Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

الاجتهاد بالرأي في النصوص " التقابض في العقود الإلكترونية"

علاء أحمد القضاة
كلية العلوم الإسلامية ،جامعة المدينة العالمية،
كوالالمبور، ماليزيا
alaqudah79@yahoo.com

ملخص

يمثل الإجتهاد بالرأي في النصوص سبيلاً للإيفاء بحاجات الناس والإجابة عما يعترضهم من أحوال ووقائع ومستجدات من خلال إعمال النصوص واستثمار جميع مكنوناتها وطاقاتها ودلالتها واستجلاء روح التشريع،وقد تناولت هذه الدراسة حقيقة الإجتهاد بالرأي في النصوص وأهميتة ، كما بينت أنواع النصوص بالنسبة لخضوعها للاجتهاد بالرأي من عدمه،والضوابط اللازمة في عملية الاجتهاد بالرأي في النصوص وكيفية توظيفه في عملية استنباط الأحكام الشرعية في المسائل المعاصرة ومنها ما نحن بصدده : التقابض في العقود الإلكترونية.

وأكدت الدراسة أن الاجتهاد بالرأي في النصوص القطعية يكون في التطبيق والتنزيل والفهم،وأن الأخذ بمذهب من يقول بعدم ثبوت خيار المجلس وتفسير(التفرق)بالأقوال لا بالأبدان فيه دلالة على مرونة الفقه الإسلامي ومقدرته على مواكبة تطورات العصور والأزمان مع الأخذ بضرورة العلم بالقبول بالنسبة للموجب في التعاقد بين غائبين بسبب تقدم وسائل الاتصال الحديثة وتعقد المعاملات،وتحقيقاً لاستقرار التعامل.

Judgment in Texte Trading By Electronic Contracts

Abstract

The Judgment of the text represent a way to meet people,s needs and what they can face , conditions , events, and updates throw the proper use of the texts and exploit all of the text hidden meaning and its energy , indications and explain the Islamic legislation spirit.

This researcy showed the truth and the importance of the Judgment in texte. and it showed the types of the texte whether if it is submitted to the the Judgment or not, and the necessary standards in the operation of the Judgment in texte, and howwe canexploite the Judgment of the texte in deriving of the provisions of Islamic law in conemporary issues, one of them is what we are talk about:- trading by electronic contracts.

This research has emphasized that Judgment in the certain texte should be in the imphasized and understanding , we should take the provision which says that the buyer and the seller can accomplish the deal or cancel it by talking to each other not by meeting each other physically. To indicate the Islamic doctrine and its ability to keep up with the evolution of the ages and times , and give consideration to the necessity of the knowledge acceptance of the acceptor in the compact between the absent because of the advancement of the modern communications media and the complexity of the transaction to reach to the treatment balance.

المقدمة

الحمد لله العلي الأعلى خلق فسوى وقدر فهدى، والصلاة والسلام على النبي المجتبى إمام المتقين من بعثه الله رحمه للعالمين وعلى آله وصحبه الغر الميامين، وبعد:

تمتاز الشريعة الإسلامية بأنها صالحة لكل زمان ومكان وأنها لا تقف عاجزة أمام الوقائع والنوازل والمستجدات، ولما كانت النصوص متناهية والوقائع والحوادث غير متناهية فلابد من وجود منهج معين للإيفاء بحاجات الناس والإجابة عن ما يعترضهم من أحوال ووقائع، فكان هذا السبيل هو

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

الاجتهاد [1].

والاجتهاد كما هو معلوم ينتهض على جملة من الأركان، جعلها البخاري الحنفي [2]، والعضد الإيجي[3]، والإسنوي [4] منحصرة في ركنين هما: المجتهد، والمُجتهد فيه. ووافقهم الغزالي بذلك إلا أنه أضاف ركناً ثالثاً وهو بذل الجهد[5].

ولما كانت طبيعة البحث العلمي تقوم على معالجة مسألة واحدة بجمع شتاتها، فقد اختار الباحث سبر أغوار القطب الثاني من أقطاب المجتهد فيه[6]، وهو الاجتهاد بالرأي في النص[7] الذي يُعد وسيلة لإعمال للنصوص واستثمار جميع مكنوناتها وطاقاتها ودلالتها واستجلاء لروح التشريع [8]،والمعول عليه في مسألة خضوع النص للاجتهاد هو طبيعة النص، فمن النصوص ما لا يكون مسرحاً للاجتهاد بالرأي، ومنها ما يكون ميدانا فسيحاً له [9]، وهذا ما سيكشف الباحث النقاب عنه في ثنايا هذا البحث.

مشكلة الدراسة وأسئلتها:

تبرز مشكلة الدراسة في الإجابة عن السؤال الرئيس: **ما حقيقة الاجتهاد بالرأي في النصوص؟** ويتفرع منه الأسئلة الآتية:

1. ما أنواع النصوص محل الاجتهاد بالرأي؟
2. ما ضوابط الاجتهاد بالرأي في النصوص؟
3. ما أثر الإجتهاد بالرأي في النص في مسألة التقابض في العقود الإلكترونية؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية موضوع هذه الدراسة في عدم وجود دراسة مستقلة في الاجتهاد بالرأي في النصوص في التقابض في العقود الإلكترونية، بالإضافة إلى ما يلي:

1. معالجة مسألة يكثر السؤال عنها والحاجة إليها بالنظر إلى طبيعة التعاملات المالية وحتى غير المالية نتيجة التطور الهائل في وسائل الأتصال والتكنولوجيا.
2. قلة الدراسات التطبيقية المتخصصة في موضوع الاجتهاد بالرأي في النصوص.
3. إبراز دور الاجتهاد بالرأي في النصوص في استنباط كثير من الأحكام الشرعية ومنها ما نحن بصدده.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى ما يلي:

---

(1) الخفيف، علي محمد، (ت 1309هـ -1891م)، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية**، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ص209، القضاة، علاء أحمد، **القياس وأثرة في إثبات أحكام الأحوال الشخصية في المذهب الحنفي دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك، ص 2.
(2) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت 730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1997م، ج4، ص20.
(3) الإيجي، عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد، (ت: 756هـ)، **شرح العضد على مختصر ابن الحاجب**، ج2، ص290.
(4)الإسنوي، عبدالرحيم بن الحسن بن علي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ط1 بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م، ج4، ص528.
(5)الغزالي، محمد بن محمد، (ت 505هـ)، **المستصفى في علم الأصول**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1413 هـ **1993م**، ج2، ص350.
(6)وهو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي، الغزالي، **المستصفى**، ص، 345.
(7)أما النوع الثاني: فهو ما لا نص فيه (المسكوت عنه) ، سانو، قطب مصطفى، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ط1، 1434هـ - 2013م، ص43- 52.
(8) الدريني، فتحي، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994م، ج1، ص30-53.
(9) الخرابشة، عبد الرؤوف مفضي، **ضوابط الاجتهاد مع ورود النص**، مجلة جامعة دمشق، المجلد (13)، العدد (2)، 1997م، ص 203.

1. تهدف الدراسة إلى بيان المقصود بالاجتهاد بالرأي في النصوص ،وبيان أن من أسباب اختلاف الفقهاء في المسائل الفرعية الاختلاف في مناهج استنباط الأحكام عندهم وفي طريقة فهم النص.
2. تحديد ضوابط الاجتهاد بالرأي في النصوص.
3. التعرف على كيفية توظيف الاجتهاد بالرأي في النصوص في فهم النصوص واستنباط الأحكام الشرعية فيما نحن بصدده.

الدراسات السابقة:

هناك دراسات أصولية عديدة تناولت أطرافاً من بحثنا هذا بصورة موجزة ومتفرقة فجاءت هذه الدراسة لتجمع أطراف هذا الموضوع في دراسة علمية مستقلة، ومن جملة تلك الدراسات ما يأتي:

1. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: د. الدريني، محمد فتحي، ط3، مؤسسة الرسالة: تحدث عن مفهوم الاجتهاد بالرأي، وعن مجالاته بصورة عامة، وقد تعرض لنقد مقولة بعض المؤرخين للفقه الإسلامي ممن قصروا الاجتهاد بالرأي على ما لا نص فيه فقط، وأوضح أن هناك إمكانية للاجتهاد في النصوص، ثم تطرق إلى صلة الاجتهاد بالرأي بمفهوم العدل في الإسلام؛ إذ إن للرأي دور كبير في تسديد الاجتهاد التطبيقي بالنظر في مآلات الأفعال المتوقعة أو الواقعة؛ وذلك النظر يتوقف على عنصر الرأي باعتباره تعقلاً في ظروف الوقائع والحوادث التي يراد الاجتهاد فيها،كما حرص على تأكيد مشروعية استعمال الرأي من حيث هو أصل اعتمده المجتهدون في الاجتهاد،كما بسط العناصر المكونة لطبيعة الاجتهاد بالرأي؛ ثم تناول مسألة عدم اقتصار الاجتهاد بالرأي على ما لا نص فيه؛وأجاب على من قصر الاجتهاد بالرأي على مجال واحد وهو مجال النص،أو الاستنباط من النصوص فقط لا غير.
2. الاجتهاد بالرأي في عصر الخلافة الراشدة دراسة تحليلية في أصول التشريع ومقاصده وتاريخه: د. عبد الرحمن السنوسي،رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية: تحدث فيها عن معنى الاجتهاد بالرأي ومكانته في التشريع، والدور التشريعي لعصر الصحابة، ثم بسط القول في عوامل نشوء الاجتهاد بالرأي مبيناً خصائص الاجتهاد بالرأي في هذا العصر،كما بين روافد الاجتهاد بالرأي في هذا العصر، ثم تطرق لأسس الاجتهاد بالرأي واتجاهاته ومجالاته وآثاره حيث تناول مجالات الرأي فيما فيه نص ولكن بصورة مقتضبه.
3. الاجتهاد في الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي:أ.د قطب مصطفى سانو:تحدث عن ماهية النص وأنواعه عند الأصوليين،كما بين حقيقة الاجتهاد في النص وأنواع الاجتهاد فيه،ثم كشف عن أبرز الخصائص التي يتسم بها النص الشرعي وصولاً إلى الضوابط الحاكمة للاجتهاد فيه.
4. ضوابط الاجتهاد مع ورود النص: أ. د عبد الرؤوف مفضي خرابشة: تناول فيه قاعدة لا مسوغ للاجتهاد في مورد النص،ثم تحدث عن ماهية الاجتهاد بشكل عام وأهميته، وبين ما هو خاضع للاجتهاد، والضوابط الناظمة لذلك.

الإضافة الخاصة بالدراسة:

وبعد؛ فالمؤمل من هذه الدراسة أن تحقق ـ بإذن الله ـ الأهداف الآتية:

1. بيان حقيقة الاجتهاد في النصوص وتحديد ضوابطه.
2. التوصل إلى معيار واضح قائم على أصول شرعية، يحدد دائرة الاجتهاد في النصوص.
3. دراسة الآراء الفقهية في مسألة التقابض في العقود الإلكترونية " التجارة الإلكترونية" من حيث دليل كل منها، وكيفية التعامل مع الدليل؛ لضمان فهم هذه الآراء دون تعصب لها أو إهدار.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

المنهج المتبع في البحث:

المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج الاستقرائي والاستنباطي والتحليلي:

أما المنهج الاستقرائي: فيظهر ذلك باستقراء الآراء المتعلقة بالاجتهاد في النصوص، والبحث في كل ما له علاقة بموضوع الدراسة ،وأما المنهج الاستنباطي: فيتمثل في دراسة الآراء الأصولية المختلفة في المسألة الواحدة والنظر في الأدلة، ثم الترجيح بينها، بناء على قوة الدليل ما أمكن، ثم تسجيل ما تم التوصل إليه من نتائج ،وأما المنهج التحليلي: فيأتي في أعقاب استقراء الأحكام المتعلقة الاجتهاد في النصوص وذلك بتحليل النصوص وإرجاعها إلى أصولها الشرعية وتحليل الآراء الأصولية المتعلقة بموضوع الدراسة، ومقارنة هذه الآراء ودراستها، ثم مقارنة الأدلة ومناقشتها بروية، ومحاولة فهمها.

خطة البحث:

قسمت دراستي إلى مقدمة، وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما المقدمة: فذكرت فيها نبذة موجزة عن أهمية الاجتهاد في النصوص ومشكلة الدراسة وأهدافها وأهميتها والدراسات السابقة والمنهج وخطتي للبحث.

المبحث الأول: ماهية الاجتهاد بالرأي في النصوص عند الأصوليين.

المبحث الثاني: ضروب الاجتهاد بالرأي في النص، وحقيقتة وضوابطه.

المبحث الثالث: التقابض في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول

ماهية الاجتهاد بالرأي في النصوص عند الأصوليين.

أولاً: معنى الاجتهاد[1]: بإمعان النظر في كتب الأصوليين نلحظ أنهم قد عرفوا الاجتهاد في الاصطلاح بتعريفات كثيرة، سيفردها الباحث على النحو الآتي: الأول: تعريفه عند الأصوليين القدامى، والثاني: تعريفه عند المعاصرين، وعلى النحو الآتي:

أولا: تعريف الاجتهاد عند الحنفية وعند جمهور المتكلمين: سيذكر الباحث تعريفاً واحداً لكل مذهب من المذاهب، وعلى النحو الآتي:

1. **تعريفه عند الحنفية:** يورد أصوليو الحنفية تعريفات كثيرة للاجتهاد تدور في فلك التعريف الآتي: (بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني) [2].
2. **تعريفه عند المالكية:** ذكر أصوليو المالكية تعريفات مختلفه للاجتهاد منها –على سبيل الذكر لا الحصر–: (استفراغ الوسعَ لِتحصيل العلم أو الظن بالحكم) [3].
3. **تعريفه عند الشافعية:** ساق أصوليو الشافعية تعريفات متعددة للاجتهاد منها: (بذل المجتهد وسعه في طلب العِلم بأحكام الشريعة) [4].

---

(1)الإجتهاد لغة: من الجَهدُ، والجُهدُ بالضم: يراد به الوسع والطاقة، وبالفتح: المشقة، الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق بن مرتضى. (ت: 395هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، (تحقيق: مجموعة من المحققين)، دار الهداية، ج7، ص 535، ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، **مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: 1399هـ - 1979م، ج1، ص 487. والجهد: المبالغة والغاية بالضم الطاقةُ، يقال: بلغ الرجل جهده إذا بلغ غاية طاقته. ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ج3، ص 133.

(2)أمير باد شاه، محمد أمين بن محمود (ت: 972 هـ)، **تيسير التحرير**، مصر: مصطفى البابي الْحلَبِي - 1351 هـ - 1932 م، ج4، ص179، البخاري، **كشف الأسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي**، ج3، ص396.

(3)الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، **الموافقات**، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن، ط1: دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م، ج5، ص51، الأصفهاني، محمود بن عبدالرحمن(ت: 749هـ)، **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، المحقق: محمد مظهر بقا، ط1، السعودية: دار المدني، 1406هـ - 1986م، ج3، ص286.

(4) الغزالي ، **المستصفى** ، ج1، ص342، الآمدي، علي بن أبي علي (ت: 631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، المحقق: عبد الرزاق

4. **تعريفه عند الحنابلة**:عرف أصوليو الحنابلة الاجتهاد بقولهم:(استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم شرعي) [1].

ثانياً: تعريف الاجتهاد عند المعاصرين: بالنظر في كتب الأصول عند العلماء المعاصرين نعثر على تعريفات متنوعة للاجتهاد- منها على سبيل الذكر لا الحصر-:

فقد عرفه خلاف بأنه:بذل الجهد لِلوصول إلى الحكم الشرعي بدليل تفصيليّ من الأدلة الشرعية[2]،وعرفه زيدان بقوله: بَذل المجتهد وسعه في طلب العِلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط[3].

