ٤٢/٤-٤٣ .

(٨) انظر : بدائع الصنائع ٤٢/٤ ؛ والمبسوط ٢٠٧/٥-٢٠٨ ؛ وتبيين الحقائق ٤٨/٣ .

٢- أن الجارية إذا بلغت الرشد أو حد الشهوة أشتدت الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها من مطمع الرجال ، وللرجال من الغيرة ما ليس للنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا تتمكن الأم منه ؛ فتدفع إلى الأب حماية لها من الفتنة . (١)

٣- أن الجارية إذا بلغت حد الشهوة أو الرشد إحتاجت للتزويج وولاية الزواج لأبيها فتكون عنده . (٢)

٤- أن الأم تحتاج إلى من يصونها وربما خدعت في بنتها فتقع البنت في فتنة وذلك كله مأمون عند الأب . (٣)

وإستدل المالكية على مذهبهم بالقياس على النفقة التي هي على الأب .

فقال في الشرح الكبير : " وحضانة الذكر ... للبلوغ ... وحضانة الأنثى كالنفقة يعني حتى يدخل بها الزوج . (٤)

أما الظاهرية : فانتصر ابن حزم لمذهبهم : فضعّف بعض الآثار التي فيها تخيير وسكت عن البعض الآخر . وبيّن أنه على فرض صحة الأحاديث لم تكن فيها حجة (٥)فقال :

" نحن على يقين من أنه عليه الصلاة والسلام لا يترك أحداً على إختياره ما هو فساد له في دينه أو في حالته ، فقد يسوء أختيار الصغير لنفسه ويميل إلى الراحة والإهمال ، فلا شك في أنه عليه الصلاة والسلام إن كان خيّر الصبي فلم ينفذ إختياره إلا وقد إختار الذي يجب أن يختاره . لا يجوز غير ذلك أصلاً " . (٦)

وتناقش هذه الأدلة : بأننا قيدنا تخيير الصبي بالأمن من الفساد فلا يصار إلى إختياره إلا إذا كان سليماً من الفساد مبنياً على المصلحة . فإذا إختار من يهمل مصالحة الدينية والدنيوية يُلغى إختياره ويُدفع إلى من هو أصلح ؛ لأن الولاية مقيدة بالمصلحة .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٢/٤ ؛ والمبسوط ٢٠٧/٥-٢٠٨ ، وتبيين الحقائق ٤٨/٣ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) انظر : المبسوط ٢٠٨/٥ .

(٤) الشرح الكبير على مختصر خليل ٥٢٦/٢ .

(٥) انظر : المحلى ١٤٨/١٠-١٥٢ .

(٦) المحلى ١٥٠/١٠ .

ثم إنه إذا صحت الأحاديث فلا يُضرب بعضها ببعض ولا يعترض عليها بالمعقول : فحديث عمرو بن شعيب حديث حسن ، قوله صلى الله عليه وسلم فيه : " أنت أحق به ما لم تنكحي " إذا كان عاماً في جميع الأزمنة أو مطلقاً فيها فحديث التخيير يخصصه أو يقيده وهذا جمعاً بين الأدلة . (١)

قال ابن القيم في الزاد : " هو حديث إحتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب ولم يجدوا بدّاً من الإحتجاج هنا به ومدار الحديث عليه وقد ذهب إليه الأئمة الأربعة وغيرهم " (٢).

وفي سبل السلام : " أن حديث عمرو بن شعيب قبله الأئمة وعملوا به . البخاري وأحمد ، وابن المديني ، والحميدي ، وإسحاق بن راهويه وأمثالهم فلا يلتفت إلى القدح فيه " (٣).

وحديث أبي هريرة في التخيير صحيح ويدل على أن الصبي بعد إستغنائه بنفسه يخيّر بين الأم والأب .

فالسنة الصحيحة ثبت فيها تخيير الصبي فالأولى الذهاب إليه والقول به ؛ لأن الأدلة الأخرى لا تقدم على ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وثبت دلالته دون معارض .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : " فتخيير الصبي الذي وردت به السنة أولى من تعيين أحب الأبوين له " (٤).

فإيراد التعليلات في مقابل هذه النصوص وإن كانت هي واقع على العموم ولكن من عمل بالنص كان أسعد به .

جاء في مواهب الجليل من أدلة خليل بعد أن أورد تعليلات المالكية في عدم التخيير :

" هذا تعليل واقع ، ولكن لا ينهض أمام ما ورد من السنة أنه صلى الله عليه وسلم خيّر ولداً بين أمه وأبيه ، اللهم إلا إذا كان الإمام إطلع على علة طرح بها هذا الحديث الذي عمل به غيره ، أو كان لم يبلغه أصلاً " (٥).

---

(١) انظر : تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لابن الملقن ٤٣٣/٢ ؛ وزاد المعاد ٤٣٤/٥ ؛ وسبل السلام ٤٦٥/٣-٤٦٧ ؛ ونيل الأوطار ٣٦٩/٦-٢٧٢ ؛ وإرواء الغليل ٢٤٤/٧ .

(٢) ٤٣٤/٥ .

(٣) ٤٦٦/٣ .

(٤) الفتاوى ١٢٨/٢٤ .

(٥) ٢٤٥/٣ .

فالأحاديث التي خيرت الجارية لم تصح ، فحديث رافع بن سنان في تخيير البنت ولو صح لم يكن فيه دليل على ذلك ؛ لأن التخيير يكون بعد سن التمييز والحديث دلت ألفاظه على أن المخير دون الخمس ، ثم فيه تخيير بين كافر ومسلم وهذا ما لم يقل به من قال بتخيير البنت أنفسهم . وتخصيص التخيير بالنبي صلى الله عليه وسلم يحتاج إلى دليل . (١)

قال الشوكاني : " في إسناده إختلاف كثير وألفاظه مختلفة ... وقال ابن المنذر : لا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال ، ولكن قد صححه الحاكم ... وقال ابن الجوزي رواية من روى أنه كان غلاماً أصح " (٢).

لكن حضانة البنت قبل سن التمييز كانت عند الأم إتفاقاً فتكون عند الأم لأن الشرع لم يرد بانتقالها منها **والأصل بقاء ما كان على ما كان** . (٣)

يقول ابن القيم في زاد المعاد : " ثم هاهنا حصل الإجتهاد في تعيين أحد الأبوين لمقامها عنده ، وأيهما أصلح لها ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد في إحدى الرواتين عيّنوا الأم ، وهوالصحيح دليلاً .

وأحمد في المشهور عنه ، وإختيار عامة أصحابه عينوا الأب " (٤).

ومع هذا ينبغي أن تراعي حفظ الأم لها والقيام بالواجب تجاهها .

يقول ابن تيمية في الفتاوى : " ثم هنالك يحصل الإجتهاد في تعيين أحدهما : فمن عين الأم كمالك وأبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين لابد أن يراعوا مع ذلك صيانة الأم لها ... وأحمد وأصحابه إنما يقدمون الأب إذا لم يكن عليها في ذلك حرز وتحصين ... " (٥).

وعلى العموم في الغلام والجارية عند الإختيار يراعى المصلحة ودرء المفسدة لأن هذا مقصد شرعي بل الشريعة جاءت إلى تحقيقه وتحصيله .

يقول ابن تيمية في الفتاوى : " فكل من قد قدمنا من الأبوين إنما نقدمه إذا حصل به مصلحتهما ، أو إندفعت به مفسدتهما ... ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام في

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم ١٠/١٥٠-١٥١ ؛ وزاد المعاد ٥/٤٧٠-٤٧١ .

(٢) ٦/٣٧١ نيل الأوطار .

(٣) انظر القاعدة في : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٥٧) .

(٤) ٥/٤٧٣ . وانظر : ما بعدها .

(٥) ٣٤/١٣٠-١٣١ .

تقديم أحد الأبوين مطلقاً ولا تخيير أحد الأبوين مطلقاً ، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً ، بل مع العدوان والتفريط لا يقدم من يكون كذلك على البر العادل المحسن القائم بالواجب " [١].

الترجيح :

بالنظر إلى الأدلة التي إستدل بها كل فريق من حيث الصحة وعدمها ، والصلاحية للإستدلال والسلامة من الإعتراضات يتبين : أن التخيير ثبت بالسنة وأيده فعل الصحابة للذكر ، ولكن ذلك التخيير منوط بالمصلحة ووفقاً لتوفر الشروط ، وانتفاء الموانع ، فليس الأمر على إطلاقه . فإذا إختار أحد الأبوين فلا يُمنع من الآخر ؛ لأنه يفضي إلى قطع الرحم ، وإذا اختار أمه فإنه يكون في رعاية أبيه نهاراً يعلمه شئون دينه ودنياه .

والأنثى تبقى عند النساء (أمها أو جدتها أو خالتها) لتتأدب بآداب النساء فيما تقول وتفعل . إلا إذا ظهر تهاون في تربيتهن فحينئذ تضم إلى أبيها . وكونها عند النساء لا يمنع الأب من ملاحظتها وتقصّي خبرها ، ولا يمنع أن تخطب منه . والله تعالى أعلم .

فإذا ثبت التخيير نعود إلى شروطه .

شروط التخيير بعد الحضانة :

هنالك شروط للتخيير في الحضانة عند من قال به من الفقهاء نصّوا على بعضها والبعض الآخر يفهم من كلامهم عند الحديث على مسائل الحضانة .

ويمكننا تقسيم هذه الشروط إلى قسمين :

الأول : ما يرجع إلى المخير بينهما ، ويرجع ذلك إلى ما ذكره ابن قدامة وهو بمثابة القاعدة : " أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة " [٢].

ويكون ذلك بانتفاء موانع أهلية التخيير ومن هذه الموانع ما هو مشترك بينهما ، ومنها ما يخص الأم . أما المشترك بينهما فهي : الكفر ، والجنون ، والرق والفسق ، والسفر . [٣]

---

(١) ٣٤/١٣١-١٣٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ١١/٤١٦-٤١٧ ؛ وانظر : تحفة المحتاج ٨/٣٥٣-٣٦٠ ؛ ونهاية المحتاج ٧/٢٢٥-٢٣١ .

(٣) تحفة المحتاج ٨/٣٥٣-٣٦٠ ؛ والمحلى ١٠/١٤٣-١٤٥ ؛ ونهاية المحتاج ٧/٢٢٥-٢٣١ ؛ والمغني ١١/٤١٢ .

وعلى العموم يراعى حصول المصلحة وزوال المفسدة . [١]

وأما الذي يخص الأم : هو نكاحها [٢]؛ وذلك أن الأم إذا نكحت سقط حقها في الحضانة وبذلك يسقط حقها في التخيير لأنها أصبحت من غير أهله .

والدليل على ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن امرأة قالت يارسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم : " أنت أحق به ما لم تنكحي " [٣].

فهذا الحديث يدل على سقوط حضانة الأم بالزواج ومن سقط حقه في الحضانة سقط تخييره بعدها من باب أولى . قال الصنعاني في سبل السلام : " ودل الحديث على أن الأم إذا نكحت سقط حقها في الحضانة وإليه ذهب الجماهير " [٤].وذكر ابن المنذر الإجماع عليه . [٥]

ومن المعقول : " أنها إذا تزوجت إشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له ، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة " [٦].

الثاني : ما يرجع إلى المخيّر [٧] :

١- أن يكون المخير عاقلاً غير معتوه .

٢- أن يكون مميزاً .

٣- أن يكون عالماً ومدركاً لأسباب الإختيار .

٤- أن لا يختار من يمكنه من الفساد واللهو ويترك الآخر لأنه يؤدبه .

---

(١) انظر : الفتاوى ٣٤/١٣١-١٣٢ .

(٢) انظر : تحفة المحتاج بشرح المنهاج /٣٥٣-٣٦٠ ؛ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٢/٤/١٦٣ ؛ وزاد المعاد ٥/٤٦٤ .

(٣) الحديث سبق تخريجه ص (١٧٦) .

(٤) ٣/٤٦٦ .

(٥) الإجماع لابن المنذر ص (٦٣) .

(٦) المغني لابن قدامة ١١/٤٢١ .

(٧) انظر : المغني لابن قدامة ١١/٤١٦-٤١٧ ؛ والتنقيح المشبع ص ٣٥٠-٣٥١ ؛ وكشاف القناع ٥/٥٠١-٥٠٢ ؛ وشرح المنتهى ٣/٢٦٥-٢٦٦ ؛ وتحفة المحتاج للهيتمي ٨/٣٥٣-٣٦٠ ؛ ونهاية المحتاج للرملي ٧/٢٢٥-٢٣١ .

هنالك قاعدة نافعة ذكرها ابن القيم :

" ... إذا افترق الأبوان ، وبينهما ولد ، فالأم أحق به من الأب ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها ، أو بالولد وصف يقتضي تخييره ، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع وقد قضى به خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه منكر " (١).

الحكمة في التخيير في الحضانة :

إن الحكمة في التخيير في الحضانة ترجع إلى أمرين :

الأول : لما زال السبب الموجب لتقديم الأم تساوت الحقوق بين الأب ، والأم فلا يقدم أحدهما إلا بمرجح ، فالتخيير مرجِّح من جهة الولد .

الثاني : التخيير هو الوسيلة التي يعرب فيها الطفل عن الذي يكون أشفق عليه بناء على شهوته ؛ لأن التخيير هنا تخيير شهوة لذلك متى اختار الأول سلم إليه ، ثم رجع واختار الآخر أعيد إليه ، لأن الإختيار لحظ نفسه . (٢)

مسألة القرعة :

إن مسألة القرعة من المسائل التي تعلقت بالتخيير في الحضانة من حيث النص وذلك بورودهما معاً في روايات حديث أبي هريرة (٣)، وأيضاً هو طريق لفض النزاع والفصل عند تساوي الحقوق .

فإذا اختار الأبوين معاً أو لم يختر واحداً منهما فإنه يلجأ إلى القرعة كسبيل للترجيح ، ويقدم التخيير على القرعة مع أن النص وردت فيه القرعة أولاً لفعل الصحابة رضي الله عنهم . (٤)

يقول في شرح المنتهى : " ويقرع بين الأبوين إن لم يختر الصبي منهما واحداً أو اختارهما جميعاً ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، ولا يمكن إجتماعهما في الحضانة فلا مرجح غير القرعة " (٥).

---

(١) زاد المعاد ٤٣٥/٥ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٤١٦/١١ ؛ وزاد المعاد ٤٦٨/٥ .

(٣) راجع حديث أبي هريرة ص (١٧٣) .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٤١٦/١١ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٢٦٦/٣ ؛ وزاد المعاد ٤٦٨/٥-٤٦٩ ؛ ونيل الأوطار ٣٧١/٦-٣٧٢ .

(٥) ٢٦٦/٣ .

وفي زاد المعاد : " فإذا بلغ الغلام حداً يعرب فيه عن نفسه ، ويستغني عن الحمل والوضع وما تعانيه النساء ، تساوى الأبوان ، وزال السبب الموجب لتقديم الأم ، والأبوان متساويان فيه ، فلا يقدم أحدهما إلا بمرجح ، والمرجح إما من خارج ، وهو القرعة ، وإما من جهة الولد ، وهو إختياره ، وقد جاءت السنة بهذا وهذا ، وقد جمعها حديث أبي هريرة فاعتبرناهما جميعاً ولم ندفع أحدهما بالآخر . وقدمنا ما قدمه النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخّرنا ما أخّره فقدم التخيير ؛ لأن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه ، ولم يبق مرجح سواها ، وهكذا فعلنا ههنا قدمنا أحداهما بالإختيار ، فإن لم يختر ، أو إختارهما جميعاً ، عدلنا إلى القرعة ، فهذا لو لم يكن فيه موافقة للسنة ، لكان من أحسن الأحكام ، وأعدلها ، وأقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين " [١].

---

(١) ٥/٤٦٨-٤٦٩ .

الفصل الثاني

في القصاص والحدود والكفارات والجهاد

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : في القصاص

المبحث الثاني : في الحدود

المبحث الثالث : في الكفارات

المبحث الرابع : في الجهاد

المبحث الأول

في القصاص

تخيير أولياء الدم بين القصاص والدية والعفو[١]

قبل الدخول في تفاصيل هذا المبحث نبين معنى كل من : وليّ الدم ، والقصاص ، والدية ، والعفو .

التعريف بولي الدم :

الوليّ لغة : من أصل وَلي التي تدل على القرب والدنو . ومنه يقال تباعد بعد وَلْي . ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : " وكل مما يليك " [٢]يعني مما يقاربك . [٣]

ولي الدم إصطلاحاً :

إختلف أهل العلم في المراد بولي الدم :

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي هو الوارث الذي يرث المال من ذوي الفروض والعصبات نساءً و رجالاً وأزواجاً وزوجات ؛ وذلك لإعتبار الدم بالدية . [٤]

وذهب المالكية إلى أن الولي هو العاصب الذكر ؛ وذلك لأن الولاية للذكور دون الأناث . [٥]

---

(١) يمكن أن يقال التخيير بين القصاص ، والعفو إلى الدية ، والعفو مجاناً ، والمصالحة على أكثر أو أقل من الدية . انظر : زاد المعاد ٤٥٤/٣ وإلى ما ذكرت ذهب الحنفية والمالكية إذ عندهم الدية برضى الجاني من قبيل الصلح ولا عفو فيها ، والعفو عندهم : إسقاط القصاص مجاناً . أما الشافعية والحنابلة عندهم الدية عفو . انظر : حاشية ابن عابدين ٣٤٠/٥ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٥/٨ ؛ وتحفة المحتاج ٤٤٦/٨ ؛ وشرح منتهى الأرادات ٢٨٨/٣ .

(٢) رواه البخاري ٤٣١/٩ مع الفتح ، (كتاب) الأطعمة ، (باب) التسمية على الطعام والأكل باليمين برقم ٥٣٧٦ .

(٣) انظر : معجم مقاييس اللغة ١٤١/٦ ؛ والقاموس المحيط ص (١٧٣٢) ؛ والصحاح ٢٥٢٨/٦ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٤٢/٧ ؛ وأنيس الفقهاء ص (٢٦٣) ؛ ونهاية المحتاج ٢٩٨/٧ ؛ وكشاف القناع ٥٣٣/٥ وما بعدها .

(٥) انظر : بداية المجتهد ٤٩٣/٢ ؛ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٥٦/٤ ؛ والجامع لأحكام القرآن ١٦٥/١٠-١٦٦ ؛ والتشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي لعبد القادر عودة ١٤٠/٢-١٤١ الطبعة التاسعة (بيروت : لبنان ، مؤسسة الرسالة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م) .

التعريف بالقصاص لغة واصطلاحاً :

القصاص لغة :

القصاص أصله القاف والصاد ، وهو يدل على التتبع ومن ذلك قولهم : إقتصصت الأثر إذا تتبعته . (١)

القصاص اصطلاحاً :

لا يخرج معنى القصاص في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي :

جاء تعريفه في منتهى الإرادات بأنه : " فعل مجني عليه أو وليّه بجان مثل ما فعله أو شبهه " (٢).

وعرّفه بعض المعاصرين بأنه : " المساواة بين الجريمة والعقوبة " (٣).

التعريف بالدية لغة واصطلاحاً :

الدية لغة :

هي مفرد الديات ، وهي حق القتيل . يقال : وديت القتيل أديه دية ، وقد وديته ودياً . إذا أعطيت ديته . (٤)

الدية اصطلاحاً :

لقد عرّف الفقهاء الدية بتعريفات كثيرة أجمَعُها ما جاء في التنقيح : حيث عُرِّفت بأنها : " المال المؤدّى إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية " (٥).

وهناك تعريفات أخرى . (٦)

---

(١) انظر : القاموس المحيط ص (٨٠٩) ؛ ومعجم مقاييس اللغة ١١/٥ .

(٢) ٢٨٢/٣ .

(٣) الحدود بين الشريعة والقانون – القصاص والديات – محمد عارف مصطفى فهمي ص (٢٥٥) (طرابلس : ليبيا ، مكتبة النور ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م) .

(٤) انظر : القاموس المحيط ص (١٧٢٩) ؛ والصحاح للجوهري ٢٥٢١/٦ ؛ ولسان العرب ٣٨٣/٥ .

(٥) ص (٣٥٩) .

(٦) انظر : حدود ابن عرفة مع شرحه ٦٢١/١ ؛ وتحفة المحتاج ٤٥١/٨ ؛ والتعريفات للجرجاني ص (١٠٦) .

تعريف العفو لغة واصطلاحاً :

العفو لغة :

مأخوذ من عفا يعفو عفواً وهو : أصل يدل على ترك الشئ ، وترجع إليه فروع كثيرة تتقارب في المعنى منها : الصفح ، وترك عقوبة المستحق ، ونحو .[١]جاء في معجم مقاييس اللغة : " العين ، والفاء ، والحرف المعتل أصلان يدل أحدهما على ترك الشئ ، والآخر على طلبه ، ثم يرجع إليه فروع كثيرة لا تتفاوت في المعنى " [٢].

العفو اصطلاحاً :

لم أعثر على تعريف إصطلاحي للعفو في القصاص ؛ ولكن العفو المقصود هنا لا يخرج عن المعنى اللغوي فالمراد : إسقاط صاحب الحق حقه ، وترك العقوبة ، كعفو المجروح عن جارحه ، وكصفح المظلوم عن ظالمه .

بعد أن عرّفنا هذه الأنواع ففي أي نوع من القتل يكون التخيير ؟

إتفق أهل العلم على أن " من قتل مؤمناً عمداً [٣] في دار الإسلام أو في دار الحرب وهو يدري أنه مسلم " [٤]، أن لولي الدم القصاص أو الدية أو العفو .

واختلفوا في الإنتقال بين هذه الخصال هل هي على التخيير لولي الدم دون رضى الجاني ؟ أم لا يثبت التخيير والإنتقال إلى الدية لولي الدم إلا برضى الجاني ؟ ويكون في هذه الحال الخيار للجاني ويكون لولي الدم الخيار بين الدية والعفو فقط . [٥]

وتعتبر هذه المسألة تفريع على مسألة موجب القود فهي كالقاعدة أو الضابط ومسألتنا هذه كالتفريع عليها . [٦]

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ٥٦/٤ ؛ والقاموس المحيط ص (١٦٩٣) .

(٢) ٥٦/٤ .

(٣) وهذا فيما إذا كان العمد يوجب القصاص وتدخله الدية ، أما إذا لم يوجب القصاص كقتل الوالد لولده ، أو لم تدخله الدية كقتل المرتد مرتداً فخارج محل النزاع . انظر : مغني المحتاج ٤٨/٤ .

(٤) المحلى لابن حزم ٢٣٩/١٠ .

(٥) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣٠٦/٢ ؛ وبداية المجتهد ٤٩١/٢ ؛ والمحلى ٢٤٠/١٠-٢٤١ ؛ وفتح الباري ٢١٨/٢ ؛ وحاشية ابن قاسم على تحفة المحتاج ٤٤٦/٨ .

(٦) انظر : حاشية ابن عابدين ٣٤٠/٥ .

فإذا تحرر محل النزاع هل التخيير لولي الدم أم للجاني ؟، إختلف أهل العلم فيه على قولين :

القول الأول :

وهو قول من يرى أن ولي الدم بالخيار بين القصاص أو العفو إلى الدية أو العفو مطلقاً ، وذلك دون اعتبار لرضى الجاني . وبه قال سعيد بن المسيب ، وابن سيرين من التابعين وإليه ذهب الشافعية والحنابلة ، وأبوثور ، والظاهرية ، وأشهب من المالكية وجماعة من المتأخرين منهم . (١)

جاءت عبارات الفقهاء موضحة لهذا المعنى :

ففي المنهاج : " فصل : موجب العمد القود ، والدية بدل عند سقوطه وفي قول : أحدهُمَا مبهماً ، وعلى القولين للولي عفو على الدية بغير رضى الجاني " (٢).

وفي كشاف القناع : " الواجب بقتل العمد أحد شيئين القود أو الدية ... فيخير الولي بينهما ، فإن شاء إقتص ، وإن شاء أخذ الدية ، ولو لم يرض الجاني " (٣).

وقال في المحلى : " ولي المقتول مخير إن شاء قتله بمثل ما قتل به هو وليه ... وإن شاء عفا عنه . أحب القاتل أم كره لا رأي له في ذلك " (٤).

القول الثاني :

قول من يرى أن الخيار للجاني (٥). وليس للولي العدول إلى أخذ الدية إلا برضى الجاني . وإليه ذهب الحنفية والمالكية على المشهور . (٦)

---

(١) انظر : تحفة المحتاج ٤٤٦/٨ ؛ ونهاية المحتاج ٣٠٩/٧ ؛ والمجموع ٤٧٥/٨ ؛ وكشاف القناع ٥٤٣/٥ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٢٨٨/٣ ؛ والمحلى ٢٢٩/١٠ ؛ ومواهب الجليل ٢٣٤/٦ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٥/٨ .

(٢) ٤٨/٤ مع مغني المحتاج .

(٣) ٥٤٣/٥ .

(٤) ٢٣٩/١٠ .

(٥) انظر لمعنى هذا التعبير : المحلى ٢٥٠/١٠ ؛ وفتح الباري ٢١٨/٢ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع ٢٤١/٧ ؛ وحاشية ابن عابدين ٣٤٠/٥ ؛ والمبسوط ٦٠/٢٦ ؛ والبحر الرائق ٣٣٠/٨ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٥/٨ ؛ ومواهب الجليل ٢٣٤/٦ ؛ والتاج الإكليل ٢٣٤/٦ ؛ وبداية المجتهد ٤٩١/٢ .

قال في الدر المختار : " موجبه القود عيناً فلا يصير مالاً إلا بالتراضي فيصبح صلحاً ..." [١].

وفي حاشية رد المحتار على الدر المختار : " قوله فلا يصير مالاً إلى الخ .. تفريع على قوله عيناً أي ليس لولي الجناية العدول إلى أخذ الدية إلا برضى القاتل " [٢].

وجاء في شرح الزرقاني على خليل : " فالقود عيناً " أي متعيناً أو العفو مجاناً لا جَبَرَ وليُ المقتولِ الجاني على الدية خلافاً لأشهب " [٣].

سبب الخلاف :

إن سبب إختلاف أهل العلم هو : فهم النصوص من القرآن والأخذ بالآثار في هذه المسألة .

أما إختلافهم في فهم القرآن ففي قوله تعالى : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن إعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم** ﴾[٤]

فمن أرجع الضمير في قوله تعالى : " **فمن عفي له** " [٤]وقوله عز وجل : " **من أخيه** " [٤]إلى ولي المقتول قال بتخييره من غير إشتراط رضى الجاني . ومن أرجع الضمير إلى القاتل قال الدية لا تجب إلا برضى القاتل فضلاً منه .

وأما أختلافهم في الأخذ بالآثار في المسألة فمن أخذ بقوله صلى الله عليه وسلم " ومن قُتِل له قتيل بعد مقالتي هذه فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا " [٥]قال بتخيير أولياء المقتول دون اعتبار لرضى الجاني . ومن أخذ بقوله صلى الله عليه وسلم في قصة سن الرُبَيِّع :

---

(١) ٥/٣٤٠ .

(٢) ٥/٣٤٠ .

(٣) ٨/٥ .

(٤) سورة البقرة : الآية (١٧٨) .

(٥) الحديث تقدم تخريجه ص (٢٢) من هذا البحث .

" كتاب الله القصاص " [١] وما في معناه من الآثار ذهب إلى أن الخيار للجاني وليس لولي المقتول العفو إلى الدية إلا برضى القاتل . وتأول الآثار التي جاء فيها الخيار .

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة هذا الخلاف وفائدته في صور منها :

١- إذا مات القاتل فعلى قول من قال بالتخيير تعينت الدية . وعلى قول من قال بأن الواجب القصاص ، وليس له الدية إلا برضى الجاني . أن الواجب زال محل إستيفائه بأمر الله تعالى فليس له قصاص ولا دية . [٢]

٢- أن من قال بالتخيير يلزمه إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار فيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . [٣]

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدل أصحاب هذا القول بالسنة والكتاب والإجماع والمعقول :

أولاً : من الكتاب :

١- قوله تعالى : ﴿ **يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن إعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم** ﴾ [٤].

الشاهد من الآية في موضعين :١- في إرجاع الضمير في قوله تعالى : " **له** " و" **من أخيه**"

٢- في معنى قوله تعالى " **عفي** " . ووجه الإستشهاد :

---

(١) قصة سن الربيع : أن أنساً حدثهم أن الرُّبيع – وهي ابنة النضر – كسرت ثنية جارية فطلبوا الأرش وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأمرهم بالقصاص فقال أنس بن النضر : أتكسر ثنية الربيع يارسول الله ؟ لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها . فقال : ياأنس كتاب الله القصاص . فرضي القوم فعفوا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره " زاد القراري عن حميد عن أنس " فرضي القوم وقبلوا الأرش " . البخاري مع الفتح ٣٦٠/٥ كتاب الصلح ، باب الصلح في الدية برقم ٢٧٠٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٢٤١/٧ ؛ وزاد المعاد ٤٤٥/٣ .

(٣) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ٤٩٢/٢ .

(٤) سورة البقرة : الآية (١٧٨) .

١- أن هذا الضمير يعود إلى القاتل ؛ لأنه هوالذي عفي له من ذنبه في قتل أخيه المسلم [١]، فعلى الجاني أن يقبل دفع الدية أداء إلى الولي بإحسان خالياً من المماطلة والنقص . [٢]

٢- أن معنى العفو في هذه الآية هو الترك ، فيكون المعنى إذا عفا الولي عن دم مقتوله ، وترك القصاص فإنه يأخذ الدية ، ويتبع بمعروف ، ويؤدي إليه القاتل بإحسان . [٣]

وناقش الحنفية إستدلال القول الأول بهذه الآية من وجهين :

١- بأن الذي عفي له من أخيه شئ هو ولي الدم لا القاتل وذلك بدليل قوله تعالى : ﴿ **فمن عفي له** ﴾ [٤]والقاتل معفو عنه ، لا معفو له ، وبدليل قوله جل وعلا : ﴿ **فإتباع بالمعروف** ﴾ [٤]والقاتل لا يتبع أحداً بل هو المُتبع .

٢- وأن لفظ العفو في هذه الآية بمعنى الفضل ، واليسر ، والسهولة كقوله تعالى :﴿**ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو** ﴾[٥]، وقوله تعالى : ﴿ **خذ العفو** ﴾ [٦]فندب الله تعالى الولي إلى أخذ المال إذا سهل ذلك من جهة القاتل ؛ لذا فلا يستقيم إرجاعكم الضمير في أخيه للولي ؛ وبذلك يتوقف الإنتقال من القصاص إلى الدية على رضى الجاني فضلاً منه . [٧]

ورد على هذه المناقشة ابن حزم فقال : " أما تعلّقهم في قوله عز وجل : ﴿ **فمن عفي له من أخيه شئ** ﴾ أن الضمير راجع إلى القاتل ، فدعوى كاذبة ، ومحال لا يجوز ، لأنها دعوى بلا دليل ، وتكلف ظاهر البطلان .... ولا يشك ذو فهم أن المعفو له من ديته في أخيه هو القاتل ، وأما ولي المقتول فلم يعف له شئ من أخيه ، وحتى لو كان معناه ما تأوّلوه بالباطل لكان مخالفاً لأقوالهم ، لأنه لا يوجب ذلك مراعاة رضا الولي ، بل كان يكون الخيار حينئذ للقاتل فقط . وهذا لا يقول به أحد على ظهر الأرض لا هم ولا غيرهم . وصح أن تأويلهم في الآية محال باطل ممتنع لا يحل القول به أصلاً " [٨].

---

(١) انظر : المحلى ١٠/٢٤٠ ؛ وكشاف القناع ٥/٥٤٣ .

(٢) انظر : جامع البيان في تفسير القرآن ٢/١١٢ .

(٣) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/١٧٠ ؛ وتفسير الطبري ٢/١١٤ .

(٤) سورة البقرة : الآية (١٧٨) .

(٥) سورة البقرة : الآية (٢١٩) .

(٦) سورة الأعراف : الآية (١٩٩) .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٧/٢٤١ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ١/١٨٤ ؛ والمبسوط ٢٦/٦٠ .

(٨) المحلى ١٠/٢٥٠ .

٢- وإستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا** ﴾ [١].

