

قبض الأموال في عقود المعاوضات

بين الحسي والحكمي

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٣٩هـ / ٢٠١٨م

رقم الإيداع
٢٠١٧/



دار الإيمان للمعرفة
١ درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر
تليفون / ٠١٠٠٥٧٦٠٦٦٣ - ٠١١١٨٩٣٣٦٢٤

بريد الكتروني / elhbibmohamed@gmail.com

قبض الأموال في عقود المعاوضات

بين الحسي والحكمي

«دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري»

إعداد

عبد العزيز بن محمد بن صالح العوضي



١ درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر

تليفون/ ٠١٠٠٥٧٦٠٦٦٣ -

٠١١١٨٩٣٣٦٢٤

(أصل هذا الكتاب)

رسالة علمية تقدم بها المؤلف إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة، لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) في (قسم الفقه)، وقد نوقشت تحت إشراف كلاً من:

- ١- الأستاذ الدكتور/ محمد راشد علي أبوزيد، أستاذ الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر الشريف.
- ٢- الأستاذ الدكتور/ ماجد عبد الحميد عمار، أستاذ القانون التجاري بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر الشريف.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على ما
أنعم عليّ من فضل وتوفيق، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين
سيدنا محمد ﷺ.

أتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ محمد راشد على
أبو زيد أستاذ الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة- جامعة الأزهر
الشريف، الذي شرفت بتلقي العلم على يديه، ووسعني كرمه، وأنجليني
تواضعه، فقد كان خير معلم، وخير ناصح ولطالما شد من أزرني، ولم يخل
علي بالنصح والتوجيه فجزاه الله عني خير الجزاء.

وأتوجه بالشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ ماجد عبد الحميد عمار
أستاذ القانون التجاري بكلية الشريعة والقانون بدمهور- جامعة الأزهر
الشريف، فقد كان بالنسبة لي نموذجاً يحتذى به في الدقة والعلم والإيمان
بدوره فقد أولاني من جهده ووقته الكثير، وشخذ همتي كي أتمم هذا
العمل، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر الى جمهورية مصر العربية التي فتحت لي أبواب
التعليم بها وخاصة جامعة الأزهر الشريف وبالأخص كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وأخص بالشكر الأستاذ الدكتور/ عميد الكلية وكذلك

الأستاذ الدكتور/ وكيل الكلية على ما أولياني به من إهتمام ورعاية في
ظل قيادتهما للكلية.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأساتذتي وزملائي في كلية الشريعة
والقانون، وكل من مد لي يد العون والمساعدة في إخراج هذا العمل إلى
حيز الوجود.

فلمرمني جميعاً كل الحب والتقدير والإحترام،،

عبد العزيز العوضي



إهداء

✓ إلى الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، والمثل الأعلى، والشرف الأسنى، وقدوة البشرية في البحث عن الحق، وأسوتها في إتباع الحقيقة، (سيدنا محمد رسول الله سيد ولد آدم ﷺ).

✓ إلى والدي فضيلة الشيخ/ محمد بن محمد صالح العوضي الذي كان له عظيم الأثر في توجيهي لتلقي العلوم الشرعية أطال الله عمره.

✓ وإلى مروح والدتي حباً ووفاء وإجلالاً وعرفاناً وإخلاصاً، التي كانت دائماً تدعو لي بحفظ القرآن وتلقي العلوم الشرعية، رحمها الله وطيب ثراها، وجعل الجنة مثواها إنه سميع عليم.

✓ إلى من شاركوني في تحمل الأعباء، وساعدوني بالصبر على الأنواء، وشدوا من عضدي في السراء والضراء، (نزوجاتي الثلاث أم سعود، وأم مانرن، وأم عبد الرحمن، جزاهن الله عنى خيراً وفرادهن من معين الصبر، ومروعة الوفاء).

✓ إلى قرة عيني، وثمره فؤادي، وفلذة كبدي أولادي وبناتي وأحفادي أسأل الله أن يغمرهم بالسعادة وأن يكأهم بالرضوان في الدنيا والآخرة.

✓ وإلى بلد الأمن والأمان مصر الحبيبة.