إذا تأملنا في جميع التعريفات السابقة عند القدامى والمعاصرين نجد أنها متقاربة إلى حد كبير، كما نلحظ أن من العلماء من صدر تعريفه (الإستفراغ) وهؤلاء وضعوا قيود أو شروط خاصة للاجتهاد سواء في المجتهد أم المجتهد فيه، أما الذين صدروا تعريفاتهم بكلمة(بذل) فهؤلاء نظروا إلى المجتهد.

ويمكن تعريف الاجتهاد: استفراغ المجتهد غاية طاقتة لاستخراج حكم شرعي تفصيلي من دليل جزئي.

ثانياً:معنى الرأي[4]:يمكن إجمال مناهج الأصوليين في تعريفهم للرأي بثلاثة مناهج، وعلى النحو الآتي:

المنهج الأول: الرأي هو: (القياس)، وحامل لواء هذا المنهج الشافعي[5]، وتبعه الرازي في محصوله[6]، والآمدي في الإحكام[7]، والإسنوي في شرح المنهاج [8]، والسرخسي[9].

وقد شنع الغزالي على القائلين بأن الرأي هو القياس معتبراً ذلك خطأ فادحاً ،فالاجتهاد أعم من القياس [10]، إلا أن الزركشي قد أنتصر للشافعي وفند دعاوى المنكرين عليه جعل الرأي هو القياس، وبين أن الشافعي إنما قاله على اعتبار أن كلا منهما يتوصل به إلى حكم مسكوت عنه [11].

ولفت الزركشي الأنظار في رده على من عاب على الشافعي قوله إلى مسألة غاية في الأهمية، وهي أنه لا يجوز محاكمة عبارات شخص إلى اصطلاحات ظهرت بعده بزمن طويل، فالقاعدة عند العلماء أنه(لا مشاحّة في الاصطلاح) ما لم يكن ذلك مفضياً إلى لبس وخلط في المعاني، فالقياس عند الشافعي كان مفهوماً واسعاً يشمل جميع الطرق التي يُتوَصَّل بها إلى الحكم الشرعي فيما لم يرد فيه نص.

الثاني: استعمال الرأي في طرائق الاجتهاد فيما لا نص فيه، كالمصلحة المرسلة[12]،والاستحسان[1]، وسد الذرائع [2]، وغيرها من وجوه الاستدلال فيما لا نص فيه، وقد ساق العلماء جملة من التعريفات للرأي ،منها قولهم: (إدراك صواب الحكم الذي لم ينص عليه) وهو تعريف للباجي المالكي [3]، وتبعة أبو يعلى من الحنابلة وأضاف على التعريف كلمة (اعتقادا) [4].

عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، ج4، ص 162.
(1) ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: 972)، **الكوكب المنير شرح مختصر التحرير**، ج3، ص21.
(2) خلاّف، عبد الوهاب، (ت: 1375ه). **علم أصول الفقه**، دار القلم – الكويت، 1407 هـ، ص 216.
(3) زيدان، عبدالكريم. **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة – بيروت، ص401.
(4)الرأي لغة: ترد كلمة (الرأي) في معاجم اللغة بمعان متنوعة والذي يعنيا منها أن الرأي يُقصد به العقل والتدبير، وما ارتآه الإنسان واعتقده، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج2، ص472. ابن منظور، **لسان العرب**، ج 5، ص84.
(5)الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس(ت: 204هـ)، **الرسالة**، المحقق: أحمد شاكر، ط1، مكتبه الحلبي، مصر، 1358هـ/1940م، ص 476 ، الشافعي، محمد بن ادريس (ت: 204هـ) **الأم**، دار المعرفة– بيروت، 1410هـ/1990م، ج1، ص179.
(6)ا الرازي، محمد بن عمر، **المحصول في علم الأصول** ، ط1، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، الرياض– 1400،ج 5، ص61-62.
(7)الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص35.
(8)الإسنوي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ص308.
(9) السرخسي، محمد بن أحمد (ت: 483ه)، **أصول السرخسي**، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص 92.
(10)**المستصفى**، ج 2، ص 96.
(11)الزركشي، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله (ت: 749ه). **تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي**، ط1، مكتبة قرطبة للبحث العلمي، مصر، 1998م، ج4، ص 563.
(12)وهي: (ما سكت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه فهذا على وجهين. . . إلى أن قال: (والثاني: أن يلاءم تصرفات الشرع وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة التي ذهب مالك إلى اعتبارها). الشاطبي، أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى، **الاعتصام**، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، ج2، ص114-115.

ونوقش هذا بأنه يومىء بأن الرأي: عبارة عن ترجيح حكم واقعة معينه إذا تنازعتها عدة أصول يمكن أن تقاس عليها، والصواب: أن الرأي منذ القرون الأولى أوسع مدلولاً من ذلك فهو يطلق على القياس والأخذ بالمصلحة، وقيل: هو القياس والاستحسان، وقيل: هو الحكم بناء على القواعد العامة، وقيل: أنه يشمل القياس والاستحسان والبراءة الأصلية وسد الذرائع والأخذ بالمصلحة المرسلة [5].

الثالث: يستعمل الرأي في تفسير النصوص وفي الأدلة الشرعية غير النصية كالقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وسد الذرائع وغير ذلك مما لم يجيء فيه نص خاص وقامت فيه الفتوى على المقاصد العامة للتشريع وأسسه الكلية إن لم يجمع بين الحادثة المستفتى فيها والنص مناط قريب[6]، وممن قال به الشاطبي[7]والدهلوي[8]، وقد ساق العلماء جملة من التعريفات وفقاً لهذا المنهج منها: (حمل النظير على النظير، والرد إلى أصل من الأصول دون تتبع الأحاديث والآثار، وهو نصب مظنة الحرج، أو مظنة المصلحة علة للحكم)[9]، وأصحاب هذا المنهج يعتمدون في منهجهم هذا على تقرير مسألة مهمة، وهي أن الرأي يشتمل على تفهم معنى النص وإشاراته ولوازمه العقلية وتطبيقه ومآلات ذلك التطبيق واستخلاص الأحكام عن طريقما يسمى بالإلحاق القياسي وغيره[10].

الرأي المختار: بعد النظر في المناهج الثلاث المتقدمة،يرجح الباحث المنهج الثالث الذي يجعل الرأي يستعمل في تفسير النصوص وفي الأدلة الشرعية غير النصية،لقوة حجتهم ولأنه أدل وأقرب للمقصود.

ثالثاً: معنى النص[11]: إذا أجلنا النظر في كتب الأصوليين للبحث عن مدلول كلمة (النص) عندهم نجد أنه لا يوجد لديهم تعريف متفق عليه للنص بل ربما وصل بالبعض أن يصل إلى نتيجة مفادها أن ثمة تضارب بين تلك المعاني التي يدل عليها النص عند إطلاقه، ومن هنا فإن الباحث سيتناول هذا المصطلح من زاويتين مختلفتين:

أولاً: النص بمدلوله العام: يسوق علماء الأصول تعريفات متعدده للنص وفقاً لهذا المدلول دون أن يلتفتوا إلى ما قد يكتنف النص من صفات كالقطع والظن والعموم والخصوص وغيرها مما هو مبثوث في كتب الأصوليين، كما يعني الاجتهاد في النص بمدلوله العام كذلك بالبحث عن كيفية ثبوت اللفظ، سواء أكانت تلك الطرق قطعية أم ظنية[12]، ومن جملة تعريفاتهم التي ساقوها وفقاً للمدلول العام للنص:

---

(1) معناه: أن يعدل المجتهد في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت730هـ/1329م)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلامي، ج4، ص3، الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ص158، وعرفه الشاطبي بقوله: (الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي)، الشاطبي، **الموافقات**، ج5، ص194.

(2)ويقصد بها: (التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة)، الشاطبي، **الموافقات**، ج4، ص199.

(3)الباجي، سليمان بن خلف، **المنهاج في ترتيب الحِجاج**، تحقيق: عبدالمجيد تركي، ط3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2001 م، ص13.

(4)أبو يعلى، محمد بن الحسين (ت: 458هـ) **العدة في أصول الفقه**، حققه وعلق عليه وخرج نصه: أحمد بن علي المباركي، ط2: جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، 1410 هـ - 1990 م، ج1، ص184.

(5)القطان، مناع بن خليل (ت: 1420هـ) **تاريخ التشريع الإسلامي**، ط5: مكتبة وهبة، 1422هـ-2001م، ص240.

(6)القاضي، محمد المختار (1368هـ/1949م) **الرأي في الفقه الإسلامي**، ط1، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ص 13.

(7) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، **الموافقات**، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج4، ص 143.

(8)الدهلوي،أحمد بن عبد الرحيم(ت:1176هـ)،**حجة الله البالغة**،المحقق:السيد سابق،ط1،دار الجيل،بيروت،1426 هـ-2005م،ج1، ص 273.

(9)الدهلوي، **حجة الله البالغة**، ج1، ص 273.

(10)الشوكاني، محمد بن علي (ت: 1250هـ)، **إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، قدم له: خليل الميس وولي الدين صالح فرفور، ط1، دار الكتاب العربي: دمشق، 1419هـ - 1999م، ج2، ص100، الدريني، فتحي (1985م) **المناهج الأصولية**، ط2، الشركة المتحدة للتوزيع، ص36.

(11)النص لغة: النون والصاد أصل صحيح، يدل على رفع وارتفاع وانتهاء في الشيء، ونص كل شيء منتهاه وغايته. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج5، ص 356.

(12) سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي** ، ص 12.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

أولاً: تعريفات القدامى: قيل: (هو اللفظ في القرآن أو السنة المستدل به على حكم الأشياء)[1]، وقيل: (كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنة سواء كان ظاهرا أو مفسرا أو نصا حقيقة أو مجازا خاصا كان أو عاما) [2].

ثانياً: تعريفات المعاصرين: عُرف النص بأنه: (نصوص الكتاب والسنة) [3]،فجميع الأدلة الشرعية ترجع إليهما وما عداهما من الأدلة مستنبط منهما ومرده إليهما.

يستخلص الباحث مما تقدم من كلام العلماء حول مدلول النص بمعناه العام أنهم يصرفون لفظ النص إلى مطلق الاجتهاد في ألفاظ الكتاب والسنة القطعية والظنية، بالإضافة إلى الطرق التي ثبت بها ذلك اللفظ من جهه القطع والظن.

ثانياً: النص بمدلوله الخاص: يورد الأصوليون تعريفات متعدده للنص بمدلوله الخاص، ومنها:

قيل النص: (ما ازداد وضوحا بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم) [4]، وقيل: (ما دل على معنى قطعا ولا يحتمل غيره قطعا) [5]، وكذلك قيل: (ما لا يتطرق إليه احتمال أصلا لا على قرب ولا على بعد)، وهذا التعريف هو أكثر التعريفات السابقة ذيوعاً وانتشاراً [6]، إلا أنه مع هذا ليس محل اتفاق الجميع إذ لا حرج عند فريق منهم من تطرق الاحتمال إليه شريطه أن يعتضد بدليل يفيد ذلك، فإن لم يكن هناك دليل مقبول يعضده فلا اعتبار له [7]، والنص يقابل كلمة(الظاهر) عند الأصوليين[8].

وإن كانت النظرة العامة عند الأصوليين أن هذا النوع من النصوص لا مساغ للاجتهاد في مثل هذا النوع من النصوص لدلالتها على المعنى المقصود منها قطعاً، حتى أنه لا يمكن استعماله في غير ذلك المعنى[9]، إلا أن فريقاً من العلماء، قالوا:بأن هذا النوع من النصوص،قد يتسرب إليه الاحتمال،ولكي يكون هذا الاحتمال مقبولاً وسائغاً فإنه ينبغي أن يعتضد بدليل مقبول وإلا فلا قيمة له ولا وزن له[10].

وهكذا وبعد أن فرغنا من تحديد المقصود بالنص عند الأصوليين،وأنه يطلق عندهم باعتبارين:

الأول: عام .

والثاني: خاص.

فإنه يتحتم علينا الوقوف بشيء من التفصيل في مسألة أنواع النص لما لهذا الموضوع من صلة مباشرة بدراستنا لنتمكن بعد تحديد أنواع النصوص عند العلماء من بيان طبيعة الاجتهاد فيها،وهل الاجتهاد يغشى جميع النصوص أم أن رحى الإجتهاد حول نوع أو أنواع مخصوصه من النصوص،وإنطلاقاً من هذا الفهم فإننا سنتطرق إلى الاجتهاد في النص بعدة اعتبارات ساقها العلماء:

---

(1) ابن حزم، علي بن أحمد (ت: 456ه)، **الإحكام في أصول الاحكام**، ج1، ص43.
(2) البخاري، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، ج1، ص106.
(3)الصالح، محمد أديب، **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي**، ط4، المكتب الإسلامي، 1993م، ج1، ص50-51، منصور، محمد خالد، **دلالة قاعدة: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة) عند الأصوليين، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 2، 2000م، ص366 -367.
(4) البركتي، محمد عميم الإحسان، **قواعد الفقه**،الصدف ببلشرز، كراتشي،1407، 1986،ص228، النسفي،أبو البركات، **كشف الأسرار، شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار لأبي سعيد الحنفي**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م، ج1 ص206-207.
(5)الحسني، محمد بن اسماعيل، **إجابة السائل شرح بغية الآمل**، ج1، ص232، المرداوي، أبو الحسن، علي بن سلمان، **التحبير شرح التحرير**، (ت 885 هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، 1421هـ - 2000م ج6، ص2874، الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص196، البركتي، **قواعد الفقه**، ص 228.
(6) ابن أمير الحاج، أبو عبدالله، محمد بن محمد، (ت: 879ه)، **التقرير والتحبير**، ج1، ص199، الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص196.
(7) الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص196.
(8)النسفي، **كشف الأسرار**، ج1، ص205-206.
(9) الرازي،**المحصول**، ج3، ص230، القرافي، أحمد بن إدريس، **شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في الأصول**، دار الفكر، بيروت، 1997م، ص275
(10) الغزالي،**المستصفى** ،ج1، ص196.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

الأول: النصوص القطعية(ثبوتاً ودلالة): ويقصد بها نصوص القرآن الكريم والسنة المتواترة، فهذه النصوص مقطوع بثبوت نسبتها إلى مصدرها، أما قطعية دلالتها فإن المقصود بذلك عدم تطرق الإحتمال إليها وأنها لا تحتمل إلا معنى واحد وهي بذلك لا تفيد إلا حكماً واحداً، ومن أمثلتها النصوص التي بينت أركان الإيمان، وهذا النوع من النصوص يحرم الاجتهاد فيها ما دام النص صريحاً مفسراً بصيغته أو بما ألحقه الشارع به من تفسير وبيان [1]، فـ (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)، إلا أن من العلماء من قيد نص القاعدة بإضافة كلمة الصريح القطعي لتصبح القاعدة: (لا مسوغ للاجتهاد في مورد النص الصريح القطعي) [2]، ومنهم من صاغها بقوله: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)[3].

وبالرغم مما تقدم من قيود على القاعدة إلا أن هناك فريق من العلماء اعترض على صياغة هذه القاعدة فقالوا:إن الاجتهاد التنزيلي يشمل جميع أنواع النصوص مما يعني أنه يسوغ الاجتهاد التنزيلي في النص القطعي[4]،وهو المختار عندي؛فالنصوص التي هي محل للاجتهاد لا من جهة الثبوت والدلالة وإنما من جهة التنزيل، بمعنى تنزيل المعنى المراد من النص على الوقائع المختلفة دون مساس بالمعنى الذي دل عليه النص، وهذا ما تعارف عليه العلماء بالاجتهاد التنزيلي أو التطبيقي.