والشاهد من الآية ﴿ فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ أن الله تعالى جعل لولي المقتول حقاً في التسلّط على الجاني بقتله ، أو العفو عن ذلك وأخذ الدية ، أو العفو المطلق . جاء في تفسير الطبري : " فقد جعلنا لولي المقتول ظلماً سلطاناً على قاتل وليه فإن شاء استفاد منه فقتله بوليه ، وإن شاء عفا عنه ، وإن شاء أخذ الدية " [٢]. وليس لرضى الجاني إعتبار .

ناقش الحنفية هذا الدليل : بأن السلطان لفظ مجمل أو مشترك يقع على معاني منها الحجة ومنها ولي الأمر ، وأجمع الجميع على أن المراد به ولي القود فأصبح القود كالمنطوق به في الآية ، ولم يثبت في الآية أن مراده الدية ؛ لذا فلا نقول بها ولم نثبتها . [٣]

ويرد على هذه المناقشة : بأن معنى السلطان وإن كان مشتركاً أو عاماً في الآية ، بيّنه الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم : " ألا ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدى وإما أن يقاد " [٤]. [٥]

ثانياً : من السنة :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ... ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يودى ، وإما أن يقاد " [٦]. وفي رواية لأبي داود : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ألا إنكم يامعشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وإني عاقله ، فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين : بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا " [٧].

وفي رواية أخرى لأبي داود : " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أُصيب بقتل أو خبل فإنه يختار إحدى ثلاث إما أن يقتص ، وإما أن يعفو ، وإما أن يأخذ الدية فإن أراد الرابعة

---

(١) سورة الإسراء : الآية (٣٣) .

(٢) ٨/٧٥ .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٣/٢٦٠ .

(٤) الحديث سبق تخريجه ص (٢٢) .

(٥) انظر : تفسير الطبري ٨/٧٥-٧٦ .

(٦) الحديث سبق تخريجه ص (٢٢) .

(٧) الحديث سبق تخريجه ص (٢٢) .

فخذوا على يديه ، ومن أعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم " [١].

وموضع الشاهد في هذه الأحاديث في قوله صلى الله عليه وسلم : " بخير النظرين " ، و " إما أن ... وإما أن ... " ، و " بين خيرتين " و" أو " ، و" فإنه يختار " .

ووجه الإستشهاد أن ظاهر هذه العبارات في الأحاديث تدل على أن هذه الخصال واجبة على التخيير لولي الدم ، والأحاديث نص في موضع الخلاف .[٢]وفي قوله صلى الله عليه وسلم : " ومن قتل له " دليل على أن الحق يتعلق بورثة المقتول . [٣]

مناقشة هذه الأحاديث :

لم يذكر رضى الجاني في هذ الأحاديث لأنه امر معلوم ببديهة العقل [٤]. وليس هنالك تنافي أو تعارض بين تخيير ولي الدم ورضى الجاني في غير الواجب وأمثلته كثيرة في الشريعة منها : القول للدائن خذ بدَينك إن شئت دراهم ، وإن شئت دنانير ، وإن شئت عروضاً ، وهذا يعني أن لا يأخذ غير حقه إلا برضى المدين . [٥]

ومنها : التخيير في عقد السلم لا ينافي أن يأخذ أحدهم بإمضاء السلم ، أو يأخذ رأس المال برضا الآخر فيُحمل ما في هذه الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لهم الخيار في أخذ الدية إذا أعطوها برضى من الجاني جمعاً بين الأدلة . [٦]

ويرد على هذه المناقشة : بأننا لا نسلم بنفي التعارض بين التخيير وبين رضى الجاني ، بل ليس هنالك معنى للتخيير إذا اشترط فيه رضى الجاني وهذا ما يعضّده قول ابن عباس : " العفو أن يقبل الدية في العمد " [٧]. وغيره من أقوال السلف .

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص (٢٢) .

(٢) انظر : عون المعبود ٢٠٨/١٢ ؛ ونيل الأوطار ٩/٧ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦٩/٢ .

(٣) انظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٢٣٤/٦ ؛ وفتح الباري ٢١٦/١٢ .

(٤) المبسوط ٦٢/٢٦ .

(٥) انظر : البحر الرائق ٣٣١/٨ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ١٨٩/١ .

(٦) انظر: المرجعين السابقين .

(٧) الأثر رواه الطبري في تفسيره ١١٢/٢ .

وهذا الذي ذكر خلافاً لظاهر الأحاديث وقد يحتاج فيه إلى إضمار . والقاعدة المعروفة إذا احتاج القول إلى إضمار وعدمه فالذي لم يحتج إلى إضمار أولى [١]؛ لذا يصح إستدلالنا ويبطل إعتراضكم .

٢- وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " كان في بني إسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية ، فقال الله تعالى لهذه الأمة : ﴿ **كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ** ﴾ قال : فالعفو : أن يقبل في العمد الدية . والإتباع بالمعروف : يتبع الطالب بمعروف ويؤدى إليه المطلوب بإحسان – ذلك تخفيف من ربكم ورحمة – فيما كتب على من كان قبلكم " [٢].

وجه الإستشهاد بالخبر أن التخفيف المذكور لهذه الأمة هو التخيير بين القصاص والدية والعفو بعد أن كان الواجب على بني إسرائيل هو القصاص فقط ، فدل ذلك على أنه لا إعتبار لرضى الجاني ولو كان لرضاه إعتبار لبيّنه الخبر . [٣]

ونوقش هذا الدليل : أن في ذكر الدية في هذا الخبر بيان لما نسخه الله عما كان على بني إسرائيل من تحريم أخذ الدية برضى ، أو بغير رضى ، تخفيفاً عن هذه الأمة فيكون الدليل خارجاً عن محل النزاع . [٤]

ثالثاً : الإجماع :

روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : " الولي مخير في ذلك بين القتل والدية " ولم يعرف له مخالف من الصحابة فدل ذلك على إجماعهم . [٥]

رابعاً : المعقول :

١- أن ولي الدم مستوفي من الجاني وهو في ذلك كالمحال عليه والمضمون عنه في إستيفاء الحق فلا يتوقف على رضاه . [٦]

---

(١) انظر في شرح هذه القاعدة : شرح الكوكب المنير ٢٩٥/١ .

(٢) رواه الطبراني بسنده في التفسير ١١٥/٢ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٩/٧ .

(٤) انظر : أحكام القرآن للجصاص ١٨٩/١ .

(٥) انظر : المجموع شرح المهذب ٤٧٦/١٨ .

(٦) انظر : تحفة المحتاج ٤٤٦/٨ .

٢- أن الدية دون القصاص ، فلولي الدم الإنتقال إليها دون رضى الجاني لأنها أقل من حقه . [١]

٣- إلزام بقول المعارض وهو : أنكم تقولون ببطلان القود بأي وجه من وجوه البطلان كقتل الأب لابنه . ونقول لكم ليس هنالك فرق بين إمتناع القود بالوجه الذي قلتم به وبين إمتناعه بعفو الولي . [٢]

٤- أن في أداء الجاني للدية صيانة لنفسه من الهلاك وهذا واجب عليه لقوله تعالى : ﴿ **ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة** ﴾ [٣]، وقوله تعالى : ﴿ **ولا تقتلوا أنفسكم** ﴾ [٤]؛ لذا تلزمه الدية بغير رضاه . [٥]

ونوقش هذا الدليل : " على كل أحد أن يحيي غيره إذا خاف عليه التلف ، مثل أن يرى إنساناً قد قصد غيره بالقتل أو خاف عليه الغرق وهو يمكنه تخليصه ، أو كان معه طعام وخاف عليه أن يموت من الجوع ... وإن كان على القاتل إعطاء المال لإحياء نفسه فعلى الولي أيضاً إحياؤه إذا أمكن ذلك فوجب على هذه القضية إجبار الولي على أخذ المال إذا بذله القاتل وهذا يؤدي إلى بطلان القصاص أصلاً ؛ لأن إذا كان على كل واحد منهما إحياء نفس القاتل فعليهما التراضي على أخذ المال وإسقاط القود " [٦].

٥- أن الجاني بجنايته ورد على حق المقتول فالواجب بها يكون حقاً له ، والحق له أن ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لأنه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه .

ونوقش هذا الدليل : لا نسلم أن المقتول لا ينتفع بالقصاص بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال ؛ لأن القتل أنفى للقتل ، وبالقصاص يحصل إكفاء ورثته وإبقائهم أحياء وهذا لا يحصل بالمال . [٧]

---

(١) انظر : كشاف القناع ٥/٥٤٤ .

(٢) انظر : المحلى ١٠/٢٤١ .

(٣) سورة البقرة : الآية (١٩٥) .

(٤) سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٥) انظر : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٦/٢٣٤ .

(٦) أحكام القرآن للجصاص ١/١٩١ .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٧/٢٤٢ .

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الثاني القائلون بالتخيير للجاني بالكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : بالكتاب :

١- إستدلوا بقول الله عز وجل : ﴿ **ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شئ فإتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن إعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم** ﴾ [١].

والشاهد من هذه الآية في موضعين :

١- إرجاع الضمير في قوله تعالى : ﴿ **له** ﴾ و ﴿ **من أخيه** ﴾ .

٢- معنى قوله تعالى : ﴿ **عفي** ﴾ .

ووجه الإستشهاد :

١- أن الضمير في قوله تعالى : ﴿ **له** ﴾ و ﴿ **من أخيه** ﴾ يعود إلى الولي لا القاتل وذلك لأن الله تعالى قال : ﴿ **عفي له** ﴾ ولم يقل عفي عنه فالقاتل معفو عنه لا معفو له . أيضاً قال تعالى : ﴿ **فإتباع** ﴾ والقاتل لا يتبع أحداً بل هو المتبع . والمتبِع هو الولي .

٢- و ﴿ **عفي** ﴾ في الآية الكريمة بمعنى الفضل و اليسر والسهولة وهذا الإستعمال جائز لغة قال تعالى : ﴿ **ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو** ﴾ [٢]أي الفضل وقال تعالى : ﴿ **خذ العفو** ﴾[٣] أي ما يسر وسهل من جهة القاتل . فندب الله تعالى الولي إلى أخذ المال إذا سهل ذلك من جهة القاتل فضلاً منه وبرضاه . [٤]

ويناقش هذا الدليل : لا نسلم أن الضمير في الآية الكريمة يعود إلى الولي لأن ذلك تكلف ظاهر ، وخلاف لفهم ظاهر الآية الذي يدل على أن المعفو له من ديته في أخيه هو القاتل .

---

(١) سورة البقرة : الآية (١٧٨) .

(٢) سورة البقرة : الآية (٢١٩) .

(٣) سورة الأعراف : الآية (١٩٩) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٤١/٧ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ١٨٤/١ .

ولو سلمنا أن الضمير في قوله تعالى : ﴿ **له** ﴾ و ﴿ **من أخيه** ﴾ يعود للقاتل ، فلا يدل ذلك على رضى الولي ، بل يكون الخيار حينئذ للقاتل وهذا لا يصح . (١)

٢- وإستدلوا أيضاً بقول الله تعالى : ﴿ **ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا** ﴾ (٢).

والشاهد من الآية : ﴿ **فقد جعلنا لوليه سلطانا** ﴾ ووجه الإستشهاد : أن لفظ السلطان لفظ مجمل ومشترك يدل على معان منها الحجة ، وولي الأمر ، ولكنه بالإجماع دلّ على أن المراد به القود فأصبح القود في الآية كالمنطوق به . ولم يثبت في الآية أن مراده الدية فلا ترد إلا إذا تراضوا عليها صلحاً بينهم . (٣)

ويناقش هذا الدليل : بأن معنى السلطان وإن كان عاماً ومشتركاً فإن الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بيّنه وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم : " ألا ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يقتل أو يأخذ الدية " (٤).

قال ابن جرير في تفسير معنى السلطان : " فقد جعلنا لولي المقتول ظلماً سلطاناً على قاتل وليه ، فإن شاء استقاد منه فقتله بوليه ، وإن شاء عفا عنه ، وإن شاء أخذ الدية . وقد أختلف أهل التأويل في معنى السلطان الذي جعل لولي المقتول فقال بعضهم في ذلك مثل الذي قلنا ... وقال آخرون بل ذلك السلطان القتل ... وأولى التأويلين بالصواب في ذلك تأويل من تأول ذلك : أن السلطان الذي ذكر الله تعالى في هذا الموضوع ما قاله ابن عباس ، من أن لولي القتيل إن شاء أخذ الدية وإن شاء العفو لصحة الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم فتح مكة : " ألا ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يقتل أو يأخذ الدية " (٤) " (٥).

والسلطان يحمل على القصاص والدية والعفو على التخيير ؛ لأن اللفظ المشترك يحمل على جميع معانيه إذا أمكن كما قرر ذلك علماء الأصول . (٦)

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم ١٠/٢٥٠ .

(٢) سورة الإسراء : الآية (٣٣) .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ١/١٩١-١٩٢ .

(٤) الحديث تقدم تخريجه ص (٢٢) من هذا البحث .

(٥) ٨/٧٥-٧٦ . وانظر ترجيحه لهذا القول أيضاً في : ٢/١١٤ .

(٦) انظر : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (٣١٣-٣١٥) تحقيق د/ محمد أديب الصالح ، الطبعة الخامسة (بيروت : لبنان ، مؤسسة الرسالة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .

ثانياً : الإستدلال بالسنة :

إستدل الفريق الثاني بالسنة والآثار كما يلي :

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من قُتِل في رِمِيّاً [١] أو عِمِيّاً [٢] يكون بينهم بحجر أو بسوط أو عصاً فعقله عقل خطأ ، ومن قتل عمداً فقود يديه ، فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله " [٣]. فالشاهد من الحديث في قوله صلى الله عليه وسلم : " ومن قتل عمداً فقود " . ووجه الإستشهاد بهذا الحديث أن النص يقتضي من وقوع جنس العمد القود ، وليس المال ، ولو كان لولي الدم الخيار في أخذ الدية لما إقتصر صلى الله عليه وسلم في ذكر القود ، وهذا ما ينفي التخيير بين القصاص والدية . [٤]

ويناقش : بأن هذا الدليل لم يرد فيه العفو ، ونحن وأنتم نجمع عليه وإنما ذكر فيه القود فقط . فإن قلتم : قد ذكر العفو في غير هذا المكان ، قلنا : قد ذكرت الدية في غير هذا المكان ولا فرق بينهما . [٥]

٢- وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفادى " [٦].

ووجه الإستشهاد [٧] بهذا الحديث أن هذه الرواية جاءت بلفظ المفاداة وهي على ميزان مفاعلة والمفاعلة تقتضي وجود إثنين بالتراضي وهذا بعينه أخذ الدية بطريق الصلح .

وتأويل الروايات التي ورد فيها قوله صلى الله عليه وسلم : " وإن أحبوا أخذوا الدية " من وجهين :

---

(١) الرِمِيّا : أي ترامى القوم ووجد بينهم قتيل . عون المعبود ٢٨١/١٢ .

(٢) العِمِيّا : من العمى : أي من قتل في حال يعمى أمره فلا يتبين قاتله ولا حال قتله . عون المعبود ٢٨١/١٢ .

(٣) الحديث رواه أبو داود مع العون ٢٨١/١٢ (كتاب) الديات ، (باب) من قتل في عميا بين قوم مرسلاً بمثله ؛ والنسائي مع شرح السيوطي ٣٩/٨ (كتاب) القسامة ، (باب) من قتل بحجر أو سوط مرفوعاً بلفظه ؛ وابن ماجه ١٠٢/٢ (كتاب) الديات ، (باب) من حال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية . انظر : صحيح ابن ماجه للألباني ٩٦/٢ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٢٤١/٧ ؛ والبحر الرائق ٣٣٠/٨ ، وأحكام القرآن للجصاص ١٨٣/١-١٨٤ .

(٥) انظر : المحلى ٢٤٥/١٠ .

(٦) الحديث أصله في الصحيحين وسبق تخريجه . انظر إختلاف الرواية في ألفاظه في : نصب الراية ٣٥١/٤ ؛ وإرواء الغليل ٢٧٦/٧ .

(٧) انظر : المبسوط ٦٢/٢٦ ؛ وأحكام القرآن للجصّاص ١٨٩/١-١٩٠ .

الأول : لم يذكر رضى القاتل لأنه أمر بدهي ؛ لأن من أشرف على الموت إذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالمال لا يمتنع .

الثاني : أن مراد هذه الرواية أن لا يجبر الولي على أخذ الدية ولا يجبر غيره على أداء الدية .

ويناقش هذا الإستدلال : نسلم أن بمعنى المفاداة تدل على وجود إثنين على التراضي وذلك بالصلح على الدية ، ولكنه معنى ثالث وهو : الإتفاق بين القاتل وأولياء المقتول على فداء القاتل بأكثر من الدية . فلا يجوز ترك شئ مما صح ولا تأويله ، إذ لا تعارض بين النصوص ويمكن العمل بها جميعاً . (١)

٣- إستدلوا بحديث أنس بن مالك في قصة سن الرُبَيِّع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " كتاب الله القصاص " (٢).

ووجه الشاهد علم من دليل الخطاب أن الحق هو القصاص فلا ينتقل إلى غيره إلا بالتراضي ولا يثبت منه شئ آخر . (٣)

ويناقش الدليل : بأن هذا الحديث لا حجة فيه على تعيين القصاص ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل ذلك إلا عندما طلب أولياء المجني عليه القود . فأعلم أقارب الجانية الذين طلبوا العفو ، بأن كتاب الله أوجب إجابة المجني عليه إذا طالب بالإقتصاص من الجاني . (٤)

جاء في بداية المجتهد بعد أن ذكر دليل مالك في المشهور عنه في قصة سن الربيّع قال صلى الله عليه وسلم : " كتاب الله القصاص " (٥) ثم ذكر بعد ذلك دليل الشافعي وهوحديث أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو " (٦). قال : وهما حديثان متفق على صحتهما لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص . والثاني نص في أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير إلى الحديث الثاني واجب ، والجمهور على أن

---

(١) انظر : المحلى ١٠/٢٥٠ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ٢/٤٩١ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ١/١٨٨ .

(٣) سبق تخريجه ص (١٩٢) .

(٤) انظر : فتح الباري ١٢/٢٠٩ .

(٥) الحديث تقدم تخريجه ص (١٩٢) من هذا البحث .

(٦) الحديث تقدم تخريجه ص (٢٢) من هذا البحث .

الجمع واجب إذا أمكن ، وأنه أولى من الترجيح ، وأيضاً فإن الله عز وجل يقول : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾ [١]، وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجدالطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعني أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه " [٢].

الإستدلال من المعقول :

١- أن القصاص هو عين حق الولي والدية بدل حقه فليس لصاحب الحق أن يعدل عن حقه إلى بدله إلا برضى من عليه الحق ، وذلك أمثلته كثيرة منها : أن من عليه حنطة فأراد صاحب الحق أن يأخذ القيمة بدل الحنطة فليس له ذلك إلا برضى من عليه الحق . [٣]

ويناقش هذا الدليل : بأن القتل خلاف المتلفات ؛ لأن المتلفات قد يجب ضمانها بمثلها أو بقيمتها عند تعذّر المثل ، والقتل على خلاف ذلك ، فإنه قد يضمن بغير جنسه كما في قتل الخطأ وشبه العمد . [٤]

٢- أن أخذ المال لا يسد مسد القتل فلا يكون ضماناً للقتل العمد . لكنه ثبت شرعاً تخفيفاً على الخاطئ ، وإظهار خطورة الدم وصيانة له من الهدر ، فالعامد لا يستحق هذا التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص ، وهو الأصل في الباب فلا ينتقل إلى المال إلا برضى الجاني . [٥]

الترجيح :

من عرض الأدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول ومناقشتها يتبين رجحان القول الأول الذي يرى أن ولي الدم مخير بين القصاص والدية والعفو ، وذلك دون إعتبار لرضى الجاني . والله أعلم .

وهذا الذي تبين لي رجحه أكثر المحققين من أهل العلم من حيث الأثر والنظر . [٦]

---

(١) سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٢) ٢/٤٩١-٤٩٢ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٧/٢٤١ ؛ والبحر الرائق ٨/٣٣١ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ١/١٨٨ .

(٤) انظر : الشرح الكبير ٩/٤١٥ .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٧/٢٤١ .

(٦) انظر : أحكام القرآن لابن العربي المالكي ١/٩٨-٩٩ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/١٦٩-١٧٠ و ١٠/١٦٦ ؛ وفتح الباري ١٢/٢١٤-٢١٥ ؛ وزاد المعاد لابن القيم ٣/٤٥٥-٤٥٦ ؛ وسبل السلام للصنعاني ٣/٤٩٢ ؛ ونيل الأوطار للشوكاني ٧/٩-١٠ ؛ وعون المعبود ٢/٢٢٣-٢٢٤ وغيرهم.

الحكمة في مشروعية تخيير أولياء الدم بين القصاص والدية والعفو :

إن التخيير فيه مصلحة ، ومناسبة لحال المخيَّر – ولي الدم – وحال المخير فيه – رقبة القاتل أو ماله أو عفوه – فإذا كان في القصاص حياة ، والقتل أنفى للقتل . فإن في الدية مصلحة عقاب ، وردع مالي مع أنها تقضى منها ديون المقتول ويقام بها على أمره ؛ ومن هذا قرر أهل العلم إذا كان للمقتول صغار فلا يجوز العفو مجاناً ، وجوّزوا العفو للدية . ففي الدية عقاب مادي ومعنوي . فالمادي في دفع الدية ، والمعنوي في تخيير أولياء الدم بينها وبين القتل فقد سلّمت رقبة القاتل إلى أولياء الدم فكان لهم أن يقتلوه .

فقد تكون في بعض الحالات الدية أنسب ، إذا كان القاتل في نوبة غضب جانحة جعلته يقع في الشر العظيم ، وليس له تصميم على القتل ، والندم قريب إليه وظاهر في حاله .

وقد تكون المصلحة في العفو مطلقاً ، والقصاص فيه ضرر لولي الدم نفسه ، كمن قتل أخاه ، وولي الدم هو الأب ، فإن مصلحة الأب أن لايقتل له ولدان فيعفو ليبقى له أحدهما . [1]

---

(١) انظر : الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتهما المقررة في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف علي محمود حسن ٢/٢٢٤-٢٢٥ (عمان : الأردن ، دار الفكر للنشر والتوزيع ١٩٨٢م) .

المبحث الثاني

في الحدود

التخيير في حد الحرابة

قبل أن ندخل في تفصيلات المسألة نعرّف الحرابة لغة واصطلاحاً .

الحرابة لغة :

الحَرَابة : من الحَرْب التي هي نقيض السلم . واشتقاق الحرب من الحَرَب بالتحريك هو سلب المال . يقال : حاربه محاربة وحِراباً ويقال حُرِب ماله أي سلبه فهو محروب وحَرِيب ، وحَريبته : ماله الذي سلبه أو ماله الذي يعيش فيه . (١)

الحرابة اصطلاحاً :

سمى أكثر الفقهاء الحرابة بقطع الطريق . واختلفت تعريفات الفقهاء لها بحسب الشروط التي وضعوها لتحقق الحرابة ، أو وصف المحارب ؛ لذا نجد أن كل مذهب بنى التعريف على شروطه . (٢)

وأعتمد من التعريفات تعريف ابن عرفة في حدوده حيث قال : " الحرابة الخروج لإخافة سبيل ، لأخذ مال محترم بمكابرة قتال ، أو خوفه ، أو لذهاب عقل أو قتل خفية ، أو لمجرد قطع الطريق ، لا مرة ، ولا نائرة ، ولا عداوة " (٣).

فقوله " بمكابرة " متعلق بأخذ المال . وقوله " أو خوفه " :الضمير يعود إلى القتال أي ولو لم يقع قتال . وقوله " أو ذهاب عقل " : يدخل فيه تخدير الناس لأخذ أموالهم ويسمى عند الفقهاء " السيكران " (٤). فهذا أوسع التعاريف شمل الحرابة قديماً وحديثاً .

والواقع أن بعض الفقهاء عرف بالمحارب وبعضهم عرف بالمحاربة ، فمن خلال معرفة المحارب يمكن أن نعرف المحاربة والعكس (٥). والذي يتضح من تعريفات العلماء أنهم إتفقوا على أن

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ٤٨/٢ ؛ والصحاح للجوهري ١٠٨/١ ؛ ولسان العرب٣٠٢/١-٣٠٨ ؛ والقاموس المحيط ص (٩٣-٩٤) .

(٢) انظر في الشروط : البحر الرائق ٧٢/٥-٧٣ ؛ وبداية المجتهد ٥٥٧/٢-٥٥٨ ؛ وشرح الزرقاني ١٠٨/٨-١١٠ ؛ وتحفة المحتاج ١٥٧/٩ ؛ والمغني ٤٧٤/١٢-٤٧٥ .

(٣) ٦٥٤/٢ وانظر : مواهب الجليل لشرح خليل ٣١٤/٦ ؛ وأنيس الفقهاء ص (١٧٨) ؛ وكشاف القناع ١٤٩/٦-١٥٠ .

(٤) انظر : شرح حدود ابن عرفة ٦٥٤/٢-٦٥٥ .

(٥) انظر : شرح الزرقاني على خليل ١٠٨/٨ ؛ والخرشي على خليل ١٠٤/٧ .

المحاربة خروج لإخافة المارّة لغرض قتل النفوس وأخذ المال مغالبة أو كلاهما معاً .

والذي يترجح أن كل من سعى في الأرض فساداً محارباً ، والذي يتاجر ويروج المخدرات يعتبر محارباً ساعياً في الأرض بالفساد ، والخارج لأجل الأعراض يعد محارباً . وذلك كله سواء كان في الصحراء أو البنيان بشرط إنعدام الغوث [١] والقتل غيلة وقتل الإمام يعتبر أيضاً محاربة . [٢]

إتفق الفقهاء على أن حد الحرابة يشتمل على عقوبات أربع هي : القتل ، والصلب والقطع من خلاف للأيدي والأرجل ، والنفي . بدلالة قوله جل وعلا : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم** ﴾ [٣].

وأجمعوا على أن أمر إقامة هذه العقوبات إلى السلطان [٤]، واختلفوا في هذه العقوبة أهي على التخيير ؟ أم مرتبة على قدر جناية المحارب ؟ على ثلاثة أقوال كالتالي :

القول الأول :

إن الإمام مخير في إيقاع العقوبة على المحارب بين أمور أربعة وهي القتل أو الصلب أو قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى أو النفي بالسجن ، وبه قال ابن عباس رضي الله عنهما في رواية عنه ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ومجاهد ، والحسن والضحاك ، والنخعي ، وأبو الزناد وأبوثور وهو مذهب مالك والظاهرية . [٥]

وقيّد المالكية التخيير بالمحارب الذي أخاف السبيل فالأمر راجع فيه إلى الإمام في اختيار عقوبة له أي من هذه الخصال الأربع وفق المصلحة ، وبالنظر إلى حال المحارب . وأن المحارب إذا

---

(١) انظر : الشرح الكبير ٣٤٨/٤ ؛ والتاج الإكليل ومواهب الجليل ٣١٤/٦-٣١٥ .

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص (١٠١) .

(٣) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٤) انظر : الإجماع لابن المنذر ص (١٠٠) ، وبداية المجتهد ٥٥٨/٢ .

(٥) انظر : شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٨/٨-١١٠ ؛ ومواهب الجليل ٣١٤/٦-٣١٥ ؛ والتاج الإكليل بهامش مواهب الجليل ٣١٤/٦-٣١٥ ؛ والخرشي على مختصر خليل ١٠٥/٨-١٠٦ ؛ والمحلى ٢٩٥/٢-٢٩٨ .

قتل فلا خيار فيه ، بل يقتل وجوباً [١] مع الصلب أو بدونه [٢] فالخيار عندهم إذا لم يصدر من المحارب قَتْل وهذا بالنسبة للرجال ، وأما النساء فلا يصلبن ، ولا ينفين والحد فيهن القتل أو القطع ، أما العبد فحده القتل أو الصلب مع القتل أو القطع من خلاف ، ولا نفي في حده .

وعند الظاهرية التخيير في حد المحارب بين الأربع خصال مطلقاً دون الجمع بين خصلتين . [٣]

جاء في الخرشي : " إذا قاتل المحارب لأجل أخذ المال فإنه يقاتل ... فعلم من قوله : " فإنه يقاتل " أنه يقتل ؛ لأنه لا فائدة للقتال إلا القتل وهذا أحد حدوده الأربعة . الثاني : أن يصلب حيّاً ... ثم يقتل ... الثالث : أن ينفى الحر البالغ العاقل كما ينفى في الزنى ... الرابع : أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ... وهذه الأربعة يخير الإمام فيها باعتبار المصلحة في حق الرجال ، أما المرأة فلا تصلب ولا تنفى إنما حدها القطع من خلاف أو القتل . وأما العبد فحده ثلاثة القطع من خلاف ، والقتل المجرد ، والصلب والقتل ... ومحل التخيير إذا لم يصدر من المحارب قتل ، وأما إذا صدر منه قتل فإنه يقتل وجوباً ... " [٤].

وفي المحلى : " فصح يقيناً أن الله تعالى لم يوجب قط عليهم حكمين من هذه الأحكام ، ولا أباح أن يجمع عليهم خزيان من هذه الأخزاء في الدنيا ، وإنما أوجب على المحارب أحدها لا كلها ولا أثنين منها ولا ثلاثة ... ؛ لأن الله تعالى إنما أمر بذلك بلفظ " أو " وهو يقتضي التخيير ولابد " [٥].

القول الثاني :

أن الإمام مخير في بعض جنايات المحارب ، وله الترتيب والتوزيع في بعضها الآخر . وإليه ذهب الحنفية حين يرون أن المحارب إن قَتَل قُتِل ، وإن أخذ المال قطعت يده اليمنى ورجله

---

(١) ومحل هذا الوجوب ما لم تكن المصلحة في إبقائه كأن يخشى مفسدة أكبر بقتله . انظر : الزرقاني على مختصر خليل ١٠٩/٨ .

(٢) حكى ابن رشد أنه إذا أخذ المال فلا خيار في نفيه . ولم أجد ذلك في الكتب المعتمدة في المذهب . انظر : بداية المجتهد .

(٣) يرى ابن حزم أن للولي الخيار بين القصاص والدية والعفو بعد إستيفاء الإمام لحق الله تعالى . انظر : المحلى ٢٨٩/١٢ .

(٤) ١٠٥/٨-١٠٦ .

(٥) ٢٩٥/١٢-٢٩٨ .

اليسرى من خلاف ، وإن قتل وأخذ المال فالإمام فيه مخير بين ثلاثة أمور : [١]

الأول : الجمع بين قطع اليد والرجل من خلاف ، والقتل ، والصلب .

الثاني : الإقتصار على القتل .

الثالث : الإقتصار على الصلب .

ومنع محمد القطع مع القتل معاً . وخير أبو يوسف بين الصلب وعدمه .

وإن أُخذ قبل أن يأخذ المال أو يقتل نُفي . [٢]

فحصر الحنفية التخيير فيما إذا قتل المحارب وأخذ المال . .

جاء في الفتاوى الهندية : " إذا خرج جماعة فقصدوا قطع الطريق ، فأُخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يتوبوا بعدما يعزّرون ، وإن أخذوا مالاً معصوماً بأن يكون مال مسلم أو ذمي ... قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف ... فإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم حداً ... وإن قتلوا وأخذوا المال إن شاء الإمام قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم قتلهم وصلبهم ، وإن شاء قتلهم من غير قطع إن شاء صلبهم ... " [٣].

القول الثالث :

أن أنواع العقوبة الواردة في حد الحرابة مرتبة على حسب ما يقع من أفعال المحارب . وليس على التخيير . وهذا القول مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في الرواية المشهورة عنه وبه قال إبراهيم وقتادة وحماد والليث وسعيد بن جبير وعطاء الخرساني وإليه ذهب الشافعية والحنابلة . [٤]

وتوزيع الأحكام على حسب الجنايات راجعة إلى الإمام ، فإذا نما إلى علمه أن أقواماً يخيفون الطريق ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا نفساً نفاهم من الأرض . والنفي عند الشافعية : تعزيراً وليس

---

(١) انظر : البحر الرائق ٧٣/٥ ؛ وبدائع الصنائع ٩٣/٧ ؛ وفتح القدير ٤٢٥/٥ . ذكر في الدر المختار أن الإمام مخير فيمن قتل وأخذ المال بين ستة أحوال ، وفي رد المحتار أوصل هذه الأحوال إلى عشرة . انظر : رد المحتار على الدر المختار ٢١٢/٣-٢١٣ .

