

أهم قواعد القضاء من كتاب البيوع من خلال مخطوط شرح مختصر ابن عرفة المالكي

أ. قوادري مختار[†]

يمثل المقال بياناً لأهم القواعد القضائية، من خلال مخطوط شرح مختصر ابن عرفة التلمساني التونسي المالكي؛ التي يحتاجها القاضي لفض النزاع في المعاملات المالية كقواعد الضمان، وقواعد الإثبات وقواعد البيوع الفاسدة، والضوابط الخاصة بمعيار التعيين في البيع، وأحكام الجائحة.

أهمية الدراسة:

لا ريب في أن علم الفقه يشكل أحد أبرز مكونات الحياة العلمية في تاريخ الحضارة الإسلامية. وتصفح كتب التراجم المغربية والأندلسية، يتضح لنا حجم التراث الفقهي المالكي الذي خلفه علماء الغرب الإسلامي. منه ما أصبح متداولاً بفضل الجهود التحقيقي الجبار الذي بذله ثلّة من الباحثين في العقود الأخيرة، ومنه ما يزال مخطوطاً، في حاجة إلى من يبعث فيه الحياة، ويخرجه إلى النور.

بين أيدينا نسخة من مخطوط لشرح مختصر ابن عرفة، تحتاج إلى مزيد من الدراسة. وذلك رغم أن الكتاب عرف طريقه إلى النور على يد الأستاذين محمد أبو الأجنان والطاهر معموري، وهما مشكوران على جهدهما، إلا أننا لا يمكننا الجزم لا بأن النسختين اللتين اعتمدا عليهما تخلو من الأخطاء، هذا من وجه، ولا الجزم بأن تحقيقهما بلغ مراده، فليس بعده من مزيد، من وجه آخر، وذلك ما يتضح من خلال الحديث عن منهج التحقيق. وتتجلى أهمية هذه الدراسة على وجه التحديد في استقرار القواعد الخاصة بالقضاء والحكم والفصل في المنازعات. ولا تتسع هذه الدراسة إلى تناول التعريفات الاصطلاحية المختلفة للقضاء، وإن كان الاختلاف بين هذه التعريفات لفظي لا حقيقي. ويكفي الإشارة إلى تعريف أحد الباحثين المعاصرين للدلالة على المعنى، وهو أن "القضاء في الاصطلاح هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة".¹ وأريد بالكيفية المخصوصة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضي، والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي في إجراء التقاضي، ووسائل الإثبات للحق المدعى به، ووسائل دفع الدعوى، وفق الشريعة الإسلامية، وهذا ما يصح أن يطلق عليه ب"القانون الإسلامي".¹ وبيان القواعد الخاصة بالقضاء حسب مذهب المؤلف، وهو مذهب الإمام مالك رحمه الله.

مشكلة الدراسة وحدودها:

[†] أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة سعيدة

تكمن مشكلة الدراسة في استخراج القواعد والضوابط من خلال استيعاب ما خط في هذا المخطوط من المسائل الفقهية. وكثيرٌ منها- أعني القواعد والضوابط- ليست سهلة المنال، فهي غير موجودة في عناوين المسائل الفرعية فضلاً عن الأصلية، ولا في خاتمة المسائل، مما يستدعي إمعان النظر في المسائل، وربطها بما هو مقرر في مذهب مالك رحمه الله، من خلال خلفية الباحث الفقهية.

وأما حدود هذه الدراسة تتمثل في الإشارة إلى أهم القواعد والضوابط، وذلك ما نقرأه من عنوان البحث وهو "أهم قواعد القضاء". ولفظ أهم هو قيدٌ خرج به استقصاء كل القواعد والضوابط لتعذر ذلك؛ بسبب عدم وجوده في فحوى كل نصوص المخطوط فضلاً عن منطوقها. وهو بلا شك يقتضي عمل فريق عمل متكامل، وهذا ما نقترحه في ثنايا هذا المقال ونوصي به.

منهج التحقيق:

للتحقيق نوعان: نوع يهتم بالتحقق من صحة الألفاظ بمقابلة النسخ لبعضها، وبتخريج الآيات والأحاديث وربما ترجمة الأعلام الواردة في النصوص الفقهية. وهذا النوع على جلاله قدره إلا أنه لا يفي بكل غرض متعلق بالبحث العلمي. وفوقه - كما أشار بعض الباحثين المعاصرين - نوع آخر من التحقيق، وهو ما كان جامعاً بين الضبط والتمحيص وتخريج الأصول والمناهج واستثمار كل ذلك في دراسة ميدانية.² وهذا ما ملت- بتوفيق الله- إليه، من خلال استخراج قواعد وضوابط حاكمة لشتات المسائل الفقهية في باب القضاء.