الثاني: النص القطعي الثبوت وظني الدلالة: ويكون هذا في نصوص القرآن الكريم والأحاديث المتواترة ومجال الاجتهاد هنا قاصر على الدلالة فقط بالبحث عن المعارض للفظ، فيبحث عن اللفظ العام وهل دخله التخصيص وعن المطلق هل له من قيد وقد يكون مفهوماً أو منطوقاً، أمراً أو نهياً وهكذا، ومن أمثلة هذا النوع مقدار المسح على الرأس في الوضوء [5].

الثالث: النص الظني الثبوت قطعي الدلالة: ويقصد بهذا النوع من النصوص تلك التي كان طريق وصولها إلينا بطريق مظنون، ومن أمثلة ذلك أخبار الآحاد، فهي موضع اختلاف بين العلماء في تصحيحها وتضعيفها تبعاً لما يضعون من شروط، إلا أنها تفيد معناها بصورة قطعية لا تحتمل غيره كعدد الرضعات المحرمات في الرضاع .

الرابع: النص الظني (ثبوتاً ودلالة): ويقصد بهذا النوع من النصوص مالا نستطيع الجزم بصحة نسبته إلى مصدره فهو ثابت بطريق ظني كأخبار الآحاد من غير أن يكون سنده مقترناً بما يوهنه أو بشيء مما صرح به العلماء أنه يفيد العلم كالمحتف بالقرائن فهي قابله للاحتمال، أو قام الدليل على عدم إرادة المعاني الظاهرة منها، أو خصص عمومها أو قيد مطلقها أو غير ذلك مما يكون مانعاً للحكم بقطعيتها،ويتفرع عن هذا أن المعنى أو الدلالة

---

(1)سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص18-19، الزنكي، نجم الدين قادر كريم، **الاجتهاد في مورد النص دراسة أصولية مُقارنة**، ط1، دار الكتب العلمية – بيروت، 1427هـ - 2006م، ص40 – 41، منصور، دلالة قاعدة: **(لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)** ،ص368، خلاف، عبد الوهاب، **علم أصول الفقه**، دار القلم، الكويت، ط12، 1978م، ص 216-217، الخرابشة، **ضوابط الاجتهاد مع وردود النص**، ص 198، حمادو، نذير، **الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي دراسة تأصيلية في فهم النصوص الشرعية وتطبيقها بنظرة مقاصدية**، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1430هـ - 2009م، ص308- 309.

(2) الخرابشة، **ضوابط الاجتهاد مع وردود النص**، ص 198.

(3) منصور، **دلالة قاعدة: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)**، ص371.

(4) سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص18-19، الزنكي، **الاجتهاد في مورد النص** ، ص55-58.

(5) العلائي، خليل بن كيكلدي، **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، تحقيق محمد عبد الغفار، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1414هـ 1994م، ج2، ص444-445 سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص 21-22، الزنكي، **الاجتهاد في مورد النص** ، ص40 – 41، الخرابشة، **ضوابط الاجتهاد مع وردود النص**، ص207، وما بعدها، منصور، دلالة قاعدة: **(لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)**، ص372، سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص 21-22.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

المستفادة منه تكون تابعه له في الحكم بمعنى أنه متى كانت الطريق الموصلة إلى الحكم ظنية فإن الحكم يكون مظنون لاحتمال الفظ أكثر من معنى[1]، فهذه النصوص تعتبر ميداناً فسيحاً للاجتهاد بالرأي من حيث ثبوتا ودلالتها على المعنى.

المبحث الثاني

ضروب الاجتهاد بالرأي في النص، وحقيقتة وضوابطه

المطلب الأول: ضروب الاجتهاد بالرأي في النص[2].

1. **الاجتهاد في ثبوت النصوص**: ويكون الاجتهاد في هذا الضرب من جهة التحقق من اتصال السند ومعرفة درجته، وإعمال قواعد الترجيح بين الأسانيد المشهورة عند أهل الحديث[3]، ويغشى هذا النوع صنفين من النصوص، هما: النصوص الظنية الثبوت والدلالة، والنصوص الظنية الثبوت قطعية الدلالة.
2. **الاجتهاد في فهم النصوص**: ويراد بهذا الضرب بذل المجتهد غايتة ووسعة في سبيل تحديد المعنى المقصود من النصوص الظنية الدلالة، وهذا ينحل إلى صنفين، وهما: النصوص الظنية الثبوت والدلالة، والنصوص القطعية الثبوت وظنية الدلالة.
3. **الاجتهاد في التطبيق**: ومدار هذا الضرب أن يستفرغ المجتهد وسعه في سبيل تنزيل المعاني المراده للشارع من نصوصه القطعية منها أو الظنية على والوقائع،الأمر الذي يضفي على هذا الضرب ميزه لا توجد في غيره ألا وهي عدم إقتصاره على نوع من النصوص وإنما يغشاها جميعاً [4].

المطلب الثاني: حقيقة الاجتهاد بالرأي في النصوص

بعد أن فرغنا من الحديث عن أنواع النصوص وضروب الاجتهاد فيها وبينا ما يسوغ الإجتهاد فيه ومالا يسوغ، نصل إلى الحديث حول حقيقة الاجتهاد بالرأي في النصوص،فيتبين لنا:إن حقيقة الاجتهاد بالرأي في النصوص تدور رحاها حول عملية إعمال النصوص الشرعية في الوقائع والحوادث

---

(1) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تحقيق: المعتصم بالله، ط1، دار الكتاب العربي بيروت، 1411هـ - 1991م، ج1، 208، حمادو، **الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، ص310.

(2) هناك ضروب أو تقسيمات كثيرة للاجتهاد بالرأي في النص فقد نقل الزركشي عن الماوردي أنه قسم الاجتهاد في النص إلى ثمانية أقسام. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت 794هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، حققه وضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421هـ - 2000م، ج4، ص 519- 520، وقسمه الشاطبي إلى طرفين: الطرف الأول: اجتهاد لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة المسمى بالاجتهاد بتحقيق المناط، وهذا ينقسم إلى ثلاثه أقسام، والطرف الثاني: اجتهاد يمكن أن ينقطع قبل زوال الدنيا، وهذا ينحل إلى أنواع ثلاثة: الأول: تنقيح المناط والثاني: تخريج المناط، والثالث: هو نوع من تحقيق المناط، الشاطبي، **الموافقات**، ج5، ص11-25، أما الدواليبي فقد قسم الاجتهاد في النص إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول: الاجتهاد البياني: ومعناه: الاجتهاد فهم الخطاب الشرعي والوقوف على دلالاته، واستجلاء معانيه، بغية الوصول إلى استنباط الحكم الشرعي منه. د. أحمد بوعود، «**فقه الواقع، أصول وضوابط**»، كتاب مجلّة الأمّة: 74، 2002م. القسم الثاني: الاجتهاد التعليلي: ومعناه: بيان العلل وكيفية استخراجها. شلبي، محمد مصطفى، **تعليل الأحكام، عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد**، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1981م. (رسالة ماجستير). ص 12، القسم الثالث: الاجتهاد المقاصدي(الاستصلاحي)ومعناه: (استحضار مقاصد الشريعة الإسلامية واعتبارها في كل ما يقدّره الفقيه أو يفسّره، ليس في مجال الشريعة وحدها، بل في كل المجالات العلمية والعملية). الريسوني ، أحمد ، **الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده، منشورات الزمن كتاب الجيب**، الكتاب9، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1999م، ص34-36.

(3) الخرابشة، **ضوابط الاجتهاد مع وردود النص**، ص205، منصور، **دلالة قاعدة: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)**، ص372، حمادو، **الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، ص310

(4) الشاطبي، **الموافقات** ج4، ص93 -95.

المستجدة، بأن يبذل المجتهد غاية طاقته ووسعة لاستثمار مضامينها ومكنوناتها في كافة دلالاتها على معانيها وأحكامها، ومن ثم الوقوف على مراد الشارع من تلك النصوص للتوصل إلى الحكم المراد من تلك النصوص شريطة أن يكون هناك توائم بين الحكم الشرعي المنصوص عليه، وبين الواقعة المعروضة بعناصرها وما تحتف به من ملابسات على أساس من طبيعة التشريع نفسه بتمثل الدلالات اللغوية والشرعية للنصّ وتحديد نطاق النص بالوقوف على ما أراد الشارع إدخاله من الوقائع في نطاق تلك النصوص، وما أراد إخراجه عنها وإعمال ما يحتف بالنص من القرائن والدلائل ثم الترجيح بما يغلب على الظن أنه المراد من النص، على أنه قد يلجأ المجتهد في بعض الأحوال إلى الحِكم التشريعية للنص ،كما يلزم المجتهد كذلك التحقق من دلالات الألفاظ من حيث الوضوح والخفاء وعموم والخصوص والإطلاق والتقييد، وكذلك معرفة دلالات الألفاظ من حيث دلالتها على المعنى من المنطوق والمفهوم، والعبارة والإشارة والإقتضاء والدلالة (دلالة النص) إلى غير ذلك- فلا يكفي منطق اللغة وحده في التعرف على مقصود الشارع من تلك النصوص- ودون إغفال المقاصد التي يرمي لتحقيقها الشارع وبذلك تكون عملية تحديد مجال الاجتهاد في النص في حدود ما يسمى تفهم النص، وترجيح بعض ما يفيد مفهوما على آخر ضمن دائرة النص، كما يكون بمعرفة سند النص وطريق وصوله إلينا، ولا شك أن جميع ذلك يفتقر إلى الجهد العقلي والملكة الفقهية[1].

والحاصل مما تقدم: أنه إذا كان هناك نص في حكم مسألة ما فعلية التعويل وهو الأساس الذي يجب أن يتبع وإلا فإن في معقولية الشريعة رحابة تفتح الباب للرأي والنظر الدائر في فلك هذه الشريعة وضوابطها.

المطلب الثالث: ضوابط الاجتهاد بالرأي في النصوص

تمكن علماء الأصول أن يستخلصوا جملة من الضوابط التي يجب أن تتحقق أثناء عملية الاجتهاد بالرأي في النصوص ومنها- على سبيل الذكر لا الحصر-:

1. التأكد من سند النص وتوظيف قواعد الترجيح بين الأسانيد،فالنص المقصود في هذا الباب هو نصوص السنة النبوية الشريفه دون القرآن الكريم فنصوصه مقطوع بنسبتها إلى مصدرها،وإنما مجال البحث فيها يقتصر على عملية التثبت من بعض وجوه القراءات[2]، وهذه العملية أي التأكد من ثبوت النص تمثل المرحلة الأولى في عملية الاجتهاد لينتقل بعدها إلى مراحل.
2. المحافظة على مراتب النصوص: فلا يجوز للمجتهد أن يخلط بينها فلا يخلط بين قطعي وظني، بل يجب عليه الإبقاء عليها دون المساس بمراتبها [3].
3. عدم المساس بالوضع اللغوي والسياق: فعملية توظيف المعاني في إطار ظواهر النصوص لا تتوقف عند ظواهر النصوص المتبادرة من اللفظ ذاته، وإنما يتحقق ذلك أيضاً بعدم بمراعاه مقاصد النصوص غير المتبادرة من نفس اللفظ دون إغفال ما يحتف بها من قرائن وملابسات تدل على إرادة الشارع ذلك المعنى الباطن، ولا شك أن هذا هو المنهج الذي دعا إليه العلماء المعتبرين في إطار تأويل النصوص [4] شريطة أن يكون ذلك التأويل منسجماً مع وضع اللغة، أو عرف الاستعمال، وعادة صاحب الشرع، وإلا كان باطلاً [5]، كما يجب على المجتهد كذلك إذا أراد تحديد مقصود الشارع من النص أن لا يغفل ما يسمى بالقرائن والسياق، بأن يتعرف على أسباب النزول، والمناسبات والملابسات التي صدر

---

(1) الدريني، فتحي، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، ص38-39.
(2) الخرابشة، **ضوابط الاجتهاد مع وردود النص**، ص205 ، منصور،**دلالة قاعدة: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة)** ، ص372 سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص 21-22، الزنكي، **الاجتهاد في مورد النص**، ص 77-82.
(3) سانو، قطب مصطفى، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص134 -140
(4) والتأويل معناه: (تبيين إرادة الشارع من اللفظ، بصرفه عن ظاهر معناه المتبادر منه إلى معنى آخر يحتمله بدليل أقوى يرجح هذا المعنى المراد)، الدريني، **المناهج الأصولية** ، ص189.
(5)الشوكاني، **إرشاد الفحول** ، ص300-301، سانو، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ص151-161

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

فيها الحكم، وأن يتفهم الدلالة التي يقصدها المتكلم ويفهمها السامع من الكلام، تبعا للظروف[1]، فهذا الضابط يشكل ميزاناً مهماً في عملية فهم النص الشرعي بحيث يستبعد مالا ينسجم مع قوانين اللغة العربية ولا بأساليبها عند أهل اللسان.عدم إغفال المقاصد الشرعية للنصوص: ويتحقق ذلك بإرجاع الجزئي إلى الكلي، فينظر المجتهد في مبتدأ الأمر إلى الجزئي قبل الكلي؛لأنه أساسها؛ ولأن الكلي من حيث هو كلي لا يصح القصد في التكليف إليه [2]،وهذا يحتم على المجتهد كذلك يراعي درجات ورتب تلك المقاصد فهي تتفاوت قوة وضعفاً، فأقواها الضرويات ثم يليها الحاجيات ثم التحسينيات [3]، وهذا يستلزم أيضاً أن ينظر المجتهد في مقدار المقصد الشرعي [4].

المبحث الثالث

التقابض في العقود الإلكترونية" التجارة الإكترونية"

المطلب الأول: تعريف التقابض ،والعقود ، والإلكترونية

الفرع الأول :تعريف التقابض بمعناه الشرعي [5].