(٢) انظر : المراجع السابقة ؛ والمبسوط ١٩٥/٩-١٩٦ ؛ والفتاوى الهندية ١٨٦/٢ .

(٣) ١٨٦/٢ .

(٤) انظر : تحفة المحتاج مع الحواشي ١٥٩/٩-١٦١ ؛ ونهاية المحتاج ٥/٨-٧ ؛ والمهذب ٢٨٤/٢-٢٨٥ ؛ والمغني ٤٧٥/١٢-٤٧٦ ؛ وكشاف القناع ١٥٢/٦-١٥٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٣-٣٧٧ .

بحد ، فيجوز عندهم التعزير بغيره . ومن قتل وأخذ المال ، قتل وصلب ، ومن إقتصر على أخذ المال قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى . (١)

جاء في تحفة المحتاج : " لو علم الإمام قوماً يخيفون الطريق ... ولم يأخذوا مالاً نصاباً ولا قتلوا نفساً عزّرهم وجوباً ... بحبس وغيره ... وإذا أخذ القاطع نصاب السرقة ... قطع يده اليمنى للمال كالسرقة ، ورجله اليسرى للمحاربة ... وإن قتل قتلاً يوجب القود ... قتل حتماً ... وإن قتل قتلاً يوجب القود وأخذ مالاً نصاباً ... قتل بلا قطع ... ثم صلب ... " (٢).

وفي شرح منتهى الإرادات : " فمن قدر عليه من المحاربين وقد قتل إنساناً في المحاربة ...لقصد ماله وأخذ مالاً قتل حتماً ... ثم صلب ... وإن قتل محارب فقط لقصد المال : قتل حتماً ولم يصلب ... وإن لم يقتل ... ولا أخذ مالاً ... نفي وشرّد ولو قناً ... " (٣).

سبب الخلاف :

يرجع سبب إختلاف الفقهاء في عقوبة المحارب أهي على التخيير ؟ أم مرتبة على قدر جناية المحارب ؟ ، إلى أختلافهم في مدلول العطف بـ" أو " في قوله تعالى : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم** ﴾ (٤). هل يؤخذ على ظاهره وهو التخيير ويستحق المحارب العقوبة بالخروج فساداً في الأرض وإخافة السبيل . أو تصرف عن الظاهر في حالات وتبقى في حال على الظاهر ، أو تصرف عن الظاهر بالكلية فتكون الأحكام على الترتيب والتوزيع .

فمن رأى أن " أو " للتخيير قال بتخيير الإمام في حد الحرابة ، وأن المحارب إستحق العقوبة بالفساد في الأرض وإخافة السبيل ، ومن صرفها عن ظاهرها في بعض العقوبات قال بالتخيير في حالة من حالات المحارب . ومن صرفها عن ظاهرها ورأى عدم جواز أخذها على الظاهر قال بأن حكم المحارب على الترتيب والتوزيع . (٥)

---

(١) انظر : المرجع السابق .

(٢) ١٥٩/٩-١٦١ .

(٣) ٣٧٥/٣-٣٧٧ .

(٤) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٥) انظر : بداية المجتهد ٥٥٩/٢ ؛ وتفسير الطبري ٥٥٢/٤ .

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الأول على مذهبهم بالكتاب والأثر :

أولاً : الكتاب :

قال تعالى : ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ... الآية**﴾ [١].

موضع الشاهد من الآية في عطف الخصال بـ" أو " ، ووجه الإستشهاد أن ظاهر الآية نص في التخيير لأن العطف في الآية الكريمة بـ" أو " وموضوعها من حيث لغة العرب للتخيير أو للشك والله تعالى لا يشك فلم يبق إلا التخيير . وإذا نظرنا في العطوف التي في القرآن الكريم التي وردت بأو في كل ما أوجب الله تعالى على سبيل الفرض نجدها للتخيير وذلك كما في كفارة اليمين قوله تعالى : ﴿ **فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة** ﴾ [٢].وكفارة المحرم الذي مرض أو أصابه أذى في رأسه قال تعالى : ﴿ **فمن كان مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك** ﴾ [٣]. وكقوله تعالى في فدية جزاء الصيد للمحرم : ﴿ **فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما** ﴾ [٤]. فدل كل ذلك على أن الإمام بالخيار في المحارب إذا إستحق هذا الاسم عملاً بظاهر النص وحقيقته في " أو " الدالة على التخيير . [٥]

ويناقش هذا الدليل : بأنه لا يمكن إجراء الآية على ظاهرها الدال على التخيير وذلك لأسباب منها :

١ – أن الجزاء يكون على قدر الجناية وذلك لمقتضى السمع والعقل . أما السمع فقول الله تعالى : ﴿ **وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾ [٦]، أما العقل فدلّ على أن المحارب إذا أخذ

---

(١) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٢) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٣) سورة البقرة : الآية (١٩٦) .

(٤) سورة المائدة : الآية (٩٥) .

(٥) انظر : المحلى لابن حزم ٢٩٥/١٢-٢٩٩ ؛ وأحكام القرآن لابن العربي ٩٨/٢ .

(٦) سورة الشورى : الآية (٤٠) .

المال وقتل لا يجوز في حقه النفي بوجه من الوجوه . وعكسه فإن الذي أخاف السبيل ولم يقتل أو يأخذ مالاً لا يجوز في حقه القتل والقطع . (١)

٢- أن الأحكام التي ورد فيها تخيير بحرف " أو " تجرى على ظاهرها إن كان سبب الوجوب واحداً كما في كفارة اليمين ، وجزاء الصيد أما إذا كان سبب الوجوب مختلفاً فيخرج التخيير مخرج بيان الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى : ﴿ **قلنا ياذا القرنين إما أن تعذب وإما أن تتخذ فيهم حسنا** ﴾ (٢)وقوله تعالى : ﴿ **ولا تطع منهم آثما أو كفورا** ﴾ (٣)؛ لذا تخرج " أو " عن ظاهرها لمقتضى ما ذكر وتكون على الترتيب والتوزيع والتفصيل فلا يستقيم دليلكم . (٤)

ويرد هذه المناقشة ابن حزم فيقول : " أما قوله تعالى : ﴿ **ولا تطع منهم آثما أو كفورا** ﴾ (٥)فهو على ظاهره ، وهو عليه السلام منهي أن يطيع الآثم - وإن لم يكن كفوراً - وكل كفور آثم وليس كل آثم كفوراً ، فصح أن ذكره تعالى للكفور تأكيد أبداً ، وإلا فالكفور داخل في الآثم . وأما قول العرب جالس الحسن أو ابن سيرين ، وكل خبزاً أو تمراً ، فنحن لانمنع خروج اللفظ عن موضوعه في اللغة بدليل ، وإنما نمنع من إخراجه بالظنون والدعوى الكاذبة . وإنما صرنا إلى أن قول القائل : جالس الحسن ، أو ابن سيرين إباحة لمجالستهما معاً ، ولكل واحد بانفراده . كذلك قولهم : كل خبزاً ، أو تمراً أيضاً ، ولا فرق بدليل أوجب ذلك من حال المخاطب ، ولولا ذلك الدليل لما جاز إخراج " أو " عن موضوعها في اللغة أصلاً ، وموضوعها إنما هو التخيير أو الشك ، والله تعالى لا يشك ، فلم يبق إلا التخيير فقط " (٦).

ويرد أيضاً : بأن الحكم رتب على مجرد المحاربة ، وأن الفساد في الأرض موجب القتل ، ويكون أشد وأنكل إذا أضيف إليه المحاربة والإخافة . (٧)

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٩٣/٧ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٥١٣/٢ ؛ والمغني ٤٧٩/١٢-٤٨٢ .

(٢) سورة الكهف : الآية (٨٦) .

(٣) سورة الإنسان : الآية (٢٤) .

(٤) انظر : المغني ٤٧٨/١٢ ؛ وبدائع الصنائع ٩٣/٧-٩٤ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٥١٣/٢ ؛ وتفسير القرطبي ٥٥٤/٤ .

(٥) سورة الإنسان : الآية (٢٤) .

(٦) المحلى ٢٩٨/١٢-٢٩٩ .

(٧) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٩٩/٢ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٠/٦ .

ثانياً : الأثر :

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : " أن إمام المسلمين بالخيار ، إنشاء قتله وإن شاء صلبه ، وإن شاء قطع يده ورجله ؛ لأن الله تعالى عبر بكلمة " أو " فقال :﴿ **أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف** ﴾ [١]. و" أو " تفيد معنى التخيير ، قال ابن عباس : «ماكان في القرآن أو فصاحبه بالخيار »[٢] " [٣] .

وهذا الأثر واضح فيه موضع الشاهد ووجه الإستشهاد في تخيير الإمام في حد المحارب .

نوقش هذا الأثر : بأنه روي عن ابن عباس مثل هذا الأثر في الترتيب والتوزيع على قدر جناية المحارب . " فأما أن يكون توقيفاً ، أو لغة ، وأيهما كان فهو حجة " [٤].

أدلة القول الثاني :

إستدل أصحاب القول الثاني وهم من قال بالترتيب في بعض جنايات المحارب وقال بالتخيير في حالة ، وحصروا التخيير فيما إذا قتل المحارب وأخذ المال على مذهبهم بالأثر :

إستدلوا بما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقطع الطريق ويأخذ المال ويقتل : أن الإمام فيه بالخيار إن شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وصلبه ، وإن شاء صلبه ولم يقطع يده ولا رجله ، وإن شاء قتله ولم يصلبه ، فإن أخذ مالاً ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، وإن لم يأخذ مالاً ولم يقتل عزّر ، ونفي من الأرض ونفيه حبسه " [٥]وفي رواية أخرى " أوجع عقوبة وحبس حتى يحدث خيراً " [٥].

فالأثر واضح الدلالة في حصر التخيير في حالة قيام المحارب بأخذ المال والقتل ، وذلك أن الآية في هذه الحالة سلمت من الصارف لها عن الظاهر (وهو التخيير) إلى الترتيب . [٦]

---

(١) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٢) هذا الأثر ذكره البخاري معلقاً في كتاب الكفارات عن ابن عباس وعطاء وعكرمة ووصل من طرق أخرى سبق تخريجها . انظر : صحيح البخاري مع فتح الباري ١١/٦٠٢-٦٠٣ .

(٣) تفسير القرطبي ٦/١٠٠ ؛ وتفسير ابن كثير ٢/٨٠ ؛ وموسوعة فقه ابن عباس د/محمد راوس قلعه جي ٢/٣١٥ .

(٤) المغني ١٢/٤٧٦ .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٥١١ .

(٦) هذا دليلهم على هذا القول الذي يرى الترتيب والتخيير في جناية المحارب . ولهم أدلة عقلية في الترتيب عموماً يأتي ذكرها مع أدلة القول الثالث . والمسألة فيها تداخل وهذه محاولة إلى الترتيب .

ويناقش هذا الدليل : بأن هذا الأثر لا يقوى أن يصرف الآية عن ظاهرها . وعلى فرض الصحة والتسليم فإن هذا الأثر نفسه منقول برواية فيها بالتخيير . [١]

أدلة القول الثالث ومناقشتها :

إستدل القائلون بأن حد المحارب مرتب على حسب ما يقع من أفعال المحارب وليس على التخيير بالكتاب والسنة والأثر والمعقول وذلك كما يلي :

أولاً : الكتاب :

قال تعالى : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ... الآية** ﴾ [٢].

ووجه الإستدلال بهذه الآية من عدة وجوه :

١- لا يمكن إجراء الآية على ظاهرها لأن الجزاء على قدر الجناية . فلا يجوز أن ننفي من قتل وقطع الطريق ، وكذلك لا يجوز أن نقتل من لم يقتل ولم يأخذ مالاً ؛ لذا يكون الجزاء على قدر الجناية ، والعقوبات تختلف باختلاف الأجرام . [٣]

٢- أن الله تعالى بدأ في هذه الآية بأغلظ الأحكام وهو القتل وعرف عن طريق القرآن الكريم أن ما أريد به التخيير يبدأ فيه بالأخف كما في كفارة اليمين . [٤]

٣- أن معنى " أو " في الآية للتبعيض أي بعضهم يُفعل به كذا ، وبعضهم يفعل به كذا ، وذلك لاختلاف سبب الوجوب . [٥]

وبذلك كله يثبت في الآية ضمير ويكون التقدير : " أن يقتلوا إن قتلوا ، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال ، أو ينفوا من الأرض إن خرجوا ولم يفعلوا شيئاً من ذلك حتى ظفر بهم " [٦].

---

(١) انظر : تفسير الطبري ٤/٥٥٥ .

(٢) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

(٣) انظر : المغني ١٢/٤٧٦ .

(٤) انظر : المغني ١٢/٤٧٦ وانظر هذه القاعدة ص (٩٥) من هذا البحث .

(٥) انظر : زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢/٣٧٠ تحقيق : محمد عبد الرحمن والسعيد بسيوني زغلول ، الطبعة الأولى (بيروت : لبنان دار الفكر ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٢/٥١٣ .

ونوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه :

١- أن الآية بظاهرها نص في التخيير ، وصرفها إلى التعقيب والتفصيل تحكّم على الآية وتخصيص لها من غير مخصص . (١)

٢- لا نسلم أن ما أريد به التخيير في الآيات الكريمة يبدأ فيه بالأخف . فكفارة جزاء الصيد على التخيير إتفاقاً ولم يبدأ فيها بالأخف .

٣- أن معنى " أو " في هذه الآية للتخيير بدلالة وضعها في لغة العرب حيث لا صارف لأصل الوضع . (٢)

ثانياً : الإستدلال بالسنة :

١- قول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنى بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير حق " (٣).

ذكر النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الأوجه التي تبيح قتل المسلم ، ونفى ما خرج عن هذه الوجوه ، ولم يدخل فيها المحارب إذا لم يقتل نفساً ، فانتفى بذلك قتل من لم يقتل من المحاربين . فدل ذلك على أن حكم الآية على الترتيب والتوزيع على قدر الجناية . (٤)

ونوقش هذا الدليل : بأن القتل قد ورد بأكثر من عشرة أسباب منها متفق عليه ، ومنها مختلف فيه ومنها أنكم قلتم بقتل الردء وإن لم يقتل ؛ لذا فلا يجوز التعلق بهذا الحديث . والله عز وجل رتب التخيير على المحاربة والفساد ، والفساد وحده موجب للقتل . وإذا سلمنا الإستدلال بهذا الحديث فهو عام مخصوص بآية المحارب . (٥)

٢- واستدلوا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة الأسلمي فجاء ناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحابه ، فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ، أن من قتل وأخذ المال قتل وصلب ، ومن قتل ولم يأخذ المال

---

(١) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٢/٩٨ .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم ١٢/٢٩٨-٢٩٩ .

(٣) الحديث متفق عليه . صحيح البخاري مع الفتح ١٢/٢٠٩ باب قول الله تعالى : ﴿ أن النفس بالنفس .. .. الآية ﴾ من كتاب الديات ؛ ومسلم مع شرح النووي ٤-١١/١٦٤ من باب ما يباح به دم المسلم من كتاب القسامة ؛ وغيرهما .

(٤) انظر : المغني ٢/٤٧٦ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٢/٥١٢ ؛ وتفسير الطبري ٤/٥٥٤ .

(٥) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٢/٩٨-٩٩ .

قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل ، قطعت يده ورجله من خلاف ... " [١].

فهذا الحديث يدل على أن العقوبات الواجبة في حد الحرابة على الترتيب والتوزيع . [٢]

ويناقش هذا الدليل : الأثر عن ابن عباس في سبب نزول آية المحارب ضعيف وإسناده واه جداً ، وجاء عن ابن عباس أثر في التخيير ، وآخر أن هذه الآية نزلت في المشركين بإسناد حسن ؛ لذا لايصح الإستدلال بهذا الأثر على أن العقوبة على الترتيب على حسب الجناية . [٣]

ثالثاً : الإستدلال بالأثر :

وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : " إذا حارب الرجل فقتل وأخذ المال قطعت يده ورجله من خلاف وصلب ، وإذا قتل ولم يأخذ المال قتل ، وإذا أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، وإذا لم يقتل ولم يأخذ – بل أخاف السبيل فقط نُفي " [٤].

وفي الأثر دلالة على الترتيب والتوزيع في حكم المحارب على قدر الجناية . [٥]

ونوقش هذا الدليل : بأن هذا الأثر ضعيف ، وإسناده واه جداً ؛ وذلك لأن في سنده صالحاً مولى التوأمة [٦]وهو ضعيف ، وابن أبي يحيى الأسلمي [٧]وهو متروك . [٨]

رابعاً : الإستدلال بالمعقول :

١– أن الجناية تختلف في الشدة ، فالقاتل ليس كآخذ المال وليس القاتل وآخذ المال كمخيف السبيل فلا يمكن أن يعاقب عند غلظ الجناية بأخف أنواع العقوبات وعند خفة الجناية بأغلظ الأنواع . [٩]

---

(١) رواه البيهقي في (باب) قطاع الطريق – (كتاب) السرقة ٢٨٣/٨ بمثله .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٩٤/٧ ؛ وفتح القدير لابن الهمام ٤٢٤/٥ ؛ والمغني ٤٧٧/١٢ .

(٣) انظر : إرواء الغليل ٩٢/٨–٩٣ .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٣/٨ .

(٥) انظر : تفسير الطبري ٥٥٢/٤ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٥١١/٢ ؛وشرح منتهى الإرادات ٣٧٥/٣–٣٧٦ .

(٦) هو صالح بن نبهان المدني ، مات سنة خمس أو ست وعشرين . انظر : تقريب التهذيب ص (٢٧٤) .

(٧) هو إبراهيم بن محمد بن يحيى الأسلمي أو إسحاق المدني . مات سنة أربع وثمانين وقيل إحدى وتسعين . انظر : تقريب التهذيب ص (٩٣) .

(٨) انظر : إرواء الغليل ٩٢/٨ .

(٩) انظر : المبسوط ١٣٥/٩ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ٥٤٣/٢ ؛ وفتح القدير ٤٢٤/٥ ؛ والمغني ٤٧٦/١٢ .

٢- أن السبب الموجب للقتل هو القتل ، وإن السبب الموجب للقطع من خلاف هو أخذ المال على سبيل المغالبة ، فلا يجوز إقامة العقوبات على من همّ بالمعصية ولم يباشر قطعاً أو قتلاً .(١)

مناقشة الدليلين العقليين :

لا نسلم أن هناك مانع من إستواء العقوبات وإن كان بعضها أفحش من البعض الآخر ؛ لأن ذلك مما جاء في الشرع فإن عقوبة القاتل كعقوبة الكافر ، ولا شك أن الكفر أفحش من القتل ، ثم إن الذي يخيف ويقتل أجمعت الأمة على قتله ، وأما الذي يخيف ولم يقتل فالأمر فيه محل إجتهاد قد يؤدي الإجتهاد إلى القتل أو إلى غيره ، فإن أدي الإجتهاد إلى القتل فإن الفساد موجب للقتل ، ومع المحاربة يكون أشد .(٢)

يقول صاحب الدرر البهية : " باب حد المحارب وهو أحد الأنواع المذكورة في القرآن : القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو نفي من الأرض يفعل الإمام منها ما رأى فيه صلاحاً لكل من قطع طريقاً ولو في المصر إذا كان قد سعى في الأرض فساداً "(٣).

ويقول صاحب الروضة الندية : " هذا ظاهر ما دلّ عليه الكتاب العزيز ... فإن الله سبحانه قال : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا** ﴾(٤)فضم إلى محارب الله ورسوله أي معصيتهما ، السعي في الأرض فساداً ، فكان ذلك دليلاً على من عصى الله ورسوله بالسعي في الأرض فساداً كان حده ما ذكره الله في الآية ، ولما كانت الآية الكريمة نازلة في قطاع الطريق وهم العرنيون كان دخول من قطع الطريق تحت عموم الآية دخولاً أوليّاً ، ثم حصر الجزاء في قوله : ﴿ **أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض** ﴾(٤)فخيّر بين هذه الأنواع فكان للإمام ان يختار ما رأى فيه صلاحاً منها ، فإن لم يكن إماماً فمن يقوم مقامه في ذلك من أهل الولايات ، فهذا ما يقتضيه نظم القرآن الكريم ، ولم يأت من الأدلة النبوية ما يصرف ما يدل عليه القرآن الكريم عن معناه الذي تقتضيه لغة العرب . وأما ما روي عن ابن عباس كما أخرجه الشافعي في مسنده ... فليس هذا الإجتهاد مما تقوم به الحجة على أحد ، ولو فرضنا أنه في حكم التفسير للآية . وإن كان مخالفاً لها غاية المخالفة ، ففي إسناده ابن أبي يحيى وهوضعيف جداً لا

---

(١) انظر : المبسوط ٩/١٩٥-١٩٦ ؛ والمهذب ٢/٢٨٥ .

(٢) انظر : أحكام القرآن لابن العربي ٢/٩٥-٩٩ .

(٣) ٢/٢٨٤-٢٨٥ مع شرحه الروضة الندية .

(٤) سورة المائدة : الآية (٣٣) .

تقوم بمثله الحجة ... وأسعد الناس بالحق من كان معه كتاب الله . وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرنيين أنه فعل بهم أحد الأنواع المذكورة في الآية وهو القطع كما في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس " [١]. [٢]

وظاهر الآية رتب فيه الجزاء بالخيار على المحاربة والفساد ، ولا شك أن إخافة الناس وزعزعة الأمن وتعطيل المصالح جريمة كبرى ، وإذا انضمت إليها المحاربة يفحش الجرم ويستحق فاعله القتل او غيره .

يقول ابن العربي : " الآية نص في التخيير وصرفها إلى التعقيب والتفصيل تحكم على الآية وتخصيص لها ، وما تعلقوا منه بالحديث لا يصح [٣]، لأنهم قالوا يقتل الردء ، ولم يقتل : وقد جاء القتل بأكثر من عشرة أشياء ، منها متفق عليها ومنها مختلف فيها ، فلا تعلق بهذا الحديث لأحد وتحرير الجواب القطع لتشغيبهم أن الله رتب التخيير على المحاربة والفساد ، وقد بيّنا أن الفساد وحده موجب للقتل ومع المحاربة أشد " [٤].

إن ظاهر الآية الكريمة في عقوبة المحارب دال على التخيير إستقلالاً دون الإفتقار إلى تقدير .

يقول الشنقيطي في ترجيح قول المالكية : " أن اللفظ فيه غير محتاج إلى تقدير محذوف ؛ لأن اللفظ إذا دار بين الإستقلال والإفتقار إلى تقدير محذوف فالإستقلال مقدم ؛ لأنه هو الأصل إلا بدليل منفصل على لزوم تقدير المحذوف وإلى هذا أشار في [مراقي السعود][٥] بقوله :

---

(١) البخاري مع الفتح ١١١/١٢ (كتاب) الحدود ، (باب) المحاربين من اهل الكفر والردة ؛ ومسلم مع النووي ١٥٣/١١-٤ كتاب القسامة ، (باب) حكم المحاربين والمرتدين .

(٢) ٢٨٤/٢-٢٨٥ .

(٣) الحديث المقصود قول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ... " انظر : ص (٢١٤) من هذا البحث .

(٤) ٩٨/٢-٩٩ .

(٥) هي منظومة في علم الأصول للشيخ عبد الله بن إبراهيم العلوي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ يستشهد بها الشيخ الشنقيطي كثيراً . انظر : الأبيات في نثر الورود على مراقي السعود للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ١٥٧/١ تحقيق د/ محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي ، الطبعة الأولى (جدة : السعودية دار المنارة للنشر والتوزيع ١٤١٥هـ-١٩٩٥م) .

كـذاك ما قـابل ذا اعتلال من التأصُّل والاستقلال

إلى قوله :

لذاك ترتيب لا يجاب العمل بما له الرجحان مما يحتمل

والروايـة المشـهـورة عن ابن عباس ، أن هذه الآيـة منزلة على أحـوال وفيها قيود مقدرة ... ولا يـخفى أن الظـاهر المتبـادر مـن الآيـة ، هـو القـول الأول [أي قـول مـن قـال بالتخيـير] ؛ لأن الزيـادةعلى ظاهر القرآن بقيود تحتاج إلى نص من كتاب ، أو سنة ، وتفسير الصحابي لهذا بذلك ليس له حكم الرفع لإمكان ان يكون عن إجتهاد منه ، ولا نعلم أحداً روى في تفسـير هـذه الآيـة بالقيود المذكورة خبراً مرفوعاً إلا ما رواه ابن جرير عن أنس ... وهذا الحديث لو كان ثابتاً لكان قاطعاً للنزاع ولكن فيه ابن لهيعة [١]، ومعلوم أنه خلط بعـد احـتراق كتبـه ولا يحتـج بـه ، وهـذا الحديث ليس راويه عنه ابن المبارك ، ولا ابن وهب [٢]لأن روايتهما عنه أعدل من رواية غيرهمـا وابن جرير نفسه يرى عدم صحة هذا الحديث " [٣].

الترجيح :

من الأدلة والمناقشات يتضح ان أصحاب القول الأول إعتمدوا في استدلالهم على ظاهر آية الحرابة ودلالتها من حيث اللغة جريـاً علـى الأصـل مـن ظـاهر الآيـة الـدال علـى التخيـير . وأن أصحاب القول الثاني والثالث صرفوا الآية عن أصل دلالتها وظاهرهـا ، وهـذا جـائز ووارد لغة وشرعاً ولكن بدليل يقوى على ذلك الصرف مـن حيـث الصحـة ووجـه الإسـتدلال ، ولم يوجـد دليل يعتمد عليه في صرف الآية عن ظاهرها ، وذلك لأن الأدلة التي اسـتدلوا بهـا إمـا أن تكـون ضعيفة ، وإما أن تكون صحيحة ولكنها لا تقوى من حيث الدلالة على صرف الآية عـن الظـاهر وهو : تخيير الإمام في حد المحارب . إلى التنويع والترتيب علـى قـدر الجناية . لـذا يـترجح عنـدي القول الأول مع اعتبار الإجماع في قتل من قتل ، وتخيير الإمام في حد المحارب بما تقتضيه المصلحـة وحال المحاربين .

---

(١) هو عبـد اللـه بـن لهيعة ، بـن عقبـة الحضرمي ، صـدوق مـن السـابعة . تـوفي سـنة ٧٤هـ . انظـر : تقريـب التهذيب ص (٣١٩) .

(٢) عبد الله بن وهب بن منبّه اليماني ، مقبول من السادسة . انظر : تقريب التهذيب ص (٣٢٨) .

(٣) أضواء البيان ٢/٨٧-٨٨ .

الحكمة في مشروعية التخيير في حد الحرابة :

إن جريمة المحاربة من الجرائم الكبرى حيث إنها تهيمن على جميع الجرائم ؛ لما فيها من تجاوز للإعتبارات التي تنطلق منها الجريمة العادية . فكان لها الصدارة في زعزعة الأمن والإستقرار وتعطيل المصالح بالفساد والمحاربة ؛ لذلك كان الإمام مخيراً بما يتناسب وقوة الجناة ومنعتهم ، وبالنظر إلى ما أحدثوه في المجتمع من الترويع ، بما يحقق الزجر والردع . ويكون حكم الإمام في تقدير العقوبة بالإجتهاد في تحصيل الأصلح ، درءاً للمفسدة وجلباً للمصلحة ، ولا يكون حكمه بالهوى والتشهي . وهذا في كل تصرفات الإمام للرعية فإنها منوطة بالمصلحة .[1]

---

(١) انظر : أثر تطبيق الحدود في المجتمع د/ حسن علي الشاذلي ص (٨٢-٨٤) وأثر تطبيق الحدود في المجتمع د/ عبد السميع إمام ص (٢٢٤) البحثان مقدمان لمؤتمر الفقه الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ١٣٩٦هـ . (مطبوعات الجامعة – إدارة الثقافة والنشر ١٤٠١هـ – ١٩٨١م) .

المبحث الثالث
في الكفارات

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : التخيير في خصال كفارة اليمين

المطلب الثاني : التخيير في وقت كفارة اليمين

المطلب الأول : التخيير في خصال كفارة اليمين

قبل أن ندخل في تفصيلات التخيير في خصال كفارة اليمين نعرف الكفارة ، واليمين ، لغة واصطلاحاً :

أولاً : تعريف الكفارة لغة واصطلاحاً :

تعريف الكفارة لغة :

الكفارة مأخوذة من الكُفْر والكُفْرُ يأتي لمعنى الستر والتغطية . ومنه يقال لمن غطى درعاً بثوبه : كفر ، ويطلق لفظ الكفر على عدة معان منها : الليل المظلم ، والبحر ، والزارع وإطلاقه على الزارع ؛ لأنه يغطي الحب بتراب الأرض قال تعالى : ﴿ **كمثل غيث أعجب الكفار نباته** ﴾ [١] [٢]

قال في معجم مقاييس اللغة : " الكاف ، والفاء ، والراء ، أصل صحيح يدل على معنى واحد وهو الستر والتغطية " [٣].

تعريف الكفارة إصطلاحاً :

الكفارة هي " ما وجب على الجاني جبراً لما منه وقع وزجراً عن مثله " [٤].

ثانياً : تعريف اليمين لغة واصطلاحاً :

اليمين لغة : اليمين لها معان في اللغة كثيرة منها : يمين اليد ، والقوة ، والمنزلة ، والحلف ، والقسم ولكنها

---

(١) سورة الحديد : الآية (٢٠) .

(٢) انظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٩١/٥ ؛ والقاموس المحيط ص (٦٠٥-٦٠٦) ؛ والصحاح للجوهري ٨٠٧/٢١ .

(٣) ١٩١/٥ . .

(٤) كتاب التوقيف على مهمات التعريف لمحمد عبد الرؤوف المناوي ص (٦٠٦) . تحقيق الدكتور : محمد رضوان الداية . الطبعة الأولى (دمشق : دار الفكر ١٤١٠هـ) .

ترجع إلى اليد اليمنى . [١]

وفي معجم مقاييس اللغة " الياء ، والميم ، والنون : كلمات من قياس واحد ، فاليمين يمين اليد ويقال اليمين : القوة ...واليمين البركة ، وهو ميمون ، واليمين : الحلف ، وكل ذلك من اليد اليمنى " [٢].

تعريف اليمين إصطلاحاً :

عرف اليمين في إصطلاح الفقهاء بعدة تعريفات لا تخرج في جملتها عن معناه اللغوي . فعرفه صاحب الدر المختار بأنه : " عقد قوي به عزم على الفعل أو الترك " [٣].

وجاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل : " تحقيق ما لم يجب " [٤]. وفي أنيس الفقهاء " تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله تعالى أو التعليق " . [٥]

وعرفه الشافعية بتعريفات متقاربة أقربها إلى الإصطلاح تعريف صاحب مغني المحتاج : " تحقيق أمر غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً نفياً أو إثباتاً ... أو ممتنعاً ... صادقة كانت أو كاذبة مع العلم بالحال أو الجهل به " [٦].

وعند الحنابلة جاء تعريفه في شرح منتهى الإرادات بأنه : " توكيد حكم بذكر معظم على وجه مخصوص " [٧].

وبهذه التعريفات تتضح لنا مناسبة المعنى اللغوي للمعنى الإصطلاحي حيث إن اليمين من القوة وسميت اليمين الجارحة يميناً لقوتها على اليسار ولما كان الحلف في قول المحلوف عليه سمي يميناً . والحالف يعطي يمينه في الحلف كما في المعاهدة وكانت العرب تتماسك بأيديها عند القسم ، فأطلقت اليمين وأريد الحلف . [٨]

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ١٥٨/٦ ؛ والصحاح ٢٢٢٠/٦ ؛ والقاموس المحيط ص (١٦٠١) .

(٢) ١٥٨/٦ .

(٣) ٤٥/٣ .

(٤) ٢-٤٨/٣ .

(٥) ص (١٧١) .

(٦) ١٢٠/٤ ؛ وانظر : نهاية المحتاج ٣٧٣/٨ ؛ وتحفة المحتاج ٢/١٠ .