التعريف بالمخطوط وترجمة المؤلف:

1- التعريف بالمخطوط

يندرج المخطوط الذي بين أيدينا "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية" ضمن كتب التعريفات الفقهية لأبي عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المعروف بالرصاص (894هـ). وأصل هذا المخطوط المختصر الكبير المعروف بالحدود الفقهية التي وضعها الإمام محمد بن محمد بن عرفة الوُرَعْمِي أبو عبد الله عالم المالكية بتونس في عصره (716-0803هـ).³

سار ابن عرفة في حدوده الذي ذاع في الآفاق على ترتيب المدونة لتسهيل الرجوع إليها منتقداً ابن الحاجب وابن شاس في مخالفتها لهذا الترتيب ومتابعتهما للغزالي في وجيزه. وامتاز الحدود بالتزامه بمشهور المذهب إلا ما دعت المصلحة إليه من ضرورات وتطورات اجتماعية، فعدل عن مشهور المذهب إلى غيره، وربما بعث فيه الأقوال المهجورة منذ القرن السادس.⁴ واشتمل مختصر ابن عرفة على الإيجاز والدقة في ذكر الحقائق الفقهية، داعياً- كما في كتاب الاستلحاق- إلى تخريج الفروع على الأصول، وصادف أن اختلفت اختياراته عن ابن الحاجب وغيره من علماء المذهب. واعتنى فيه على وجه الخصوص بـ"تعريف ماهيات الحقائق الكلية الفقهية". وأصبحت له خصائصه المميزة، ما جعل أهل الغرب الإسلامي؛ بما فيهم أهل الأندلس، يتعلقون به.⁵

الرموز المستخدمة في الهداية الكافية الشافية للرصاع: استخدم الرصاع رموزاً كانت مألوفة في عصره تسهيلاً

على القارئ، تتمثل فيما:

الشيخ = الإمام ابن عرفة

ضمير المفردة الغائبة: فيها، منها، إليها = يعود على المدونة

الخ = إلى آخره.

بيانات النسخة⁶:

عنوان المخطوط: مختصر المذاهب

المؤلف: محمد بن محمد بن عرفة (803هـ)

تاريخ النسخ: كتب سنة 1274هـ.

اسم الناسخ: غير معروف.

الوصف: نسخة جيدة، خطها مغربي مقروء.

ج 3 (318ق) 32س 21 / 21.5 سم

العلم: المذهب المالكي، فقه المذاهب الإسلامية

المصدر: مكتبة جامعة الملك سعود، قسم المخطوطات

الرقم 6184 ف 1232 / 2

عدد الأوراق: ج 3 / 318 ق

المراجع: الأعلام: 7: 272 الزيتونة 4: 374

2- ترجمة المؤلف (ترجمة الرصاع)

ولد الفقيه العالم أبو عبد الله محمد بن قاسم بن عبد الله الأنصاري الرصاع بمدينة تلمسان. ونسبته بالرصاع راجعة إلى أن جده الرابع من والده كان نجاراً يرصع المناير ويزين السقوف المفاخر. وإثبات كلمة الأنصاري في نسبه تدل على أصله العربي من المدينة المنورة.

وقد أشار الرصاع في ترجمته عن نفسه في كتابه الفهرست إلى بعض مما يتعلق بالمرحلة الأولى التي نشأ فيها بتلمسان-الجزائر- بكونه كان دارساً بكتّاب بدرية مسوقة بتلمسان، وعند وفاة معلمه الأول انتقل إلى كتاب آخر بسوق القبابين. وبعد عامين انتقل إلى زاوية ابن البنا حيث ختم القرآن مرتين، حوالي سنة 830هـ في المدة التي قدم فيها إلى تلمسان أبو فارس عبد العزيز الخليفة الحفصي الذي رآه الرصاع لأول مرة رفقة جمع من العلماء معه. حضر الرصاع موكب قراءة البيعة بالجامع الأعظم بتلمسان. وكانت فرصة سانحة حضرها كثير من أهل العلم. ولم يُشر الرصاع إلى أخذه العلم عن بعض علماء تلمسان، وكانت تلمسان تعج بالعلماء. وما ذكره أنه كان يحضر

ببلده - تلمسان- مجالس أبي زيد عبد الرحمن السنوسي تبركاً، وكان يقطن بديره، ويحضر مجالس الزاهد الحسن أبركان.⁷ وهذا ما يوحى بأنه أقام بتلمسان في صباه، وأنه انكب على حفظ القرآن ومجالس الزهد، إذ لم يذكر لنا غيرهما في ترجمته عن نفسه.