بإمعان النظر في كتب الفقهاء القدامى،لا يكاد يعثر الباحث على تعريف واضح للتقابض أو القبض ويمكن عزو ذلك إلى التباين الواقع بينهم فيما يتعلق بكيفية تمام القبض وطرقة، وفي مدى الأخذ بالعرف السائد من عدمه [6]، الأمر الذي يحتم علينا الكشف عن وجهات نظرهم في مسألة القبض – بإيجاز بما يخدم البحث– وعلى النحو الآتي:

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء بأن الغاية من القبض تتمثل بحيازة الشيء والتمكن من التصرف فيه بقطع النظر عن طبيعة المقبوض، وكيفية قبضة[7]،واتفقوا بأن القبض في العقار يكون بالتخلية[8]، واختلفوا في المنقولات،فمنهم من أكتفى بالتخلية،ومنهم من اشترط النقل أو التحويل أو الكيل ونحوها [9]، وهذا ليس محل بحثنا– فالقبض وفقاً لما تقدم عند الفقهاء القدامى يقصد به: حيازة المعقود عليه والتمكن منه وفقاً للعرف سواء أكان

---

(1)الغزالي، **المستصفى**، ص196، ابن مفلح، محمد ، (ت: 763هـ)، **أصول الفقه**، حققه وعلق عليه وقدم له: فهد بن محمد السَّدَحَان، ط1: مكتبة العبيكان، 1420 هـ - 1999 م، ج3، ص 1044، العلواني، **أثر العرف في فهم النصوص قضايا المرأة أنموذجا**، ص50-51.
(2)الشاطبي ، **الموافقات**، ج1، ص371-374.
(3)عطية، جمال الدين، **نحو تفعيل مقاصد الشريعة**، ط1، دار الفكر، دمشق، 2001، ص51.
(4)الأشقر، عمر سليمان، **خصائص الشريعة الإسلامية**، ط3، دار النفائس- الأردن، 1991م، ص91.
(5)التقابض اللغة: القاف والباء، والضاد أصل واحد يدل على شيء واحد مأخوذ، والقبض مصدر قبضة يقبضه قبضاً، تقول قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً، والقبضة بالضم: ما قبضت عليه من شيء، والقبض بمعجمة، إكمال الأخذ وأصله القبض باليد كلها، ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعة الكف، ويستعار لتحصيل الشيء. الزيات وآخرون، **المعجم الوسيط**، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، ص711، عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، ط1، دار الفضيلة، ، مصر، 1988م، ج3، ص64.
(6)الجنكو، **التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة**، ط1، دار النفائس، الأردن، 2004م، ص 20.
(7) الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (ت 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ-1986م، ج 5، ص244، الحطاب، محمد بن محمد (ت 954ه)، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ- 2003م، ج6، ص413 – 414، النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف (ت 676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ-1991م، ج3، ص517، ابن قدامة، أبو محمد، عبد الله بن أحمد (ت 620هـ)، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417هـ-1997م، ج 6، ص186-187، ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد (ت 456هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت، ج 7، ص472.
(8) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت 1252هـ)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م، ج 4، ص561، الحطاب، **مواهب الجليل**، ج6، ص413 وما بعدها، النووي، **روضة الطالبين**، ج 3، ص517 وما بعدها، ابن قدامة، **المغني**، ج 6، ص186 وما بعدها، ابن حزم، **المحلى**، ج 7، ص472.
(9) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج 5، ص244، القرافي، أبو العباس، أحمد بن إدريس(ت 684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي وآخرين، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، ج 5، ص132، ابن الرفعة، أبو العباس، أحمد بن محمد (ت710هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه للشيرازي**، تحقيق: مجدي محمد سرور ابسلوم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م، ج8، ص439، ابن تيمية، أبو البركات،

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

التمكن باليد أو بإنتفاء المانع من الإستيلاء والتصرف، أما التقابض فمعناه: قدرة المتعاقدين من أخذ المعقود عليه والتصرف فيه، بحسب العرف سواء أكان التمكن باليد أو بإنتفاء المانع من الإستيلاء والتصرف.

الفرع الثاني: تعريف العقد بمعناه الشرعي[1].

بالعودة إلى كتب الفقهاء نجد أن لهم في تعريفه اصطلاحان مشهوران:

الاصطلاح الأول:(عام): فيطلق على كل التزام تعهد به شخص على نفسه بقطع النظر عن مقابلته بالتزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع أو الضمان ونحوهما[2].

أما الاصطلاح الثاني: فهو خاص، فعرفه الحنفية، بأنه: (مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما)[3]،وعرفه المالكية: (ولا يكون العقد إلا بين اثنين بإيجاب وقبول)[4]، في حين الشافعية قالوا:(ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا)[5]،أما الحنابلة فعرفوه بقولهم: (وينعقد البيع بإيجاب وقبول بعده)[6]،وعرفه العلماء المعاصرين بأنه:(ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله)[7]،فالعقد في الاصطلاح الفقهي يطلق في الغالب على كل اتفاق يكون بين إرادتين أو أكثر على إقامة التزام أو نقله، والعقد بهذا المعنى – المعنى الخاص – هو محل بحثنا.

الفرع الثالث: تعريف الإلكترونية بمعناها الإصطلاحي [8].

يقصد بها:النظم الحديثة في الاتصالات فهي شبكة الإنترنت التي هي شبكة معلومات عالمية [9]،أو هي:شبكة اتصالات عالمية مفتوحة غير محددة النطاق، تربط بين عدد هائل من الشبكات الفرعية [10].

الفرع الرابع: تعريف العقود الإلكترونية (التجارة الإلكترونية) باعتباره مركب:

ذكر العلماء للعقود الإلكترونية أو (التجارة الإلكترونية) تعريفات متعددة منها:(استخدام التقنيات الحديثة في المعلومات والاتصالات من أجل إبرام الصفقات وعقد المبادلات التجارية)[11]،وعرفها المشرع الأردني: (تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الإنترنت أو الأنظمة التقنية الشبيهة)[12]،نستنتج من التعريفين المتقدمين:أن العقود الإلكترونية ترتكز على عملية ترويج وتبادل

عبد السلام بن عبد الله (ت: 652هـ)، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ-1984م، ج1، ص323، ابن حزم، **المحلى**، ج 7، ص472.

[1] العقد لغة: العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق وهو نقيض الحل، يقال: عقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد، والعقد العهد، والجمع عقود، وعهدت إلى فلان في أمر كذا: بمعنى ألزمته، ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج4، ص86، ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ط1، دار صادر – بيروت، ج٣، ص٢٩٦-٢٩٧. .

[2] ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد(ت: 795ه)**القواعد**، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، 1999م، القاعدة الثانية والخمسين، ص78

[3] ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (ت 681هـ) **شرح فتح القدير**، دار الفكر، بيروت، ج3، ص187.

[4] الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك**، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، ٢، ص 2.

[5] الجرجاني، علي بن محمد، **التعريفات**، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي– بيروت، ط1، 1405، ص ١٩٦

[6] البهوتي، منصور، **كشاف القناع على متن الروض المربع**، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧، ج٢، ص١٨٤.

[7] الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم – دمشق، 1418 هـ - 1998م، ج1، ص 381.

[8] الإلكترونية في اللغة: نسبة إلى الإلكترونات وهي تدفق الشحنات الإلكترونية في الأجهزة الكهربائية ،ريان، أحمد، **خدمات الإنترنت**، منشورات المجمع الثقافي في أبي ظبي، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص١٩.

[9] ريان، **خدمات الإنترنت**، ص١٩.

[10] العيسوي، إبراهيم، **التجارة الإلكترونية**، ط١، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٩.

[11] حجار، وسيم شفيق، **الإثبات الإلكتروني**، دار صادر، بيروت، ٢٠٠١م، ص١٠.

[12] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥)سنة (٢٠٠١م).

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

السلع والخدمات وإبرام العقود التجارية- دون الحاجة إلى إجتماع طرفي العقد أو أطراف العقد في مكان واحد أو إنتقالهم من مكان إلى آخر-عبر وسائل رقمية (إلكترونية).

المطلب الثاني: التكييف الشرعي للتقابض في العقود الإلكترونية

تعتبر العقود الإلكترونية كغيرها من عقود التجارة التي يجب أن تشتمل على جملة من الأركان والشرائط، كالايجاب والقبول والمحل والصيغة، ومن المسائل الفقهية ذات العلاقة بالعقود الإلكترونية ما نحن بصدده وهو مسألة التقابض، ولكي نتمكن من بيان الحكم الشرعي فيما يختص بالتقابض في العقود الإلكترونية فيجب علينا أن نطل على ما يسمى بمجلس العقد ومذاهب الفقهاء فيه لارتباط الحكم حول مسألتنا به، فمجلس العقد هو مركب من كلمتين، الأولى: مجلس، والثاني: العقد، والأخيرة سبق بيانها، أما مجلس[1]، العقد: فهو الاجتماع الواقع لعقد البيع وفقاً لما جاء في مجلة الأحكام العدلية [2]، وعرفه الزرقا بأنه: (المدة الزمنية التي تكون بعد الإيجاب والطرفان مقبلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما) [3]، وعليه فإن مجلس العقد يمتد طوال الفترة الزمنية التي يظل فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد سواء بقيا في مكانيهما أو تركاه[4]، ولعل هذا التعريف يفتح الآفاق أمام ما يسمى بالعقود الإلكترونية ويتماشى مع متطلبات العصر وطبيعته.

وبناءاً عليه فإننا يتبين لنا أن اتحاد مجلس العقد يعد شرطاً مهماً في إبرام العقود، والمغزى من هذا الشرط هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل عن الإيجاب، لكي يعطى الشخص المعروض عليه الإيجاب من المتعاقدين من التفكير والتروي والتدبر قبل أن يصدر إيجابه أو عدمه [5].

وقد تناول الفقهاء مجلس العقد في مباحث طويلة نسلط الضوء على أبرز النقاط فيها بما يخدم طبيعة بحثنا، فقالوا :إن هناك عقود يشترط شرعاً فيها إتحاد مجلس العقد بأن يكون المتعاقدين في مكان واحد، كعقود المعوضات، وينسحب هذا أيضاً إلى سائر التمليكات على اختلاف بين الأئمة في بعضها كالهبة إلا أن الوصية لا يشترط فيها ذلك بالإجماع، وكذا الوكالة [6] ، كما قالوا بأنه لا يشترط في مجلس العقد أن يكون مكاناً مستقراً وثابتاً فقد يكون متحركاً كالسيارة والسفينة والطائرة فلا ينقطع المجلس بسيرها[7]،إلا أنهم اختلفوا في مسألة اشتراط الفورية أم التراخي في القبول والإيجاب على مذهبين، ويعود سبب إختلافهم إلى الاجتهاد بالرأي في النص النبوي الشريف،وتنزيل حكم العقود الإلكترونية وفقاً لذلك الاجتهاد أم قصر المسألة على اجتماع الطرفين أو أطراف العقد في مكان واحد.

نصُّ الحديث النبوي الشريف

عَنِ ابْنِ عُمَرَ ψ عَنْ رَسُولِ اللهِ ε قَالَ: ((**إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلاَنِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُخَيِّرْ أَحَدُهُمَا الآخَرَ، فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا البَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ**))، متَّفقٌ عليه، واللفظ لمسلم[8]، فهذا الحديث أخرجه الشيخان من طريق الليث بن سعدٍ عن نافعٍ عن ابن عمر ψ، ورُوي -أيضاً- من طريق إسماعيل عن نافعٍ

---

[1] فهو: موضع الجلوس، **القاموس المحيط**، مادة (جلس).
[2] حيدر، علي،**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**،تحقيق تعريب:المحامي فهمي الحسيني،دار الكتب العلمية، لبنان، المادة (١٨١)، ج1، ص132
[3] الزرقا، مصطفى، **شرح القانون المدني السوري**، ط٣، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١م، ص١٣٣، وله أيضاً، **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر، ١٩٦٧م – ١٩٦٨م، الفقرة(١٧١) ج١، ص٣٤٨.
[4] الجنكو، **التقابض في الفقه الإسلامي**، ص٣٢٠.
[5] السنهوري، **مصادر الحق**، ج2، ص6.
[6] النووي، أبو زكريا، يحيى بن شرف(ت: 676هـ) **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، المكتب الإسلامي- بيروت، 1405، ج3، ص433، الزحيلي، وهبة، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، ط١، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص٢٥.
[7] المرجع السابق.
[8] البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، (ت: 256هـ)، **الجامع الصحيح**، ط1، دار الشعب – القاهرة، 1407 – 1987، كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ج3، ص 84، حديث رقم: 2112، مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج، **الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم**، دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة، بيروت، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس

وقد تفرَّد بها النسائي، والحديث مشهورٌ من رواية مالكٍ عن نافعٍ عن ابن عمر مرفوعًا بلفظ: ((**الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الْخِيَارِ**))[1]، وسند هذه الرواية من أصح الأسانيد، وهو ما يُعرف عند علماء الحديث [سلسلة الذهب] [2]، وفي رواية النسائي: [يفترقا] بتقديم الفاء: استُعمل أحدهما في موضع الآخَر اتِّساعًا، ومعناه أنَّ الخيار ينقطع بالتفرُّق، والمعنى: إن خيَّره في المجلس فاختار إمضاء العقد قبل التفرُّق لزمه البيع وبطل اعتبار التفرُّق .

آراء العلماء في الحديث الشريف

اتَّفق العلماء على أنَّ العقد متى اكتسب صفة اللزوم فلا يستطيع أحدَ طرفي العقد أو أطرافه التحلُّل منه إلا أن يتفقا على الإقالة، إلا أنهم اختلفوا في الظرف أو الحالة التي يكتسب فيها العقد هذه الصفة، هل بمجرَّد تطابُق الإيجاب والقبول من غير اعتبار مجلس العقد أم أنَّ ثبوت خيار المجلس لا محيد منه في اكتساب العقد صفةَ اللزوم؟ وهذه المسألة خلافيةٌ بين العلماء.

إن المتتبع للمذاهب وأقوال الفقهاء المجتهدين المتعلقة بمسألة ثبوت خيار المجلس في العقد يجد أنه ثار بينهم في هذه المسألة خلاف عريض، والسبب في ذلك الاختلاف يعود إلى إختلافهم في معنى (التفرق) المذكور في قول النبي ε : ((البيعان بالخيار ما لم يتفرقا))[3]، فهي كلمة ظنية تحتمل التفرق بالأبدان وتحتمل التفرق بالأقوال وهذا الاختلاف في حقيقته داخل في صميم الاجتهاد بالرأي في النصوص، فمن قال بعدم ثبوت خيار المجلس مستنده في ذلك الاجتهاد بالرأي في النص الشريف، فكثرت آراؤهم حول أحاديث خيار المجلس —كما سنبين–، ومن تمسك بثبوت الخيار في المجلس متمسك بظاهر النصوص دون تأويل أو اعتراض عليها وأثبتوا بموجبها خيار المجلس للمتبايعين حتى يتفرقا أو يتخايرا، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

المذهب الأول: المثبتون لخيار المجلس: وهو مذهب أكثر أهل العلم، إذ يروى عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة ψ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي[4] وابن أبي ذئب، وهو قول الشافعي وأحمد وأكثر المجتهدين وسائر المحدِّثين، ووافقهم ابن حبيب وابن عبدالبر من المالكية، فقالوا: بثبوت خيار المجلس، بمعنى أنه إذا تطابق الإيجاب والقبول فإنَّ العقد يقع جائزا غير لازم، ويكون لكل من المتعاقدين الخيارُ في فسخ العقد أو إتمامه ماداما في مجلس العقد، ولا يصير العقد لازماً إلاَّ بعد تفرُّقهما بأبدانهما [5]، إلا أنهم اختلفوا في حد التفرق بالأبدان والمشهور من مذهب العلماء أنه موكول إلى العرف فكل ما عد في العرف تفرقا حكم به ومالا فلا [6]، يتضح من هذا المذهب أنه يُغلب النظرة المحسوسة (البعد المكاني) فالمعول عليه في التفرق هو تفرق الأبدان لا غير.

المذهب الثاني: المانعون لخيار المجلس: وهو مذهب أبو حنيفة ومالك ومعظم أصحابهما، وبه قال ربيعة ابن أبي عبد الرحمن، وحُكي عن

للمتبايعين، ج٥، ص10، حديث رقم: 3934، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(1) مالك ابن أنس، **الموطأ**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – مصر، كتاب: البيوع، باب: بيع الخيار، ج2، ص 671، حديث رقم: 1349، النسائي ،أحمد بن شعيب ، **المجتبى من السنن**، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406 – 1986، كتاب البيوع، باب: التجارة، ج7، ص 248، حديث رقم: 4465، قال الشيخ الألباني: صحيح.

(2) تيسير مصطلح الحديث للدكتور محمود الطحان ص 43.

(3) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب: البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع، ج 3، ص 85، حديث رقم: 2117.