(٧) ٤١٩/٣ ؛وانظر : كشاف القناع ٢٢٨/٦ .

(٨) انظر : الخرشي على خليل ٤٩/٣ ؛ ومغني المحتاج ٣٢٠/٤ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٤١٩/٣ .

إن الحالف يميناً إذا حنث أو أراد أن يحنث فإن الواجب في حقه أن يكفّر عن هذا اليمين ، والكفارة ثلاث خصال منها وهي : إطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو تحرير رقبة ، على التخيير ينتقل فيها المخير بشهوته وإرادته بحسب ما يهواه ، ويميل إليه ، ويتيسر له . وهنالك خصلة رابعة وهي : صيام ثلاثة أيام على البدل والترتيب عند فقد الثلاث الأولى . وذلك لصريح قوله تعالى : ﴿ **لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون** ﴾ [(١)].

فعطف المولى عز وجل بين الخصال الثلاث بحرف " أو " الذي وضع في أصل اللغة للتخيير . فدل على التخيير في هذه الخصال .

وفي إجماع أهل العلم ، قال ابن المنذر في الإجماع : " أجمعوا على أن الحانث في يمينه ، بالخيار إن شاء أطعم ، وإن شاء كسا ، وإن شاء عتق ، أي ذلك فعل أجزأه " [(٢)].

وجاء في بداية المجتهد : " إتفقوا على أن الكفارة في الأيمان هي الأنواع التي ذكر الله تعالى في كتابه في قوله : ﴿ **فكفارته** ﴾ [(١)] الآية وجمهورهم على أن الحالف إذا حنث مخير بين الثلاثة منها أعني : الإطعام أو الكسوة أو العتق ... " [(٣)].

وفي المغني : " أجمع أهل العلم على أن الحانث في يمينه بالخيار ، إن شاء أطعم ، وإن شاء كسا وإن شاء أعتق أيُّ ذلك فعل أجزأه ؛ لأن الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف " أو " وهو للتخيير " [(٤)].

فهذا هو رأي جمهور العلماء . [(٥)]

---

(١) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٢) ص (٩٧) .

(٣) ٤٨٥/١ .

(٤) ٥٠٦/١٣ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٠/٣ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٢-٥٧/٣ ؛ وتحفة المحتاج ١٦/١٠-١٧ ؛ ونهاية المحتاج ١٨٢/٨-١٨٣ ؛ وكشاف القناع ٢٤٢/٦ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٤٢٧/٣-٤٢٨ ؛ و المحلى ٣٣٥/٦-٣٣٦ ؛ وتفسير القرطبي ١٧٨/٦ ؛ وتفسير ابن كثير ١٤٥/٢ ؛ وفتح القدير ٧٢/٢-٧٣ ؛ وصحيح البخاري وفتح الباري ٦٠٢/١١ .

أما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كان إذا غلّظ في يمينه وأراد أن يكفّر أعتق أو كسا ، وإذا لم يغلظ في اليمين أطعم . لا يعكر على التخيير ، فغاية ما فيه أنه يتخير بين هذه الخصال بحسب الحال الذي يناسب اليمين من حيث التغليظ وعدمه وهذا التناسب للحال في حد ذاته مقصد من مقاصد الشارع الحكيم في التخيير في كفارة اليمين . والله أعلم . [1]

---

(١) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ١/٤٨٥ .

المطلب الثاني : في التخيير في وقت كفارة اليمين

إن كفارة اليمين لا يجوز تقديمها على اليمين ؛ لأن " العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها " [١]، فسبب وجوب الكفارة هو اليمين . " وأجمعوا على أن الحنث قبل الكفارة مباح حسن جائز " [٢].

واختلفوا فيمن أراد الحنث بعد اليمين فهل له أن يقدم الكفارة قبل شرط الوجوب ؟ وهو الحنث أو لابد من إنعقاد الشرط قبل الكفارة ؟ وكان اختلافهم على قولين :

القول الأول :

الكفارة تكون بعد الحنث أو قبله ، فالحالف في ذلك بالخيار ، وبهذا قال ابن عباس وسلمان وعائشة رضي الله عنهم من الصحابة ، والحسن ، وسفيان ، وعبد الله بن المبارك من التابعين . وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبوثور ، والليث ، والأوزاعي من الفقهاء ، إلا أن الشافعية إستثنوا الصيام من خصال الكفارة فلا يجزئ عندهم إلا بعد الحنث . [٣]

جاء في شرح الزرقاني على خليل : " أجزأت كفارة أتى إخراجها قبل حنثه في يمين بالله ... " [٤].

وجاء في تحفة المحتاج : " وله : أي الحالف بعد اليمين تقديم كفارة بغير صوم على حنث جائز أي غير حرام " [٥].

وفي كشاف القناع : " وإن شاء الحالف كفّر قبل الحنث فتكون الكفارة محللة لليمين وإن شاء كفّر بعده أى الحنث ، فتكون مكفّرة " [٦].

---

(١) القواعد لابن رجب ص (٦-٧) – القاعدة الرابعة – ؛ وانظر : تحفة المحتاج ١٤/١٠ ؛ والفروق للقرافي ١٩٦/١-١٩٧ ؛ والمجموع ١١٦/١٨ .

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢٤٤/٢١ .

(٣) انظر : فتح الباري ٦١٧/١١ ؛ والمحلى ٣٢٩/٦-٣٣٥ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٢-٦٠/٣ ؛ ونهاية المحتاج ١٨١/٨ ؛ وتحفة المحتاج ١٤/١٠ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٣ ؛ وكشاف القناع ٢٤٣/٦-٢٤٤ ؛ والمغني ٤٨١/١٣ ؛ وزاد المعاد ٥٦٥/٣-٥٦٦ .

(٤) ٢-٦٠/٣

(٥) ١٤/١٠ .

(٦) ٢٤٣/٦ .

وفي المحلى : " من أراد أن يحنث فله أن يقدم الكفارة قبل أن يحنث أي الكفارات لزمته : من العتق ، أو الكسوة ، أو الإطعام ، أو الصيام " [١].

القول الثاني :

لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث مطلقاً . وإليه ذهب الحنفية ، وداود الظاهري . [٢]

جاء في حاشية ابن عابدين : " ولم يجز التكفير ولو بالمال ... قبل الحنث " [٣].

سبب الخلاف :

سبب إختلاف الفقهاء يعود إلى فهم الآيات والأحاديث التي في كفارة اليمين . ففي قوله تعالى : ﴿ **ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم** ﴾ [٤].

فمن قال : لايجوز تقديم الكفارة على الحنث قدّر في الآية إذا حلفتم وحنثتم . ومن قال بالتخيير بجواز التكفير قبل الحنث وبعده قدّر : إذا حلفتم وأردتم الحنث أو حنثتم .

وفي الآثار الواردة في كفارة اليمين بعضها عطف بالواو وبعضها عطف بثم . فمن قال بعدم جواز تقديم الكفارة على الحنث بنى على الروايات التي عطفت بالواو ، وأوّل الروايات التي عطفت بثم بأن ثم قد تأتي بمعنى الواو في اللغة .

ومن قال بالروايات كلها خير في الكفارة قبل الحنث وبعده .

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدل أصحاب القول الأول بالسنة والإجماع والمعقول كما يلي :

أولاً : السنة :

١ – إستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة : " يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أُعطيتها عن مسألة وُكِلْتَ إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أُعِنت

---

(١) ٣٢٩/٦ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ١٤٩/٨–١٥٠ ؛ وحاشية ابن عابدين ٦٢/٣ ؛ والمحلى ٣٢٩/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦٢/٣ .

(٤) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

عليها ، وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فكفّر عن يمينك وائت الذي هو خير " [١].

وفي رواية لأبي داود عن عبد الرحمن بن سمرة أيضاً بنحوه قال : فكفّر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير " [٢].

٢- عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفّر عن يمينه ، وليفعل الذي هو خير " [٣]، وفي لفظ : " فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه " [٤].

٣- وعن أبي موسى رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها " [٥].

٤- وعن عائشة رضي الله عنها قالت : " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حلف على يمين لا يحنث ، حتى أنزل الله تعالى كفارة اليمين فقال : لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفّرت عن يميني ، ثم أتيت الذي هو خير " [٦]، وهنالك روايات أخرى .

فهذه الأحاديث برواياتها ، واختلاف ألفاظها فيها دلالة على أن الحالف له التكفير قبل الحنث أو بعده أيهما فعل أجزأ عنه وفي لفظ أبي داود : " ثم ائت الذي هو خير " تعبير صريح في حديث صحيح دل على جواز التكفير قبل الحنث .

---

(١) الحديث متفق عليه . رواه البخاري مع الفتح ٥٢٥/١١ كتاب الأيمان والنذور ، باب قول الله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ...الآية برقم ٦٦٢٢ ؛ ومسلم مع النووي ١١٦/١١-٤ كتاب الأيمان ، باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه ، واللفظ له .

(٢) رواه أبوداود مع العون ٩٧/٩ كتاب الأيمان والنذور ، باب الحنث إذا كان خيراً برقم ٣٢٥٠ . وصحّحه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص (٢٨٤) تحقيق : محمد حامد الفقي (بيروت : لبنان ، دار القلم) .

(٣) رواه مسلم مع النووي ١٤٤/١١-٤ الباب والكتاب السابقين .

(٤) المرجع السابق .

(٥) متفق عليه . البخاري مع الفتح ٦١٦/١١ كتاب الأيمان والنذور ، باب الكفارة قبل الحنث وبعده برقم ٦٧٢١ ؛ ومسلم مع النووي ١٠٨/١١-٤ الباب والكتاب السابق .

(٦) رواه الحاكم في المستدرك ٣٠١/٤ كتاب الأيمان والنذور . وقال : هذا صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

قال أبوداود : " أحاديث أبي موسى الأشعري ، وعدي بن حاتم ، وأبي هريرة في هذا الحديث رُوِيَ عن كل واحد منهم في بعض الرواية الحنثُ قبل الكفارة ، وفي بعض الرواية الكفارة قبل الحنث " [١].

تناقش هذه الأدلة : بأن أحاديث عبد الرحمن بن سمرة وأبي هريرة وغيرها لا تدل على تقديم الكفارة . ولفظ " ثم " لا يدل على التقديم ؛ لأن " ثم " قد تكون بمعنى الواو وذلك كما في قوله تعالى : ﴿ **ثم كان من الذين آمنوا وتواصوا بالصبر وتواصوا بالمرحمة** ﴾ [٢]أي : وكان . وفي قوله عز وجل : ﴿ **ثم الله شهيد على ما يفعلون** ﴾ [٣]أي والله شهيد ، فلا يسلم إستدلالكم على جواز تقديم الكفارة قبل الحنث . [٤]

ردّ المناقشة :

إن الأحاديث دلت على جواز تقديم الكفارة على الحنث وعلى جواز تأخيرها عنه ، والآيات الكريمة فيها تعقيب بمهلة . ولو سلمنا لكم بأنها قد تأتي بمعنى الواو . فلا يلزم أنها خارجة عن ظاهرها في هذا الموضع ولا يلزم أن تكون " ثم " كذلك حيث ما وجدت ؛ لأن ما خرج عن موضوعه في اللغة بدليل في موضع لا يجوز أن يخرج عن موضوعه في غير ذلك الموضع . [٥]

ثانياً : الإجماع : أن هذا قول أربعة عشر صحابياً ولم يعرف لهم مخالف فكان إجماعاً . [٦]

ثالثاً : المعقول : إستدلوا من المعقول بأدلة منها :

١- أن الحالف كفّر بعد وجود السبب الموجب للكفارة فأجزأه كما لو كفر بعد الجرح وقبل زهوق النفس في كفارة القتل ، والسبب هو اليمين أو اليمين والحنث معاً لقوله تعالى : ﴿ **ذلك كفارة أيمانكم** ﴾ [٧]وقوله صلى الله عليه وسلم : " وكفّر عن يمينك " [٨].

---

(١) سنن أبي داود مع عون المعبود ٨٩/٩-٩٩ .

(٢) سورة البلد : الآية (١٧) .

(٣) سورة يونس : الآية (٤٦) .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٩/٣-٢٠ .

(٥) انظر : المحلى لابن حزم ٣٣٤/٦ .

(٦) انظر : فتح الباري ٦١٧/١١ ؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٧٥/٦ ؛ وسبل السلام ٢٠٠/٤ .

(٧) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٨) الحديث سبق تخريجه .

فسميت الكفارة كفارة اليمين ، فإذا كان السبب هو اليمين والحنث معاً فالتقديم على أحد السببين جائز . (١)

٢- أن عقد اليمين لما كان الحالف يتحلل منه بالإستثناء وهو كلام ؛ كان التحلل بالفعل المالي أو البدني في الكفارة أولى . (١)

واستدل الشافعية على استثناء الصيام خاصة بقولهم : أن الصوم من فرائض البدن ، وفرائض الأبدان لا يجوز تقديمها على وقتها . (٢)

وناقش الجمهور الشافعية من وجهين :

١- أنكم محجوجون بالأحاديث التي فرقتم بينها بغير مفرق ، فاحتججتم ببعضها وخالفتم بعضها . (٣)

٢- الصيام نوع تكفير فيجوز تقديمه قبل الحنث ويجوز بعده . (٣)

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدلوا على قولهم بالكتاب والسنة والمعقول كما يلي :

أولاً : الكتاب :

قال تعالى : ﴿ **ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم** ﴾ (٤). والشاهد أن المراد والمقدر إذا حلفتم وحنثتم . (٥)

ويناقش هذا الإستدلال : بأن المقدر في آية الكفارة إذا أردتم الحنث أو حنثتم وليس أحد التقديرين أولى من الآخر ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم هو المبين عن ربه عز وجل فبين ذلك بالأحاديث الواردة في تقديم الكفارة وتأخيرها على الحنث . (٦)

---

(١) انظر : المغني ١٣/٤٨٢-٤٨٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٣/٤٣٨ ؛ وكشاف القناع ٦/٢٤٣-٢٤٤ ؛ وفتح الباري ١١/٦١٧ ؛ ونهاية المحتاج ٨/١٨١ ؛ ونيل الأوطار ٨/٢٦٩ .

(٢) انظر : تحفة المحتاج ١٠/١٤ ؛ ونهاية المحتاج ٨/١٨١ .

(٣) انظر : المغني ١٣/٤٨٣ .

(٤) سورة المائدة : الآية (٨٩) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ٣/١٩ .

(٦) انظر : المحلى ٦/٣٣٢-٣٣٣ ؛ وفتح الباري ١١/٦١٧ ؛ والمغني ١٣/٤٨٢ .

ثانياً : السنة :

إستدلوا بحديث عبد الرحمن بن سمرة ، وحديث أبي هريرة المذكورين في أدلة المذهب الأول [١]. ووجه الإستدلال أنها وردت وعطف فيها " بالواو " التي تفيد مطلق الجمع فدلت على وقت التكفير بعد الحنث على ظاهر النص . [٢]

ويناقش هذا الإستدلال : بأن الأحاديث صحت بالعطف بـ" ثم " التي تفيد التعقيب فدلت على جواز التكفير قبل الحنث كما جاز بعده . [٣]

ثالثاً : المعقول :

١- أن سبب وجوب الكفارة هو الحنث ، فهي فرض بعد الحنث ، بالنص والإجماع ولا يجوز في الشريعة تقديم شئ قبل وقته ، وإذا قدمت قبل الحنث كان تطوعاً ولا يجزئ التطوع عن الفرض . [٤]

٢- أن الكفارة شرعت لستر الجناية وإذا كفّر قبل الحنث كفر قبل الجناية ؛ لأن اليمين جناية وليست بذنب لوقوعها من الأنبياء . [٥]

ويناقش أستدلالهم بالمعقول من وجهين :

١- أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ثبت عنه جواز الكفارة قبل الحنث وبعده ، فهو المشرع صلى الله عليه وسلم ؛ فجاز تقديم الكفارة على وقتها في الشريعة . [٦]

٢- أن تعجيل الحق المالي بعد وجود سببه وقبل وجود الشرط جائز ؛ وذلك بدليل تعجيل الزكاة قبل الحول مع وجود النصاب ، فالحنث شرط وليس سبباً في الكفارة ؛ فجاز تقديم الكفارة عليه . [٧]

---

(١) تقدمت الأحاديث ص (٢٢٧) .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ١٥٠/٨ .

(٣) انظر : سنن أبي داود مع العون ٩٨/٩-٩٩ .

(٤) حاشية الطحاوي على الدر المختار ٣٣٥/٢ بالأوفست (بيروت : لبنان ، دار المعرفة ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م) .

(٥) المرجعين السابقين .

(٦) انظر : المحلى ٣٣٢/٦-٣٣٣ ؛ وفتح الباري ٦١٧/١١ ؛ والمغني ٤٨٢/١٣ .

(٧) المراجع السابقة .

يقول ابن عبد البر في التمهيد بعد أن ساق الآثار في الكفارة : " وكان أبو حنيفة وأصحابه لا يجيزون الكفارة قبل الحنث ؛ لأنها إنما تجب بالحنث ، والعجب لهم أنهم لا تجب الزكاة عندهم إلا بتمام مرور الحول ، ويجوزون تقديمها قبل الحول من غير أن يروا في ذلك مثل هذه الآثار ، ويأبون من تقديم الكفارة قبل الحنث مع كثرة الرواية بذلك ، والحجة في السنة ومن خالفها محجوج بها " (١).

الترجيح :

إذا أمعنا النظر في الأدلة والمناقشات نجد أن قول الجمهور هو القول الراجح ؛ وذلك لدلالة رواية : " ثم ائت الذي هو خير " على تقديم الكفارة قبل الحنث لإقتضاء " ثم " للترتيب . (٢)

فإذا كانت الأحاديث التي وردت فيها " الواو " دلت على مطلق الجمع فأن " ثم " دالة على الترتيب ، فنعمل بكلا الروايتين إذ لا تعارض بينهما . وبهذا يتبين رجحان التخيير بين التكفير قبل الحنث وبعده . والله أعلم .

الحكمة في التخيير في كفارة اليمين :

إن التخيير في كفارة اليمين يمثل مظهراً من مظاهر اليسر في هذه الشريعة الغراء ، فالمكفر له أن يأتي ما يهواه من الخصال وما يناسبه بحسب ما تيسر له ، وهذا تخفيف على المكلف .

جاء في الفروق للقرافي في المقصود بالتخيير في كفارة اليمين : " أن له أن ينتقل عن أي خصلة شاء إلى الخصلة الأخرى بشهوته وما يجده يميل إليه طبعه وما هو أسهل عليه ، فإن الله تعالى ما خيّره إلا لطفاً به " (٣).

كما له أن يكفّر قبل الحنث وبعده وفي ذلك رفع للحرج لمن يجد الحرج من الحنث قبل أن يكفر ، ومناسب للأحوال و لله الحمد والمنة .

---

(١) ٢٤٧/٢١ ؛ وانظر : الآثار في ٢٤٣/٢١-٢٤٦ .

(٢) يقول ابن مالك في الألفية : والفاء للترتيب باتصال وثم للترتيب بانفصال . ٢٢٧/٣ مع شرح ابن عقيل تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد المسمى منحة الجليل (بيروت : لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م) .

(٣) ١٦/٣ .

المبحث الرابع

في الجهاد

تخيير الإمام في الأسرى

قبل أن نخوض في تفصيلات المبحث نعرّف بالأسرى .

تعريف الأسرى لغة واصطلاحاً :

الأسرى لغة :

الأسرى جمع أسير وتُجمع أيضاً على أُسراء وأُسارى وأَسارى . والأسْر يأتى على معان منها الحبس ، والشد والعصب ، وشدة الخَلْق والخُلُق . والأسير : هو الأخيذ المقيّد المسجون مأخوذ من الإسار : وهو : القيد الذي يشد به الأسير .وأطلقت العرب على كل أخيذ وإن لم يوسر أسيراً قال الأعشى :

وقيدني الشعر في بيته كما قيّد الآسراتُ الحمارا [١]

قال تعالى :﴿ **ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا** ﴾[٢]قال مجاهد : الأسير : المحبوس [٣].[٤]

وقال تعالى : ﴿ **وشددنا أسرهم** ﴾ [٥].

قال في معجم مقاييس اللغة : " الهمزة والسين والراء أصل واحد ، وقياس مطرد ، وهو الحبس ، وهوالإمساك ، ومن ذلك الأسير ، وكانوا يشدّونه بالقيد وهو الإسار فسمي كل أخيذ وإن لم يوسر أسيراً " [٦].

وقال الفيروزابادي : " الأسر : الشد ، والعصب ، وشدة الخَلْق والخُلُق ... والأسير الأخيد والمقيد ، والمسجون ج : أُسراء وأُسارى أَسارى وأسرى " [٧].

---

(١) بيت الشعر في معجم مقاييس اللغة ١٠٧/١ .

(٢) سورة الإنسان : الآية (٨) .

(٣) انظر : تفسير ابن كثير ٧١٣/٤ .

(٤) انظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٠٧/١ ؛ والقاموس المحيط ص (٤٣٦-٤٣٧) ؛ ولسان العرب لابن منظور ١٩/٤-٢٠ ؛ والصحاح للجوهري ٥٧٨/٢ .

(٥) سورة الإنسان : الآية (٢٨) .

(٦) ١٠٧/١ .

(٧) ص (٤٣٧-٤٣٨) .

الأسرى اصطلاحاً :

إذا تتبعنا إستعمال الفقهاء لكلمة أسير نجدهم قد إستعملوها إستعمالاً كلياً في كل من يُظفر به من المقاتلين الذين لا صلح لهم ولا أمان . سواء كان من الكفار أو المسلمين . (١)

ومن ذلك عرف الماوردي الأسرى بتعريف أغلبي وهوالأقرب إلى مسألتنا في التخيير حيث قال : " هم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء " (٢).

ويخرج بهذا التعريف : النساء ، والصبيان ، وغير المقاتلين ، ومن أخذ من المسلمين ، ومن أخذ بصلح أو أمان (٣). غير أن التعريف يحتاج إلى زيادة قيد الحرية . (٤)

إتفق أهل العلم على أن الإمام مخير في مصير الأسير يفعل ما يراه الأوفق لمصلحة المسلمين . (٥) واختلفوا في الخصال التي يخير فيها الإمام على أربعة أقوال كما يلي :

القول الأول :

أن الإمام مخير بين خمسة أمور وهي : القتل ، والإسترقاق ، والمن ، والفداء ، وفرض الجزية . يتخير فيها تخيير رأي ومصلحة بمراعاة الأحظ للمسلمين . وبه قال المالكية . (٦)

جاء في شرح الزرقاني على خليل : " ... يجب النظر من الإمام بالمصلحة في الأسارى ، قبل قسم الغنيمة بقتل فيمن يقتل ... أو منّ فيمن يمنّ عليه كأن لا يكون له قيمة معتبرة بأن يتركوا لسبيلهم ... أو فداء ... أو ضرب جزية فيمن تضرب عليهم أو إسترقاق فيمن يرق منهم " (٧).

---

(١) انظر : المبسوط ١٣٩/١٠ ؛ والمغني لابن قدامة ٤٤/١٣-٤٨ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ١٢٠/٣-٢ ؛ ونهاية المحتاج ٦٨/٨ ؛ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص (١٦٧) حققه علي بن محمد المغربي (الكويت : دار الأرقم ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

(٢) ص (١٣١) . نقل الزحيلي هذا التعريف بنصّه وعزاه إلى الفقهاء . انظر : آثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص (٤١٧، ٤٢٩) الطبعة الثالثة (بيروت : دار الفكر ١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .

(٣) انظر : الأحكام السلطانية ص (١٣١) .

(٤) انظر : نهاية المحتاج ٦٨/٨ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٢٢٩/٣ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ١٢٠/٣-٢ ؛ ونهاية المحتاج ٦٨/٨-٦٩ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ والمغني ٤٤/٣ .

(٦) انظر : شرح الزرقاني على خليل ١٢٠/٣-٢ ؛ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٨٤/٢ ؛ والخرشي على خليل ١٢١/٣ ؛ وبداية المجتهد ٤٤٣/١ .

(٧) ١٢٠/٣-٢ .

القول الثاني :

أن للإمام أن يفعل ما هو الأصلح للمسلمين من أحد أمور أربعة وهي : القتل ، والإسترقاق ، والمنّ ، والفداء بالمال أو بأسرى المسلمين – مبادلة الأسرى – ، وهو قول جمهور أهل العلم من السلف والخلف وبه قال الشافعية ، والحنابلة والظاهرية . (١)

جاء في نهاية المحتاج : " يجتهد الإمام أو أمير الجيش في الذكور الأحرار الكاملين – أي المكلفين – إذا أسروا ويفعل وجوباً الأحظ للمسلمين بإجتهاده لا بالتشهي من قتل ... ومنّ عليهم بتخلية سبيلهم بلا مقابل وفداء بأسرى منا أو من الذميين أو مال ... واسترقاق ولو لنحو وثني ، وعربي " (٢).

وفي شرح منتهى الإرادات : " ويخير إمام في أسير حر مقاتل بين قتل ... وبين رق ... وبين منّ عليهم ، وبين فداء بمسلم أو فداء بمال " (٣).

القول الثالث :

إتفق فقهاء الحنفية على أن الإمام مخير في الأسرى بين أمور ثلاثة وهي : القتل ، والإسترقاق والمن عليهم بجعلهم أهل ذمة على الجزية . (٤)

واختلفوا في الفداء بالمال وبأسرى المسلمين . فالفداء بالمال : لا يجوز في المشهور من المذهب ولا بأس به عند الحاجة إلى المال ، وعند محمد بن الحسن لا بأس به إذا كان لا يرجى من الأسير نسل مثل : أن يكون الأسير شيخاً فانياً . (٥)

وأما الفداء بأسرى المسلمين : لا يجوز عند أبي حنيفة في الأظهر من الروايتين ، وجوّزه الصاحبان – محمد بن الحسن وأبو يوسف – إلا أن أبا يوسف منعه بعد القسمة . (٥)

---

(١) انظر : تحفة المحتاج ٢٤٧/٩ ؛ ونهاية المحتاج ٦٨/٨-٦٩ ؛ وحاشية البجرومي على شرح منهج الطلاب ٢٥٧/٤ (تركيا : المكتبة الإسلامية محمد أزدمير ، عن طبعة دار الكتب العربية بمصر ١٣٣٠هـ) ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ والتنقيح المشبع ص (١٥٧) ؛ وكشاف القناع ٥٢/٣-٥٣ ؛ والمغني ٤٤/١٣ ؛ والمحلى ٣٦٤/٥-٤١٤ ؛ وتفسير الطبري ٣٠٦/١١ ؛ وفتح الباري ١٧٦/٦ .

(٢) ٦٨/٨-٦٩ .

(٣) ٩٨/٢ .

(٤) انظر : المبسوط ١٣٨/١٠-١٤٠ ؛ وحاشية ابن عابدين ٢٢٩/٣ ؛ والبحر الرائق ٨٩/٥-٩٠ ؛ وبدائع الصنائع ١١٩/٧-١٢٠ .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

جاء في الدر المختار : " وقَتل الأسارى إن شاء لم يسلموا ، أو إسترقّهم ، أو تركهم أحراراً ذمة لنا ... وحرم منّهم : أي إطلاقهم مجاناً ، ولو بعد إسلامهم ... ؛ لتعلق حق الغانمين ... وحرم فداهم بعد تمام الحرب ، أما قبله فيجوز بالمال لا بالأسير المسلم ... وقالا يجوز وهو أظهر الروايتين عن الإمام " [١].

ووجّه ابن عابدين في حاشيته قول المتون : " حرم فداؤهم " بأنه مقيد بالفداء بالمال عند عدم الحاجة وهو مذهب محمد بن الحسن فقال : " وعلى هذا فقول المتون " حرم فداؤهم " مقيد بالمال عند عدم الحاجة ، أما الفداء بالمال عند الحاجة أو بأسرى المسلمين فهو جائز " [٢].

القول الرابع :

أن الإمام يفعل ما هو الأصلح من خصلتين المنّ ، والفداء وليس له قتلهم أو إسترقاقهم . وهذا القول حكي عن ابن عمر ، والحسن ، وعطاء ، وسعيد بن جبير وسار عليه بعض المتأخرين والمعاصرين . [٣]

سبب الخلاف :

إن تعارض ظاهر القرآن الكريم مع فعل النبي صلى الله عليه وسلم كان سبباً للخلاف في هذه المسألة .

ففي ظاهر قوله تعالى : ﴿ **فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها** ... الآية ﴾ [٤] ورد فيها التخيير بعد الأسر بين المنّ ، والفداء ، وليس فيها القتل والإستعباد .

وقوله تعالى : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض**

---

(١) ٢٢٩/٣ .

(٢) ٢٢٩/٣ ؛ وانظر : المبسوط للسرخسي ١٣٨/١٠ .

(٣) انظر : تفسير الطبري ٣٠٦/١١-٣٠٧ ؛ وبداية المجتهد ٤٤٣/١ ؛ والمغني ٤٥/١٣ ؛ وإليه ذهب سيد قطب في ظلال القرآن ٣٢٨٤/٦-٣٢٨٥ الطبعة السابعة (دار الشروق ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م) ؛ ود/ وهبة الزحيلي ، آثار الحرب ص (٤٣٥-٤٣٩) . ود/ عبد الواحد الفار ، أسرى الحرب ص (١٨٦) (القاهرة : عالم الكتب ١٩٧٥م) . ود/ توفيق علي وهبة الجهاد في الإسلام ص (١٧٦-١٧٨) الطبعة الرابعة (الرياض : السعودية دار اللواء للنشر والتوزيع ١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم ﴾ [١] نزلت في أسارى بدر ودل سبب نزولها أن القتل خير من الإستبقاء .

وأما فعله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه أنه قتل الأسارى ، ومنّ على بعضهم ، وفادى ، واستعبد ، وفعل كل ذلك في غير ما موطن .

فمن أخذ بظاهر الآية واعتبرها أنها ناسخة لفعله صلى الله عليه وسلم ، قال بعدم جواز قتل الأسير ، ومن رأى أن الآية لا تحصر ما يُفعل بالأسير ، وأن فعل النبي صلى الله عليه وسلم فعل زائد على ما ورد في الآية قال بقتل الأسير ، واسترقاقه جمعاً بين الآية وفعل النبي صلى الله عليه وسلم . [٢]

الأدلة والمناقشات

سأعرض الأدلة والمناقشات لكل خصلة على حداها كما يلي :

أولاً : القتل

دليل القول الأول ومناقشته :

إستدلوا على جواز قتل الأسير بالسنة : حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل النضر بن الحارث ، وعقبة بن أبي معيط [٣] . [٤]

ويناقش هذا الدليل : بأن قتل النبي صلى الله عليه وسلم لعقبة بن أبي معيط ، والنضر بن الحارث لأسباب خارجة عن مجرد كونهما أسيرين فهي أسباب خاصة بهما وبمن قتل غيرهما ، فالإسلام لا يجوّز قتل الأسير على إطلاقه . [٥]

أدلة القول الثاني ومناقشتها :

إستدلوا على جواز قتل الأسير بالكتاب والسنة والمعقول :

---

(١) سورة الأنفال : الآية (٦٧) .

(٢) انظر : بداية المجتهد ٤٤٣/١-٤٤٤ .

(٣) رواه أهل السير . انظر : السيرة النبوية لابن هشام ٢٨٥/٢ الطبعة الثالثة (بيروت : لبنان دار الكتاب العربي) والحديث بقصته في كتب السيرة لم يصح . وحسّن الألباني وغيره قتل عقبة خاصة للشواهد . انظر : إرواء الغليل ٣٩/٥-٤١ ؛ وتخريج شعيب ، وعبد القادر الأرنؤوط لأحاديث زاد المعاد ١١٢/٣ هامش (٤) .

(٤) انظر : مواهب الجليل من أدلة خليل ٣١١/٤ (قطر : دار إحياء التراث الإسلامي ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) .

(٥) انظر : في ظلال القرآن ٣٢٨٤/٦ ؛ وآثار الحرب للزحيلي ص (٤٣٦-٤٣٩) .