ثم وفد على تونس -فيما يبدو في صباه- فأخذ العلم بالزيتونة عن مشيخة من طائفة تلاميذ الإمام ابن عرفة، وأخذ عن جماعة من أصحابه -أي ابن عرفة- كالبرزلي وأبي القاسم العبدوسي وابن عقاب. من تلاميذه محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي المعروف بالموّاق، وأحمد زروق الفقيه الصوفي الشهير. ولي قضاء الجماعة بها، ثم تفرغ للإمامة والخطابة بجامع الزيتونة. من آثاره: تذكرة المحبين في أسماء سيد المرسلين، وجزء في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وشرح على البخاري اختصر فيه فتح الباري (التقريب والتسهيل والتصحيح لرواية الجامع الصحيح) وشرح حدود ابن عرفة وأفرد الشواهد القرآنية من مغني اللبيب لابن هشام ورتبها على السور (مخطوط في الأحمديّة بتونس)، فهرسة الرصاع (مطبوع)، إعراب كلمة الشهادة. توفي - رحمه الله - بتونس سنة 894 هـ.⁸

أهم قواعد القضاء من كتاب البيوع:

ملاحظة منهجية عامة عن حدود ابن عرفة:

غلب على حدود ابن عرفة رحمه الله استخدام المصطلحات المنطقية والحد على وجه التحديد جرياً على طريقة ابن الحاجب ومن على شاكلته من الفقهاء الذين أوغلوا في استخدام مصطلحات المنطق، خصوصاً فيما تعلق بوضع حد للماهيات يكون جامعاً مانعاً؛ بحيث يدخل ما يندرج فيه من أنواع المعارف ويخرج ما لا يندرج تحته.

وهذا ما أوقعه في إشكالات ذكرها الشارح- الرصاع رحمه الله-؛ مثل تسمية الشفعة بيعاً-بمناسبة بيانه للمراجعة- وهي -أي الشفعة- استحقاقٌ وليس بيعاً، حيث قال الرصاع: "وما ليس ببيع لا يدخل تحت لفظ البيع، وما لا يكون داخلاً لا تحت الجنس لا يصح إخراجها، وإلا لزم في الشيء الواحد، أن يكون داخلاً غير داخلٍ وهو محال". كما أنه سمى - في رأي الرصاع- الرد بالعيب والإقالة والتولية بيعاً، وليس كذلك، إلا أن يقال أن ذلك في حكم البيع، على سبيل التجوز. يُضاف إلى ذلك استشكال وهو: كيف وضع ابن عرفة تحت كتاب البيوع الفاسدة ألواناً من أبواب البيوع الجائزة كالتولية والاستيمان والإقالة والمراجعة والشركة.

قواعد مذهبية خاصة بالضمان:

. إذا أمكن رد المضمون عيناً؛ كالعارية، لا يجوز رده مثلاً؛ أي بقيمة المثل؛ لأن رد العين هو الأصل، فلا يُعدل عنه إلى البدل وهو قيمة المثل إلا إذا تعذر ذلك.

. الفرق بين بيع ما كان معيّنًا وبين ما كان في الذمة، واختلاف ذلك يقتضي اختلاف الملزومات، فمن لوازم البيع المعين أنه إذا استُحق فإن المستحق من يده، يرجع في عَوْضه، إن لم يفت، وفي قيمته، إن فات، ويُفسخ البيع بذلك. أما ما بيع في الذمة فإنه إذا أتى به المدين، واستحق فإن البيع لا يُفسخ، بل يجب الإتيان بالمثل حتى تبرأ الذمة به. وعليه، يبدو أن الإمام ابن عرفة يفرق بين الحق العيني المتمثل في الحالة الأولى، وبين الحق الشخصي أو حق الدائنية المتمثل في الحالة الثانية.

. إذا التقى الإيجاب بالقبول، قبل تفرق المتعاقدين بالأبدان عن مجلس العقد، لزم العقد؛ كذا أسند إلى ابن رشد وهو معروف من قواعد المذهب.