(4) قال الأوزاعي هما بالخيار ما لم يتفرقا إلا في بيوع ثلاثة: بيع مزايدة الغنائم والشركة في الميراث والشركة في التجارة. الجصاص، أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوى، دار احياء التراث العربى ـ بيروت، 1405 هـ، ج3، ص 132.

(5)النووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص432، الخطابي، أبو سليمان، أحمد بن محمد (288 هـ)، **معالم السنن [وهو شرح سنن أبي داود]**، ط1، المطبعة العلمية – حلب،1351 هـ - 1932 م٧٣٣، ج3، ص 118، ابن حزم، أبو محمد ،علي بن أحمد (ت: 456هـ)، **المحلى**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج 8، ص ٣٥١، ابن قدامه، أبو محمد، عبد الله بن أحمد، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، ط1، دار الفكر – بيروت، 1405، ج4، ص 7، الطحاوي، أبو جعفر، أحمد بن محمد (ت: 321هـ)، **شرح معاني الآثار**، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي - الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، ط1، عالم الكتب، 1414 هـ، 1994 م، ج٤، ١٢-١٧.

(6) ابن حجر، أبو الفضل، أحمد بن علي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة - بيروت، 1379، ج4، ص 329.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

إبراهيم النخعي، وهو روايةٌ عن الثوري، وإليه ذهب الإمامية والهادوية، فقالوا: بعدم ثبوت خيار المجلس، بل يلزم يكون البيع لازماً بنفس الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل ودلالة، وأثبتوا خيار الرجوع عن إمضاء العقد إذا أوجب أحدهما البيعَ، فكلٌّ منهما بالخيار حتى ينتهيَ كلامهما في العقد إبراما أو تركا[1]، وهؤلاء يُغلّبون المفهوم المعنوي لمجلس العقد، ويفسّرونه بأنه الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد ومنشغلين به وبإبرامه، أو هو فعل التعاقد أي الجلوس لأجل التعاقد.

الأدلة ومناقشتها والقول المختار

أولاً:أدلَّة المثبتون:استدلَّ المثبتون لخيار المجلس بأدلة كثيرة منها – على سبيل الذكر لا الحصر-:

استدلوا بأحاديث الباب المتقدِّمة آنفاً، وغيرها، ومن ذلك:

1. ما روي عن ابن عمر ψ:((البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ)) [2].
2. ما روي عن حكيم بن حزامٍ رضي الله عنه: ((البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا)) [3].
3. ما روي عن ابن عمر ψا: ((كُلُّ بَيِّعَيْنِ لاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا، إِلاَّ بَيْعَ الخِيَارِ))[4].

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث: قالوا إن جميع الأحاديث السابقة تدل بوضوح على ثبوت خيار المجلس لكلٍّ من المتعاقدين بعد انعقاد البيع حتى يتفرَّقا من ذلك المجلس بأبدانهما، ولا يمكن اعتبار التفرُّق بالأقوال تفرُّقًا[5].

4. ما روي عن عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه – τ- أنَّ النبيَّ ε قال: ((البَائِعُ وَالمُبْتَاعُ بِالخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا، إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ، وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ))[6].

وجه دلالة الحديث: بقطع النظر عن وضوح الاستدلال بصدره على نحو ما تقدَّم، فإنَّ الشاهد منه ظاهر في قوله: ((وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ. . .))، وهو يقوِّي استدلالهم بالمعنى الذي وقفوا عنده وهو التفرُّق بالأبدان، إذ لا فائدة من التنصيص على هذا الشاهد إذا ما أريد به التفرُّق بالأقوال[7].

---

(1) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ، (ت: 970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص 284، السرخسي، أبو بكر ،محمد بن أبي سهل، **المبسوط**، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1421هـ 2000م، ج13، ص286، **المذكرات الإيضاحيَّة للقانون المدني الأردني**، ط2، مطبعة التوفيق، عمان، 1985 ،ج1، ص 104 – 105.

(2) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب: البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع، ج3، ص84، حديث رقم: 2109.

(3)البخاري،**الجامع الصحيح**، كتاب:البيوع،باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا،ج3،ص84،حديث رقم:2110،من حديث حكيم بن حزامτ.

(4)البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب: البيوع، باب: إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع. ج3، ص84، حديث رقم: 2113

(5)الخطابي، **معالم السنن** ،ج3، ص118، ابن بطال، أبو الحسن، علي بن خلف، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد - السعودية - 1423هـ - 2003م، ج6، ص 239.

(6) ابن حنبل، أبو عبدالله، أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، مؤسسة قرطبة – القاهرة، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط، ج2، ص 183، حديث رقم: 6721، قال: شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره دون قوله " ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله "، وهذا إسناد حسن. أبو داود، سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، دار الكتاب العربي- بيروت، ج3، ص288، حديث رقم: 3458، الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي– بيروت، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، كتاب: الشروط، باب: ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا، ج3، ص550، حديث رقم: 1247، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن، وحسنة الألباني، النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، (ت: 303هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: حسن عبد المُنعم حسن شلبي، ج5، ص، 15، حديث رقم: 6031، أبو داود، سليمان بن الأشعث(ت: 275هـ)، **سنن أبي داود**، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، ج3، ص273، حديث رقم: 3456، قال الصنعاني: محمد بن إسماعيل(ت: 1182هـ)، رواه الخمسة إلا ابن ماجه ورواه الدارقطني وابن خزيمة وابن الجارود وفي رواية "حتى يتفرقا عن مكانهما"، **سبل السلام**، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1379هـ/ 1960م، ج3، ص 35.

(7) الصنعاني، **سبل السلام**، ج3، ص35.

5. وفي رواية البيهقي بلفظ: ((. . . حَتَّى يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا))[1]، فإذا صح لفظ «مكانهما» لم يبق للتأويل مجال وبالتالي فلا مجال لحمله على تفرُّق الأقوال [2].

6. فعلُ ابن عمر ψ راوي الحديث، ومن جملة ذلك: ما روي أنه: ((كان ابن عمر إذا ابتاع بيعًا، وهو قاعدٌ قام ليجب له البيع))[3]، وقال نافعٌ: ((وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه فارق صاحبه))[4]،وقال أيضاً: (فكان إذا بايع رجلاً، فأراد أن يقيله، قام فمشى هنيهةً، ثمَّ رجع إليه)) [5]، وعن ابن عمر ψ قال: ((كنَّا إذا تبايعنا كلُّ واحدٍ منَّا بالخيار، ما لم يتفرَّق المتبايعان، قال: فتبايعت أنا وعثمان، فبعتُه مالي في الوادي، بمالٍ له بخيبر، قال فلمَّا بعته طفقت أنكص القهقرى خشية أن يرادَّني عثمانُ البيعَ قبل أن أفارقه)) [6].

وجه الدلالة: تدل أفعال ابن عمر τأن المفارقه بين المتبايعين، إنما تكون بالأبدان لا بالأقوال، فلزم الأخذ بقوله واعتبار أفعاله بطريق الأولى فهو أعلم بمعنى ما روى كما هو مقرر عند العلماء.

وناقش النافون لخيار المجلس هذه الأدلة بما يأتي:

1. قالوا: إن جميع الأحاديث الدالَّة على ثبوت خيار المجلس مردودةٌ لمنافاتها لعموم الآيات التي سنوردها والأحاديث النبوية التي سنوردها في أدلتنا ،والقاعدة تنص أنه: «إذا تعارض المقطوع مع المظنون فالمقطوع أولى بالتقديم ».
2. قالوا: إن الأحاديث التي تثبت خيار المجلس فإنها منسوخةٌ بالأدلَّة القرآنية التي سنوردها في استدلالنا.
3. القول بثوت خيار المجلس مخالف لصريح للقياس الجليِّ في إلحاق ما قبل التفرُّق بما بعده.
4. قالوا: إن حديث: ((البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ)، مضطربٌ يمنع الاحتجاج به لوروده بألفاظ مختلفة.
5. مخالفة حديث الخيار لعمل أهل المدينة وعملُهم حجَّةٌ، وهو مخالف أيضًا لعمل أهل مكَّة، وهو منقولٌ عن ابن التين عن أشهب[7].
6. عدم عمل راوي الحديث- مالك بن أنس- بما روىَ الحديث، وهذا يدلُّ على وهن المرويِّ عنده.
7. أنه خبرٌ آحاد فلا يُعمل به فيما تعمُّ به البلوى، وهو البيع.
8. إنَّ المراد بالتفرُّق في الحديث هو التفرُّق بالأقوال والاعتقادات يدل على ذلك، قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ [البيِّنة: ٤]، وفي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّمِنْ سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠]، وكما في عقود الزواج والإجارة والعتق.
9. إن خيار المجلس خيار مجهول فوقت التفرُّق غير معروف فأشبه بيوع الغرر.
10. لا يتعيَّن حملُ الخيار في هذا الحديث على خيار الفسخ، فيحتمل أنه أريد به خيار الشراء أو خيار الزيادة في الثمن والمثمن، وهي الفترة التي تسبق عقد البيع.

---

(1) البيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين، **السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي**، (مؤلف الجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني)، ط1، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، 1344 هـ، ج5، ص271، حديث رقم: 10755، وله أيضاً في: **معرفة السنن والآثار**، المحقق: سيد كسروي حسن: دار الكتب العلمية- بيروت ج4، ص 275، حديث رقم: 3318.

(2) الصنعاني، **سبل السلام**، ج3، ص35.

(3) الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب: البيوع، باب: البيعين بالخيار مالم يفترقا، ج3، ص 547، حديث رقم: 1245. قال أبو عيسى: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح.

(4) البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب: البيوع، باب: كم يجوز الخيار. ج 3، ص 83، حديث رقم: 2107

(5) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب: البيوع: باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، ج5، ص10، حديث رقم: 3935

(6)البخاري، **الجامع الصحيح**، وفِعلُ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما محمولٌ على أنه لم يبلغه خبر النهي في حديث عمرو بن شعيبٍ السابق دفعًا للإشكال.

(7) ابن حجر، **فتح الباري**، ج٤، ص٣٣٠

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

11. إنَّ المراد بالمتبايعين في الحديث المتساومان، والمراد بالخيار قبول المشتري وردُّه.

كما قالوا: أنَّ التفرُّق الوارد في الخبر، إن كان المراد به التفرُّق بالأبدان فيحمل على الاستحباب تحسينًا للمعاملة مع المسلم، أو يحمل على الاحتياط خروجاً من الخلاف.

وأجاب القائلون بثبوت خيار المجلس عن اعتراضات المانعون ومناقشاتهم بما يأتي:

1. قالوا: تقدَّم عدم التنافي بين الرضا المشترط في العقود وثبوت الخيار، فالخيار من تمام الرضا، كما إنَّ مسألة نفاذ العقود ووجوبها تكون بعد اكتسابها صفة اللزوم، وعلى فرض تعارُضها فيمكن الجمع والتوفيق بين الأدلة، وصورة الجمع: أنَّ عموم الآيات والأخبار التي تستدلونَ بها على فرض شمولها لمحلِّ النزاع- أعمُّ مطلقاً، والأحاديث القاضية بثبوت خيار المجلس أخصُّ، فيُبنى العامُّ على الخاصِّ، ولا يصار إلى الترجيح إلاَّ عند تعذُّر الجمع، كما هو مقرَّرٌ في الأصول.
2. قالوا: إن النسخ لا يثبت بالاحتمال، ومجرَّد المخالفة لا يستلزم أن يكون نسخاً، ولو سلمنا بوقوع النسخ فإن الجمع بين الدليلين مهما أمكن لا يصار معه إلى الترجيح، والجمع هنا ممكن بين الأدلة المذكورة بغير تعسف ولا تكلف[1]، أما الاعتراض بالقياس فهو اعتراض مردود لوجود النصِّ، فهو قياس فاسد لمصادمته للنص، فالثابت بالنصِّ متحقق في ذلك الفرع، فإما أن يكون الشارع أخرج هذا الفرع عن هذا الأصل لمصلحة أو تعبُّدًا فيجب اتِّباعه[2].
3. أما دعوى الاضطراب فهي عارية عن الصحة؛لأنَّ شرط الاضطراب أن يتعذَّر الجمع بين مختلف ألفاظه[3]،والجمع بين ما اختلف من ألفاظه ممكنٌ بغير تكلُّف فلا يضرُّه الاختلاف[4].
4. القول معارضته لعمل أهل المدينة ومكَّة فمردودٌ؛ لأنه لم يُحفظ عن أحد من علماء مكَّة القول بخلافه، ولأنَّ غالبية أهل المدينة من علماء الصحابة والتابعين وتابعيهم يقرون بالخيار، بل لا يعلم للمانعين سلفٌ سوى ربيعة بن أبي عبد الرحمن، وإبراهيم النخعي[5]، وعلى فرض أنهم مجمعون فليس إجماع أهل المدينة بحجَّة [6].
5. أمَّا الاعتراض بقاعدة: «عمل الراوي بخلاف ما روى» فيجاب عنه من عدَّة وجوه:

الأول: أنَّه عمله مبني على اجتهاده، وقد يظهر له ما هو أرجح في نظره ممَّا رواه وإن لم يكن أرجح في نفس الأمر.

والثاني: أنَّ الحجَّة فيما نقله الراوي لا فيما قاله.

والثالث: أنَّ هذه القاعدة مختلفٌ فيها، والتحقيق عند كثير من الأصوليين أنها خاصة بالصحابة دون غيرهم.

---

(1) ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 330

(2) ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 330.

(3) قال ابن دقيق العيد مجيباً على دعوى الاضطراب: «. . . فنقول: هذا صحيحٌ، لكن بشرط تكافؤ الروايات أو تقارُبها، أمَّا إذا كان الترجيح واقعًا في بعضها، إمَّا لأنَّ رواته أكثر أو أحفظ، فينبغي العمل بها، إذ الأضعف لا يكون مانعًا من العمل بالأقوى، والمرجوح لا يدفع التمسُّك بالراجح»، ابن دقيق العيد، أبو الفتح محمد بن علي(ت: 702هـ)، ، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، المحقق: مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس، ط1، مؤسسة الرسالة، 1426 هـ - 2005 م ج1، ص367، وقد أكَّد محمَّد بن إسماعيل البخاري رجحان روايات الاشتراط في حديث جابرٍ المتقدِّم بقوله: «الاشتراط أكثر وأصحُّ عندي»، ابن حجر، **فتح الباري**، ج٥، ص ٣١٨، وعلَّق القسطلاني، أحمد بن محمد (ت: 923هـ)، في كتابه : **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري** ، ط7 ، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر،1323 هـ،على هذا الكلام بما نصُّه: (لأن الكثرة تفيد القوة وهذا وجه من وجوه الترجيح فيكون أصح، ويترجح أيضًا بأن الذين رووه بصيغة الاشتراط معهم زيادة وهم حفاظ فيكون حجة وليست رواية من لم يذكر الاشتراط منافية لرواية من ذكره لأن قوله لك ظهره وأفقرناك ظهره وتبلغ عليه لا يمنع وقوع الاشتراط قبل ذلك).

(4) ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج4، ص 329.

(5) ابن حزم، **المحلَّى**، ج ٨، ص٣٥٥.

(6) الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل**، تحقيق: القاضي حسين بن أحمدالسياغي و الدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1986، ص 153، الشوكاني، **إرشاد الفحول** ،ج1، ص218.

والرابع: أنَّ ابن عمر راوي الخبر كان يفارق ببدنه إذا باع، فاتِّباعه أَوْلى من اتِّباع غيره، عملاً بقاعدتهم: «الرَّاوِي أعلم بِمَا رَوَى»، والخامس: أنَّ الحديث رواه غير مالكٍ وعمل به وهُم أكثر عددًا وروايةً وعملاً.