✓ إلى كل من يبحث عن الحق ثم يفرح به ويدعن له ثم يرنقه الله أتباعه.

الباحث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله العادل في حكمه، القاضي بين خلقه بعلمه، المهيمن ذي العظمة والهيبة والجلال، سبحانه أعذب مورد الشريعة الإسلامية للوارد، وسهل صراطها المستقيم لكل راغب وقاصد، ووسع دائرة معارفها وأحكامها فأصبحت بمصالح الخلق محيطة، وأعزز مواد كليتها فغدت بجزئيات الوقائع منوطة، وأسس بنيانها على قواعد الإنصاف وإيصال الحقوق. وساوى في كفة ميزان عدلها بين العالي والنازل وألغى الفروق، وجعلها شريعة صالحة للقديم والحديث من الإعصار، ولائقة بالداني والنائي من الأقطار والأمصار.

ونصلي ونسلم على خير عباده وصفوة خلقه سيدنا محمد الرحمة المهداة والنعمة المسداة، بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح العباد، وجاهد في الله حق الجهاد، وتركنا على شريعة بيضاء ليلها كنهارها، وعلى آله وأصحابه الذين ترسموا خطاه، واتبعوا هداه، وسمعوا قوله، وحفظوا سنته، ونظروا واجتهدوا وأصلوا وفرعوا ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإنه من فضل الله على الأمة الإسلامية أن أكرمها بدستور خالد لا يلحقه نسخ، شامل في أحكامه ولا يشوبه نقص، ومن ثم فقد استوعبت

أحكامه شتى فروع الحياة، ووضع لكل حالة أمثل الأحكام وأسهلها وأكثرها مسaire وتحقيقاً لمصالح الأفراد والجماعات، وكفلت بذاك الخير والسعادة للبشرية بأسرها.

والمتتبع للفقہ الإسلامي على اختلاف مذاهبه وتباين فرقہ، يدرك بما لا يدع مجالاً للشك مدى الحاجة إلى تحديد طبيعة القبض في الأشياء، ببيان تلك النظرية الحيوية التي تظهر في مجملها عظمة الفقہ الإسلامي، وكماله لكل مناحي الحياة، بإقامة معايير وضوابط تكفل تحقيق معرفة الحقوق، وتحديد الالتزامات وهذا ليس بجديد على فقہ وصف بكماله ونضجه، وذلك لاشتماله على أحكام في صنوف الحياة المختلفة.

سبب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختيار موضوع البحث إلى ما يلي:

أولاً: مدى الحاجة إلى بيان معايير واضحة ومنطقية، لوضع نظرية القبض في الفقہ الإسلامي، بإيجاد دراسة متخصصة تبحث في شتى جوانب الشريعة، لاسيما ما كان من أبواب المعاملات.

ثانياً: الرجوع للفقہ الإسلامي وجعله أساساً للتشريع في البلاد الإسلامية، والعزوف عن القوانين الوضعية التي غدت قاصرة عن الإمام بالجوانب الخلقية والدينية التي هي عماد صلاح الإنسان واستقامته، ولا يعني دراسة القانون الوضعي في هذا البحث تجديداً له وإنما عرض لما هو واقع بما يهيئ للعقول السليمة مدى الغفلة في الاعتماد على ما صنع البشر وترك ما أنزله رب البشر

وفي هذا إظهار لمحاسن الشريعة التي تعجز الأقلام عن حصرها^(١).

ثالثاً: عرض نظريات الفقه الإسلامي وما فيه من مرونة وسعة، يجعله صالحاً للحكم على الناس، وفض نزاعاتهم، وهو ما يهيء حل المشكلات التي تنشأ بين التجار خاصة، وهو ما يعين في إزالة كل لبس عن عدم مسaire الشريعة الإسلامية للحضارات الغربية في كل العصور.

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية الموضوع في حياة الناس الواقعية، إذ أن أكثر المنازعات تقع فيه نظراً للاختلاف في تحمل تبعة هلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده، مما يبرز الحاجة إلى دراسة موضوع البحث بشكل متميز في عصرنا.