قواعد مذهبية خاصة بالإثبات:

. باب ما يثبت به العيب: نقل عن الباجي أن ما يطلع عليه الرجال وتستوي الناس في معرفته، لا بد فيه من عدلين، وإن اختص معرفته بأهل العلم من الأطباء لم يُقبل، إلا أهل المعرفة بها، ولا تُشترط العدالة عند الحاجة، وزاد الشيخ: إذا لم يشرط العدالة فلا بد من سلامته من جرحة الكذب؛ أي يجوز عند الضرورة شهادة الفاسق الذي لم يعرف بكذبه، وإن كان مما لا يطلع عليه الرجال فامرأتان.

. باب صفة يمين البائع في العيب: عزا ابن عرفة إلى ابن عبد البر، وصوّب قوله: "يخلف (البائع) لقد باعه وما به عيب، أو ما به ذلك العيب. وذلك فيما يبدو، إذا تعذر على المشتري تقديم البينة أنه لم يحدث عنده وإنما عند البائع. وهذا موافق للقواعد القاضية بـ"البينة على المدعي واليمين على من أنكر".⁹

-السببية أو الإفضاء: قال الشيخ في باب الفوات في المبيع: "تغيّر المبيع بمعتبر فيه-أي بسببٍ معتبرٍ- فتأمل هل يقال: هذا سبب الفوات-أي السبب المفضي إلى الفوات-، لا أنه فوات، والسبب غير مسببه، والله الموفق". والسببية أحد أركان الضمان، فقد حدد فقه الشريعة الإسلامية رابطة الإفضاء؛ بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غيرهما.¹⁰ والتمييز بين الفعل المباشر والفعل تسبباً يدق فيه النظر ولا تتسع له حدود هذه الدراسة. وتكمن الرابطة بين السببية؛ باعتبارها أحد أركان الضمان، وبين الإثبات في أنه من الوسائل التي يتكأ عليها القاضي للفصل في واقعة معينة، هو إسناد السببية لأحد ما أو رفضها.

. إثبات عقود الأمانة في المذهب: يُستنتج مما ورد في المخطوط أن الوديعة والوكالة إذا كانت مقيدة: يضمن صاحبها إذا تعدى أو أهمل، ولا يضمن إذا لم يتبين ذلك. وهذه مسألة تحقيق مناط، أو تحري حيثيات الواقعة، قد تختلف فيها الأفهام، وليست دليلاً على نقض القاعدة المذكورة.

قواعد البطلان والفساد في البيوع:

قال الشيخ في نقله عن المازري وعياض وغيرهما: الفاسد من البيوع نوعان:

1. ما لا يصح للمكلف رفع أثر فساده [كحقوق الله؛ مثل العبادات].

2. ما يصح للمكلف رفع أثر فسادده، وهو ذو حق لآدمي فقط؛ كبيع الأجنبي غير وكيل. وإن أشكل عليه إيجاد جواب شافٍ للفساد بمعنى-عدم الصحيح- على خلاف المشهور في المذهب؛ كما نقله عن المازري وعياض، ونقل عن ابن رشد أن أحد قسميه يندرج تحته المكروه.

وهنا نلاحظ محاولة الإمام ابن عرفة تحقيق هذه المسألة دون التقييد بقواعد المذهب المالكي الذي يأتي التقسيم الثنائي للبيوع الفاسد¹¹ - المرادف للبطل - إلا على سبيل التجوز في قول ابن رشد السابق بإلحاق المكروه- الذي هو من حيث الأصل أحد أنواع العقد الصحيح - بالعقد الباطل.

وللعلم فإن جمهور الفقهاء بما فيهم الحنفية لا يفرق بين الفاسد والباطل في باب العبادات فهما مترادفان. أما في المعاملات ابتدع فقه الحنفية للبطلان تقسيماً ثنائياً: أولهما: الباطل: وهو ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه كبيع الملاقح والميتة، وثانيهما: الفاسد وهو ما كان مشروعاً بأصله (أي بأركانها) دون وصفه (أي شروطه)؛ "كالبيع بثمن غير معلوم، أو مؤجل إلى أجل مجهول، أو المقترن بشرط فاسد، أو النكاح بغير شهود. ففي البيع يثبت الملك للمشتري في المبيع إذا قبضه بإذن البائع، وفي النكاح بلا شهود يجب المهر إذا حصل فيه دخول، وتجب على المرأة العدة عند الفرقة، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل. وواضح من هذه الأمثلة أن العقد الفاسد لم يترتب عليه بذاته أثر شرعي، وإنما ترتبت هذه الآثار بناء على تنفيذ العقد، فكأن التنفيذ محل رعاية الشارع نظراً إلى الشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد"¹². فالعقد الفاسد -عندهم- ليس جزءاً نهائياً، ولكنه مرحلة مؤقتة تنتاب العقد، يكون العقد فيها صحيحاً، منتجاً لآثاره، لازماً لأطرافه، لكنه قابلٌ للبطلان، إذا توافرت شروط تقرير بطلانه.