6. أما بالنسبة لعدم قبوله كون خبر آحاد فيما تعم به البلزوى،فإن قولكم هذا فيه مخالفه لاتفاق،كما نقل الآمدي،وفيما تخصُّ به البلوى،على ما ترجَّح عند جمهور الأصوليين والشافعي وسائر المحدِّثين[1].

7. أمَّا القول بأنَّ المراد بالتفرُّق في الحديث هو التفرُّق بالأقوال والاعتقادات فهو فاسد لوجوه منها[2]:

الأول: عدم إحتمال اللفظ ما قالوه، فليس بين المتعاقدين تفرُّق بقول ولا اعتقاد، وإنما حصل التئامٌ واتِّفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه.

والثاني: فيه تجريد الحديث عن الفائدة، إذ قدم علم أنهما بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه أو تركه. جـ- أنه خلاف الظواهر المتقدِّمة للأحاديث، فضلاً عن ذلك فهو معارَضٌ بصريح نصِّ الخبر الذي رواه البيهقي مرفوعًا: «حَتَّى يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا».

والثالث: يردُّه تفسير ابن عمر ψ للحديث بنفسه.

والرابع: من المقرر أن: «الأَصْلُ فِي الكَلاَمِ التَّأْسِيسُ لاَ التَّأْكِيدُ»، ذلك لأنَّ المانعين حملوا التفرُّق على التفرُّق بالأقوال، أي: لكلٍّ منهما الإنشاء أو الترك قبل تطابُق الإيجاب والقبول، فيكون معنى «المتبايعان» هما المتساومان، فيصير الحديث مؤكِّدًا، إذ لا خلاف أنهما بالخيار قبل إنشاء العقد أو إتمامه، بخلاف ما إذا كان المراد به التفرُّقَ بالأبدان، فإنَّ فيه فائدةً جديدةً غير مؤكِّدةٍ، لذلك يُحمل المعنى على التأسيس، وهو أَوْلى من التأكيد، كما هو مقرَّرٌ في القواعد[3].

8. كما لا يصحُّ قياس البيع على النكاح والإجارة والعتق، فهو قياس مع الفارق، فثبوت الخيار في النكاح الذي لا يقع غالبا إلا بعد نظر وتروي لِما ينبني عليه من آثار جسيمة من ابتذال المرأة بالعقد وزوال حرمتها بالردِّ، ولأنَّ البيع يُنقل فيه ملك لرقبة المبيع ومنفعته، وهذا لا يحصل في الإجارة والعتق والنكاح، وأما العتق فيحصل بإرادة واحدة وهي إرادة المعتق فافترقا [4].

9. أمَّا تشبيهه بعقود الغرر فهو تشبيه غير مقبول من وجوه:

الأول:أن العقد قبل التفرق بالأبدان أو التخيير ليس بيعاً أصلاً لا بيع غرر ولا بيع سلامه.

الثاني:أنه ليس كما قالوا من أن لهما خياراً لا يدريان متى ينقطع بل أيهما شاء قطعه قطعه في الوقت المناسب بأن يخير صاحبه فأما يمضيه فيتم البيع وينقطع الخيار وأما يفسخه فيبطل حكم العقد وتماديه أو بأن يقوم فيفارق صاحبه كما كان يفعل ابن عمر.

الثالث:أنه لا يكون غرراً شيء أمر به رسول الله؛لأنه لا يأمر بما نهى عنه معاً ، إذ إن كل واحد من المتعاقدَين يمكنه إمضاء البيع أو فسخُه بالقول أو الفعل فينعدم فيه الغرر[5].

10.أمَّا حمل الخيار في الحديث على خيار الشراء أو خيار الزيادة في الثمن والمثمن دون خيار الفسخ فجوابه من جهتين:

---

(1) ابن حجر، **فتح الباري** ، ج4، ص 330، الآمدي، علي بن محمد، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: د. سيد الجميلي، ط1، دار الكتاب العربي – بيروت، 1404، ج2، ص 124، الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد (ت: 505هـ)، **المستصفى في علم الأصول**، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ/1997م، ج1، ص 321.

(2) ابن قدامه، **المغني**، ج4، ص61- 62.

(3) ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص 332، القرافي، أبو العباس، أحمد بن إدريس (ت 684هـ)، **الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)**، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1998م، بيروت، ج3، ص 452.

(4) الشوكاني، **نيل الأوطار** ،ج5 ص210، ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 330.

(5) ابن حزم، **المحلى**، ج8 ص362.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

الأولى: أنه بعد صدور العقد من المتعاقدين فلا خيار لهما في الشراء ولا في الثمن، وإنما الخيار لهما في إمضاء العقد أو إلغائه قبل التفرُّق، وهو المراد بخيار الفسخ.

والثانية: أنَّ المتبادر إلى الأفهام عند إطلاق الخيار من كلامه ε هو إرادة خيار الفسخ لا غير كما في حديث المصرَّاة[1]، [2].

11. استعمال البائع في التساوم – وإن كان شائعا– إلاَّ أنَّ تسميته بذلك استعمال مجازيٌّ، وحملُه على الحقيقة أو ما يقرب منها أَولى لأصالتها ولعدم وجود قرائنَ تدلُّ على كونه من قبيل المجاز، ثمَّ إنه – من الناحية العملية– يتعذَّر تطبيق حديث التفرُّق على حال السائمين[3]،إلا أن النافون اعترضوا على هذا فقالوا: بأنه يلزم حمله على المجاز؛ لأنه على تقدير القول بأن المراد التفرق بالأبدان فهو بعد انتهاء العقد وقد مضى فهو مجاز في الماضي؛ لأن اسم الفاعل في الحال حقيقة وفيما عداه مجاز.

ورد المثبتون عن هذا الاعتراض،فقالوا: لا نسلم أنه مجاز في الماضي بل هو حقيقة فيه فالمتبايعين لا يكونان متبايعين حقيقة إلا في حين تعاهدهما ولك عقدهما لا يتم إلا بأحد أمرين إما بإبرام العقد أو التفرق على ظاهر الخبر فصح أنهما متعاقدان ماداما في مجلس العقد فعلى هذا تسميتهما حقيقة بخلاف حمل المتبايعين على المتساومين فإنه مجاز بإتفاق[4].

12. إن حمل التفرُّق بالأبدان في الحديث على الاستحباب أو الاحتياط، فهو على خلاف الظاهر الذي لا يلجأ إليه إلا حال قيام الدليل الصحيح الذي يمكن حمله على نحو ما ذُكر[5].

– أدلَّة المانعون: استدلَّ المانعون بنصوص الكتاب والسنَّة على ما يأتي:

أوَّلاً: من الكتاب:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه دلالة الآية: قالوا: إن الآية الكريمة تأمر بالتوثيق بالشهادة في البيوع، لئلا يقع التجاحد، فإذا قلنا بثبوت خيار المجلس إنتفت الفائدة من الإشهاد، إذ لو حصل الإشهاد بعد التفرُّق لم يطابق الأمر، وإن وقع قبل التفرُّق لم يصادف محلَّه وللزوم إبطال النص[6].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا منافاة بين آية الإشهاد في البيع مع خيار المجلس، فالفائدة من الإشهاد تظهر من وقت إبرام العقد إلى وقت التفرُّق، فيقع الإشهاد ممتدًّا من زمن تطابُق الإيجاب والقبول إلى زمن المفارقة بالأبدان، فيكون مطابقًا للأمر، ومصادفًا لمحلِّه.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿لاَتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، [النساء: ٢٩].

وجه دلالة الآية: أنه بمجرد صدور الإيجاب واقترانه بالقبول فإنه يصدق هذا البيع أن يكون تجارة عن تراضي دون أن يتوقف على التخيير حيث أباح الله للمشتري الأكل منه ولو كان خيار المجلس ثابتاً لما أباح الله له الأكل منه؛ لأن البيع لم يلزم بعد، فيدلُّ ذلك على عدم ثبوت خيار المجلس[7]، يقول الجصاص، عن قوله تعالى: ﴿لاَتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، [النساء: ٢٩]... قال في معرض بيانه أن خيار المجلس يسقط بالانعقاد، أو التفرق بالألفاظ: قال أبو بكرٍ: قوله تعالى: ﴿لاَتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ...﴾، يقتضي جواز الأكل بوقوع البيع عن تراضٍ قبل

---

(1) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ»، متَّفقٌ عليه: أخرجه البخاري، **الجامع الصحيح**، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، ج3، ص92، حديث رقم: 2148 واللفظ له-، ومسلم ج٥،ص ١٦٥-١٦٧.

(2) ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص332، ابن دقيق، **إحكام الأحكام**، ج٣، ص ١٠٩.

(3) ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، ج6، ص239 - 240، ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 331.

(4) ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 331

(5) ابن حجر، **فتح الباري**، ج4، ص 330.

(6) مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقيق: د. تقي الدين الندوي، ط1، دار القلم– دمشق، 1413 ه - 1991 م، ج3، ص 194، حديث رقم: 784.

(7) مالك بن أنس، **الموطأ**، ص 194، حديث رقم: 784.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

الافتراق، إذ كانت التجارة هي الإيجاب والقبول في عقد البيع، وليس التفرق والاجتماع من التجارة في شيءٍ، ولا يسمى ذلك تجارة في شرعٍ ولا لغة. .) [1].

نوقش هذا الاستدلال: إن اشتراط الرضا في قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] لا ينافي خيار المجلس؛ لأنه من تمامه، وتمامُ الشيء جزء منه، كما أن الآية عامة خصصها ما ورد في السنة من تخصيص بخيار المجلس [2].

الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه دلالة الآية: تدل الآية على وجوب الوفاء بالعقود، وتبين أن هذا عقد قبل التخيير، فكان خيارُ المجلس منافياً لذلك من ناحيةِ أنَّ الراجع عن موجَب العقد قبل التفرُّق لم يَفِ به[3].

ونوقش هذا الاستدلال: إن وجوب الوفاء بالعقود والشروط وفقاً لما دلت عليه الآية إنما يكون بعد اكتسابها صفةَ اللزوم، فالمأمور بالوفاء به من العقود ما وافق السنة لا ماخالفها فلزوم عقد البيع لا يتحقَّق إلاَّ بعد التفرُّق بالأبدان لا قبله؛ لأنه مخالف للسنة التي أثبتت خيار المجلس فيجب علينا أن نثبته[4].

ثانيًا: من السنَّة:

الدليل الأول: أخرج الترمذي من طريق عمرو بن عوفٍ τمرفوعًا: ((. . . وَالمسلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم إِلاَّ شَرْطًا حَرَّم حلالاً، أو أحل حراما)) [5].

وجه دلالة الحديث: أنَّ الخيار بعد لزوم العقد يُفسد الشرطَ وينافي مقتضى الحديث.

الدليل الثاني: أخرج أحمد وأبو داود من طريق عبد الله بن مسعود: ((إِذَا اخْتَلَفَ المتَبَايِعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالقَوْلُ مَا يَقُولُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ أَوْ يَتَرَادَّانِ)) [6].

وجه دلالة الحديث: يدل الحديث أنه إذا وقع اختلافٌ في أمر من الأمور المتعلِّقة بالعقد، فقول البائع مع يمينه مقدَّمٌ، كما جاء في روايةٍ أخرى، وهذا معناه أنَّ العقد في هذه الحال لازمٌ [7]، وعليه فلو كان خيار المجلس ثابتاً لَما احتاج الأمر إلى اعتبار قول البائع ولا ضرورة إلى يمينه؛ لأنَّ خيار المجلس يكفي وحدة في رفع العقد وعدم اعتباره، فلمَّا لم يكن كذلك فدلَّ على عدم نفي خيار المجلس.

ونوقش هذا: بأن حديث ((اختلاف البيِّعَيْن)) فإنه محمولٌ على ما إذا لزم البيع ووجب بالتفرُّق بالأبدان، جمعًا بين الحديثين.

---

(1) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج3، ص 132.
(2) ابن حزم، **المحلى**، ج8 ص357.
(3) مالك ، **الموطأ**، ، ص 194، حديث رقم: 784.
(4) ابن حزم، **المحلى**، ج8 ص357.
(5) الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب: الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم في الصلح بين الناس، ج 3، ص 634، حديث رقم: 1352، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، وقال الشيخ الألباني: صحيح.
(6) مالك، **الموطأ**، كتاب: البيوع في التجارات والسلم، باب: الاختلاف في البيع بين البائع والمشتري، ج3، ص 195، حديث رقم: 785، الدارمي، أبو محمد ،عبدالله بن عبدالرحمن، **سنن الدارمي**، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، الأحاديث مذيلة بأحكام حسين سليم أسد عليها، ط1، دار الكتاب العربي – بيروت، 1407، كتاب: البيوع، باب: إذا اختلف المتبايعان، ج2، ص 325، حديث رقم: 2549، قال حسين سليم أسد: إسناده ضعيف ولكن الحديث صحيح.
(7) وصورته عند مالك والشافعي ومحمد بن الحسن:أن يقال للبائع:احلف بالله ما بعتَ سلعتَك إلَّا بما قلتَ،فإن حلف البائع،قيل للمشتري:تأخذ السلعة بما قال البائع،وإمَّا أن تحلف بالله ما اشتريتَها إلاَّ بما قلتَ، فإن حلف برئ ورُدَّت السلعة على البائع،فإنهما يتحالفان ويترادَّان،مالك،**الموطأ**، كتاب:البيوع في التجارات والسلم،باب:الاختلاف في البيع ،ج3،ص195،حديث رقم:785،الخطابي،**معالم السنن**،ج٣، ص150.

الدليل الثالث: حديث عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه المتقدِّم، وموضع الشاهد من هذا الحديث يظهر في قوله: ((خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ))، ومعناه: طلب الإقالة، والإقالة هي الفسخ من العقد اللازم، فلو كان خيار المجلس مشروعاً لم يحتج إلى الاستقالة بل يكفيه الخيار[1].

ونوقش هذا الاستدلال: بأن معنى الاستقالة في حديث عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه، فإنه فضلاً عن معارضتها للشاهد في قوله ε: ((وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَن يُفَارِقَهُ))، إلاَّ أنَّ معناها الشرعي المتمثِّل في الإعفاء والفسخ الذي تتَّصف به إنما يكون بإرادتين متطابقتين إيجاباً وقبولاً في إلغاء العقد اللازم الذي تم إبرامه، وليس الأمر في الحديث على هذه الصورة، بل هو على صورةِ إرادةٍ منفردة لأحد طرفي العقد، ويدلُّ عليه قوله ε: ((خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ))، قال الترمذي: (إن هذا دليل لنا نحن المثبتين كما جعله الترمذي في جامعة دليلا لاثبات خيار المجلس واحتج به على المخالفين لأن معناه مخافة أن يختار فسخ البيع لأن العرب تقول استقلت ما فات عني إذا استدركه فالمراد بالاستقالة فسخ النادم منهما للبيع وحملوا نفي الحل على الكراهة لأنه لا يليق بالمروءة وحسن معاشرة المسلم)[2]، فيكون المراد طلب الإقالة من العقد الجائز غير اللازم، وإذا تبيَّن ذلك فلا حجَّة فيه، قال العراقي: (وجوابه من وجهين: أحدهما: أنَّ قوله: [لاَ يحلُّ] لفظةٌ منكرةٌ، فإن صحَّت فليست على ظاهرها، لإجماع المسلمين أنه جائزٌ له أن يفارقه ليُنفذ بيعه ولا يُقيلَه إلاَّ أن يشاء، وثانيهما: أنه أراد بالإقالة هنا الفسخَ بحكم الخيار، فإنه الذي ينقطع بالمفارقة، أمَّا طلب الإقالة بالاختيار فلا فَرْق فيه بين أن يتفرَّقا أم لا، فإنَّ ذلك إنما يكون بالرضا منهما، وهو جائزٌ بعد التفرُّق)[3].