ونظراً لدقة هذا الموضوع واتساع نطاقه وتشابك مسائله، حرصت أن أستعين فيه بكتب الفقهاء القدامى والمحدثين في الفقه الإسلامي حتى يخرج البحث بفكرة متكاملة عن القبض وطبيعته في الفقه الإسلامي، وبالنسبة للجانب القانوني استعنت بالنصوص التشريعية والشروح الفقهية وأحكام المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض المصرية.

(١) وقضاء محكمة النقض المصرية يذهب إلى أنه «إذا خالف الحكم نصاً من القرآن أو السنة أو خالف الإجماع - فانه يبطل - وإذا عرض على من أصدره - أبطله - وإذا عرض على غيره أهدره - ولم يعمل به - لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضي ألا إذا اتصل به قضاء في محل مجتهد فيه» نقض مدني جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٢٤١ وفي ذات المعنى، نقض مصري جلسة ١٩٧٢/١٢/١٣ المجموعة السابقة السنة ٢٣ ص ١٣٧٧.

منهج البحث:

استخدمت في هذه الدراسة عدة مناهج أولاً المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين المذهب الإسلامية من جهة، والموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من جهة أخرى، ثانياً المنهج التحليلي وذلك بتحليل كل ما تم استنباطه من مسائل، وأخيراً المنهج التأصيلي وذلك برد المسائل المتشابهة إلى أصلها سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي

أولاً: بالنسبة للجانب الشرعي:

اتبعت في منهجي لهذه الدراسة على المناهج السابقة على النحو الآتي:

١- عرض أقوال الفقهاء في كل مسألة تتعلق بالموضوع معتمداً على التحليل والتأصيل بعبارة واضحة ومفهومة، موثقاً ما استخرجته من كتب أصحابها، كما كنت أنقل - في بعض الأحيان - نصوص هذه المذاهب، وذلك لزيادة التحرير والتأكيد.

٢- ذكرت الأقوال الفقهية في المسألة الواحدة محرراً محل النزاع -إن كان- مبيناً ما يتفق منها، جاعلاً إياه قولاً واحداً أو مذهباً واحداً، ذاكرةً من قال به من الفقهاء.

٣- ذكرت أدلة كل مذهب، ثم بينت وجه الدلالة منها، وناقشت ما يمكن مناقشته، ثم رحلت مظهر لي ترجيحه بالدليل والبرهان، بعيداً عن أي تحيز وإتباع لهوى، باذلاً في ذلك قصارى جهدي.

٤- اعتمدت في كتابة هذا الموضوع على كتاب الله جلا وعلا وسنة رسوله ﷺ والمصادر المعتمدة في كل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي بيد أني لا أهمل الرجوع إلى الكتابات الحديثة في الفقه الإسلامي لما لهذه الكتابات من فائدة كبيرة في تجلية الطريق أمام الباحث كما أنها تحمل آراء فيما يستجد من أحداث جارية وما يجري في هذا العصر.

٥- قمت بعزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من القرآن الكريم مع ضبطها بالشكل.

٦- قمت بتخريج الأحاديث النبوية والآثار من الكتب التي عنيت بذلك.

ثانياً: بالنسبة للجانب القانوني:

١- عرض المسألة محل البحث في القانون المدني أو القانون التجاري حسب الأحوال، وفي حالة عدم وجود نص يعالج المسألة محل البحث أشرت إلى عدم وجود نص قانوني في المسألة

٢- عرضت هذا الجانب على نحو مستقل في كل مسألة على حده متبعا عرض آراء فقهاء القانون في المسألة محل البحث وبيان ما بين هذه الآراء من اتفاق أو اختلاف ودعت الدراسة إلى ان نقوم في بعض الأحيان بتناول الرأي الفقهي في ظل القانون المدني المصري القديم الاهلي والمختلط.

٣- تم عرض موقف القضاء في المسألة محل البحث وبيان مدى اتفاقه أو اختلافه مع رأى شراح القانون وذلك من خلال استعراض الأحكام القضائية الواردة في المسألة محل البحث مع ذكر الوقائع إذا لزم الأمر لذلك.