وبناء عليه، يبدو أن الإمام ابن عرفة حيث ذهب إلى تقسيم الفساد تقسيماً ثنائياً يضاهي تقسيم الحنفية لم يسلم من المعارض. فقد حاول تخريج ذلك على قواعد المذهب ولكن لم يُفلح، وذلك ما صرح به الرصاص حيث قال: "ونقل عن الشيخ في ذلك جوابان فيهما بحث". وذكر رد المخالفين له على قويّ جوابه -دون ضعيفه- بأن قواعد التقسيم الثنائي للفساد لم تسلم في باب العبادات.

انتقد الرصاص أدلة ابن عرفة ومن وافقه الرأي في هذه المسألة، دون تصويبه، فقال: "قلت: ولما ذكر الشيخ ترجمة المدونة من البيوع الفاسدة، قال بعض المشايخ: الجاري على ما جرى عليه الشيخ في بيوع الآجال، أن يجد ذلك بحدين لقباً وإضافياً، وتأمل قوله إضافياً مع أن الفاسدة صفة للبيوع، ولعله راعى المعنى، وفيه نظر".

وفي تصوري الخاص أن ما ذهب إليه الإمام ابن عرفة من تخريج المسألة على قواعد المذهب المالكي لم يسلم من المعارض. ويبدو أن في المذهب المالكي قواعد تضبط تعرض عقد البيع للفساد.

أولاً: العقد الموقوف في البيع وما في مقامه من المعاملات المالية

تقضي قواعد المذهب المالكي بأن العقد الموقوف-وهو أحد أنواع العقد الصحيح- على إجازة عقد اعترضه إكراه أو تدليس أو غش أو استغلال-مما يطلق عليه الفقه المدني الحديث بعبوب الإرادة-أو تصرف فضولي، كافٍ لإنقاذ عقد مما يتهده من خطر البطلان، وذلك بترك نفاذه أو سريانه متوقفاً على إرادة من لحق به ضرر. ويمكننا القول بأن قاعدة العقد الموقوف قبلية؛ أي قبل أن يتقرر بطلان العقد من صحته. ويمكن أن يدخل في ذلك ما ورد في كتاب الرد بالعيب عموماً، وباب الغش والتدليس (التغريب الفعلي)، إذ حكمه كما ذكر الرصاع: فسخ البيع، وعلى الأقل فوات القيمة أو الأجر المسمى.

ثانياً: مراعاة الخلاف في البيع وما في مقامه من المعاملات المالية

للمذهب المالكي قاعدة ذهبية بعدية؛ أي بعد أن يتقرر بطلان العقد وفق مذهب مالك رحمه الله، لكنها صحيحة وفق مذهب معتمد، أدلته لها حظ من النظر. وذلك إذا كان يترتب على مقتضى ومآل القول بالبطلان مفسدة شرعية.

فحكم البيع الفاسد . عند المالكية . إذا وقع أن يفسخ؛ ويكون الفسخ في المختلف في فساده من الحاكم، أو من يقوم مقامه؛ فيرد المبيع لصاحبه ما دام قائماً وجوباً¹³، ويجرم انتفاع المشتري به حينئذٍ، غير أنه لا يلزم برّد ما استغله مع رده للمبيع إلا في حالة ما إذا اشترى موقوفاً على غير معين واستغله عالماً بوقفه فيرد غلته؛ لأن الضمان منه، فكان الخراج له. ويرد البائع الثمن، ولا يرجع المشتري على البائع بالنفقة؛ لأن من له الغلة، عليه النفقة، فإن أنفق على ما لا غلة له رجع بها، وإن أنفق على ما له غلة لا تفي بالنفقة رجع بزائد النفقة. فإن فات المبيع بيد المشتري، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب؛ بالثمن في رواية، إلا أن يحكم حاكم بعدم الرد؛ لأن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض، فكان الثمن المتفق عليه أولى من القيمة، ومضى المتفق على فساده إذا فات بالقيمة¹⁴، إن كان قيمياً، وتعتبر القيمة يوم القبض، وضمن مثله إن كان مثلياً، فإن تعذر وجوده، ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد.