بعد هذا التطواف في رحاب مذاهب العلماء وأدلتهم ومناقشتها في مسألة ثبوت خيار المجلس من عدمه يظهر أن اختلافهم مبناه على جواز الاجتهاد بالرأي في النص أم ضرورة التمسك بظاهرة، ويتجلى ذلك في النقاط الآتية: أولاً: في تعارُض المقطوع بالمظنون. وثانياً: في الاحتجاج بعمل الراوي بخلاف ما روى، وثالثاً: في الاحتجاج بخبر الواحد فيما تعمُّ به البلوى وهو البيع في مسألتنا.

فمن نفى خيار المجلس، ورأى منافاة الحديث المظنون لقواطع الآيات ولعمل أهل المدينة لاعتباره في حكم المتواتر الذي يوجب القطع، ورأى بطلان الاحتجاج بالحديث لعمل الراوي بخلاف ما روى، لأجل وقوفه على أنَّ الحديث منسوخٌ أو غير ثابت، وكلاهما فاسد الاعتبار يمنع من قبول الرواية عملاً بقاعدة (**الراوي أعلم بما روى**)، ورأى أيضاً فساد الاحتجاج بالحديث فيما عمت به البلوى، ويحتاج الخاصُّ والعامُّ إلى معرفته للعمل به[4]، وأما من أثبت خيار المجلس، فقال بانتفاء التعارض بين المقطوع والمظنون لإمكان الجمع بينهما، واعتبر أنَّ عمل أهل المدينة – وإن كانت حجِّيَّته مختلف فيها– فإنَّ أكثر أهل المدينة يقرون بالخيارَ، ورأى –أيضاً– عدم قيام قاعدة: «**رد الخبر لعمل الراوي بخلافه** »، لأن الحجَّة فيما نقله الراوي لا فيما قاله أو فعله، ولأنَّ الحديث رواه من هم أكثر عدداً روايةً وعملاً، ولأنَّ القاعدة السابقة يردُّها تفسير ابن عمر ψ بفعله، ورأى أنَّ خبر الواحد يُحتجُّ به مطلقًا سواء خَصَّت به البلوى أو عَمَّت، لأنَّ كلَّ دليل جاز أن يثبت به ما تخصُّ به البلوى جاز أن يثبت به ما تعمُّ به البلوى، ولأنَّ الحكم فيما تعمُّ به البلوى ثابتٌ بالقياس، والقياس فرع مستنبطٌ من خبر الواحد فلَأَنْ يثبت بأصله من باب أولى، قال: إنَّ العقد يقتضي خيارَ المجلس ولا يكفي الإيجاب والقبول، بل لا مناصَ من خيار المجلس حتَّى يستكمل الرضا، ويكتسب العقد صفةَ اللزوم، وهو قول الجمهور.

الرأي المختار

بالنظر فيما تقدم من سجالات وأخذ ورد يتَّضح ضعفُ أجوبة المثبتين لعدم قبولِ الحديث، في حين ظهرت قوَّة مذهب النافين لخيار المجلس، ثم

---

(1) العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، المحقق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 1388هـ، 1968م، ج9، ص 291.
(2) العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج9، ص 291.
(3) العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (ت: 806هـ)، **طرح التثريب**، ج6، ص 402.
(4) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج١، ص ٣٦٨.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

إن الأصل في العقود (التراضي) كما ورد في ذلك التنزيل، وهو قطعيٌّ في ثبوته ودلالته، فلا يصلح آخبار الآحاد لا لتخصيصه ولا لنسخه؛ لأنه غير مساو له، فالمقارنة شرط التخصيص، والتراخي شرط النسخ، كما هو معلوم في الأصول، فغاية ما في الأمر أن الحديث الشريف أثبت حقَّ الرجوع عن الإيجاب، لعدم انتهاض التراضي به منفرداً، ولا محل لشدَّة تمسك الفقهاء بالإتِّحاد البدني، فالمطلوب الإتِّحاد بين الإرادتين[1]، ومما يقوي هذا القول بأن التراضي الوارد في الآيتين القرآنيتين جاء خالٍ من أي قيد، ومن المقرر في علم الأصول: أن المطلق لا يحمل على المقيَّد، ويحمل استثناءً عند اتِّحاد الحكم، واتحاد السبب، واتِّحاد الواقعة محل الحكم.

ويؤيد جعل التفرق بالألفاظ لا الأبدان أن القائلين بعدم اشتراط الفورية يأولون البيِّعان بالخيار مدة عدم تفرقهما، ولم يكن فهمهم هذا محصوراً ليقتصر على كون المجلس موضعاً بعينه، بل جعلوه ممتداً في كلِّ حال يستطيع أحدهما الوقوف على مقصود الآخر، فكأن من أصولهم أنهم أجازوا التعاقد بالكتاب[2]، إعمالاً لقاعدة: (الكتاب كالخطاب)، [3] فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين، كما أجازوا جريان التعاقد بصورة ضمنية [4]، وأجازوا التعاقد بالرسالة- أي: إرسال الإيجاب مشافهة مع رسول –إلا أن الحنابلة اشترطوا غيبة العاقد الثاني (المرسل له) عن مجلس العقد، ولم يشترط الحنفية ذلك إلا في عقد النكاح، والتعاقد بالرسالة أو المراسلة ليس خاصاً بعقد البيع فقط، بل يشمل عند الحنفية جميع أنواع العقود، حتى عقد النكاح، وكذا الطلاق[5]، وهو المفهوم من كلام المالكية والحنابلة[6]، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية عن الإمام أحمد أن المتعاقد إذا أوجب النكاح لغائب ووصل إليه الرسول، فقبل في مجلس البلاغ بحضور الشهود انعقد العقد وصح[7]، أما عند الشافعية، فالأصح في مذهبهم انعقاد البيع ونحوه من العقود بالرسالة أو المراسلة شريطة عدم وجود الطرف الثاني أما إذا كان حاضراً فالمذهب عدم الصحة، لإنتفاء الضرورة، ولعدم جريان العادة بالكتابة للحاضر، واستثنى الشافعية من ذلك النكاح، ففي انعقاده بالمراسلة خلاف في المذهب، غير أن المعتمد عندهم عدم الصحة [8]، كما أجازوا الانعقاد بين متباعدين بحيث يرى أحدهما الآخر، ما لم يكن التباعد يؤدي إلى التباسٍ واشتباه في كلامهما[9]، وأجازوا المبادلة الفعلية الدالة على التراضي وهو ما يسمى بيع التعاطي [10]، وأجازوا البيع بالفعل، وهو: ما كان فيه إيجاب وفعل يدل على القبول[11]، وعليه فإنه يعدّ مجلس العقد في حالة المراسلة بين غائبين هو مجلس بلوغ أو وصول الكتاب أو الرسالة (المكتوبة أو الشفهية) إلى المرسل إليه وهو المتعاقد الثاني، ويسمى مجلس أداء الرسالة، وإذا صح ذلك في عقد النكاح مع خطورته [12]، صحّت سائر العقود الأخرى.

---

[1] الآلوسي، شهاب الدين محمود ابن عبد الله الحسيني، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، تحقيق: على عبد البارى عطية، دار الكتب العلمية – بيروت، 1415 هـ، ج3، ص 17.

[2] ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ج ٧، ص٤٨، **كشاف القناع** ،ج ٣،ص١٤٨.

[3] حيدر ،**درر الحكام**،المادة: (173)،ج1،ص 121.

[4] حيدر، **درر الحكام** ،المادة : (178)، ج1، ص 128.

[5] الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط3، دار الكتب العلمية - بيروت، 1426 هـ - 2005 م، ج2، ص 4، برهان الدين مازه، محمود بن أحمد، **المحيط البرهاني**، دار إحياء التراث العربي، ج6، ص 208،
حيدر، **درر الحكام** ، المادة (173)، ج1، ص 121

[6] الحطاب، **مواهب الجليل** ،ج5، 46-47، ابن مفلح، أبو عبد الله، محمد بن مفلح (ت: 763هـ)، **كتاب الفروع و معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي**، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 مـ، ج9، ص 34.

[7] ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، **مجموع الفتاوى**، المحقق: أنور الباز - عامر الجزار، ط3، دار الوفاء، 1426 هـ / 2005 م، ج 21، ص140.

[8] **النووي، المجموع** ، ج 9، ص196 – 197.

[9] حيدر، **درر الحكام** ، ج 1، ص 132.

[10] حيدر، **درر الحكام** ، المادة (175)، ج1، ص 123

[11] ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندى، **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ - 2000م، ج4، ص 507.

[12] حيدر، **درر الحكام** ، المادة (173)، ج1، ص 121، ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ج21، ص140.

Arrasikhun International Journal, Volume 4, Issue 2, Dec 2018
ISSN: 2462-2508

وقد ألحق وهبة الزحيلي بالتعاقد بالرسالة التعاقد عن طريق الهاتف، واعتبر مجلس العقد هو زمن الاتصال مادام الحديث في شأن العقد قائماً، فإذا انقطعت المكالمة، أو أعرض المتحدثان عن الكلام عن العقد بأن انتقلا للحديث عن موضوع آخر انتهى مجلس العقد[1]، وإذا لحق القبول بالإيجاب في هذه المكالمة ووافقه انعقد العقد.

وعليه فإن مجلس العقد في التعاقد بالرسالة يترجح فيه الجانب المعنوي: بمعنى التقاء الإرادتين بالقول، وهو الرسالة من طرف المتعاقد الأول، والقبول الشفهي أو الكتابي الذي يصدر من المتعاقد الثاني في مجلس العقد وهو مجلس وصول الرسالة، وهذا فيه تغليب النظرة المعنوية لمجلس العقد عند جميع الفقهاء على النظرة المادية المحسوسة، وبهذا يظهر عدم اشتراط التقاء الأبدان لانعقاد العقود، وهو أمر جوهري في هذه المسألة التي يتم بحثها وهي مسألة التعاقد باستخدام وسائل الاتصال المعاصرة، (التعاقد الإلكتروني)، أما إذا كانت المراسلة عن طريق البريد الإلكتروني أو ما يُعرف بـ (الإيميل)، فإن الإيجاب يصدر بإرسال الرسالة المتضمنة للإيجاب، فإذا فتح المرسل إليه بريده الإلكتروني وشاهد الرسالة عُدَّ ذلك مبدأ مجلس العقد، فإذا كتب رسالة مباشرة للموجب المرسل يخبره بقبول الإيجاب انعقد العقد، وإن تأخر عن الكتابة بالردّ بدون مبرر لم ينعقد العقد عند الشافعية[2]، أما بالنسبة لخدمة التخاطب والكتابة على شبكة الإنترنت، فهي توفر صفة الفورية في التخاطب والاتصال فلا إشكال فيها من جهة اشتراط الفورية عند الشافعية، فإذا صدر الإيجاب بالعقد من الطرف الأول المتصل فردّ عليه المتعاقد الثاني بالقبول مباشرة صح العقد، فإن كان هناك فاصل زمني طويل أو تخلل بينهما كلام أجنبي عن العقد لم ينعقد عند الشافعية، وينعقد عند الجمهور إذا لحق القبول بالإيجاب فيما بعد مادام مجلس العقد قائماً، ويستثنى من ذلك تخلل كلام أجنبي، فهي تمنع الانعقاد عند الحنفية، لأنهم يعدون ذلك تفرقاً للمتعاقدين، وهو قول بعض المالكية —كما تقدم بيانه –.

وهكذا يتبين لنا من خلال ما تقدم أنه على الرغم من أن الأصل في العقود هو التقاء الأبدان في مجلس العقد، ثم تبادل ألفاظ العقد فإنّ هذا التلاقي لا يُعد شرطاً من شروط انعقاد أو صحة العقد عند الفقهاء في حالة غيبة المتعاقدين أو أحدهما لوجود الحاجة إلى التعاقد عن طريق المراسلة ونحوها.

وعليه فإن ترجيح النظرة المعنوية لا يلتفت إلى مسألة الألتقاء بالأبدان، فاجتماع وتفرق الأجساد ليس له كبير أهمية في انعقاد العقود، وإنما الأهمية في الحقيقة إنما هو للالتقاء الأقوال وتفرقها، أي التقاء الألفاظ المكونة لصيغة العقد (الإيجاب والقبول)، وهذا يدلّ على مرونة الفقه الإسلامي ومقدرته على مواكبة تطورات العصور والأزمان، ولذلك لو حصل تلاقٍ للأقوال بطريقة من طرق الاتصال المعاصرة كالهاتف والبريد الإلكتروني، وشبكة الإنترنت، فلا مناص من القول بجواز انعقاد العقود بهذه الطريقة تسهيلاً لإبرام العقود وتيسيراً لحركة النشاط التجاري بين الناس على اختلاف بلدانهم، بشرط أن تنضبط الأمور بالشروط الشرعية وتَسدُّ جميع الاحتمالات، يقول وهبة الزحيلي: (أجمع الفقهاء المعاصرين على أن العقد ينعقد بين الغائبين كما في آلات الاتصال الحديثة بمجرد إعلان القبول، ولا يشترط العلم بالقبول بالنسبة للطرف الموجب الذي وجه الإيجاب)[3]، وهذا مبنى كما تقدم على تفسير العقد، فليس المراد من اتحاد مجلس العقد وجود المتعاقدين في مكان واحد، وإنما المراد اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدان منشغلين فيه بالتعاقد[4]، وما يقال عن الفاكس وغيره يقال عن البريد الإلكتروني، ومن باب أولى عن خدمة الاتصال بالصوت والصورة عن طريق الهاتف أو شبكة الإنترنت؛ لأنها تؤمن الاتصال المباشر بين المتعاقدين، والمعرفة المباشرة للإيجاب من قبل الطرف الثاني (القابل)، ومعرفة القبول إذا صدر منه من قبل الطرف الأول الموجب، وبهذه الوسائل المعاصرة تنعقد جميع العقود[5]، وقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة من

---

(1) الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط3، دار الفكر، دمشق، 1409هـ، ج4، ص109.
(2) النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج9، ص208
(3) الزُّحَيْلِيّ ،وَهْبَة، **الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ،الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها**
ط4، دار الفكر - سوريَّة ،ج4،ص 464.
(4) المرجع السابق ، ج4،ص 463.
(5) البوطي محمد سعيد رمضان، **مشورات اجتماعية** ، دار الفكر المعاصر – بيروت + دار الفكر - دمشق ص 82.

17-1410/8/23هـ الموافق 14-1990/3/10م، في مسألة إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس- عدا الوصية والإيصاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرر مايلي:

1- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة "الرسول" وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

2- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

3- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.

4- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للاثبات[1].

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة، ج2، ص785 .

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة

1. الاجتهاد في النصوص القطعية يكون في التطبيق والتنزيل والفهم.
2. الاجتهاد بالرأي في النص ليس متروكاً على عواهنه وإنما هناك جملة من الضوابط التي يجب مراعاتها أثناء الاجتهاد بالرأي في النص.
3. الأخذ برأي المذهب الثاني القائل بعدم ثبوت خيار المجلس وتفسير (التفرق) بالأقوال لا بالأبدان يدلّ على مرونة الفقه الإسلامي ومقدرته على مواكبة تطورات العصور والأزمان مع الأخذ بضرورة العلم بالقبول بالنسبة للموجب في التعاقد بين غائبين بسبب تقدم وسائل الاتصال الحديثة وتعقد المعاملات، وتحقيقاً لاستقرار التعامل.