١- الكتاب : إستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [١] ووجه الإستدلال : أن الآية تبيّن وجوب قتل المشركين الذين يقاتلون كيف وحيث وجدوا . [٢]

ويناقش هذا الدليل : بأن القتل الذي جاءت سورة براءة به كان في أولئك الذين كانوا حرباً على الإسلام . [٣]

٢- السنة : إستدلوا بأدلة كما يلي :

أ- أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال يهود بني قريظة وهم بين السبعمائة ، والستمائة ، بعد أن نزلوا على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه [٤] . [٥]

ب- أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يوم بدر عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث [٦] . [٧]

ج- أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل أبا عزة الشاعر يوم أُحد . [٧]

وتناقش هذه الأدلة : بأن هذا القتل لأسباب وظروف خاصة وخارجة عن مجرد الأسر ، وإلا فالإسلام لا يجوِّز قتل الأسير على إطلاقه . [٨]

٣- المعقول : إستدلوا من المعقول بأن قتلهم يؤدي إلى حسم الفساد وقطع جذور الشر . [٩]

أدلة القول الثالث ومناقشتها :

إستدلوا على القتل من الكتاب والسنة والمعقول :

١- الكتاب : إستدلوا من القرآن بدليلين :

---

(١) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٢) انظر : المغني ٤٦/١٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ وكشاف القناع ٥٢/٣ .

(٣) أورده ابن القيم . انظر : زاد المعاد ١١٢/٣ .

(٤) الحديث متفق عليه . البخاري مع الفتح ١٩١/٦ كتاب الجهاد ، باب إذا نزل العدو على حكم رجل برقم ٣٠٤٣ ؛ ومسلم مع النووي ٤-٩٢/١٢ كتاب الجهاد ، باب جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم عدل أهل للحكم ؛ ورواه أهل السير . انظر : السيرة النبوية لابن هشام ١٩٠/٣ .

(٥) انظر : المغني ٤٦/١٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ وكشاف القناع ٥٢/٣ .

(٦) تقدّم عزوه .

(٧) انظر : المغني ٤٦/١٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ وكشاف القناع ٥٢/٣ .

(٨) انظر : آثار الحرب للزحيلي ص (٤٣٦-٤٣٩) ؛ وفي ظلال القرآن ٣٢٨٤/٦ .

(٩) انظر : الأم للشافعي ١٧٦/٤ تحقيق : محمد زهدي النجار ، الطبعة الثانية (بيروت : لبنان ، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م) .

أ- قوله تعالى : ﴿ **إذ يوحي ربك إلى الملائكة أني معكم فثبتوا الذين آمنوا سألقي في قلوب الذين كفروا الرعب فاضربوا فوق الأعناق واضربوا منهم كل بنان** ﴾[١]. موضع الشاهد من الآية : ﴿ **فاضربوا فوق الأعناق واضربوا منهم كل بنان** ﴾ . ووجه الإستشهاد أن الضرب فوق الأعناق : هوالإبانة من الفصل وهذا لا يقدر عليه إلا بعد الأخذ والأسر .[٢]

ويناقش هذا الدليل : بأن المقصود من الآية الضرب أثناء المعركة ولا يلزم من الضرب فوق الأعناق الأخذ والأسر ، بل يمكن أن يكون في المعركة لا سيما من المقاتلين المهرة .[٣]

ب- إستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾[٤]ووجه الشاهد : أن الآية في سورة التوبة وهي آخر ما نزل من القرآن الكريم وفيها وجوب القتل على أي وجه كان ، وهو فرض محكم فتكون ناسخة لقوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾[٥]من سورة محمد .[٦]

ويناقش هذا الدليل من وجهين :

١- أن آية سورة محمد ليست منسوخة ، بل هي من الآيات المحكمات التي بيّن الله تعالى فيها القتال وكيفيته ، ولا يصار إلى النسخ إلا إذا تعذرت وجوه الجمع ، وعُرف المتقدم من المتأخر ، فيمكن أن يجمع بينهما فيقال : إن القتل الذي جاء في سورة براءة كان في أول الأمر والمسلمون قلّة ، والكفار كانوا أهل شوكة وحرب على المسلمين . وسورة محمد لمعاملة الأسرى ، حيث جاء فيها التخيير بين أمرين هما : المنّ والفداء .[٧]

---

(١) سورة الأنفال : الآية (١٢) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع للكساني ١١٩/٧ .

(٣) انظر : أحكام القرآن للكيا الهراسي ١٦٥/٣ الطبعة الثانية (بيروت : لبنان دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .

(٤) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٥) سورة محمد : الآية (٤) .

(٦) انظر : المبسوط ١٣٨/١٠ .

(٧) انظر : أحكام القرآن للجصاص ٢٦٨/٥-٢٦٩ ؛ وأحكام القرآن لابن العربي ١٣١/٢-١٣٢ ؛ وفتح الباري ١٧٧/٦ ؛ وتفسير الطبري ٣٠٧/١١ ؛ وتفسير القرطبي ١٥٠/١٦-١٥١ .

٢- أن قوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين** ﴾ [١]عام والعام لا ينسخ حكم الخاص ، بل يُنزَّل على ما عدا المخصوص . [٢]

ولمزيد من بيان الإحكام أو النسخ أفرده بشئ من البسط .

النسخ والإحكام :

روي عن ابن عباس ومجاهد أن قول الله تعالى : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم** ﴾ [٣]منسوخ بقوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤]. [٥]

ومن أهل العلم كما سبق من قال إن قوله تعالى ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤] منسوخ بقوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [١]وقوله عز وجل ﴿ **فإما تثقفنهم في الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون** ﴾ [٦]وقوله تعالى : ﴿ **وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة واعلموا أن الله مع المتقين** ﴾ [٧]، والصحيح الذي عليه أهل التحقيق أن هذه الآيات محكمة غير منسوخة ، ويمكن الجمع بينها والعمل بها جميعاً ، وهذا أولى من القول بنسخها لعدم توفّر شروط النسخ .

جاء في أحكام القرآن للجصاص : " أما قوله : ﴿ **فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب** ﴾ [٤]وقوله : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض** ﴾[٣]وقوله : ﴿ **فإما تثقفنهم في الحرب فشرد بهم من خلفهم** ﴾ [٦]فإنه جائز أن يكون حكماً ثابتاً غير منسوخ وذلك ؛ لأن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالإثخان بالقتل وحظر عليه الأسر إلا بعد إذلال المشركين وقمعهم ، وكان ذلك في وقت قلة عدد المسلمين وكثرة عدد عدوهم من المشركين ، فمتى أُثخن المشركون وأُذلوا بالقتل والتشريد جاز

---

(١) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٢) انظر : المغني ٤٧/١٣ .

(٣) سورة الأنفال : الآية (٦٧) .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

(٥) انظر : تفسير الطبري ٢٨٦/٦ وما بعدها .

(٦) سورة الأنفال : الآية (٥٧) .

(٧) سورة التوبة : الآية (٣٦) .

الإستبقاء ، فالواجب أن يكون هذا حكماً ثابتاً إذا وجد مثل الحال التي كان عليها المسلمون في أول الإسلام " [١].

جاء في الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه [٢]: " قوله : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض** ﴾ [٣] قال ابن عباس هو منسوخ بقوله : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤] وذلك أن هذا نزل والمسلمون قليل ، فمنع النبي [صلى الله عليه وسلم] من الخيار في الأسرى فلما كثر المسلمون وتقوّوا أنزل الله : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾[٤] فتخيّر النبي صلى الله عليه وسلم في الأسرى ، فإن شاء قتل ، وإن شاء عفا ، وإن شاء استعبد ، وإن شاء فادى .

والذي يوجبه النظر وعليه جماعة من العلماء : أن الآية غير منسوخة ؛ لأنه خبر والخبر لا ينسخ .

والمعنى : أن الله – جل ذكره – أعلم نبيّه صلى الله عليه وسلم أن ليس لنبي أن يكون له أسرى ويترك القتل حتى يتمكن في فتح الأرض فقد بيّن في الآية أنه إنما منع من ذلك إذا لم يثخن في الأرض ؛ فدل الخطاب أنه مباح إذا أثخن في الأرض أن يكون له أسرى وأن يترك القتل[٥]، فلما أثخن في الأرض وفتح الله وتقوّى الإسلام ترك القتل وكان له أسرى على ما فهم من الآية ، ونزل ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤]تأكيداً وبياناً لآية الأنفال " .

وجاء في نواسخ القرآن [٦]: " قوله تعالى : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض** ﴾ [٣]روي عن عباس ومجاهد في آخرين [٧]أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤]وليس للنسخ وجه ؛ لأن غزاة بدر كانت وفي

---

(١) ٥١٩/٣ .

(٢) لمكي بن أبي طالب ص (٢٦٠-٢٦١) تحقيق : أحمد حسن فرحات ، الطبعة الأولى (الرياض : جامعة الإمام محمد بن سعود – كلية الشريعة ١٣٩٦هـ – ١٩٧٦م) .

(٣) سورة الأنفال : الآية (٦٧) .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

(٥) وينصرف إلى الخيار بينه وبين المنّ والفداء والإسترقاق حيث إن الأمر كان بالقتل فقط .

(٦) لابن الجوزي ص (٣٥٢) تحقيق : محمد أشرف علي الملباري الطبعة الأولى (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة : المجلس العلمي لإحياء التراث الإسلامي ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م) .

(٧) في المسألة عن ابن عباس ومجاهد قول آخر بعدم النسخ .

المسلمين قلّة ،فلما كثروا واشتد سلطانهم نزلت الآية الأخرى وبيّن هذا قوله : ﴿ **حتى يثخن في الأرض** ﴾ [١] ".

٢- السنة : إستدلوا بقصة أسارى بدر عن عمر بن الخطاب قال : " ... فلما أسروا الأسارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بكر وعمر : ما ترون في هؤلاء الأسارى ؟ فقال أبوبكر : يا نبي الله هم بنو العم والعشيرة ، وأرى أن تأخذ منهم فدية ، فتكون لنا قوة على الكفار ، فعسى الله أن يهديهم للإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ترى يا ابن الخطاب ؟ قلت : لا والله يارسول الله ما أرى الذي رأى أبوبكر ، ولكني أرى أن تمكّنا فنضرب أعناقهم ، فتمكن علياً من عقيل فيضرب عنقه ، وتمكّنّي من فلان - نسيباً لعمر - فأضرب عنقه فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها ، فهوي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبوبكر ، ولم يهو ما قلت فلما كان من الغد جئت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبوبكر قاعدين يبكيان ، قلت : يارسول الله أخبرني من أي شئ تبكي أنت وصاحبك ؟ فإن وجدت بكاء بكيت ، وإن لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبكي للذي عرض علي أصحابك من أخذهم الفداء ، لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة - شجرة قريبة من نبي الله صلى الله عليه وسلم ، وأنزل الله عز وجل ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض** ﴾ إلى قوله : ﴿ **فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا** ﴾ [٢]فأحل الله الغنيمة لهم " [٣].

ووجه الإستدلال : أن في الحديث دلالة على أن الصواب في شأن هؤلاء الأسرى هو القتل ، فدل على جواز قتل الأسير . [٤]

ويناقش هذا الدليل : بأن العذاب الذي عرض على النبي صلى الله عليه وسلم ، كان بسبب من أراد عرض الدنيا ولم يرد ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبوبكر ، ولكن الفتنة كانت تعم ، ولا تصيب من أراد عرض الدنيا خاصة ، ومن ذلك هزيمة جيش المسلمين يوم حنين بقول بعضهم : لن نغلب اليوم من قلة . أُعجبوا بالكثرة . [٥]

---

(١) سورة الأنفال : الآية (٦٧) .

(٢) سورة الأنفال : الآية (٦٧-٦٩) .

(٣) رواه مسلم مع النووي ٤-١٢/٨٤ (كتاب) الجهاد والسير ،(باب) الإمداد بالملائكة في غزوة بدر وإباحة الغنائم .

(٤) انظر : المبسوط ١٠/١٣٨ ؛ وبدائع الصنائع ٧/١١٩ .

(٥) انظر : زاد المعاد لابن القيم ٣/١١١ .

ثم استدلوا بأدلة أخرى من السنة أنظرها في أدلة القول الثاني . [١]

٣- المعقول : أن المصلحة قد تكون في قتلهم ، واستئصالهم ؛ لذا خيَّر الشارع الإمام في ذلك . [٢]

ثانياً : الإسترقاق

دليل القول الأول :

إستدلوا على جواز الإسترقاق بالإجماع : حيث إن ابن رشد نقل الإجماع على جواز الإسترقاق في جميع أنواع المشركين . [٣]

أدلة القول الثاني :

إستدلوا على جواز الإسترقاق بالكتاب والسنة والمعقول كما يلي :

١- الكتاب : إستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق** ﴾ [٤].

ووجه الشاهد أن شدّ الوثاق يكون بالإسترقاق . [٥]

٢- السنة : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : لا أزال أحب بني تميم بعد ثلاث سمعتهن من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولها فيهم : هم أشد أمتي على الدجال ، وكانت فيهم سبيّة عند عائشة فقال : أعتقيها فإنها من ولد إسماعيل . وجاءت صدقاتهم فقال هذه صدقات قوم أو قومي " [٦].

٣- المعقول : إستدلوا بالمعقول من وجهين :

أ- أن إقرار الأسرى على كفرهم بالجزية جائز ، فأخذهم بالرق من باب أولى . [٧]

ب- أن رق الأسير أبلغ في صغاره وهوانه . [٨]

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١١٩/٧ .

(٢) انظر : المرجع السابق .

(٣) انظر : بدايةالمجتهد ٤٤٣/١ .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٢٢٨/٤ .

(٦) الحديث متفق عليه . البخاري مع الفتح ٦٨٥/٧ (كتاب) المغازي ، (باب) وفد بني تميم برقم ٤٣٦٦ واللفظ له ؛ ومسلم مع النووي ٦-٧٧/١٦ (كتاب) الفضائل ، (باب) فضائل غفار وأسلم وجهينة وأشجع ومزينة وتميم ودوس وطيئ .

(٧) انظر : شرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ وكشاف القناع ٥٣/٣ .

(٨) انظر : المرجعين السابقين .

مناقشة أدلة القول الأول والثاني :

إن الرق كان منتشراً في المجتمعات قبل الإسلام ، فعندما جاء الإسلام لم يصطدم مع ما ألفوه ويلغي الرق بغير تدرج . فلابد من موافقة الواقع . وإلا فالشريعة الإسلامية تتشوّف إلى إلغاء الرق وإغلاق بابه . كذلك موافقة غير المسلمين في جانب الرق حتى لا يكون الإيقاف من جانب واحد . ومع هذا لم ترد نصوص في إباحة الرق لا في القرآن ، ولا في السنة ، وأن ما ثبت في السنة من الإسترقاق كان من قبيل المعاملة بالمثل . (١)

أدلة القول الثالث :

إستدلوا على جواز الرق بالمعقول من وجهين :

أ- أن الكل غنيمة لحصولهم في الأيدي عنوة ، وقهراً بإيجاف الخيل والركاب فللإمام أن يقسم الكل ، ويستثنى من ذلك رجال مشركي العرب والمرتدين ، وذلك لقوله تعالى في شأنهم : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم** ﴾ (٢) فأمر بقتلهم حتى التوبة والإنابة ؛ فلا يسترقون . (٣)

ب- أن الإسترقاق في حق مشركي العجم وأهل الكتاب يكون وسيلة إلى إسلامهم ، وهذا المعنى لا يتحقق في مشركي العرب ، والمرتدين . (٤)

هذا في حق الرجال . أما نساء العرب والذراري فيسترقون كما تسترق نساء مشركي العجم ودليل ذلك : أن النبي صلى الله عليه وسلم إسترق نساء هوازن وذراريهم وهم من صميم العرب . (٥)

ويناقش هذا الإستدلال : بما نوقش به الإستدلال السابق للقول الأول والقول الثاني .

---

(١) انظر : آثار الحرب للزحيلي ص (٤٤٢-٤٤٧) ؛ والجهاد في التشريع الإسلامي د/ محمود محمد علي ص (١١٧-١١٨) الطبعة الأولى (دار الإتحاد العربي للطباعة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م) ؛ وأسرى الحرب للدكتور عبد الواحد محمد يوسف الفار ص (١٩٢-١٩٤) .

(٢) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١١٩/٧ .

(٤) انظر : المرجع السابق .

(٥) انظر : المرجع السابق . والحديث رواه البخاري مع الفتح ١٨٠/١٣ (كتاب) الأحكام ، (باب) العرفاء للناس برقم ٧١٧٦ .

ويناقش القول في منع إسترقاق العرب خاصة : بأن الإستدلال والآثار في عدم جواز إسترقاق العرب ضعيفة ، بل واهية وقد روي في الصحيحين وغيرهما إسترقاق العرب كهوازن وبني تميم وغيرهم .[١]

ولمزيد من البيان في الرق لما كثر فيه حديثاً الخوض بالحق تارة وبالباطل تارات أخرى ، أقول :

إن الرق في الإسلام ثابت لا ينكره إلا من قلّ علمه . وهو يحاول أن يدافع عن الإسلام بروح الإنهزامية والإنبهار بالغرب وحضارته ، جرياً وراء القانون الدولي العام أو قانون الأسرى.[٢]مع أننا لسنا في حاجة إلى تحريف النصوص حتى نوافق ما قررته دول الكفر والإلحاد .

يقول الزحيلي : " جاء الإسلام والحالة هذه عند الأمم المجاورة فلم يتمكن من إلغاء الرق في العالم ؛ حتى لا يصطدم دعوته مع مألوف النفوس ؛ ولئلا تضطرب الأوضاع الإجتماعية والإقتصادية ، فيكثر المجادلون والمعارضون وينتشر الفقر والعوز في المجتمع ؛ وتتعقد حينئذ جرائم العبيد قبل تحريرهم ... وبما أنه لم يرد نص في الكتاب ولا السنة على إباحة الرق ، وأن الإسترقاق بالوجه الشرعي لا يتأتى منذ زمن لعدم وجود الحرب الشرعية العادلة . فإن الإسلام لا يتعارض مع إلغاء الرق من العالم اليوم ؛ إذ أن ذلك يتفق مع روح التشريع الإسلامي " [٣] وغيره كثير .

إن قصارى ما يتضمنه هذا القول ، وقوامه على عدم وجود الحرب العادلة وهو يقصد بالحرب العادلة : جهاد الدفع ورد العدوان ، ولكن الجهاد كله عدل وقد أتى بخبر الوحيين ، وبالتالي لا مجال لإلغاء الرق ، أما قوله : " إنه لم يرد نص في الكتاب ولا في السنة على إباحة الرق فغير صحيح ويرد عليه من رسخت قدمه واستقى منهجه من نصوص الوحيين الشيخ محمد الأمين الشنقيطي فيقول :

" ومن هدى القرآن للتي هي أقوم ملك الرقيق المعبّر عنه في القرآن بملك اليمين في آيات كثيرة ، كقوله تعالى : ﴿ **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم** ﴾ [٤] وقوله :

---

(١) انظر : تكملة المجموع ٣١٢/١٩ ؛ وتحفة المحتاج للهيثمي ٢٤٧/٩ .

(٢) انظر : لإتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى بتاريخ ١٩٢٩/٧/٢٧م المعدّلة في ١٩٤٩/٨/١٢م . كتاب نظام أسرى الحرب في القانون الدولي وتطبيقاته في الحرب العراقية – الإيرانية للدكتور / سهيل حسين الفتلاوي ص (١٨٥-٢٨٨) (بغداد : دار القادسية للطباعة) .

(٣) آثار الحرب ص (٤٤٢-٤٤٤) .

(٤) سورة النساء : الآية (٣) .

﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملولمين ﴾ في سورة قد أفلح المؤمنون[١] وسأل سائل[٢] وقوله : ﴿ والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم ﴾[٣] وقوله : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتاب الله ... ﴾[٤] الآية وقوله جل وعلا : ﴿ والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ... ﴾ [٥]الآية ، وقوله : ﴿ لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك ... ﴾ [٦]الآية وقوله : ﴿ يأيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهم وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ﴾ [٧]الآية ، وقوله جل وعلا : ﴿ ولا نسائهن ولا ما ملكت أيمانهن ﴾ [٨]وقوله : ﴿ أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن ﴾[٩] وقوله : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ [١٠]وقوله : ﴿ فما الذين فضلوا برادي رزقهم على ما ملكت أيمانهم ﴾ [١١]وقوله : ﴿ هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء ﴾ [١٢]الآية إلى غير ذلك من الآيات .

فالمراد بملك اليمين في جميع هذه الآيات ونحوها : ملك الرقيق بالرق . ومن الآيات الدالة

---

(١) الآية (٦) .

(٢) الآية (٣٠) .

(٣) سورة النساء : الآية (٣٦) .

(٤) سورة النساء : الآية (٢٤) .

(٥) سورة النور : الآية (٣٣) .

(٦) سورة الأحزاب : الآية (٥٢) .

(٧) سورة الأحزاب : الآية (٥٠) .

(٨) سورة الأحزاب : الآية (٥٥) .

(٩) سورة النور : الآية (٣١) .

(١٠)سورة النساء : الآية (٢٥) .

(١١)سورة النحل : الآية (٧١) .

(١٢)سورة الروم : الآية (٢٨) .

على ملك الرقيق قوله : ﴿ **وضرب الله مثلا عبدا مملوكا ... الآية** ﴾ [١] وقوله : ﴿ **ولعبد مؤمن خير من مشرك ...** ﴾ [٢] الآية ونحو ذلك من الآيات " [٣].

ثم بعد ذلك يبين الشيخ الشنقيطي سبب الرق ، وحكمة التشريع في الرق وليس هنالك تعارض بينه وبين تشوف الشارع إلى الحرية وإسلام الرقيق فيقول : " وسبب الملك بالرق : هو الكفر ، ومحاربة الله ورسوله . فإذا أقدر الله المسلمين المجاهدين الباذلين مهجهم وأموالهم ، وجميع قواهم ، وما أعطاهم الله ؛ لتكون كلمة الله هي العليا على الكفار – جعلهم ملكاً لهم بالسبي ؛ إلا إذا اختار الإمام المنّ أو الفداء ؛ لما في ذلك من المصلحة على المسلمين .

وهذا الحكم من أعدل الأحكام ، وأوضحها ، وأظهرها حكمة ؛ وذلك أن الله جل وعلا خلق الخلق ليعبدوه ويوحدوه ، ويمتثلوا أوامره ، ويجتنبوا نواهيه كما قال تعالى : ﴿ **وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ما أريد منهم من رزق وما أريد أن يطعمون** ﴾ [٤]. وأسبغ عليهم نعمه ظاهرة وباطنة ، كما قال تعالى : ﴿ **وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الإنسان لظلوم كفار** ﴾ [٥]. وفي الآية الأخرى في سورة النحل : ﴿ **وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها إن الله لغفور رحيم** ﴾ [٦]. وجعل لهم السمع ولأبصار والأفئدة ليشكروه كما قال : ﴿ **والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا وجعل السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون** ﴾ [٧] فتمرّد الكفار على ربهم وطغوا وعتوا ، وأعلنوا الحرب على رسله لئلا تكون كلمته هي العليا ، واستعملوا جميع المواهب التي أنعم الله عليهم بها في محاربته ، وارتكاب ما يسخطه ، ومعاداته ، ومعاداة أوليائه القائمين بأمره . وهذه أكبر جريمة يتصورها الإنسان .

فعاقبهم الحكم العدل اللطيف الخبير جل وعلا عقوبة شديدة تناسب جريمتهم فسلبهم التصرف ، ووضعهم من مقام الإنسانية إلى مقام أسفل منه كمقام الحيوانات ، فأجاز بيعهم وشراءهم ، وغير ذلك من التصرفات المالية ، مع أنه لم يسلبهم حقوق الإنسانية سلباً كلياً .

---

(١) سورة النحل : الآية (٧٥) .

(٢) سورة البقرة : الآية (٢٢١) .

(٣) ٣/٤٢٤–٤٢٥ .

(٤) سورة الذاريات : الآيتان (٥٦،٥٧) .

(٥) سورة إبراهيم : الآية (٣٤) .

(٦) الآية (١٨) .

(٧) سورة النحل : الآية (٧٨) .

فأوجب على مالكيهم الرفق والإحسان إليهم ، وأن يطعموهم مما يطعمون ، ويكسوهم مما يلبسون ، ولا يكلفوهم من العمل مالا يطيقون ، وإن كلفوهم أعانوهم ؛ كما هو معروف في السنة الواردة عنه صلى الله عليه وسلم ، مع الإيصاء عليهم في القرآن كما في قوله تعالى : ﴿ **واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى واليتامى** ﴾ إلى قوله : ﴿ **وما ملكت أيمانكم** ﴾ [1] كما تقدم .

وتشوَّف الشارع تشوفاً شديداً للحرية والإفراج من الرق ؛ فأكثر أسباب ذلك ، لما أوجبه في الكفارات من قتل خطأ وظهار ويمين وغير ذلك . وأوجب سراية العتق ، وأمر بالكتابة في قوله : ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا** ﴾ [2] ورغّب في الإعتاق ترغيباً شديداً . ولو فرضنا – ولله المثل الأعلى – أن حكومة من هذه الحكومات التي تنكر الملك بالرق ، وتشنع في ذلك على دين الإسلام – قام عليها رجل من رعاياها كانت تغدق عليه النعم ، وتسدي إليه جميع أنواع الإحسان ، ودبّر عليها ثورة شديدة يريد بها إسقاط حكمها ، وعدم نفوذ كلمتها ، والحيلولة بينها وبين ما تريده من أنظمتها ، التي يظهر لها أن بها صلاح المجتمع ، ثم قدرت عليه بعد مقاومة شديدة فإنها تقتله شر قتلة ، ولا شك أن ذلك القتل يسلبه جميع تصرفاته وجميع منافعه ؛ فهو أشد سلباً لتصرفات الإنسان ومنافعه من الرق بمراحل . والكافر قام ببذل كل ما في وسعه ليحول دون إقامة نظام الله الذي شرعه ؛ ليسير عليه خلقه فينشر بسببه في الأرض الأمن والطمأنينة ، والرخاء والعدالة والمساواة في الحقوق الشرعية ، وتنتظم به الحياة على أكمل الوجوه وأعدلها وأسماها ﴿ **إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون** ﴾ [3] فعاقبه الله هذه المعاقبة بمنعه التصرف ، ووضع درجته . وجريمته تجعله يستحق العقوبة بذلك .

فإن قيل : إذا كان الرقيق مسلماً فما وجه ملكه بالرق ؟ مع أن سبب الرق الذي هو الكفر ومحاربة الله ورسله قد زال ؟

فالجواب : أن القاعدة المعروفة عند العلماء وكافة العقلاء : أن الحق السابق لا يرفعه الحق اللاحق ، والأحقية بالأسبقية ظاهرة لا خفاء بها . فالمسلمون عندما غنموا الكفار بالسبي : ثبت لهم حق الملكية بتشريع خالق الجميع ، وهوالحكيم الخبير . فإذا استقر هذا الحق وثبت ثم أسلم

---

(١) سورة النساء : الآية (٣٦) .

(٢) سورة النور : الآية (٣٣) .

(٣) سورة النحل : الآية (٩٠) .

الرقيق بعد ذلك كان حقه في الخروج من الرق بالإسلام مسبوقاً بحق المجاهد الذي سبقت له الملكية قبل الإسلام ، وليس من العدل والإنصاف رفع الحق السابق بالحق المتأخر عنه ، كما هو معلوم عند العقلاء . نعم يحسن بالمالك ويجمل به : أن يعتقه إذا أسلم ، وقد أمر الشارع بذلك ورغب فيه وفتح له الأبواب الكثيرة كما قدمنا – فسبحان الحكيم الخبير ﴿ **وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم** ﴾ [1] فقوله ﴿ **صدقاً** ﴾ أي في الأخبار وقوله ﴿ **عدلا** ﴾ أي في الأحكام . ولا شك أن من ذلك العدل الملك بالرق وغيره من أحكام القرآن :

وكم من عائب قولاً صحيحا وآفته من الفهم السقيم . " [2]

ولا فرق في حكم الإسترقاق بين العرب والعجم والذكور والإناث ؛ لأن النصوص وردت عامة ولم يقم دليل على التخصيص .

يقول صديق البخاري في جواز إسترقاق الكفار من العرب والعجم الذكور والإناث : " الأدلة الصحيحة قد دلت على جواز إسترقاق الكفار من غير فرق بين عربي وعجمي ، وذكر وأنثى . ولم يقم دليل صحيح للتمسك قط في تخصيص أسر العرب بعدم جواز إسترقاقهم ، بل الأدلة قائمة متكاثرة على أن حكمهم حكم سائر المشركين .

منها حديث أبي هريرة في الصحيحين وغيرهما : " أنها كانت عند عائشة سبيّة من بني تميم فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم : أعتقيها فإنها من ولد إسماعيل " وأخرج البخاري وغيره : " أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم قال : حين جاء وفد هوازن مسلمين فسألوه أن يرد عليهم أموالهم وسبيهم فقال لهم رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم : أحب الحديث إليَّ أصدقه فاختاروا إحدى الطائفتين إما السبي وإما المال " الحديث وفي الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر " أن جويرية بنت الحارث من سبي بني المصطلق كاتبت على نفسها ثم تزوجها رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم على أن يقضي كتابتها فلما تزوجها قال الناس أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسلوا ما بأيديهم من السبي ... والحاصل أن الواجب الوقوف على ما دلت عليه الأدلة الكثيرة الصحيحة من التخيير في كل

---

(١) سورة الأنعام : الآية (١١٥) .

(٢) ٣/٤٢٤-٤٢٧ .

مشرك بين القتل والمنّ ، والفداء ، والإسترقاق ، فمن ادعى تخصيص نوع منهم ، أو فرد من أفرادهم فهو مطالب بالدليل " [١].

ثالثاً : المنّ والفداء

أدلة القول الأول ومناقشتها :

إستدلوا على جواز المنّ على الأسير ومفاداته بالكتاب والسنة :

١- الكتاب : إستدلوا بقوله عز وجل : ﴿ **فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها** ... الآية ﴾ [٢].

فموضع الشاهد من الآية قوله تعالى ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ ووجه الإستشهاد أن الآية نصّت على التخيير بلفظ " فإما ... وإما " في شأن الأسرى بين المنّ والفداء . [٣]

ويناقش هذا الدليل : بأن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [٤]من سورة براءة ؛ لأنها آخر ما نزل من القرآن الكريم ، فيكون حكم المنّ والفداء منسوخ بفرض القتل . [٥]

ويرد على هذه المناقشة : بما جاء في تفسير ابن جرير في تأويل قول الله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٢] " الصواب من القول عندنا في ذلك أن هذه الآية محكمة غير منسوخة وذلك أن صفة الناسخ والمنسوخ ما قد بيّناها في غير موضع في كتابنا أنه ما لم يجز إجتماع حكميهما في حال واحدة أو ما قامت الحجة على أن أحدهما ناسخ للآخر . وغير مستنكر أن يكون جعل الخيار في المنّ والفداء والقتل إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وإلى القائمين بعده بأمر الأمة وإن لم يكن القتل مذكوراً في هذه الآية لأنه قد أذن بقتلهم في آية أخرى وذلك قوله : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ... الآية ﴾ [٤]بل ذلك كذلك ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك كان يفعل فيمن صار أسيراً في يده من أهل

---

(١) ٢/٣٤٥-٣٤٦ الروضة الندية شرح الدرر البهية.

(٢) سورة محمد : الآية (٤) .

(٣) انظر : مواهب الجليل من أدلة خليل ٤/٣١١ .

(٤) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٥) انظر : المبسوط ١٠/١٣٩ ؛ وبدائع الصنائع ٧/١١٩-١٢٠ .

الحرب فيقتل بعضاً ويفادي ببعض ويمنّ على بعض ... " [١].

يقول ابن العربي في كلامه عن أحكام قوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾[٢] : " إختلف الناس في هذه الآية هل هي منسوخة أو محكمة ... والتحقيق الصحيح أنها محكمة في الأمر بالقتال ... " [٣]وقال : " اعلموا وفقكم الله أن هذه الآية من أمهات الآيات ومحكماتها بيّن الله سبحانه حكم الغلبة بشد الوثاق فيتخير حينئذ المسلمون بين المنّ والفداء [٤]. وبه قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة : إنما لهم القتل والإسترقاق وهذه الآية عنده منسوخة .