وقال مالك- رحمه الله- في رواية عنه: "الحرام البيّن من الربا وغيره، يُرد إلى أهله أبداً، فات أو لم يفت، وما كان مما كرهه الناس، فإنه يُنقض إن أدرك بعينه، فإن فات، ترك"¹⁵.

فإن قصّد المشتري بيع ما اشتراه شراءً فاسداً الإفاتة، عُومل بنقيض مقصوده، فلا يصح . حينئذٍ . ولو فات المبيع¹⁶.

يقول القرافي: . رحمه الله :: وقد يكون السبب غير مشروع، ولكن يترتب عليه أثره، إذا اتصل به ما يقرر أثره، ومن ذلك: البيع المحرم إذا اتصل به أحد أمور أربعة تقرر الملك فيه بالقيمة: وهو تغير الأسواق، أو تغير العين، أو هلاكها، أو تعلق حق الغير بها¹⁷، "وحجة شبهة الملك مراعاة الخلاف"¹⁸¹⁹. ومثّل لها بتلقي الركبان للبيع: وهو

"أن يقدم ركب التجارة بتجارة، فيتلقاه رجل قبل دخولهم البلد، ومعرفتهم السعر؛ فيشتري منهم، بأرخص من سعر البلد" ²⁰.

وهذا النوع من البيوع نهي عنه ²¹ للغبن أو الضرر بأهل السوق أو بصاحب السلعة، والمعتمد في مذهب مالك أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق، وهذا إذا كان التلقي قريباً، فإن كان بعيداً، فلا بأس به؛ لأنه سفر لا تلقي، وحدّ القرب في المذهب، أدنى من ستة أميال على الأرجح.

فإذا وقع، فسخ البيع، وأدب الحاضر. إن كان عالماً بالنهي. في رواية، ومضى ودخل في ضمان المشتري بالعقد في رواية أخرى ²²، ولكن يُشرك المشتري أهل الأسواق فيما اشتراه ²³.
والرواية الثانية مؤسسة. فيما يبدو. على مراعاة الخلاف في ذلك ²⁴.

القواعد الخاصة بمعيار التعيين في البيع:

الأمر التي ليس فيها حد (كبيع الاختيار) يُرجع فيه إلى قواعد اللغة، وإلا فالعرف الجاري [كبيع الاستيمان على خلاف بين فقهاء المذهب في ضرورة تعيينه، إذ بينما ذهب ابن رشد إلى وجوب تعيين ثمنه، لم يوجب عياض ذلك، والخلاف- كما ذكر الرضاع- بناء على أن الاستيمان في عرف الناس في نفس القدر، أو في كونه على عرف الناس، على التوالي. واطرد هذا الحكم في أصول الفقهاء حتى أضحى من قواعدهم المعروفة، واستقر لديهم أن "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يُرجع فيه إلى العرف، ومثلوا له بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع." ²⁵

ضوابط أحكام الجائحة:

يتضح مما نُقل عن المالكية أن النوازل السماوية كالغرق والجراد تعتبر في حكم الجائحة باتفاق الفقهاء. وأما ما يتعلق بفعل الآدميين كالسارق والجيش فقد ذهب المالكية- كما نقل الرضاع- إلى آراء ثلاثة: الأول: ذكر الباجي الخلاف في كونها الذي أصاب الثمرة بكل وجهه، والثاني: ما أصاب الثمرة بغالب لا يُستطاع دفعه، والثالث: عن ابن القاسم القولان، وقيل إنه مقصور على أمرٍ سماويّ.

ورأي ابن عرفة- كما علّق الرضاع- أرجح الآراء وأعدلها، فهو اشترط في فعل الآدميين أن يكون غالباً ²⁶؛ أي أن تتوافر فيه علة الجائحة، وهي عدم إمكان التحرز والدفع. وهو قريب من مذهب ابن القيم في الجائحة الآدمية أن تكون عامة لا يُستطاع دفعها بحيث لا يمكن الاحتراز منها؛ كنهب الجيوش دون سرقة اللصوص التي يمكن الاحتراز منها. وهذا الرأي يشبه رأي فقهاء القانون في اشتراطهم للظروف الطارئة في نطاق تنفيذ العقود- إضافة إلى الشروط الأخرى- أن تكون عامة لا يُستطاع دفعها، وذلك حتى لا يختلق الأفراد هذا الظرف، فيمكنهم حرق العقود والإفلات من المسؤولية القانونية. فقبول فعل الآدميين مطلقاً، دونما قيد أو شرط، قد يفضي إلى التحايل على الشرع؛ كما قد يفضي إلى التحايل على القانون في اصطناعهم للظرف الطارئ الخاص، والله تعالى أعلم.