قائمة المصادر والمراجع

[1]. ابن الرفعة، أبو العباس، أحمد بن محمد (ت710هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه للشيرازي**، تحقيق: مجدي محمد سرور ابسلوم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م.

[2]. ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: 972)، **الكوكب المنير شرح مختصر التحرير**.

[3]. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (ت 681هـ) **شرح فتح القدير**، دار الفكر، بيروت.

[4]. ابن أمير الحاج، أبو عبدالله، محمد بن محمد، (ت: 879هـ)، **التقرير والتحبير**.

[5]. ابن بطال، أبو الحسن، علي بن خلف، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط2، مكتبة الرشد - السعودية - 1423هـ - 2003م.

[6]. ابن تيمية، أبو البركات، عبد السلام بن عبد الله (ت: 652هـ)، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط2، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ- 1984م.

[7]. ابن تيمية، أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، **مجموع الفتاوى**، المحقق: أنور الباز - عامر الجزار، ط3، دار الوفاء، 1426 هـ / 2005 م.

[8]. ابن حجر، أبو الفضل، أحمد بن علي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة - بيروت، 1379، ج4، ص 329.

[9]. ابن حزم، أبو محمد ،علي بن أحمد (ت: 456هـ)، **المحلى**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت.

[10]. ابن حزم، علي بن أحمد (ت: 456هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**.
[11]. ابن حنبل، أبو عبد الله، أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، مؤسسة قرطبة – القاهرة، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط.
[12]. ابن دقيق العيد، أبو الفتح محمد بن علي(ت: 702هـ)، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، المحقق: مصطفى شيخ مصطفى و مدثر سندس، ط1، مؤسسة الرسالة، 1426 هـ - 2005 م .
[13]. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد(ت: 795هـ)**القواعد**، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، 1999م، القاعدة الثانية والخمسين.
[14]. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت 1252هـ)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م.
[15]. ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندى، **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ - 2000م.
[16]. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، **مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: 1399هـ - 1979م.
[17]. ابن قدامة، أبو محمد، عبد الله بن أحمد (ت 620هـ)، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417هـ-1997م.
[18]. ابن قدامه، أبو محمد، عبد الله بن أحمد، **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، ط1، دار الفكر – بيروت، 1405.
[19]. ابن مفلح، أبو عبد الله، محمد بن مفلح (ت: 763هـ)، **كتاب الفروع و معه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي**، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 ..
[20]. ابن مفلح، محمد ، (ت: 763هـ)، **أصول الفقه**، حققه وعلق عليه وقدم له: فهد بن محمد السَّدَحَان، ط1: مكتبة العبيكان، 1420 هـ - 1999 م.
[21]. ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
[22]. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ط1، دار صادر – بيروت.
[23]. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ، (ت: 970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة، بيروت.
[24]. أبو داود، سليمان بن الأشعث(ت: 275هـ)، **سنن أبي داود**، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
[25]. أبو داود، سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، دار الكتاب العربي- بيروت.
[26]. أبو يعلى، محمد بن الحسين (ت: 458هـ) **العدة في أصول الفقه**، حققه وعلق عليه وخرج نصه: أحمد بن علي المباركي، ط2: جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، 1410 هـ - 1990 م.
[27]. أحمد الريسوني، **الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده، منشورات الزمن كتاب الجيب**، الكتاب9، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، 1999م.
[28]. الإسنوي، عبدالرحيم بن الحسن بن علي. (1999م) **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ط1 بيروت: دار الكتب العلمية.
[29]. الأشقر، عمر سليمان، **خصائص الشريعة الإسلامية**، ط3، دار النفائس- الأردن، 1991م.
[30]. الأصفهاني، محمود بن عبدالرحمن(ت: 749هـ)، **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، المحقق: محمد مظهر بقا، ط1، السعودية: دار المدني، 1406هـ - 1986م.
[31]. الآلوسي، شهاب الدين محمود ابن عبد الله الحسيني، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، تحقيق: على عبد البارى عطية، دار الكتب العلمية – بيروت، 1415 هـ.
[32]. الآمدي، علي بن أبي علي (ت: 631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.
[33]. الآمدي، علي بن محمد، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: د. سيد الجميلي، ط1، دار الكتاب العربي – بيروت، 1404.
[34]. أمير باد شاه، محمد أمين بن محمود (ت: 972 هـ)، **تيسير التحرير**، مصر: مصطفى البابي الحَلَبِي - 1351 هـ - 1932م.
[35]. الإيجي، عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد، (ت: 756هـ)، **شرح العضد على مختصر ابن الحاجب**.
[36]. الباجي، سليمان بن خلف، المنهاج في ترتيب الحِجاج، تحقيق: عبدالمجيد تركي، ط3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2001 م.
[37]. البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، (ت: 256هـ)، **الجامع الصحيح**، ط1، دار الشعب – القاهرة، 1407 – 1987.
[38]. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت 730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ - 1997م.
[39]. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تحقيق: المعتصم بالله، ط1، دار الكتاب العربي بيروت، 1411هـ - 1991م.
[40]. البركتي، محمد عميم الإحسان، **قواعد الفقه**،الصدف ببلشرز، كراتشي،1407، 1986.
[41]. برهان الدين مازه، محمود بن أحمد، **المحيط البرهاني**، دار إحياء التراث العربي.
[42]. البهوتي، منصور، **كشاف القناع على متن الروض المربع**، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧ .
[43]. البوطي محمد سعيد رمضان، **مشورات اجتماعية** ، دار الفكر المعاصر – بيروت + دار الفكر - دمشق .
[44]. بوعود، أحمد ، «**فقه الواقع، أصول وضوابط**»، كتاب مجلّة الأمّة: 74، 2002م.
[45]. البيهقي، أبو بكر،أحمد بن الحسين،**السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي**،(مؤلف الجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني)،ط1، مجلس دائرة

المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، 1344 هـ.

[46]. البيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين، **معرفة السنن والآثار**، المحقق: سيد كسروي حسن: دار الكتب العلمية- بيروت .

[47]. الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي– بيروت.

[48]. الجرجاني، علي بن محمد، **التعريفات**، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي– بيروت، ط1، 1405.

[49]. الجصاص، أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوى، دار احياء التراث العربى . بيروت، 1405 هـ.

[50]. الجنكو، **التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة**، ط1، دار النفائس، الأردن، 2004م.

[51]. حجار، وسيم شفيق، **الإثبات الإلكتروني**، دار صادر، بيروت، ٢٠٠١م .

[52]. الحسني، محمد بن اسماعيل، **إجابة السائل شرح بغية الآمل**.

[53]. الحطاب، محمد بن محمد (ت 954هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، تحقيق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ- 2003م.

[54]. حمادو، نذير، **الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي دراسة تأصيلية في فهم النصوص الشرعية وتطبيقها بنظرة مقاصدية**، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1430هـ – 2009م.

[55]. حيدر، علي،**درر الحكام شرح مجلة الأحكام**،تحقيق تعريب:المحامي فهمي الحسيني،دار الكتب العلمية، لبنان.

[56]. الخرابشة، عبد الرؤوف مفضي، **ضوابط الاجتهاد مع ورود النص**، مجلة جامعة دمشق، المجلد (13)، العدد (2)، 1997م.

[57]. الخطابي، أبو سليمان، أحمد بن محمد (288 هـ)، **معالم السنن [وهو شرح سنن أبي داود]**، ط1، المطبعة العلمية – حلب،1351 هـ - 1932 م.

[58]. الخفيف، علي محمد، (ت 1309هـ -1891م)، **الاجتهاد في الشريعة الإسلامية**، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض.

[59]. خلاّف، عبد الوهاب، (ت: 1375هـ). **عِلم أصول الفقه**، دار القلم – الكويت، 1407 هـ.

[60]. الدارمي، أبو محمد ،عبدالله بن عبدالرحمن، **سنن الدارمي**، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، الأحاديث مذيلة بأحكام حسين سليم أسد عليها، ط1، دار الكتاب العربي – بيروت، 1407.

[61]. الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك**، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة.

[62]. الدريني، فتحي (1985م) **المناهج الأصولية**، ط2، الشركة المتحدة للتوزيع.

[63]. الدريني، فتحي، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994م.

[64]. الدهلوي،أحمد بن عبد الرحيم(ت:1176هـ)،**حجة الله البالغة**،المحقق:السيد سابق،ط1،دار الجيل،بيروت،1426 هـ-2005م.

[65]. الرازي، محمد بن عمر، **المحصول في علم الأصول** ، ط1، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، الرياض– 1400.

[66]. ريان، أحمد، **خدمات الإنترنت**، منشورات المجمع الثقافي في أبي ظبي، ط١، ١٤١٧هـ. ١٩٩٧م.

[67]. الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق بن مرتضى. (ت: 395هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، (تحقيق: مجموعة من المحققين)، دار الهداية.

[68]. الزُّحَيْلِيّ ،وَهْبَة، **الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ،الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها**،ط4، دار الفكر – سوريَّة .

[69]. الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط3، دار الفكر، دمشق، 1409هـ.

[70]. الزحيلي، وهبة، **حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة**، ط١، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ١٤٢٠هـ. ٢٠٠٠م.

[71]. الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم – دمشق، 1418 هـ - 1998م.

[72]. الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر، ١٩٦٧م – ١٩٦٨م.

[73]. الزرقا، مصطفى، **شرح القانون المدني السوري**، ط٣، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦١م.

[74]. الزركشي، أبو عبد الله، محمد بن عبد الله (ت: 749هـ). **تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي**، ط1، مكتبة قرطبة للبحث العلمي، مصر، 1998م.

[75]. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت 794هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، حققه وضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، ، دار الكتب العلمية، لبنان، 1421هـ - 2000م.

[76]. الزنكي، نجم الدين قادر كريم، **الاجتهاد في مورد النص دراسة أصولية مُقارنة**، ط1، دار الكتب العلمية – بيروت، 1427هـ - 2006م.

[77]. الزيات وآخرون، **المعجم الوسيط**، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

[78]. زيدان، عبد الكريم. **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة – بيروت.

[79]. سانو، قطب مصطفى، **الاجتهاد في النص في الفكر الأصولي**، ط1، 1434هـ - 2013م.

[80]. السرخسي، أبو بكر ،محمد بن أبي سهل، **المبسوط**، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1421هـ 2000م.

[81]. السرخسي، محمد بن أحمد (ت: 483هـ)، **أصول السرخسي**، دار المعرفة، بيروت.

[82]. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، **الموافقات**، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن، ط1: دار ابن عفان، 1417هـ/ 1997م.

[83]. الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، **الموافقات**، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

[84]. الشاطبي، أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى، **الاعتصام**، المكتبة التجارية الكبرى – مصر.
[85]. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس(ت: 204هـ)، **الرسالة**، المحقق: أحمد شاكر، ط1، مكتبه الحلبي، مصر، 1358هـ/1940م.
[86]. الشافعي، محمد بن ادريس (ت: 204هـ) **الأم**، دار المعرفة– بيروت، 1410هـ/1990م.
[87]. شلبي، محمد مصطفى، **تعليل الأحكام، عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد**، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1981م. (رسالة ماجستير).
[88]. الشوكاني، محمد بن علي (ت: 1250هـ)، **إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول**، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، قدم له: خليل الميس وولي الدين صالح فرفور، ط1، دار الكتاب العربي: دمشق، 1419هـ - 1999م.
[89]. الصالح، محمد أديب، **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي**، ط4، المكتب الإسلامي، 1993م.
[90]. الصنعاني، محمد بن إسماعيل(ت: 1182هـ)، **سبل السلام**، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1379هـ/ 1960م.
[91]. الصنعاني، محمد بن إسماعيل، **أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل**، تحقيق: القاضي حسين بن أحمدالسياغي و الدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، ط1، مؤسسة الرسالة – بيروت، 1986.
[92]. الطحاوي، أبو جعفر، أحمد بن محمد (ت: 321هـ)، **شرح معاني الآثار**، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي - الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، ط1، عالم الكتب، 1414 هـ، 1994 م.
[93]. عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، ط1، دار الفضيلة، ، مصر، 1988م.
[94]. العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (ت: 806هـ)، **طرح التثريب**.
[95]. عطية، جمال الدين، **نحو تفعيل مقاصد الشريعة**، ط1، دار الفكر، دمشق، 2001.
[96]. العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، المحقق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط2، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 1388هـ، 1968م.
[97]. العلائي، خليل بن كيكلدي، **المجموع المذهب في قواعد المذهب**، تحقيق محمد عبد الغفار، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1414هـ 1994م.
[98]. العيسوي، إبراهيم، **التجارة الإلكترونية**، ط١، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، ١٤٢٣هـ. ٢٠٠٣م.
[99]. الغزالي، أبو حامد، محمد بن محمد (ت: 505هـ)، المستصفى في علم الأصول، المحقق: محمد بن سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ/1997م.
[100]. الغزالي، محمد بن محمد، (ت 505هـ)، المستصفى في علم الأصول، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1413 هـ 1993م.
[101]. القاضي، محمد المختار (1368هـ/1949م) **الرأي في الفقه الإسلامي**، ط1، جامعة فؤاد الأول، القاهرة.
[102]. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥)سنة (٢٠٠١م).
[103]. القرافي، أبو العباس، أحمد بن إدريس (ت 684هـ)، **الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)**، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1998م، بيروت.
[104]. القرافي، أبو العباس، أحمد بن إدريس(ت 684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي وآخرين، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
[105]. القرافي، أحمد بن إدريس، **شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في الأصول**، دار الفكر، بيروت، 1997م.
[106]. القسطلاني، أحمد بن محمد (ت: 923هـ)، في كتابه : **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري** ، ط7 ، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر،1323 هـ .
[107]. القضاة، علاء أحمد، **القياس وأثرة في إثبات أحكام الأحوال الشخصية في المذهب الحنفي دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة اليرموك.
[108]. القطان، مناع بن خليل (ت: 1420هـ) **تاريخ التشريع الإسلامي**، ط5: مكتبة وهبة، 1422هـ-2001م.
[109]. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (ت 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ- 1986م.
[110]. مالك ابن أنس، **الموطأ**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – مصر.
[111]. مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقيق: د. تقي الدين الندوي، ط1، دار القلم– دمشق، 1413 هـ - 1991 .
[112]. مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة.
[113]. **المذكرات الإيضاحيَّة للقانون المدني الأردني**، ط2، مطبعة التوفيق، عمان، 1985 ،ج1، ص 104 – 105.
[114]. المرداوي، أبو الحسن، علي بن سلمان، **التحبير شرح التحرير**، (ت 885 هـ)، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، 1421هـ - 2000م .
1. مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج، **الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم**، دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة، بيروت.
2. منصور، محمد خالد، **دلالة قاعدة: (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الثبوت والدلالة) عند الأصوليين، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 2، 2000م.
3. الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، **الاختيار لتعليل المختار**، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط3، دار الكتب العلمية –

بيروت، 1426 هـ - 2005 م.

4. النسائي ،أحمد بن شعيب ، **المجتبى من السنن**، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406 – 1986.
5. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، (ت: 303هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: حسن عبد المنعم حسن شلبي.
6. النسفي،أبو البركات، **كشف الأسرار، شرح المصنف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار لأبي سعيد الحنفي**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
7. النووي، أبو زكريا، يحي بن شرف (ت 676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ-1991م.
8. النووي، أبو زكريا، يحي بن شرف(ت: 676هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي- بيروت، 1405.