والصحيح إحكامها فإن شروط النسخ معدومة فيها من المعارضة ، وتحصيل المتقدم من المتأخر ، وقوله : ﴿ **فإما تثقفنهم في الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون** ﴾ [٥]فلا حجة فيه لأن التشريد قد يكون بالمن ، والفداء ، والقتل فإن طوق المنن يثقل أعناق الرجال ، ويذهب بنفاسة نفوسهم ، والفداء يجحف بأموالهم ولم يزل العباس تحت ثقل فداء بدر حتى أدّى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . أما قوله : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [٦]فقد قال ﴿ **واحصروهم** ﴾ [٦]فأمر بالأخذ كما أمر بالقتل . وإن قيل أمر بالأخذ للقتل قلنا أو للمن والفداء ، وقد عضدت السنة ذلك كله فروى مسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ من سلمة بن الأكوع جارية ففدى بها ناساً من المسلمين . وقد هبط على النبي صلى الله عليه وسلم من أهل مكة قوم فأخذهم النبي صلى الله عليه وسلم ، ومنّ عليهم . وقد منّ على سبي هوازن ، وقتل النضر بن الحارث ... فالنظر إلى الإمام " [٧].

٢- السنة : إستدلوا من السنة بدليلين :

الأول : أن النبي صلى الله عليه وسلم منّ على ثُمامة بن أُثال سيّد بني حنيفة [٨]، ومنّ

---

(١) ٣٠٧/١١ .

(٢) سورة محمد : الآية (٤) .

(٣) ١٣١/٤ .

(٤) المراد هنا ما بيّنته هذه الآية من حكم وهو المنّ والفداء وإلا فالخيار بين أربع خصال ودل على ذلك نسبة القول إلى الشافعي وقول أبي حنيفة وما يأتي من قوله .

(٥) سورة الأنفال : الآية (٥٧) .

(٦) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٧) ١٣١/٤-١٣٢ .

(٨) القصة في الصحيحين. البخاري مع الفتح ٦٨٨/٧ (كتاب) المغازي ، (باب) وفد بني حنيفة ، وحديث ثمامة بن أثال برقم ٤٣٧٢ ؛ومسلم مع النووي ٤-٨٧/١٢ (كتاب) الجهاد والسير ، (باب) ربط الأسير وحبسه وجواز المنّ عليه.

على أبي عزة الجمحي الشاعر . [١]

الثاني : أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء من أسارى بدر . [٢]

ويناقش هذا الدليل : بأن فعل النبي صلى الله عليه وسلم في أسارى بدر منسوخ بقوله تعالى : ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم ﴾ [٣] وقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لقد عُرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة " [٤] فدل ذلك على عدم جواز الفداء . [٥]

أدلة القول الثاني :

إستدلوا على جواز المنّ والفداء بالكتاب والسنة والمعقول :

١- الكتاب : تقدم الدليل ومناقشته في أدلة القول الأول .

٢- السنة : إستدلوا بما تقدم في أدلة القول الأول وأدلة أخرى كما يلي :

الأول : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في أسارى بدر : " لو كان المُطعِم بن عدي حيّاً ، ثم كلمني في هؤلاء النتنى ، لتركتهم له " [٦] . [٧]

فدل الحديث على أن الإمام له أن يمنّ على الأسارى بغير فداء . [٨]

الثاني : واستدلوا على الفداء أيضاً بحديث عمران بن حصين : " أن النبي صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من أصحابه برجل من المشركين من بني عقيل " [٩] . [١٠]

والحديث واضح الدلالة في جواز الفداء .

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦٥/٩ (كتاب) السير ، (باب) ما يفعله بالرجال البالغين منهم . والحديث ضعفه محدث الشام في إرواء الغليل ٤١/٥ .

(٢) تقدم تخريجه ص (٢٤٢) من البحث .

(٣) سورة الأنفال : الآية (٦٨) .

(٤) تقدم تخريجه في الصفحة (٤٤) .

(٥) انظر : المبسوط ١٣٩/١٠ .

(٦) رواه البخاري مع الفتح ٢٨٠/٦ (كتاب) فرض الخمس ، (باب) ما منّ النبي صلى الله عليه وسلم على الأسارى من غير أن يُخَمِّس .

(٧) انظر : المغني ٤٥/١٣-٤٦ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ ؛ وكشاف القناع ٥٣/٣ .

(٨) انظر : فتح الباري ٢٨٠/٦ .

(٩) رواه مسلم مع النووي ١٠٠/١١-٤ (كتاب) النذر ، (باب) لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد . ورواه الترمذي بلفظه عن عمران بن حصين ٦٥/٣ في (أبواب) السير - (باب) ما جاء في قتل الأسارى والفداء . وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(١٠) انظر : المغني ٤٦/١٣ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٩٨/٢ .

أدلة القول الثالث ومناقشتها :

إستدلوا على المنّ على الأسرى بجعلهم أهل ذمة لنا وفرض الجزية عليهم بأثر : " عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أخذ الجزية من مجوس السواد " [١]. فدل على جواز المنّ بجعلهم أهل ذمة لنا .[٢]

ومناقشة هذا الدليل : أن النبي صلى الله عليه وسلم منّ على أبي عزة الشاعر وكان ذلك يوم بدر [٣]؛ وقال في أسارى بدر : " لو كان المُطعِم بن عدي حيّاً ، ثم كلمني في هؤلاء النتنى ، لتركتهم له " [٤]هذه القصص وغيرها من الشهرة بمكان دلت على معنى شرعي في المنّ على الأسير ، وهو إطلاقه بترك سبيله بلا مقابل . كما في قوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٥]. [٦]

إستدلوا على عدم جواز الفداء بالمال في المشهور من المذهب بأدلة منها :

١- بأن الفرض هو قتل الأسرى بالضرب فوق الأعناق لقوله تعالى : ﴿ **فاضربوا فوق الأعناق** ﴾ [٧]وهذا الأمر منصرف إلى ما بعد الأخذ كما تقدم فلا يجوز ترك المفروض . [٨]

وتقدمت مناقشة هذا الدليل .

٢- واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [٩]من سورة براءة وهي من آخر ما نزل فكانت ناسخة لقوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٥]من سورة محمد . ويتبين من الآية الناسخة أن قتل المشرك عند التمكن فرض محكم وفي المفاداة ترك لإقامة هذا الفرض . [١٠] وقد تقدمت مناقشة هذا الدليل .

---

(١) مصنف عبد الرزاق ٦٩/٦ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١١٩/٧ .

(٣) سبق تخريج القصة . انظر : ص (٢٥٢) من هذا البحث .

(٤) الحديث سبق تخريجه ص (٢٥٢) .

(٥) سورة محمد : الآية (٤) .

(٦) انظر : شرح الزرقاني على خليل ١٢٠/٣ ؛ ونهاية المحتاج ٦٨/٨ ؛ والمغني ٤٤/١٣ ؛ وزاد المعاد ١١٠/٣ ؛ وفتح الباري ١٧٧/٦ وغيرها .

(٧) سورة الأنفال : الآية (١٢) .

(٨) انظر : بدائع الصنائع ١١٩/٧-١٢٠ .

(٩) سورة التوبة : الآية (٥)

(١٠)انظر : المبسوط ١٣٩/١٠ ؛ وبدائع الصنائع ١١٩/٧-١٢٠ .

٣- أن قوله تعالى : ﴿ **فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [١] وقوله تعالى : ﴿ **لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم** ﴾ [٢] وقوله صلى الله عليه وسلم " لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة " [٣] ناسخ لمفاداة أسارى بدر . [٤]

ويناقش هذا الدليل : بأن الله عز وجل في شأن أسارى بدر عاتب النبي صلى الله عليه وسلم بأنه ليس لنبي أن يكون له أسرى ويترك قتلهم حتى يتمكن في الأرض وذلك يكون بالإثخان . كما قال تعالى : ﴿ **ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم** ﴾ [٥] ثم نزلت آية سورة محمد وهو قوله تعالى : ﴿**فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٦] تأكيداً وبياناً للآية السابقة آية الأنفال . [٧]

٤- قال تعالى : ﴿ **وإن يأتوكم أسارى تفادوهم وهومحرم عليكم إخراجهم** ﴾ [٨] " أخبر الله تعالى عن الأمم السالفة على وجه الإنكار عليهم . ففائدتنا أن لا نفعل مثل ما فعلوا " [٩] .

ويناقش هذا الدليل : بأن هذه الآية نزلت إنكاراً على اليهود بالمدينة قبل الإسلام في أنهم يتحاربون وقد أخذ الله عليهم الميثاق أن لا يتقاتلوا . وبعد القتال يفدون أسراهم جميعاً عملاً بحكم التوراة فأنكر الله عليهم أنهم عملوا ببعض الكتاب وتركوا بعضاً . فقال تعالى : ﴿ **ثم أنتم هؤلاء تقتلون أنفسكم وتخرجون فريقا منكم من ديارهم تظاهرون عليهم بالإثم والعدوان وإن يأتوكم أسارى تفادوهم وهو محرم عليكم إخراجهم أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض** ... الآية ﴾ [١٠] فالمولى عز وجل فرض عليهم ثلاثة أمور :

---

(١) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٢) سورة الأنفال : الآية (٦٨) .

(٣) الحديث تقدم تخريجه . انظر : ص (٢٤٢) من هذا البحث .

(٤) انظر : المبسوط ١٣٩/١٠ .

(٥) سورة الأنفال : الآية (٦٧) .

(٦) سورة محمد : الآية (٤) .

(٧) انظر : الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه لمكي بن أبي طالب ص (٢٦٠-٢٦١) .

(٨) سورة البقرة : الآية (٨٥) .

(٩) المبسوط ١٣٩/١٠ .

(١٠) سورة البقرة : الآية (٨٥) .

١/ أن لا يسفك بعضهم دم بعض . ٢/ ولا يخرج بعضهم بعضاً من ديارهم . ٣/ وإن وجدوا أسيراً وجب عليهم فداؤه . فعملوا بالأمر الأخير وتركوا الأول والثاني فأنكر الله عليهم ذلك . (١)

٥- واستدلوا بحديث أبي بكر رضي الله عنه في الأسير حيث قال : " لا تفادوه وإن أعطيتم به مدّين ذهب " (٢).

ويناقش هذا الدليل : بأنه على فرض صحة الأثر فإنه لا يقوى أن يعارض الأحاديث التي وردت عن النبي صلى الله عليه وسلم في الفداء بالمال ، ومنها ما أشار به أبوبكر رضي الله عنه نفسه في أسارى بدر . وجمعاً نقول : لعل أبابكر ظهر له المصلحة في هذه الحالة بعينها وهو خلاف الفداء فلا يجوز له بعد ذلك العدول إلى الفداء وهذا هو التخيير . (٣)

٦- أن المفاداة بالمال وإعادته إلى دار الحرب إعانة لهم على حربنا ، وهذا لا يجوز . (٤)

٧- أن الأسير صار من أهل دارنا فلا يجوز إعادته إلى دار الحرب بمال يؤخذ منه كأهل الذمة ؛ لأن إعادته تفويت للإسترقاق الذي تقرر به أنه من أهل دارنا وهو المقصد لا أخذ المال كأخذ الجزية من أهل الذمة . (٥)

٨- أن تخلية سبيل الأسير ليكون حرباً علينا مقابل مال معصية ، ولا يجوز إرتكاب المعصية لأجل المال ، فقتل المشرك فرض وتركه معصية . كما لو أعطونا مالاً لترك الصلاة . (٦)

وتناقش هذه الأدلة الثلاثة : بأن المفاداة بالمال وغيرها من خصال التخيير في الأسرى جعلها الشارع الحكيم للإمام بحسب المصلحة ، ودرء المفسدة فلا يفعل إلا بإجتهاد في مراعاتهما فلا يستقيم إستدلالكم . (٧)

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/١٦-١٧ ؛ وتفسير ابن كثير ١/١٨١-١٨٣ ؛ تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان لعبد الرحمن بن ناصر السعدي ١/٧٣-٧٤ تقديم محمد زهدي النجار تصحيح محمد سليمان البسام (جدة : السعودية ، دار المدني ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) .

(٢) انظر : المبسوط ١٠/١٣٩ .

(٣) انظر : الفروق للقرافي ٣/١٧ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٧/١٢٠ ؛ والمبسوط ١٠/١٣٩ .

(٥) انظر : المبسوط ١/١٣٩ .

(٦) انظر : بدائع الصنائع ٧/١٢٠ .

(٧) انظر : الفروق للقرافي ٣/١٧ ؛ وشرح الزرقاني على خليل ٣/١٢٠ ؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/١٨٤ ؛ والخرشي على خليل ٣/١٢١ ؛ ونهاية المحتاج ٨/٦٨ ؛ وتحفة المحتاج ٧/٢٤٩ ؛ وكشاف القناع ٣/٥٢ ؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/٩٨ .

واستدلوا على جواز الفداء بالمال عموماً عند الحاجة إلى المال بقوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [١] المراد بالآية الأسرى بدليل أول الآية : ﴿ **فشدوا الوثاق** ﴾ [١] ولما شاور الرسول صلى الله عليه وسلم أصحابه رضي الله عنهم في الأسارى يوم بدر أشار أبوبكر رضي الله عنه بالمفاداة فمال الرسول صلى الله عليه وسلم إلى هذا لما رأى من حاجة أصحابه إلى المال في ذلك الوقت . [٢]

وأدلة أبي حنيفة على عدم جواز المفاداة بالأسير كما يلي :

١ – أن القتل فرض محكم في أسرى المشركين فلا يجوز تركه بالمفاداة . [٢]

٢ – أن إبتلاء الأسير المسلم بالعذاب والفتنة في الدين من فعل الكفار ولا يضاف إلينا ، وتخلية سبيل المشرك ليعود لدار الحرب ويكونوا أهل شوكة ومنعة فعل مضاف إلينا إثمه ، فمراعاة جانبنا بترك الإثم أولى . [٣]

٣ – أننا مأمورون ببذل النفوس والأموال في سبيل الله لكي نتوصل إلى قتلهم فبعد التمكن منهم لا يجوز تركهم خوفاً على الأسرى من المسلمين . [٤]

٤ – أن الأسير صار من أهل دارنا كالذمي فكما لا يجوز مفاداة الذمي بالأسير المسلم ، لا يجوز مفاداة أسيرهم بالأسير المسلم . [٥]

وهذه الأدلة يستوي فيها مفاداة أسير بأسير ، أو أسير بأسيرين ؛ لأنهم لا يطلبون ذلك إلا لقوة قتال ذلك الأسير وفي مفاداته تقوية لهم على قتال المسلمين . [٦]

وتناقش هذه الأدلة : بأن الله تعالى شرع الفداء للأسير بعد أن قويت شوكة المسلمين . وخيّر النبي صلى الله عليه وسلم والأئمة من بعده بعد الإثخان في الفداء وغيره وفقاً للمصلحة . فلا يرد دليلكم في المنع . أضف إلى ذلك ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فادى بالأسير دون ما مرّة . [٧]

---

(١) سورة محمد : الآية (٤) .

(٢) انظر : المبسوط ١٠/١٣٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) انظر : المبسوط ١٠/١٣٩–١٤٠ .

(٥) انظر : المبسوط ١٠/١٤٠ .

(٦) انظر : المرجع السابق .

(٧) انظر : نيل الأوطار ٧/٣٥٠ ؛ وزاد المعاد ٣/١١٠ ، ١١٢ ؛ وأحكام القرآن للكيا الهراسي ٣/١٦٥ .

ودليل الصاحبين في جواز الفداء بالأسير هو دليل القول الأول والثاني . [١]

إستدل محمد بن الحسن على جواز فداء الشيخ الكبير : بأن معنى الإعانة لأهل الحرب لا يحصل به فجاز فداؤه بالمال . [٢]

مناقشة إستدلال محمد بن الحسن على جواز فداء الشيخ الكبير :

بأن معنى الإعانة لأهل الحرب إذا لم تحصل بطريق المشاركة في القتال تحصل بطريق آخر وهو أشد من الأول وهوالرأي والمشورة وتكثير السواد . [٣]

واستدل أبويوسف على جواز مفاداة الأسير قبل القسمة لا بعدها : بأن القسمة يحدد به كونه من أهل دارنا ، أم لا ، وإذا لم يقسم لم يتقرر أنه من أهل دارنا فجاز الفداء بالأسير المسلم . وذلك كالقتل ليس للإمام أن يقتله بعد القسمة وله ذلك قبلها ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ **حتى تضع الحرب أوزارها** ﴾ [٤]كناية عن القسمة . [٥]

أدلة المذهب الرابع ومناقشتها :

إحتجوا بأن قوله تعالى : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤]ناسخ لقوله تعالى : ﴿ **فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم** ﴾ [٦]. فالحكم الثابت الذي استقر عليه الأمر هو التخيير بين المنّ والفداء ولا يجوز القتل ، ولا يجوز الإسترقاق . [٧]

مناقشة دليل المذهب الرابع : في جعل التخيير بين خصلتين المنّ ، والفداء فقط بناء على آية سورة محمد ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [٤].

ناقش الشنقيطي رحمه الله هذا المذهب عند تفسيره لهذه الآية في معرض كلامه عن الرق فقال : " واعلم أن ما يدعيه بعض من المتعصبين ، لنفي الرق في الإسلام من أن آية القتال هذه

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٩ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٧/١٢٠ .

(٣) انظر : المرجع السابق .

(٤) سورة محمد : الآية (٤) .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي ١٠/١٤٠ .

(٦) سورة التوبة : الآية (٥) .

(٧) انظر : المغني ١٣/٤٥ ؛ وبداية المجتهد ١/٤٤٣ ؛ ونيل الأوطار ٧/٣٤٩ ؛ وجامع البيان في تفسير القرآن للطبري ٢٦/٢٧ ؛ وفتح الباري ٦/١٧٧ ؛ وفي ظلال القرآن ٦/٣٢٨٤-٣٢٨٥ ؛ وآثار الحرب للزحيلي ص (٤٣٥) .

دلت على نفي الرق من أصله ، لأنها أوجبت واحداً من أمرين لا ثالث لهما ، وهما المنّ والفداء فقط فهو إستدلال ساقط من وجهين :

أحدهما : أن فيه أستدلالاً بالآية ، على شئ لم يدخل فيها ، ولم تتناوله أصلاً ، والإستدلال إن كان كذلك فسقوطه كما ترى :

... إن هذه الآية التي فيها تقسيم حكم الأسارى إلى منّ ، وفداء لم تتناول قطعاً إلا الرجال المقاتلين من الكفار لأن قوله ﴿ **فضرب الرقاب** ﴾ [1]وقوله : ﴿ **حتى إذا أثخنتموهم** ﴾ [1]صريح في ذلك كما ترى . وعلى إثخان هؤلاء المقاتلين رتب بالفاء قوله : ﴿ **فشدوا الوثاق** ﴾ [1]الآية . فظهر أن الآية لم تتناول أنثى ولا صغير ألبتة . ويزيد ذلك إيضاحاً أن النهي عن قتل نساء الكفار وصبيانهم ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأكثر أهل الرق في أقطار الدنيا إنما هم من النساء والصبيان .

ولو كان الذي يدعي نفي الرق من أصله يعترف بأن الآية ، لا يمكن أن يستدل بها على شئ غير الرجال المقاتلين ، لقصر نفي الرق الذي زعمه على الرجال الذين أُسروا ، في حال كونهم مقاتلين ، ولو قصره على هؤلاء لم يمكنه أن يقول بنفي الرق من أصله كما ترى .

الوجه الثاني : ما قدمنا من أدلة على ثبوت الرق في الإسلام [2]وقوله تعالى في هذه الآية الكريمة : ﴿ **حتى تضع الحرب أوزارها** ﴾ [1]أي إذا لقيتم الكفار فاضربوا أعناقهم ﴿ **حتى إذا أثخنتموهم** ﴾ [1]قتلاً فأسروهم ﴿ **حتى تضع الحرب أوزارها** ﴾ [1]أي تنتهي الحرب .

وأظهر الأقوال في معنى وضع الحرب أوزارها أنه وضع السلاح ، والعرب تسمي السلاح وزراً ، وتطلق الأوزار على آلات الحرب وما يساعد فيها كالخيل ، ومنه قول الأعشى :

وأعددت للحرب أوزارها رمحاً طوالاً وخيلاً ذكوراً

وفي معنى أوزار الحرب ، أقوال أخر معروفة تركناها ، لأن هذا أظهرها عندنا ، والعلم عند الله تعالى " [3].

---

(١) سورة محمد : الآية (٤) .

(٢) انظر : ص (٢٤٥) من هذا البحث .

(٣) ٤١٩/٧-٤٢٠ .

رابعاً : الجزية

إستدل أصحاب القول الأول على الجزية كخصلة خامسة يتخير فيها الإمام بالسنة : حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية وعقد الذمة على أُكيدر بن عبد الملك [١] ملك دومة الجندل لما كان أسيراً على يد خالد بن الوليد رضي الله عنه . [٢]

لقد لحظنا إختلاف أهل العلم في الخصال التي يكون فيها الخيار والذي عليه الجمهور : هو تخيير الإمام في أربع خصال وهي : القتل ، والإسترقاق ، والمنّ ، والفداء يفعل الإمام وجوباً الأحظ للمسلمين وهذا ما ذهب إليه طائفة من أهل العلم والتحقيق :

قال القاضي أبويعلى [٣] : " الأسرى : الإمام مخير فيهم بين أربعة أشياء : القتل ، والإسترقاق ، والفداء ، والمنّ ، وينبغي أن يراعي في اختياره مصلحة المسلمين " .

وقد ضرب بعض أهل العلم لهذه المصلحة أمثلة ، فهي ليست ملزمة ، بل هي مبيّنة وموضّحة .

ومن ذلك ما جاء في الفروق للقرافي : " ووجه ما يعتمده في الأسارى : أن من كان منهم شديد الدهاء كثير التوليب على المسلمين برأيه ودهائه فالواجب على الإمام فيه القتل إذا ظهر له ذلك منه في اجتهاده بالسؤال عن أخباره وأحواله وما يتصل به من سيرته . وإن كان الأسير قد ظهر له منه أنه ليس من هذا القبيل بل هو مأمون القائلة ، وتتألف بإطلاقه طائفة كثيرة على الإسلام ، أو إطلاق خلق كثير من أسارى المسلمين إذا منّ عليه قوبل على ذلك بمثله ونحو ذلك من المصالح التي تعرض في النظر والفكر المستقيم بعد بذل الجهد فإنه يمنّ عليه حينئذ من غير شئ ، وإن كان لا يرتجى منه ذلك والإمام محتاج إلى المال لمصالح الغزو وغيره فإنه يفديه بالمال ، وإن رأى المسلمين محتاجين إلى من يخدمهم أسترقهم ... " [٤] .

---

(١) هو أكيدر بن عبد الملك الكندي ملك دومة الجندل وتسمى الجوف ، قيل أسلم بعد أن كان نصرانياً ، وقيل لم يسلم قط . عاهدهم النبي صلى الله عليه وسلم فنكثوا العهد . انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١٢٤/١-١٢٥ .

(٢) انظر : مواهب الجليل من أدلة خليل ٣١١/٤ . والحديث رواه أبوداود في سننه ٤٢/٣ (كتاب) الخراج والإمارة والفيئ (باب) أخذ الجزية . والحديث حسّنه الألباني في صحيح سنن أبي داود ٥٨٩/٢ برقم ٢٦٢١ .

(٣) الأحكام السلطانية ص (٤٨٤) تحقيق محمد الحاج عبد القادر . رسالة دكتوراه جامعة الأزهر كلية الشريعة .

(٤) ١٧/٣ .

يقول ابن حجر في الفتح : " قوله باب : ﴿ **فإما منا بعد وإما فداء** ﴾ [١]فيه حديث ثمامة . كأنه يشير إلى حديث أبي هريرة في قصة إسلام ثمامة بن أثال ... والمقصود هنا قوله : " إن تقتل تقتل ذا دم ، وإن تنعم تنعم على شاكر ، وإن كنت تريد المال فسل منه ما شئت " [٢]فإن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على ذلك ولم ينكر عليه التقسيم ثم منّ عليه بعد ذلك فكان في ذلك تقوية لقول الجمهور أن الأمر في أسرى الكفرة من الرجال إلى الإمام يفعل ما هو الأحظ للمسلمين " [٣].

ويقول الشوكاني : " والحاصل أنه قد ثبت في جنس أسارى الكفار جواز القتل ، والمنّ ، والفداء ، والإسترقاق ، فمن ادعى أن بعض هذه الأمور يختص ببعض الكفار دون بعض لم يقبل منه ذلك إلا بدليل ناهض يخصص العمومات ، والمجوز قائم في مقام المنع " [٤].

هذا الكلام بمثابة الخلاصة والقاعدة .

الترجيح :

من عرض الأدلة والمناقشات من القرآن والسنة والإجماع والمعقول يتضح رجحان قول الجمهور وهو القول الثاني [٥]في هذه المسألة . فالإمام مخيّر بين قتل الأسرى ، أو المنّ عليهم ، أو مفاداتهم على مال ، أو بأسرى المسلمين أو إسترقاقهم ويراعي في كل ذلك الحظ والمصلحة للمسلمين ، وذلك بالإجتهاد والمشورة والسؤال عن أخبارهم وأحوالهم ، فمن كان من الأسرى شديد النكاية بالمسلمين كثير الدهاء ، لا أمل في إسلامه فقتله أولى وأوفق ، و من كان يرجى إسلامه وتتألف بإسلامه طائفة من قومه لكونه مطاع فيهم فالمنّ عليه أصلح ، ومن الأسرى الضعيف كثير المال وبالمسلمين حاجة إلى المال أو إلى أسير عندهم ففداؤه أوفق ، ومنهم المأمون والمسلمون في حاجة إلى خدمته فاسترقاقه أصلح ، وغير ذلك من المصالح المعتبرة في النظر والفكر .

---

(١) سورة محمد : الآية (٤) .

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص (٢٥١) .

(٣) ١٧٦/٦ .

(٤) نيل الأوطار ٨/٨ .

(٥) انظر : ص (٢٣٥) من هذا البحث .

الحكمة في التخيير في الأسرى :

إن الإمام هو قائد المجتمع المسلم وهو أدرى بالمصلحة العامة لهم ، واختياره – بالإجتهاد بعد المشورة والسؤال عن أحوال الأسرى وما يتعلق بسيرتهم مراعاة لوجوه وخصال التخيير في الأسير – أوفق وفيه حسم لمادة الخلاف ؛ لذا فوّض الشارع الأمر إليه . ونطاق التفويض في التخيير في الأسرى قبل الفكر والنظر فيما هو أصلح للمسلمين ، فإذا اجتهد إختار الأصلح وجوباً ، فإذا اختار الأصلح وجب العمل به ؛ لأن التخيير متعلق بالمسلمين ومصلحتهم . (١)

فالمقصود من الأسر كسر الشوكة ودفع الشر وإضعاف القوى وغير ذلك مما يعود على المسلمين بالمصلحة . (٢)

---

(١) انظر : الفروق للقرافي ٣/١٧–١٨ ؛ والمغني لابن قدامة ١٣/٤٦–٤٧ .

(٢) انظر : المبسوط ١٠/١٣٨ .

الخاتمة

الخاتمة

وبعد ... فهذا هو موضوع التخيير في الشريعة الإسلامية تعريفه ، وتقسيماته ، وقواعده ، وضوابطه ، ومسائله ، وبعض تطبيقاته ، في بحث مستقل عسى أن يكون فيه إضافة جديدة ، وفائدة مديدة ، وقد توصلت من خلال بحثي إلى نتائج أورد أهمها فيما يلي :

- انتهيت من خلال بحثي إلى وضع تعريف للتخيير فهو : " تفويض الأمر إلى شخص عاقل في اختيار خصلة من خصلتين أو أكثر ، معينة شرعاً بشروط معلومة " .
- كما تبينت لي العلاقة بين التخيير ، والواجب المخيّر وبين التخيير والمباح ، فالتخيير يقع في الواجب – ويسمى الواجب المخيّر – ويقع في المسنون ، ويقع في المباح بين الفعل والترك مع استواء الطرفين ، وليس كل ما خير فيه يسمى تخييراً في اصطلاح الفقهاء .
- الحكمة في مشروعية التخيير ترجع إلى أمور من أهمها : التيسير ، والتخفيف ، ورفع الحرج .
- للتخيير ألفاظ دالة عليه من أميزها " أو " وهي مطردة في نصوص القرآن الكريم ، فكل شئ في القرآن فيه " أو " فهو على التخيير إذا كان كل من المعطوفات بـ" أو " مطلوباً .
- انتهيت إلى تقسيم التخيير إلى ستة أقسام باعتبارات مختلفة : من جهة أفعال المكلف ، ومن حيث جواز الجمع وعدمه ، وباعتبار اللفظ ، ومن حيث الوصف بالعموم والخصوص ، ومن حيث جواز التوكيل وعدم جوازه ، وباعتبار وقت الفعل .
- انتهيت من خلال بحثي إلى تعريف للقاعدة الفقهية والضابط الفقهي بعد أن ناقشت التعريفات الأخرى .

فالقاعدة هي : حكم كلّي ينطبق على فروع فقهية لتعرف أحكامها منه مباشرة من أكثر من باب .

والضابط هو : حكم كلّي ينطبق على فروع فقهية لتعرف أحكامها منه مباشرة من باب واحد .

- بيّنت العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي ، والقاعدة الفقهية والنظرية الفقهية ، كما بيّنت الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .
- التخيير يقع بين ما خيّر فيه من غير خلط وتلفيق وتبعيض ، إلا ما استثني . ويكون بين واجبين أو مندوبين أو مباحين .
- التفاضل بين ما خير فيه وارد ولا ينافي التخيير .
- قد يتحوّل التخيير في الواجب إلى تعيين .

ومن تطبيقات التخيير توصّلت إلى الآتي :

– تدخل كل خيارات البيع والنكاح في التخيير ؛ لأن الخيار اسم من الاختيار ، والاختيار ناتج التخيير وتطبيقه .

– مشتري المصرّاة بالخيار بين الإمساك والرضى بها وبين الرد وصاع من تمر .

– إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من امرأة مباحة فله الخيار على أي حال في حدود المباح .

– خيّر النبي صلى الله عليه وسلم زوجاته بين البقاء معه أو الفراق . فإذا اختارت المرأة زوجها فلا يعتبر طلاقاً ، وإذا اختارت نفسها فهي طلقة واحدة رجعية .

– توصلت إلى أن الولد الذكر المميز إذا افترق أبواه ، وتنازعا فيه يخير بينهما بعد مراعاة المصلحة وفقاً لتوفر شروط ، وانتفاء موانع .

– ولي الدم مخيّر بين القصاص ، والدية ، والعفو ، دون اعتبار لرضى الجاني .

– الإمام مخير في المحارب بما تقتضيه المصلحة مع اعتبار الاجماع في قَتْل من قَتَل .

– التخيير في كفارة اليمين في خصال الكفارة الثلاث الأُول ، وفي وقت التكفير قبل الحنث ، وبعده .

– بينت أن معاملة الأسرى في العالم اليوم وفق اتفاقيتي جنيف ، بينما الحكم الشرعي : أن يخيّر الإمام بحسب المصلحة بين القتل ، والاسترقاق ، والمنّ ، والفداء .

هذه هي أهم النتائج . وهناك توصيات كما يلي :

– لما رأيت من فائدة لمثل هذه الموضوعات فإني أهيب بطلبة العلم بتبني مثل هذه الموضوعات .

– إن علم القواعد الفقهية والنظريات الفقهية يحتاج إلى مزيد من الاهتمام من الباحثين في مجال الفقه ؛ لذا أقترح تضمين أو تذييل الموضوعات في مجال الفقه بالقواعد الفقهية ، لما فيها من التعمق ، وابراز ما في الشريعة من سمو .

– وبعد .. هذا ما منّ الله به علي فله الحمد أولاً وأخيراً . فما أحسنت فيه فهو منه عز وجل وما أسأت ، وقصرت فهو مني واستغفر الله .

هذا ، وأسأل الله أن يتقبله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفعني به في الحياة وبعد الممات إنه ولي ذلك والقادر عليه . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وا لله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل .

الفهارس

١- فهرس الآيات القرآنية

٢- فهرس الأحاديث النبوية

٣- فهرس الآثار

٤- فهرس الأعلام المترجم لهم

٥- فهرس القواعد والضوابط

٦- فهرس المراجع

٧- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

" أ "

الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
إذ يوحي ربك إلى الملائكة أني معكم	الأنفال	١٢	٢٣٩
اصلوها فاصبروا أو لا تصبروا	الطور	١٦	٩٣
أن الذين فرّقوا دينهم وكانوا شيعاً	الأنعام	١٥٩	٢٩
إن الله يأمر بالعدل والاحسان	النحل	٩٠	٢٤٨
إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله	المائدة	٣٣	٩٥، ٢٠٦، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١٣، ٢١٦
أن يقتّلوا أو يصلّبوا	المائدة	٣٣	٢١٢
أو زد عليه ورتّل القرآن	المزمل	٤	١٣٠
أو كفارة طعام مساكين	المائدة	٩٥	١٨
أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن	النور	٣١	٢٤٦

" ث "

ثم استوى إلى السماء وهي دخان	فصلت	١١	٩٣
ثم الله شهيد على ما يفعلون	يونس	٤٦	٢٢٨
ثم أنتم هؤلاء تقتلون أنفسكم	البقرة	٨٥	٢٥٤
ثم كان من الذين آمنوا وتواصوا بالصبر	البلد	١٧	٢٢٨

" ح "

حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق	محمد	٤	٢٤٣ ، ٢٥٨
حتى تضع الحرب أوزارها	محمد	٤	٢٥٧ ، ٢٥٨
حتى تفيئ إلى أمر الله	الحجرات	٩	١٠٦ هامش

" خ "

خذ العفو	الاعراف	١٩٩	١٩٣ ، ١٩٨

" ذ "

ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم	المائدة	٨٩	٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩

" ف "

فإذا انسلخ الأشهر الحرم	التوبة	٥	٢٥٧
فإذا قضيت الصلاة فانتشروا	الجمعة	١٠	٥١ ، ١٢٧
فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب	محمد	٤	٢٣٦ ، ٢٤٠ ، ٢٥٠
فاضربوا فوق الأعناق	الأنفال	١٢	٢٥٣
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم	التوبة	٥	٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤٤، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٣، ٢٥٤
فإما تثقفنهم في الحرب	الأنفال	٥٧	٢٤٠ ، ٢٥١
فإما مناً بعد وإما فداء	محمد	٤	٩٦، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢، ٥٠، ٢٥١، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢، ٥٦، ٢٥٧، ٢٦٠
فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة	النساء	٣	٢٤٥
فجزاء مثل ما قتل من النعم	المائدة	٩٥	٢١٠
فشدّوا الوثاق	محمد	٤	٢٥٦ ، ٢٥٨
فضرب الرقاب	محمد	٤	٢٥٨
ففدية من صيام أو صدقة	البقرة	١٩٦	٢١٠
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً	النور	٣٣	٢٤٨
فكفارته إطعام عشرة مساكين	المائدة	٨٩	١٣، ٢١، ٤٠، ٤٧، ٥٣، ٥٥، ٧٥، ٩٦، ١١٩، ٢١٠
فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً	الأنفال	٦٩	٢٤٢
فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة	النساء	١٠١	١٢٩
فما الذين فُضّلوا برادي رزقهم	النحل	٧١	٢٤٦
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه	البقرة	١٩٤	١٤٣
فمن كان منكم مريضاً أو به أذى	البقرة	١٩٦	١٤، ١٦، ١٧، ٩٤، ٩٦، ١٠٢، ٢١٠

	" ق "		
قلنا يا ذا القرنين إما أن تعذّب	الكهف	٨٦	٢١١
قم الليل إلا قليلاً	المزمل	٢	١٣٠
	" ك "		
كلوا من طيبات ما رزقناكم	البقرة	٥٧	٥١،٥٥،٨٠،١٢٧ ١٧٨،
كمثل غيث أعجب الكفار نباته	الحديد	٢٠	٢٢١
	" ل "		
لا يحل لك النساء من بعد	الأحزاب	٥٢	٢٤٦
لا يؤاخذكم ا لله باللغو في أيمانكم	المائدة	٨٩	١٩ ، ٩٥ ، ٢٢٣
لولا كتاب من ا لله سبق لمسكم	الأنفال	٦٨	٢٥٢ ، ٢٥٤
	" م "		
ما أريد منهم من رزق	الذاريات	٥٧	٢٤٧
ما كان لنبي أن يكون له أسرى	الأنفال	٦٧	٢٣٧،٢٤٠،٢٤١ ٢٤٢،٢٥٤
	" ن "		
نساؤكم حرث لكم	البقرة	٢٢٣	٥١ ، ٨٠ ، ١٢٧
نصفه أو انقص منه قليلاً	المزمل	٣	١٣٠
	" هـ "		
هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء	الروم	٢٨	٢٤٦
	" و "		
وأتموا الحج والعمرة لله	البقرة	١٩٦	١٦
واختار موسى قومه	الأعراف	١٥٥	٤
وإذا حللتم فاصطادوا	المائدة	٢	٥١ ، ١٢٧
وإذ قلنا ادخلوا هذه القرية	البقرة	٥٨	١٢٧
وإذ يرفع إبراهيم القواعد	البقرة	١٢٧	٦٣
واعبدوا ا لله ولا تشركوا به	النساء	٣٦	٢٤٨

واعتصموا بحبل ا لله جميعاً	آل عمران	١٠٣	٢٩
والجار ذي القربى	النساء	٣٦	٢٤٦
والذين هم لفروجهم حافظون	المؤمنون	٦	٢٤٦
والذين يبتغون الكتاب	النور	٣٣	٢٤٦
وا لله أخرجكم من بطون أمهاتكم	النحل	٧٨	٢٤٧
والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم	النساء	٢٤	٢٤٦
وإن تعدوا نعمة ا لله لا تحصوها	إبراهيم	٣٤	٢٤٧
وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به	النحل	١٢٦	١٤٣
وإن كنتن تردن ا لله ورسوله	الأحزاب	٢٩	٥٣ ، ١٥٦ ، ١٥٧
وإن يأتوكم أسارى تفادوهم	البقرة	٨٥	٢٥٤
وتمت كلمة ربك	الأنعام	١١٥	٢٤٩
وجزاء سيئة سيئة مثلها	الشورى	٤٠	٢١٠
وشددنا أسرهم	الإنسان	٢٨	٢٣٣
وضرب ا لله مثلاً عبداً مملوكاً	النحل	٧٥	٢٤٧
وقاتلوا المشركين كافة	التوبة	٣٦	٢٤٠
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً	النور	٣٣	٢٤٨
ولا تجعل في قلوبنا غلاً	الحشر	١٠	٣٢
ولا تطع منهم آثماً	الإنسان	٢٤	٢١١
ولا تقتلوا النفس	الأنعام	١٥١	٦٧
ولا تقتلوا النفس التي حرّم ا لله	الإسراء	٣٣	١٩٤ ، ١٩٩
ولا تقتلوا أنفسكم	النساء	٢٩	١٩٧ ، ٢٠٢
ولا تكونوا كالذين تفرقوا	آل عمران	١٠٥	٢٩
ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة	البقرة	١٩٥	١٩٧
ولا نسائهن ولا ما ملكت أيمانهن	الأحزاب	٥٥	٢٤٦
ولعبد مؤمن خير من مشرك	البقرة	٢٢١	٢٤٧
وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون	الذاريات	٥٦	٢٤٧
وما ملكت أيمانكم	النساء	٣٦	٢٤٨
ومن الذين قالوا إنا نصارى أخذنا ميثاقهم	المائدة	١٤	٣٠
ومن لم يستطع منكم طولاً	النساء	٢٥	٢٤٦

ويسألونك ماذا ينفقون	البقرة	٢١٩	١٩٣ ، ١٩٨
ويطعمون الطعام على حبه	الإنسان	٨	٢٣٣

" ي "

يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات	الأحزاب	٤٩	١٥٧
يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص	البقرة	١٧٨	١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٨
يأيها الذين آمنوا كلوا من طيبات	البقرة	١٧٢	١٤
يأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد	المائدة	٩٥	١٧ ، ٩٤ ، ٩٦
يأيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك	الأحزاب	٥٠	٢٤٦
يأيها النبي قل لأزواجك	الأحزاب	٢٨	٥٣،١٥٦،١٥٧،١٥٩
يأيها المزمل	المزمل	١	١٣٠
يريد الله أن يخفف عنكم	النساء	٢٨	٢٧

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	رقم الصفحة
" أ "	
أُتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة أسري به بإيلياء	٨٠
أحب الحديث إلي أصدقه	٢٤٩
اختر أيتها شئت	١٥١
اختر منهن أربعاً	١٥٠ ، ١٥١
إذا باع أحدكم الشاة اللقحة فلا يُحَفلها	١٣٩
إذا ما أحدكم اشترى لقحة مصراة	١٤١
اعتقيها فإنها من ولد إسماعيل " لعائشة "	٢٤٩
ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم	٢٢ ، ١٩٤
ألا ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين	١٩٤ ، ١٩٩
أنتِ أحق به ما لم تنكحي	١٧٦،١٧٩،١٨٢
إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيّر غلاماً	١٧٤
إن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ على صبرة	١٠٨
انسك شاة	١٠٢
إن شئت فانسك	٢٠ ، ٤٢ ، ٥٣
إنما الأعمال بالنيات	٨١
إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبرّه	١٩٢ الهامش
إن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية	٢٥٩
إن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الفداء	٢٥٢
إن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ ... جارية	٢٥١
إن النبي صلى الله عليه وسلم خيّر غلاماً	٤٢
إن النبي صلى الله عليه وسلم فدى رجلين	٢٥٢
إن النبي صلى الله عليه وسلم قتل أبا عزة	٢٣٨
إن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال يهود	٢٣٨
إن النبي صلى الله عليه وسلم قتل النضر	٢٣٧

إن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يوم بدر عقبة	٢٣٨
إن النبي صلى الله عليه وسلم منّ على أبي عزة	٢٥٣
إن النبي صلى الله عليه وسلم منّ على ثمامة	٢٥١
إنه خيّر الغلام	١١٦
إني ذاكر لك أمراً	١٥٦ ، ١٥٨
أيّ ذلك فعلت أجزأ	٢١ ، ٤٢
" ب "	
البيّعان بالخيار	٤٢ ، ١٠٥ ، ١١٤
" ت "	
تجد شاة	١٣١
" خ "	
الخراج بالضمان	١٤٥
" ص "	
صم ثلاثة أيام	٢٠ ، ٤٢
" ط "	
طلّق أيتهما شئت	١٥٠ ، ١٥١
" ف "	
فارق واحدة	١٥١
فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمسك أربعاً	١٥١
فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن	١٥٠
فكفّر عن يمينك	٢٢٧
فليأت الذي هو خير	٢٢٧
فمن قتل له قتيل	٩٠
" ك "	
كتاب الله القصاص	١٩٢ ، ٢٠١
" ل "	
لا أحلف على يمين	٢٢٧

لا تبيعوا الذهب بالذهب	١١٥
لا تصروا الإبل	١٣٩
لا ضرر ولا ضرار	٩١
لا يحل دم امرئ مسلم	٢١٤ ، ٢١٧
لبيك بإهلال	٨١
لعلك آذاك هوامك	٢٠
لقد عُرض علي عذابهم	٢٥٢ ، ٢٥٤
لو كان المطعم بن عدي حياً	٢٥٢ ، ٢٥٣
" م "	
ما ترون في هؤلاء الأُسارى	٢٤٢
ما خُيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين	٧
ما كنت أرى الوجع بلغ بك	١٠٢
من أراد منكم أن يهل بالحج	٤٣
من اشترى شاة مصراة	٢١ ، ٤٣ ، ١٤٢
من اشترى غنماً مصراة	١٤١
من أصيب بقتل	٢٢ ، ٤٢ ، ١٩٤
من أعتق شركاً له	١٤٣
من بلغت عنده من الإبل صدقة	١٠٠
من حلف على يمين	٢٢٧
من قتل في رميّا	٢٠٠
" ن "	
النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة	١٧٥
" هـ "	
هذا أبوك	٤٣ ، ١٧٣
هم أشد أمتي	٢٤٣
هو ذا فأن انطلق معك لم أمنعه	١١٦
" و "	
وكفر عن يمينك	٢٢٨

وكل مما يليك ١٨٧
ولا تصروا الغنم ١٤١
ومن قتل له قتيل ٢٢،٤٣،٩٠،١٩٤،
١٩٥،٢٠٠،٢٠١

" ي "

يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة ٢٢٦

فهرس الآثار

الأثر		رقم الصفحة
	" أ "	
إذا حارب الرجل فقتل	ابن عباس	٢١٥
إن اختارت نفسها فثلاث	زيد بن ثابت	١٦٢
إن اختارت نفسها فواحدة	علي	١٦٢
إن الله تعالى إنما خيرهن	الحسن	١٥٩
إن إمام المسلمين بالخيار	ابن عباس	٢١٢
إن أنساً غلام كيِّس	أبو طلحة	١٧١
إن تقتل تقتل ذا دم	ثمامة بن أثال	٢٦٠
إن جويرية بنت الحارث ... كاتبت		٢٤٩
إنه أخذ الجزية من مجوس السواد	عمر	٢٥٣
إنه كان إذا غلّظ في يمينه	ابن عمر	٢٢٤
	" خ "	
خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه	عائشة	٥٤
	" ع "	
العفو أن يقبل الدية	ابن عباس	١٩٥
	" ف "	
فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقاً	عائشة	١٦٤
	" ق "	
قد خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم	عائشة	١٥٨ ، ١٦١
	" ك "	
كان في بني إسرائيل القصاص	ابن عباس	١٩٦
كل شئ في القرآن " أو " " أو " فصاحبه مخير	ابن عباس	٢٤ ، ٩٣
كل شئ في القرآن أو أو فليتخير	عكرمة	٢٤ ، ٩٤

" ل "

لا تفادوه وإن اعطيتم به مدين	أبوبكر	٢٥٥
لا يحل لامرئ يبيع سلعة	عقبة بن عامر	١٠٩
لم نعدّه طلاقاً	عائشة	١٦١
لم يكن ذلك طلاقاً	عائشة	١٦١
ليس كذلك ولكنها إن اختارت	عمر	١٦٢

" م "

ما كان في القرآن أو أو	عطاء	٢٤ ، ٤١ ، ٩٣

" و "

وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبابردة	ابن عباس	٢١٤
الولي مخير	ابن عباس	١٩٦
وهذا أيضاً لو بلغ ... لخيرته	علي	١٧٤

" ي "

يا عمر مسحها وحجرها ... خير له	أبوبكر	١٧٧

فهرس الأعلام

العلم	رقم الصفحة
" أ "	
إبراهيم بن أحمد أبو إسحق المروزي	٩٥
إبراهيم بن خالد أبوثور	١٤٠
إبراهيم بن محمد بن يحيى الأسلمي	٢١٥
أحمد بن عمر أبو العباس بن سريج	٧٦
أشهب بن عبد العزيز بن داود	١٤٠
أكيدر بن عبد الملك	٢٥٩
" ز "	
زاذان أبو يحيى القتات	١٦٢
زفر بن الهذيل	١٣٩
" س "	
سفيان بن سعيد الثوري	١٤٩
" ص "	
صالح بن نبهان المدني	٢١٥
" ع "	
عبد الرحمن بن أبي ليلى	١٤٩
عبد الله بن عنبة	١٧٣
عبد الله بن وهب بن منبه	٢١٨
عثمان بن جنّي أبو الفتح	٤١
علي بن خلف ابن بطال	٢٤
" م "	
محمد بن أحمد التلمساني	٦٥
محمد بن بهارد الزركشي	٧٤
محمد بن الحسن بن فرقد	١٤٠

محمدبن محمد أبو منصور الماتريدي ٩٧
محمد بن يزيد المبرّد ٤٠

" ي "

يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف ١٣٩

فهرس القواعد والضوابط على حروف المعجم

القاعدة أو الضابط	رقم الصفحة
إذا أمر الله بأشياء وعطف بعضها على بعض نظرت فما بدأ فيه بالأخف ثم ذكر بعده الأغلظ كان للتخيير وما بدأ فيه بالأغلظ كان للترتيب	٩٥
إذا خير العبد بين شيئين فأكثر . فإن كان التخيير لمصلحته فهو تخيير يرجع إلى شهوته واختياره وإن كان لمصلحة الغير فهو تخيير يلزمه فيه الاجتهاد في الأصلح	٨٦
استعمال الناس حجة يجب العمل بها	٧٢
الأصل بقاء ما كان على ما كان	١٨٠
إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	٧٢
ان من له الخيار يتصرف في الفسخ لنفسه	١٠٤
الأمور بمقاصدها	٨١
" ت "	
التخيير في الجملة هل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا ؟	٧٧
التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	٧٢
" خ "	
الخراج بالضمان	١٤٥
خيار الرؤية لا يثبت في النقود	١١٥
خيار كل من المتبايعين باقي في مدة خيارهما	١٠٥
" د "	
دليل الشئ في الأمور الباطنة يقوم مقامه	١١٠ ، ١١٢
" ذ "	
ذكر " أو " في موضع الإثبات يقتضي التخيير في شرط البر ، وذكرها في موضع النفي لا يقتضي تخييراً في شرط البر	٩٨
" ر "	
الرضى بالشئ رضى بما يتولد عنه	١١٢

" ض "

الضرر يزال ٩٢

" ع "

العادة محكمة ٧٢
العيب المثبت للخيار : ما نقص العين أو القيمة نقصاً يفوت بـه غـرض صحيح والغالب في جنس المبيع عدمه ١٠٩
العيوب الموجبة للفسخ في النكاح إذا علمت به المرأة قبل النكـاح فـلا خيار لها ١١٢

" ف "

الفسخ بالخيار يملكه من ملك الخيار بغير علم الآخر ١٠٤

" ك "

كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور ٦٨ ، ١٠٦
كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه وكل خيار يرجع إلى الإرادة والشهوة لا يجوز التوكيل فيه وكل خيار تردد بينهمـا ففيـه خلاف ٨٤
كل شئ في القرآن فيه " أو " فهو على التخيير ٦٨ ، ٩٣
كل كفارة مخير فيها ... الأفضل فيها إراقة دم ١٠٢
كلمة " أو " متى ذكرت بين الأجزيـة المتفقـة الأسـباب فهـي للتخيـير وإلا فللترتيب ٩٧
كل ولد بالغ عاقل رشيد هو بالخيار عند أحد أبويه أو غيرهما ١١٦

" ل "

لا ضرر ولا ضرار ٩٤
لا يبعض الصاع في الفطر إلا إذا اعتبر بلد المؤدي في العيد ونحوه ٧٨
لا يتبعض خيار المجلس ابتداءً فيقع لواحد دون آخر ١١٤
لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ٧٢

" م "

ما جاز فيه التخيير لا يجوز فيه التبعيض ٧٢ ، ٧٤
ما دخله التخيير من الحقوق إن تعلق بالذمة كانت الخيرة للدافع ٨٨
ما دخله التخيير من الحقوق إن تعلق بالعين كان الخيار للمستحق ٨٩
ما فعله إذا فعله واحتمله واحتمل غيره رجع إلى بيانه ٨١
مالك نصاب الزكاة مخير ... في الصعود والنزول عند فقد السن الواجبة ١٠٠
ما ثبت فيه خيار المجلس يثبت فيه خيار الشرط ١١٣
ما يخير فيه إذا اختار أحد الأمرين ثم اختار الآخر فقد يلزمان ٨٢
المشقة تجلب التيسير ٦٩
المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٧٢
المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ٧٢
من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه ٦٧
من اشترى شيئاً ثم اطاع على عيب به ثم استعمله ، لم يكن له الرد بعد ذلك ١١٠
من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر ٩٠
من ثبت له التخيير بين حقين وامتنع منهما فإن لم يكن في امتناعه ضرر على غيره ترك وإن كان ناب عنه الحاكم في اختيار الأحظ إن كان مالياً ، وإن كان غير ملي ألزم بالاختيار ٩١
من خير بين شيئين وأمكنه الأتيان بنصفيهما فعل ما يجزئه أم لا ؟ ٧٧
من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به ١٠٤

" ن "

النهي يقتضي التحريم ٦٧

" و "

الواجب المخير يخرج المكلف عن العهدة فيه بفعل واحد مما خير فيه ٦٩

" ي "

يحرم إخفاء ما يثبت الخيار دون ما لا يثبته ١٠٨
يقع التخيير بين جنسين أو أكثر حكمهما واحد ٧٩

فهرس المراجع

(١) آثار الحرب ، د. وهبة الزحيلي ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

(٢) أثر تطبيق الحدود في المجتمع ، د. حسن علي الشاذلي ، وأثر تطبيق الحدود في المجتمع ، د. عبد السميع إمام ، بحثان مقدمان لمؤتمر الفقه الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ، عام ١٣٩٦هـ ، مطبوعات الجامعة ، إدراة الثقافة والنشر ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

(٣) الأحكام السلطانية ، للقاضي أبي يعلى محمد بن محمد بن الحسين بن الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٥٢٦هـ ، تحقيق : محمد الحاج عبد القادر ، معلومات الطبع (بدون) .

(٤) أحكام القرآن ، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، تحقيق : عبد السلام على شاهين، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

(٥) أحكام القرآن ، للكيا الهراسي ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(٦) أحكام القران ، للقاضي أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣هـ ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

(٧) الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها المقررة في الفقه الإسلامي ، د. يوسف علي محمود حسن ، عمّان ، الأردن ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ١٩٨٢م .

(٨) أسرى الحرب ، د. عبد الواحد الفار ، القاهرة ، عالم الكتب ، ١٩٧٥م .

(٩) الأشباه والنظائر ، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي المتوفى سنة ٩٧٠هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م .

(١٠) الأشباه والنظائر ، لعمر بن علي بن أحمد ابن الملقن المتوفى سنة ٨٠٤هـ ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المعهد العالي للقضاء ، للباحث : أحمد بن عبد العزيز بن أحمد الخضيري .

(١١) الأشباه والنظائر ، للإمام جلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣ .

(١٢) الأشباه والنظائر ، لمحمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد بن المرحل المعروف بابن الوكيل المتوفى سنة ٧١٦هـ ، تحقيق ودراسة : أحمد بن محمد العنقري ، الطبعة الأولى ، الرياض ، السعودية ، مكتبة الرشد ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م .

(١٣) أصول السرخسي ، لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

(١٤) أصول الفقه ، للشيخ محمد أبو زهرة ، مصر ، دار الفكر العربي .

(١٥) أصول الفقه المسمى بـ الفصول في الأصول ، لأحمد بن علي الرازي الجصاص ، تحقيق : د. عجيل النشمي ، الطبعة الأولى ، الكويت ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(١٦) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، للشيخ محمد الأمين الشنقيطي المتوفى سنة ١٣٩٣هـ ، معلومات الطبع، بدون .

(١٧) الأعلام : قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، لخير الدين الزركلي، المتوفى سنة ١٩٧٦م ، الطبعة التاسعة ، دار العلم للملايين ، ١٩٩٠م .

(١٨) ألفية ابن مالك مع شرح ابن عقيل ، بتحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م .

(١٩) الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، تحقيق : محمد زهدي النجار ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

(٢٠) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، للشيخ قاسم القونوي المتوفى سنة ٩٧٨هـ ، تحقيق : د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي ، جدة ، السعودية ، دار الوفاء للنشر والتوزيع ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(٢١) الإباحة في الشريعة الإسلامية ، لموفّق منوّر سدايو ، رسالة لنيل درجة الماجستير من جامعة الملك عبد العزيز ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، مكة ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

(٢٢) الإجماع ، لمحمد بن إبراهيم بن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ ، تحقيق : محمد حسام بيضون ، الطبعة الأولى ، بيروت، لبنان ، مؤسسة الكتب الثقافية ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م .

(٢٣) الإحكام في أصول الأحكام ، لسيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الآمدي المتوفى سنة ٦٣١هـ ، الطبعة الثانية ، تعليق عبد الرزاق عفيفي ، المكتب الإسلامي ١٤٠٢هـ .

(٢٤) إدرار الشروق على أنواء الفروق (حاشية الفروق) ، لأبي القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري المعروف بابن الشاط ، مطبوع مع الفروق ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب .

(٢٥) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، لمحدّث الشام محمد ناصر الدين الألباني ، بإشراف محمد زهير الشاويش ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(٢٦) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، بيروت ، لبنان ، دار الجيل .

(٢٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، لعلاء الدين بن سليمان المرداوي الحنبلي المتوفى سنة ٨٨٥هـ ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م .

(٢٨) إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل ، لعبد الرحيم بن عبد الله بن محمد الزريراني المتوفى سنة ٧٤١هـ، تحقيق : د. عمر بن محمد بن عبد الله السبيل ، مكة المكرمة ، مطابع جامعة أم القرى ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، ١٤١٤هـ .

(٢٩) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، لأحمد بن يحي الونشريسي المتوفى سنة ٩١٤هـ ، تحقيق : أحمد بو طاهر الخطابي ، الرباط ، المغرب ، صندوق إحياء التراث الإسلامي ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

(٣٠) الإيضاح لناسخ القرآن ومنسوخه ، لمكي بن أبي طالب القيسي المتوفى سنة ٤٧٣هـ ، تحقيق : أحمد حسن فرحات ، الطبعة الأولى ، الرياض ، السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، كلية الشريعة ، ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م .

(٣١) الاستغناء في الفرق والاستثناء ، لمحمد بن أبي سليمان البكري ، تحقيق : د. سعود بن مسعد الثبيتي ، الطبعة الأولى ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، معهد البحوث العلمية ، مركز إحياء التراث الإسلامي ، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

(٣٢) الاعتناء في الفرق والاستثناء ، لمحمد بن أبي سليمان البكري ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوض ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م ,

(٣٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م .

(٣٤) البحر المحيط في أصول الفقه ، لبهاء الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، تحقيق : الشيخ عبد القادر عبد الله العاني ، مراجعة : د. عمر الأشقر ، الطبعة الثانية ، الكويت ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م .

(٣٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، بيروت ، لبنان، دار الكتب العلمية .

(٣٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ ، الطبعة الثانية ، مصر ، دار التوفيق النموذجية ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(٣٧) البداية والنهاية ، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، مكتبة المعارف ، ١٩٧٧م .

(٣٨) البرهان في أصول الفقه ، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني المتوفى سنة ٤٧٨هـ، تحقيق : د. عبد العظيم الديب ، الطبعة الثانية ، مصر ، القاهرة ، دار الأنصار ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

(٣٩) بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ، للحافظ جلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، الطبعة الأولى ، مصر ، مطبعة عيسى الحلبي وشركاه ، ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م .

(٤٠) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير ، لأحمد بن محمد الصاوي ، الطبعة الأخيرة ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥٢م .

(٤١) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ، لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني المتوفى سنة ٧٤٩هـ، تحقيق : د. محمد مظهر بقا ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى ، جدة ، السعودية ، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(٤٢) تأويل مشكل القرآن ، لعبد الله بن مسلم بن قتيبة ، تحقيق : السيد أحمد صقر ، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية : عيسى الحلبي وشركاه .

(٤٣) تاج العروس ، للسيد محمد مرتضى الزبيدي ، تحقيق : عبد الكريم العزباوي ، راجعه عبد الستار أحمد فرّاج ، الكويت ، المطبعة الحكومية ، وزارة الإعلام .

(٤٤) التاج والإكليل لمختصر خليل ، بهامش مواهب الجليل ، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواّق المتوفى سنة ٨٩٧هـ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر .

(٤٥) تاريخ العلماء النحويين من البصريين والكوفيين وغيرهم ، للقاضي أبي المحاسن المفضّل بن محمد التنوخي المعرّي المتوفى سنة ٤٤٢هـ ، تحقيق : د. عبد الفتاح الحلو ، المملكة العربية السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المجلس العلمي ، إدارة الطباعة والنشر ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

(٤٦) تاريخ المذاهب الإسلامية ، لمحمد أبو زهرة ، القاهرة ، دار الفكر العربي .

(٤٧) تاريخ بغداد ، للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية .

(٤٨) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لعثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة ٧٤٣هـ ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة .

(٤٩) تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ، لعمر بن علي بن أحمد المعروف بابن الملقن المتوفى سنة ٨٠٤هـ ، تحقيق : عبد الله بن سعّاف اللحياني ، الطبعة الأولى ، مكة المكرمة ، دار حراء للنشر والتوزيع ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

(٥٠) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي ، دار إحياء التراث العربي .

(٥١) التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر ، لمحمد هبة الله مكي التاجي ، مخطوط بمكتبة عارف حكمت ، بالمدينة المنورة ، رقم ١١٦٥ ، رقم خاص ٤٩ / ٢٥٩ .

(٥٢) تخريج الفروع على الأصول ، لشهاب الدين محمد بن أحمد الزنجاني الشافعي المتوفى سنة ٦٥٦هـ ، تحقيق : د. محمد أديب الصالح ، الطبعة الخامسة ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .

(٥٣) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب الإمام مالك ، للقاضي عياض ، تحقيق : د. أحمد بكير محمود، منشورات : دار مكتبة الحياة ، بيروت ، ومكتبة الفكر ، طرابلس ، ليبيا .

(٥٤) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون ، لعبد القادر عودة ، الطبعة التاسعة ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م .

(٥٥) تصنيف آيات القرآن الكريم ، لمحمد محمود إبراهيم ، الطبعة الأولى ، الرياض ، السعودية ، دار اللواء، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .

(٥٦) تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية ، د . عبد الناصر توفيق العطار ، جدة ، السعودية ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م .

(٥٧) تعدد صفات الواجب والمسنون في نصوص الشارع وتخيير المكلف بينهما في قسم العبادات ، رسالة لنيل درجة الماجستير من الطالب أحمد بن ناصر الغامدي ، جامعة أم القرى ١٤١٦هـ .

(٥٨) التعريفات ، لعلي بن محمد الشريف الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

(٥٩) تفسير القرآن العظيم ، لأبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ ، تحقيق : حسين بن إبراهيم زهران ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

(٦٠) تقريب التهذيب ، للإمام شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تحقيق : محمد عوامة ، الطبعة الرابعة ، دمشق ، وبيروت ، دار القلم للطباعة والنشر ، ودار الرشيد بحلب ، سوريا .

(٦١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي المتوفى سنة ٤٦٣هـ ، تحقيق : الأستاذ مصطفى بن أحمد العلوي ، والأستاذ محمد عبد الكبير البكري ، توزيع مكتبة الأوس بالمدينة المنورة ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م .

(٦٢) التنقيح والتوضيح ، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ، الطبعة الأولى ، ١٣٢٢هـ .

(٦٣) تهذيب الأسماء واللغات ، لأبي زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، مصر ، دار الطباعة المنيرية .

(٦٤) تهذيب الفروق ، لمحمد بن حسين المكي مطبوع بهامش الكتابين ، أنوار البروق في أنواء الفروق ، وإدرار الشروق ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب .

(٦٥) تيسير التحرير شرح كتاب التحرير ، لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه المتوفى سنة ٧٧٢هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر .

(٦٦) جامع أحكام الصغار ، لمحمد بن محمود الأسروشيني ، تحقيق : عبد الحميد عبد الخالق البيزي ، بغداد ، العراق، مطبعة النجوم الخضراء ، ١٩٨٢م .

(٦٧) جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري) لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م. توزيع دار الباز ، مكة .

(٦٨) الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م ، توزيع دار الباز ، مكة .

(٦٩) جمع الجوامع ، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ ، مطبوع مع حاشية البناني على شرح المحلي عليه ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

(٧٠) الجهاد في الإسلام ، د. توفيق على وهبة ، الطبعة الرابعة ، دار اللواء للنشر والتوزيع ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

(٧١) الجهاد في التشريع الإسلامي ، د. محمود محمد علي ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م .

(٧٢) حاشية أحمد بن قاسم العبادي المسماة : بالآيات البينات ، معلومات طبع بدون ، مكتبة الحرم المكي الشريف .

(٧٣) حاشية الطحاوي على الدر المختار ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة ، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م .