وتعريف ابن عرفة للجائحة التي تجتاح الثمار بأنها: "ما أُلّف من معجوزٍ عن نفعه عادةً قهراً من ثمرٍ أو نبات بعد بيعه". فكلّمة "قهراً" تستلزم القيد الوارد من استحالة الدفع والتحرز، وقد تدل كلمة "معجوزٍ" على العموم على النحو الذي بيّناه والله تعالى أعلم.

الهوامش:

- 1: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان ص. 12، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت 1421/2000.
- 2: مدارس النظر إلى التراث ومقاصدها، لخضر لخضاري، ص. 15 وما بعدها، دار الريادة- دمشق، ط1، 1430/2009.
- 3: الأعلام لخير الدين الزركلي: 272/7، دار العلم للملايين - بيروت، ط5، 1980م.
- 4: ذكره العلامة ابن عاشور. راجع: أعلام الفكر الإسلامي في المغرب العربي للحجوي، ص. 67، نقلاً عن مختصر حدود ابن عرفة تحقيق أبي الأجنان والمعموري، ص. 39، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1993م.
- 5: ومضات فكر، ابن عاشور: 73/2، 75، الدار العربية - تونس، 1981-1982م.
- 6: هنالك نسخة أخرى بعنوان مختصر ابن عرفة ناقصة بأولها وآخرها بنفس المصدر تحت رقم: 5217، فاخترت عدم الاعتماد عليها.
- 7: الفهرست للرصاع، ص 16-18، تحقيق محمد العنابي، المكتبة العتيقة، تونس، 1967م.
- 8: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي: 287/8، القاهرة 1353-1355 الأعلام، الزركلي: 228/7، فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمسلسلات، عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني دار العربي الإسلامي - بيروت 1402-1982 ط2، تحقيق إحسان عباس.
- 9: أصله حديث رواه البيهقي، السنن الكبرى: 252/10، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم 20990.
- 10: راجع: المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود: 180/1، أشار إليه د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص. 26، دار الفكر - دمشق - ط7، 1427هـ - 2006م.
- 11: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني: 299/5، دار الكتاب العربي، ط2، بيروت، 1982م.
- 12: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 67. مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1425-2004م.
- 13: وفي رواية أخرى لابن نافع كل البيوع الفاسدة إذا وقعت تفوت بالقيمة. انظر: المعونة: 1074./2
- 14: يبدو لي أن الفوات هنا متعلق بالضمان، لأن أموال الناس معصومة، وليس الفوات هنا دليلاً على صحة العقد بخلاف ذلك في المختلف على فساده، فإنه تصحيح للعقد، بعد الحكم بفساده أولاً، مرعاهً للخلاف. وقد فهمت سبب فوات المتفق عليه. الذي هو الضمان. من خلال الجمع بين النص الآتي عن مالك، وإن كان ظاهر نصه يفيد عدم فوات له على الإطلاق، وبين الأثر السابق، والله أعلم.
- 15: وهو من رواية ابن وهب عن ابن القاسم. وقريباً منه قال الحنفية: الأصل أن يبيع ما ليس بمال عند أحد؛ كالحجر باطل، وما كان مالاً عند البعض؛ كالحجر عند أهل الذمة، ففاسد: المدونة: 188/3، و تبين الحقائق: 44/4، تبين الحقائق، للزيلعي، مع حاشية أحمد الشلي، مكتبة إمدادية ملتان، باكستان، بدون تاريخ.
- 16: المدونة: 185/3، وما بعدها، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: 115/4. 122، دار الكتب العلمية. بيروت، الطبعة الأولى، 1417هـ. 1996م، والمعونة: 1074/2. 1075، نشر المكتبة التجارية. مكة المكرمة، بدون تاريخ، وبداية المجتهد: 336/2، مكتبة نزار مصطفى الباز. مكة المكرمة، الرياض، 1415هـ. 1995م.

- 17: زاد القاضي عبد الوهاب خامساً وهو: العتق. انظر: المعونة: 2/1074، ومذهب أبي حنيفة . رحمه الله . يقضي بإفادة البيع الفاسد للملك إذا اتصل به القبض، إلا في مسائل: كبيع الهازل، وبيع الأب من ماله لابنه، أو شراؤه له، وقبض المشتري المبيع أمانة. وثبتت أحكام الملك كلها. في غير هذه الصورة. إلا في مسائل؛ لا يحل له أكله ولا لبسه، ولا وطؤها لو كانت جارية ولو وطئها ضمن عقرها، ولا شفعة لجاره لو كانت عقاراً. كذا في الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص. 244، إدارة القرآن . كراتشي، بدون تاريخ.
- 18 : شرح تنقيح الفصول، ص. 139، دار الفكر . بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م.
- 19 : فقه السنة لسيد سابق: 3/245، دار الفتح للإعلام العربي، 1411هـ . 1990م
- 20: في الحديث الذي رواه البخاري عن أبي هريرة . ض . قال: "نهى النبي . صلى الله عليه وسلم . عن التلقي وأن يبيع حاضر لباد": فتح الباري، كتاب: البيوع، باب: النهي عن تلقي الركاب: 9/236 .
- 21: الرواية الأولى لابن القاسم عن مالك، والثانية لسحنون عن ابن القاسم. انظر: تبصرة الحكام: 2/200.
- 22: بداية المجتهد: 2/288 . 289، والدسوقي مع الشرح الكبير: 4/113.
- 23: حيث صحح الحنفية العقد إذا قبض المبيع، ولزمته قيمته إذا لم يضر بالأهالي، فإن أضرهم صح مع الكراهة، وإن كان فسخ البيع قبل القبض رفعاً للفساد . عندهم . مطلوباً وفي هذا يبدو أن مذهب الحنفية قريب من مذهب مالك، حيث يقولون: إذا قبض المشتري المبيع . في البيع الفاسد . بإذن البائع ، قبضاً صحيحاً . من غير غضبٍ ونحوه .، لم يملك الانتفاع به، إلا إذا تغيرت صفة المبيع بالزيادة أو النقص، أو هلك المبيع، فيصح البيع حينئذٍ، وتجب القيمة، لكنه يملك التصرف فيه ببيع أو هبة للغير.
- والمالكية يقولون بتصحيحه إذا قبض المبيع وفات في أي صورة من الصور المذكورة؛ للضرورة، وخلاف الحنفية، وإن كانوا في الأصل لا يفرقون بين الباطل والفساد جرياً على رأي الجمهور. وقضى الشافعية بأن للبائع الخيار في إنفاذ البيع أو رده عملاً بظاهر قوله . صلى الله عليه وسلم .: "لا تلتقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"، الذي رواه مسلم بشرح النووي في كتاب : البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب: 10/164، وقال أبو سعيد الإصطخري: "إنما يكون للبائع الخيار إذا كان المتلقي قد ابتاعه بأقل من الثمن، فإذا ابتاعه بثمن مثله فلا خيار له"، قال الخطابي: "وهذا قول قد خرج على معاني الفقه". وعند الشافعية أن تلقي الركبان للبيع هو في حكم التلقي للشراء على الأظهر . وبمثل قول الشافعية قال الحنابلة جاعلين هذا البيع من أنواع خيار الغبن. راجع: بدائع الصنائع: 5/303 . 304، والبحر الرائق: 6/91 . 98، دار المعرفة- بيروت، ط2، د.ت، وشرح كنز الدقائق، لابن نجيم، المكتبة الماجدية، كويته . باكستان، د.ت، وحاشية قليوبي مع كنز الراغبين: 2/291، دار الفكر- بيروت، ط1، 1419هـ- 1998م والروض المرعب بشرح زاد المستقنع للبهوتي، ص. 260، تحقيق: محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي، ط1، 1405هـ . 1985م، ومعالم السنن للخطابي: 3/93، دار الكتب العلمية . بيروت، 1416هـ . 1996م، ومصادر الحق لعبد الرزاق السنهوري: 4/163 وما بعدها، نشر معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، ط3، 1967م.
- 24 : الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ص. 98، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1403هـ.
- 25 : رأي المالكية هذا أعدل الآراء كما صرح بذلك ابن القيم فيما يلي. وما ورد في المدونة: وقد روي عن مالك، خلافاً لابن القاسم القائل بأن السرقة جائحة مطلقاً، ولا ين نافع القائل: ليست السرقة بجائحة: راجع: المدونة الكبرى: 12/38.
- 26 : إعلام الموقعين لابن القيم: 2/358، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل- بيروت، 1973.