(٧٤) حدود ابن عرفة ، محمد بن عرفة الورغمي ، مع شرحه الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى سنة ٨٩٤ ، تحقيق : محمد أبو الأجفان ، والطاهر المعموري ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الغرب الإسلامي ، ١٩٩٣م .

(٧٥) الحدود بين الشريعة والقانون : القصاص والديات ، لمحمد عارف مصطفى فهمي ، طرابلس ، ليبيا ، مكتبة النور ، ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م .

(٧٦) الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء : بحث مقارن ، لمحمد سلام مدكور ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٥م .

(٧٧) حلية الفقهاء ، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي المتوفى سنة ٣٩٥هـ ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، الشركة المتحدة للتوزيع، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(٧٨) خيار المجلس والعيب في الفقه الإسلامي ، لعبد الله بن محمد بن أحمد الطيار ، الطبعة الأولى ، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المعهد العالي للقضاء ، ١٤٠٠هـ .

(٧٩) الدر المنثور في التفسير بالمأثور ، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(٨٠) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، تعريب : المحامي فهمي الحسيني ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الجيل ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م .

(٨١) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، لشيخ الإسلام شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تحقيق : محمد سيد جاد الحق ، القاهرة ، مصر ، دار الكتب الحديثة .

(٨٢) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، لابن فرحون المالكي ، تحقيق : د. محمد الأحمدي أبو النور ، القاهرة ، مكتبة دار التراث .

(٨٣) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ، لمحمد أمين المعروف بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

(٨٤) الروضة الندية شرح الدرر البهية ، لأبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري المتوفى سنة ١٣٠٧هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الندوة الجديدة ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .

(٨٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ليحي بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، دمشق ، سورية ، المكتب الإسلامي للنشر والتوزيع ١٣٨٨هـ .

(٨٦) زاد المعاد في هدى خير العباد ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزُرَعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط ، الطبعة الخامسة عشرة ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، والكويت ، مؤسسة المنار الإسلامية ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(٨٧) سبل السلام شرح بلوغ المرام ، لمحمد بن إسماعيل بن الأمير الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ ، تحقيق : فؤاد أحمد زمرلي ، وإبراهيم محمد الجمل ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، مصر ، دار الريان للتراث ، وبيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(٨٨) سنن أبي داود مع (عون المعبود) ، للإمام سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥هـ ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الثالثة ، مصر ، مكتبة ابن تيمية ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(٨٩) سنن الترمذي ، للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر .

(٩٠) سنن الدار قطني للحافظ علي بن عمر الدار قطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، القاهرة ، دار المحاسن للطباعة والنشر ، ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م .

(٩١) السنن الكبرى (سنن البيهقي) ، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار صادر ، مصورة عن طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن ، الهند .

(٩٢) السياسة الشرعية ، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ ، تحقيق : علي بن محمد المغربي ، الكويت ، دار الأرقم ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(٩٣) سير أعلام النبلاء ، للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ ، أشرف على التحقيق وخرّج أحاديثه : شعيب الأرنؤوط ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(٩٤) السيرة النبوية ، لأبي محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المتوفى سنة ٢١٨هـ ، الطبعة الثالثة، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي .

(٩٥) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف ، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٣٤٩هـ .

(٩٦) شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح عبد بن الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

(٩٧) شرح الأخضري على سُلّمه ، الطبعة الأخيرة ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، ١٣٦٧هـ ـ ١٩٤٨م .

(٩٨) شرح الزرقاني على مختصر خليل ، لعبد الباقي الزرقاني ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر .

(٩٩) شرح القواعد الفقهية ، لأحمد بن محمد الزرقا ، تصحيح وتعليق ، مصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة الثانية ، دمشق ، سورية ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

(١٠٠) الشرح الكبير على مختصر خليل ، لأحمد الدردير ، وحاشية الدسوقي لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر .

(١٠١) شرح الكوكب المنير ، لمحمد بن أحمد الفتوحي بن النجار المتوفى سنة ٩٧٢هـ ، تحقيق : د. محمد الزحيلي ، ود. نزيه كمال حماد ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، كلية الشريعة ، مكة المكرمة ، ودمشق ، دار الفكر ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

(١٠٢) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، للمنجور محمد بن علي المنجور المتوفى سنة ٩٩٩هـ ، تحقيق : محمد الشيخ محمد الأمين ، المدينة المنورة ، دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر والتوزيع ، رسالة دكتوراه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

(١٠٣) شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول ، لأحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، الطبعة الأولى ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

(١٠٤) شرح فتح القدير ، لكمال الدين ابن الهمام ، الطبعة الأولى ، مصر، مصطفى البابي الحلبي، ١٣٨٩هـ .

(١٠٥) شرح مجلة الأحكام العدلية ، لسليم رستم ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(١٠٦) شرح مختصر الروضة ، لسليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي ، تحقيق : الدكتور عبد المحسن التركي ، الطبعة الأولى ، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ ـ١٩٨٧م .

(١٠٧) شرح منتهى الإرادات ، لمنصور بن يونس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب .

(١٠٨) الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) ، لإسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة ٣٩٣هـ ، الطبعة الثانية ، تحقيق : أحمد عبد الغفور عطار ، بيروت ، لبنان ، دار العلم للملايين ، ١٣٢٩هـ ـ ١٩٧٩م .

(١٠٩) صحيح مسلم مع شرح النووي ، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفى سنة٢٦١هـ ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، دار الريان للطباعة والنشر ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(١١٠) صور من سماحة الإسلام ، د. عبد الرحمن بن علي الربيعة ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان، مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

(١١١) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، لعدنان خالد التركماني ، الطبعة الأولى ، جدة ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

(١١٢) طبقات الحفاظ ، للإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ، تحقيق : لجنة من العلماء بإشراف الناشر ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(١١٣) طبقات الشافعية الكبرى ، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة ٧٧١هـ ، تحقيق : عبد الفتاح الحلو ، ومحمود الطناحي ، مصر ، مطبعة عيسى الحلبي ، ١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٤م .

(١١٤) طبقات النحويين واللغويين ، للزبيدي الأندلسي ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، القاهرة ، مصر ، دار المعارف .

(١١٥) الطفل في الشريعة الإسلامية : نشأته وحياته ، وحقوقه التي كفلها الإسلام ، د. محمد بن أحمد الصالح ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ .

(١١٦) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، لنجم الدين بن حفص النسفي ، تحقيق : : خليل الميس ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار العلم ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(١١٧) عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ، لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي ، تحقيق : حمزة أبو فارس ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الغرب الإسلامي ، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م .

(١١٨) عون المعبود شرح سنن أبي داود ، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، مع تعليق ابن القيم ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، مكتبة ابن تيمية ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(١١٩) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، لأحمد بن محمد الحموي الحنفي المتوفى سنة ١٠٩٨هـ ، تحقيق : د. إحسان عباس ، بيروت ، لبنان ، دار صادر ، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م .

(١٢٠) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ومحب الدين الخطيب ، وقصي محب الدين الخطيب ، الطبعة الأولى ، مصر ، دار الريان للتراث ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(١٢١) فتح الجواد بشرح الإرشاد ، لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، الطبعة الثانية ، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م .

(١٢٢) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، لمحمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٩٣م .

(١٢٣) الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق) ، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب .

(١٢٤) الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ، الطبعة الثانية ، دمشق ، سورية ، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(١٢٥) فقه المعاملات : دراسة مقارنة ، د. محمد علي عثمان الفقي ، الرياض ، السعودية ، دار المريخ للنشر .

(١٢٦) الفوائد البهية في القواعد الفقهية ، لمحمود حمزة ، الطبعة الأولى ، دمشق ، سورية ، دار الفكر ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(١٢٧) الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، لأبي الحسين محمد بن عبد الحي اللكنوي المتوفى سنة ١٣٠٤هـ ، كراتشي ، نور محمد ، ١٣٩٣هـ .

(١٢٨) في ظلال القرآن ، لسيد قطب ، الطبعة السابعة ، دار الشروق ، ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م .

(١٢٩) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، لسعدي أبو جيب، الطبعة الأولى، دمشق، دار الفكر، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م .

(١٣٠) القاموس المحيط ، لمحمد بن يعقوب الفيروزابادي ، المتوفى سنة ٨١٧هـ ، تحقيق : مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(١٣١) القواعد ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقّري المتوفى سنة ٧٥٨هـ ، تحقيق: د . أحمد بن عبد الله بن حميد ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، مركز إحياء التراث الإسلامي .

(١٣٢) القواعد ، لتقي الدين أبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني المتوفى سنة ٨٢٩هـ ، تحقيق : د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ١٤٠٥هـ .

(١٣٣) القواعد ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ ، الرياض ، السعودية، مكتبة الرياض الحديثة .

(١٣٤) قواعد الفقه ، للسيد محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ، كراتشي ، باكستان ، دار القرآن والعلوم الإسلامية لطباعة كتب التراث ونشر المصاحف .

(١٣٥) القواعد الفقهية ، لعلي أحمد الندوي ، الطبعة الثانية ، دمشق ، سورية ، دار القلم ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م .

(١٣٦) القواعد الفقهية تاريخها وأثرها في الفقه ، للدكتور محمد حمود الوائلي ، الطبعة الأولى ، المدينة المنورة ، مطبعة الرحاب ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

(١٣٧) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة ، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي المتوفى سنة ١٣٧٦هـ ، الرياض ، السعودية ، مكتبة المعارف ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.

(١٣٨) القواعد والضوابط عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة ، للأستاذ ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إلى جامعة أم القرى ، ١٤١٣هـ .

(١٣٩) القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من أحكام شرعية ، لأبي الحسن علي بن محمد علي البعلي المعروف بابن اللحام المتوفى سنة ٨٠٣هـ ، تحقيق : أيمن صالح شعيب ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار الحديث ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

(١٤٠) كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان ، لأبي العباس نجم الدين بن الرفعة الأنصاري ، تحقيق : محمد أحمد إسماعيل الخاروف ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، جامعة أم القرى ، ودمشق ، دار الفكر ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

(١٤١) كتاب التوقيف على مهمات التفريق لمحمد عبد الرءوف المناوي المتوفى سنة ١٠٣١هـ ، تحقيق : الدكتور محمد رضوان الداية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ١٤١٠هـ .

(١٤٢) كتاب الوصف لما روي عن النبي ﷺ من الفعل والوصف ، لمحمد بن محمد بن عبد الله العاقولي ، دمشق ، سورية ، مكتبة الفارابي ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

(١٤٣) كتاب اللمع ، لأبي الفتح عثمان بن جني الموصلي المتوفى سنة ٣٩٢هـ ، تحقيق : فائز فارس ، الكويت ، دار الكتب الثقافية .

(١٤٤) كشاف اصطلاحات الفنون ، لمحمد بن علي الفاروقي التهانوي المتوفى سنة ١١٥٨هـ ، تحقيق : لطفي عبد البديع ، وأمين الخولي .

(١٤٥) كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، بيروت، لبنان، عالم الكتب ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

(١٤٦) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠ ، طبع مكتب الصنائع ، ١٣٠٧هـ ، وطبعة بيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .

(١٤٧) كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، لمصطفى عبد الله المعروف بحاجي خليفة ، بيروت ، لبنان، دار الفكر ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

(١٤٨) الكفارات في الشريعة الإسلامية على المذاهب ، عبد الله بن محمد بن سعد القويزاني ، الطبعة الثانية ، الرياض ، السعودية ، مطابع مرامر ، ١٤٠٣هـ .

(١٤٩) لسان العرب ، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار صادر ، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م .

(١٥٠) المبسوط ، لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م .

(١٥١) المجموع المُذْهب في قواعد المذهب ، للحافظ خليل بن كيكلدي العلائي ، مخطوط مصور ميكروفيلم بجامعة أم القرى ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، برقم ٢٧١ ، مع رسالة الباحث : سراج الدين بلال ، في تحقيق جزء الكتاب من قواعد البيوع إلى نهاية المخطوط ، مع مقارنة بكتاب إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، ١٤١٤هـ .

(١٥٢) المجموع المغيث في غريبي القرآن والحديث ، لأبي موسى محمد بن أبي بكر بن أبي عيسى المديني الأصفهاني المتوفى سنة ٥٨١هـ ، تحقيق : عبد الكريم العزباوي ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي ، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

(١٥٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، طبع بأمر الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود ، إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين .

(١٥٤) المحلى بالآثار ، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، تحقيق : د. عبد الغفار سليمان البنداري ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

(١٥٥) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) لمصطفى أحمد الزرقا ، الطبعة العاشرة ، دمشق ، سورية ، مطبعة طربين ، ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م .

(١٥٦) مذكرة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي على روضة الناظر ، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

(١٥٧) المرأة بين الفقه والقانون ، د. مصطفى السباعي ، الطبعة السادسة ، بيروت ، دمشق ، المكتب الإسلامي ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .

(١٥٨) مراتب الإجماع ، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم ، مع نقد مراتب الإجماع لابن تيمية ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

(١٥٩) المستدرك على الصحيحين ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ، الرياض ، السعودية ، مكتبة ومطابع النصر الحديثة ، تصوير عن طبعة حيدر آباد الدكن بالهند ، ١٣٣٥هـ .

(١٦٠) المستصفى من علم أصول الفقه ، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، بغداد ، العراق ، مكتبة المثنى ، مطبوع بالأوفست ، مصور عن طبعة الأميرية ببولاق ، ١٣٢٢هـ .

(١٦١) مسند الإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ ، دار الفكر العربي ، وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأعمال .

(١٦٢) المسودة ، لآل تيمية ، تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد ، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي .

(١٦٣) المشقة تجلب التيسير : دراسة نظرية وتطبيقية ، لصالح بن سليمان بن محمد اليوسف ، المطابع الأهلية للأوفست، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

(١٦٤) المصنف ، لابن أبي شيبة ، تحقيق : عامر العمري الأعظمي ، الهند ، بومباي ، الدار السلفية .

(١٦٥) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، لمصطفى السيوطي الرحباني ، دمشق ، المكتب الإسلامي ، على نفقة الشيخ على بن عبد الله آل ثاني .

(١٦٦) المطلع على أبواب المقنع ، لأبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي المتوفى سنة ٧٠٩هـ ، الطبعة الأولى ، دمشق ، المكتب الإسلامي ، ١٣٨٥هـ ـ ١٩٦٥م .

(١٦٧) المعاملات الشرعية المالية ، لأحمد إبراهيم بك ، القاهرة ، المطبعة الفنية ، ١٣٥٥هـ ـ ١٩٣٦م .

(١٦٨) المعتمد في أصول الفقه ، لمحمد بن علي بن الطيب البصري المتوفى سنة ٤٣٦هـ ، تحقيق : محمد حمد الله ، ومحمد بكر ، وحسن حنفي ، طبع المعهد العلمي العربي للدراسات العربية بدمشق ، ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٤م .

(١٦٩) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي الشريف ، نشره : ذ أ . ي . ونسنك ، دار الدعوة ، استانبول، ١٩٨٦م .

(١٧٠) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، وضعه : محمد فؤاد عبد الباقي ، القاهرة ، دار الحديث ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(١٧١) معجم لغة الفقهاء ، للدكتور محمد رواس قلعه جي ، والدكتور حامد صادق قنيبي ، الطبعة الأولى ، بيروت ، دار النفائس ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(١٧٢) معجم مقاييس اللغة ، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة ٣٩٥هـ ، تحقيق : عبد السلام هارون ، الطبعة الأولى ، بيروت ، دار الجيل ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م .

(١٧٣) المغرب في ترتيب المعرب ، لأبي الفتح ناصر الدين المطرزي المتوفى سنة ٦١٠هـ ، تحقيق : محمد فاخوري ، وعبد الحميد مختار ، الطبعة الأولى ، حلب ، سورية ، مكتبة أسامة بن زيد ، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م .

(١٧٤) المغني ، لموفّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ، تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ود. عبد الفتاح الحلو ، الطبعة الأولى ، السعودية ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م .

(١٧٥) مفتاح السعاد ومصباح السيادة ، لأحمد بن مصطفى المشهور بطاش كبري زاده المتوفى سنة ٩٦٨هـ ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(١٧٦) مقاصد الشريعة ، لمحمد الطاهر بن عاشور ، تونس ، الشركة التونسية ، ١٩٧٨م .

(١٧٧) المقتضب ، لمحمد بن يزيد المبرد المتوفى سنة ٢٨٦هـ ، تحقيق : محمد عبد الخالق عظيمة ، بيروت ، ، لبنان ، عالم الكتب .

(١٧٨) الملل والنحل ، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني المتوفى سنة ٥٤٨هـ ، تحقيق : محمد سيد كيلاني، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م .

(١٧٩) المنثور في القواعد ، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ ، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود ، راجعه : عبد الستار أبو غدة ، الطبعة الثانية ، الكويت ، المطابع التجارية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .

(١٨٠) المنخول من تعليقات الأصول ، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥هـ ، تحقيق : محمد حسن هيتو ، دمشق ، سورية ، دار الفكر .

(١٨١) الموافقات في أصول الأحكام ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠هـ ، تعليق : الشيخ محمد الخضر حسين التونسي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٣٤١هـ .

(١٨٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر ، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .

(١٨٣) مواهب الجليل من أدلة خليل ، لأحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي ، الدوحة قطر ، دار إحياء التراث الإسلامي ، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م .

(١٨٤) الموسوعة الفقهية ، إصدار : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، دولة الكويت .

(١٨٥) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، الجمهورية العربية المتحدة ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة ، ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م .

(١٨٦) موطأ الإمام مالك بن أنس مع شرح الزرقاني ، تحقيق لجنة من العلماء ، مصر ، المكتبة التجارية ، ١٣٥٥هـ ـ ١٩٣٦م .

(١٨٧) نثر الورود على مراقي السعود ، للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ، تحقيق : د.محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي ، الطبعة الأولى ، جدة ، السعودية ، دار المنار للنشر والتوزيع ، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م .

(١٨٨) نصب الراية لأحاديث الهداية ، لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م .

(١٨٩) نظام أسرى الحرب في القانون الدولي وتطبيقاته في الحرب العراقية الإيرانية ، د. سهيل حسين الفتلاوي ، بغداد ، العراق ، دار القادسية للطباعة .

(١٩٠) نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، لأحمد بن محمد المقّري المتوفى سنة ١٠٤١هـ ، تحقيق : د. إحسان عباس ، بيروت ، لبنان ، دار صادر ، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م .

(١٩١) نهاية السول شرح منهاج الأصول ، لعبد الرحيم بن الحسن الأسنوي المتوفى سنة ٧٧٢هـ ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب ، ١٩٨٢م .

(١٩٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م .

(١٩٣) النهاية في غريب الحديث والأثر ، لمجد الدين أبي السعادات مبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م ، وطبعة المكتبة الإسلامية ، تحقيق : محمود الطناحي ، وطاهر أحمد الزواوي .

(١٩٤) نواسخ القرآن ، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي المتوفى سنة ٥٩٧هـ ، تحقيق : محمد أشرف علي المليباري ، الطبعة الأولى ، المدينة المنورة ، الجامعة الإسلامية ، المجلس العلمي لإحياء التراث الإسلامي ، ١٤٠٤هـ

(١٩٥) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، لمحمد بن علي الشوكاني ، الطبعة الأخيرة ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ومؤسسة التاريخ العربي .

(١٩٦) الوافي بالوفيات ، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي المتوفى سنة ٧٦٤هـ ، الطبعة الثانية ، باعتناء جي ويددينغ ، جمعية المستشرقين الألمانية ، ألبرت ديترش ، بيروت ، لبنان ، دار صادر .

(١٩٧) وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١هـ ، تحقيق : د. إحسان عباس ، بيروت ، لبنان ، دار الثقافة ، ودار صادر .

(١٩٨) الوكالة في الشريعة والقانون ، لمحمد رضا عبد الجبار العاني ، بغداد ، العراق ، مطبعة العاني ، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م .

فهرس الموضوعات

ـ **الباب الأول: التخيير وأدلته وحكمته وأركانه وشروطه وتقسيماته** ١

ـ الفصل الأول : التعريف بالتخيير وأدلته وحكمه وحكمة مشروعيته ٢

ـ المبحث الأول : تعريف التخيير لغة واصطلاحاً ٣

ـ المطلب الأول : التخيير لغة ٤

ـ المطلب الثاني : التخيير اصطلاحاً ٤

تعريف التخيير باعتبار الفرق ٥

تعريف التخيير باعتبار الترادف ٥

تعريف الموسوعة الكويتية ٦

الاعتراضات على تعريف الموسوعة ٧

التعريف المختار ٨

ـ المبحث الثاني : العلاقة بين التخيير والواجب المخيّر ١٠

ـ المبحث الثالث : العلاقة بين التخيير والإباحة ١٢

ـ المبحث الرابع : دليل مشروعية التخيير ١٥

ـ المطلب الأول : دلالة المشروعية بالقرآن ١٦

ـ المطلب الثاني : دلالة المشروعية بالسنة ٢٠

ـ المطلب الثالث : دلالة المشروعية بالإجماع ٢٤

ـ المبحث الخامس : الحكمة في المشروعية ٢٦

ـ الفصل الثاني : في أركان وشروط وتقسيمات التخيير ٣٤

ـ المبحث الأول في أركان وشروط التخيير ٣٥

ـ المطلب الأول : أركان التخيير ٣٦

ـ المطلب الثاني : شروط التخيير ٣٧

ـ المبحث الثاني : في أدوات التخيير وألفاظه وما يدل عليه ٣٩

ـ المطلب الأول : معنى [أو] ٤٠

ـ المطلب الثاني : في بعض ألفاظ التخيير وما يدل عليه ٤٢

ـ المبحث الثالث : في تقسيمات التخيير ٤٥

ـ المطلب الأول : أقسام التخيير من جهة أفعال المكلف ٤٦

ـ التخيير في الواجب ٤٦

ـ التخيير في المسنون ٥٠
ـ التخيير في المباح ٥١
ـ المطلب الثاني : أقسام التخيير من حيث جواز الجمع وعدمه ٥٢
ـ المطلب الثالث : أقسام التخيير باعتبار اللفظ ٥٣
ـ المطلب الرابع : أقسام التخيير من حيث الوصف بالعموم والخصوص ٥٥
ـ المطلب الخامس : أقسام التخيير من حيث جواز التوكيل وعدمه ٥٧
ـ المطلب السادس : أقسام التخيير باعتبار وقت الفعل ٥٨
ـ الباب الثاني : قواعد وضوابط ومسائل التخيير ٦٠
ـ الفصل الأول : قواعد وضوابط التخيير ٦١
ـ المبحث الأول : في التعريف بالقاعدة والضابط والنظرية والعلاقة بينهما ٦٢
ـ المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية والضابط الفقهي لغة واصطلاحاً ... ٦٣
ـ القاعدة لغة ٦٣
ـ القاعدة اصطلاحاً ٦٣
ـ التعريف المختار للقاعدة ٦٦
ـ التعريف المختار للضابط ٦٧
ـ المطلب الثاني : العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي ٦٨
ـ المطلب الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية ٦٩
ـ المطلب الرابع : العلاقة بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية ٧١
ـ المبحث الثاني : في قواعد التخيير ٧٣
ـ المطلب الأول : قواعد في كيفية التخيير ٧٤
ـ المطلب الثاني : قاعدتان في بيان المراد من المخيّر ٨١
ـ المطلب الثالث : قاعدة في التوكيل في الاختيار ٨٤
ـ المطلب الرابع : قواعد في مناط ومتعلق التخيير ٨٦
ـ المطلب الخامس : قاعدتان فيما يترتب على الاختيار وعدمه ٩٠
ـ المطلب السادس : قواعد (أو) التي تفيد التخيير ٩٣
ـ المبحث الثالث : في ضوابط التخيير ٩٩
ـ المطلب الأول : ضابط في التخيير في نصاب الزكاة ١٠٠
ـ المطلب الثاني : ضابط في الأفضل في الخصال المخيّر فيها ١٠٢
ـ المطلب الثالث : ضوابط في الخيار ١٠٤

ـ المطلب الرابع : ضوابط في خيار العيب ١٠٨
ـ المطلب الخامس : ضابطان في خياري المجلس والشرط ١١٣
ـ المطلب السادس : ضابط في خيار الرؤية ١١٥
ـ المطلب السابع : ضابط في خيار الولد البالغ ١١٦
ـ الفصل الثاني : مسائل في التخيير ١١٧
ـ المبحث الأول : الخلاف في الواجب المخيَّر والحرام المخيَّر ١١٨
ـ المطلب الأول : الخلاف في الواجب المخيَّر ١١٩
ـ المطلب الثاني : المحرم المخيَّر ١٢٣
ـ المبحث الثاني : ليس كل ما خُيِّر فيه يسمى تخييراً ١٢٥
ـ المطلب الأول : ليس كل واجب خُيِّر في أفراده يسمى واجباً مخيَّراً ١٢٦
ـ المطلب الثاني : ليس كل مباح مخيَّراً فيه ١٢٧
ـ المبحث الثالث : في مسائل متفرقة ١٢٨
ـ المطلب الأول : مقتضى التخيير ١٢٩
ـ المطلب الثاني : التفاضل في التخيير ١٣١
ـ المطلب الثالث : تحول التخيير إلى تعيين ١٣٣
ـ الباب الثالث : دراسة تطبيقية مقارنة فيما عدا العبادات ١٣٥
ـ الفصل الأول : في المعاملات والأحوال الشخصية ١٣٦
ـ المبحث الأول : في البيوع : التخيير في المصرّاة ١٣٧
ـ تعريف المصرّاة ١٣٨
ـ حكم التصرية ١٣٨
ـ التخيير في رد المصرّاة ١٣٩
القول الأول ١٣٩
القول الثاني ١٤٠
سبب الخلاف ١٤١
أدلة القول الأول ١٤١
أدلة القول الثاني والمناقشة ١٤٢
بيان الراجح ١٤٦
الحكمة في مشروعية التخيير في المصرّاة ١٤٦
ـ المبحث الثاني : في النكاح : تخيير من أسلم وتحته أكثر من امرأة مباحة ١٤٨

القول الأول ١٤٨
القول الثاني ١٤٩
سبب الخلاف ١٥٠
أدلة القول الأول ومناقشتها ١٥٠
دليل القول الثاني ومناقشته ١٥٣
بيان الراجح ١٥٤
الحكمة في مشروعية تخيير من أسلم على أكثر من امرأة مباحة ١٥٤
ـ المبحث الثالث : في الطلاق ١٥٥
ـ المطلب الأول : في تخيير النبي ﷺ لنسائه ، وفي أي شيء كان ١٥٦
القول الأول ١٥٦
القول الثاني ١٥٦
أدلة القول الأول ١٥٧
أدلة القول الثاني ومناقشتها ١٥٩
بيان الراجح ١٥٩
ـ المطلب الثاني : في حكم التخيير ١٦٠
ـ المسألة الأولى : في حكم اختيار الزوج ١٦٠
القول الأول ١٦٠
القول الثاني ١٦٠
أدلة القول الأول ١٦١
أدلة القول الثاني ومناقشتها ١٦١
بيان الراجح ١٦٢
ـ المسألة الثانية : حكم اختيار النفس ١٦٣
القول الأول ١٦٣
القول الثاني ١٦٣
القول الثالث ١٦٣
القول الرابع ١٦٣
أدلة القول الأول ومناقشتها ١٦٤
أدلة القول الثاني ومناقشتها ١٦٥
أدلة القول الثالث ومناقشتها ١٦٥

دليل القول الرابع ومناقشته ١٦٦
بيان الراجح ١٦٧
الحكمة في مشروعية تخيير الزوج لزوجته ١٦٧
ـ المبحث الرابع : التخيير بعد الحضانة ١٦٨
تخيير المميز بين أبيه وأمه بعد الحضانة ١٦٩
تعريف المميز ١٦٩
تعريف الحضانة ١٧٠
متى يكون التخيير ١٧١
لمن يكون حق رعاية الطفل بعد الفراق ١٧١
القول الأول ١٧١
القول الثاني ١٧٢
سبب الخلاف ١٧٣
أدلة القول الأول ومناقشتها ١٧٣
أدلة القول الثاني ومناقشتها ١٧٦
بيان الراجح ١٨١
شروط التخيير بعد الحضانة ١٨١
الحكمة في التخيير بعد الحضانة ١٨٣
مسألة القرعة ١٨٣
ـ الفصل الثاني : في القصاص والحدود والكفارات والجهاد ١٨٥
ـ المبحث الأول : في القصاص ١٨٦
تخيير أولياء الدم بين القصاص والدية والعفو ١٨٧
تعريف ولي الدم ١٨٧
تعريف القصاص ١٨٨
تعريف الدية ١٨٨
تعريف العفو ١٨٩
في أي نوع من أنواع القتل يكون التخيير ؟ ١٨٩
لمن يكون حق الخيار ١٩٠
القول الأول ١٩٠
القول الثاني ١٩٠

سبب الخلاف ١٩١
ثمرة الخلاف ١٩٢
أدلة القول الأول ومناقشتها ١٩٢
أدلة القول الثاني ومناقشتها ١٩٨
بيان الراجح ٢٠٢
الحكمة في مشروعية تخيير أولياء الدم بين القصاص والدية والعفو ٢٠٣
ـ المبحث الثاني : في الحدود ٢٠٤
التخيير في حد الحرابة ٢٠٥
تعريف الحرابة ٢٠٥
هل عقوبات المحارب على التخيير أم على الترتيب ؟ ٢٠٦
القول الأول ٢٠٦
القول الثاني ٢٠٧
القول الثالث ٢٠٨
سبب الخلاف ٢٠٩
أدلة القول الأول ومناقشتها ٢١٠
أدلة القول الثاني ٢١٢
أدلة القول الثالث ومناقشتها ٢١٣
بيان الراجح ٢١٨
الحكمة في مشروعية التخيير في حد الحرابة ٢١٩
ـ المبحث الثالث : في الكفارات ٢٢٠
المطلب الأول : التخيير في خصال كفار اليمين ٢٢١
تعريف الكفارة ٢٢١
تعريف اليمين ٢٢١
خصال الكفارة ٢٢٣
ـ المطلب الثاني : في التخيير في وقت كفارة اليمين ٢٢٥
القـــول الأول ٢٢٥
القول الثاني ٢٢٦
سبب الخلاف ٢٢٦
أدلة القول الأول ومناقشتها ٢٢٦

أدلة القول الثاني ومناقشتها ٢٢٩
بيان الراجح ٢٣١
الحكمة في التخيير في كفارة اليمين ٢٣١
ـ المبحث الرابع : في الجهاد ٢٣٢
تخيير الإمام في الأسرى ٢٣٣
تعريف الأسرى ٢٣٣
الخلاف في خصال الأسرى ٢٣٤
القول الأول ٢٣٤
القول الثاني ٢٣٥
القول الثالث ٢٣٥
القول الرابع ٢٣٦
سبب الخلاف ٢٣٦
الأدلة والمناقشات : ٢٣٧
أولاً : القتل ٢٣٧
دليل القول الأول ومناقشته ٢٣٧
أدلة القول الثاني ومناقشتها ٢٣٧
أدلة القول الثالث ومناقشتها ٢٣٨
النسخ والإحكام ٢٤٠
ثانياً : الاسترقاق : ٢٤٣
دليل القول الأول ٢٤٣
أدلة القول الثاني ٢٤٣
مناقشة أدلة القول الأول والثاني ٢٤٤
أدلة القول الثالث ٢٤٤
بيان في الرق ٢٤٥
ثالثاً : المن والفداء : ٢٥٠
أدلة القول الأول ومناقشتها ٢٥٠
أدلة القول الثاني ٢٥٢
أدلة القول الثالث ومناقشتها ٢٥٣
أدلة القول الرابع ومناقشتها ٢٥٧

رابعاً : الجزية ٢٥٩
بيان الراجح ٢٦٠
الحكمة في التخيير في الأسرى ٢٦١
ـ الخاتمة ٢٦٢
ـ الفهارس ٢٦٥
ـ فهرس الآيات القرآنية ٢٦٧
ـ فهرس الأحاديث النبوية ٢٧٢
ـ فهرس الآثار ٢٧٦
ـ فهرس الأعلام ٢٧٨
ـ فهرس القواعد والضوابط ٢٨٠
ـ فهرس المراجع ٢٨٣
ـ فهرس الموضوعات ٢٩٥