٤- راعيت أثناء كتابتي للموضوع، أن تنسم العبارة بالسهولة واليسر، حتى يتسنى للقارئ فهمها دون تعقيد، وذلك بعد فهم النصوص التشريعية مراد وآراء الفقهاء فيها وأحكام القضاء بصددھا.

وختمت الرسالة بعمل فهرس تفصيلية في آخر البحث تشتمل على:

(أ) فهرس للآيات القرآنية.

(ب) فهرس للأحاديث النبوية والآثار.

(ج) فهرس للمصادر والمراجع سواء الشرعية أو القانونية.

(د) فهرس عام لموضوع الرسالة.



خطة البحث

يتكون هذا البحث من فصل تمهيدي وثلاثة أبواب وخاتمة على النحو التالي:

الفصل التمهيدي

مفردات عنوان الرسالة وبيان مفهوم المال والملكية في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مفردات عنوان البحث.

المبحث الثاني: مفهوم المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه

ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى المال في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم المال في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: ماهية المال في القانون.

الباب الأول

الأحكام الشرعية والقانونية في قبض الأموال في عقود المعاوضات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

حقيقة القبض وصوره وأنواعه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة القبض.

المبحث الثاني: القبض وما يلتبس به من ألفاظ.

المبحث الثالث: أنواع القبض، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القبض الحقيقي.

المطلب الثاني: القبض الحكمي.

المبحث الرابع: صور القبض، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القبض في غير المنقول.

المطلب الثاني: صور القبض بالتخلية في غير المنقول، وفيه فرعان:

الفرع الأول: صورة القبض بالتخلية في غير الربويات.

الفرع الثاني: صورة القبض بالتخلية في الربويات.

الفصل الثاني

القبض من حيث الصحة وعدمها، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: القبض بإذن، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القبض بإذن الشرع أو العرف.

المطلب الثاني: القبض بإذن المالك، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: قبض يفيد نقل ملكية المقبوض إلى القابض.

الفرع الثاني: قبض لا يحصل به الملك.

الفرع الثالث: قبض تعود منفعته إلى المالك والقباض.

المبحث الثاني: القبض بغير إذن، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: قبض الغاصب للعين المغصوبة.

المطلب الثاني: قبض السارق للعين المسروقة.

المبحث الثالث: القبض المستند إليه سبب إذن في القبض من غير إذن في الاستدامة.

المبحث الرابع: القبض المنتهي سببه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القبض في عقود المعاوضات.

وفيه ثلاثة فروع: الفرع الأول: الايجارة، الفرع الثاني: البيع المفسوخ بالعيب، الفرع الثالث: إذا قبضت المرأة صداقها وطلقت قبل الدخول

المطلب الثاني: القبض في عقود الأمانات.

المطلب الثالث: القبض بدون فعل القابض.

الفصل الثالث

مدى علاقة العقد بالقبض، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: عقود لا يشترط فيها القبض، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: القبض في الحوالة.

المطلب الثاني: القبض في الوكالة.

المطلب الثالث: القبض في الوصية.

المطلب الرابع: القبض في الجعالة.

المطلب الخامس: القبض في الوقف.

المبحث الثاني: عقود يشترط القبض في صحتها، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصرف.

المطلب الثاني: بيع الربوي بجنسه.

المطلب الثالث: عقد السلم.

المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض في لزومها، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الرهن.

المطلب الثاني: الهبة والصدقة.

المطلب الثالث: العارية.

المطلب الرابع: القرض.

المبحث الرابع: عقود يشترط القبض في استقرارها.

الباب الثاني

سلطة القبض فيما يملك من الأموال

وفيه فصلان:

الفصل الأول

التصرف في المملوك الذي سببه عقد، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيع المبيع قبل قبضه.

المبحث الثاني: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقد معاوضة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيع العين بالنقد.

المطلب الثاني: التصرف في الشيء قبل القبض في غير البيع.

المطلب الثالث: الصرف.

المطلب الرابع: المال الربوي بالربوي.

المبحث الثالث: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقود التبرعات.

الفصل الثاني

أثر القبض في تصرف المالك بملك من غير عقد وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيع السهم من الغنيمة قبل أن تُقسّم.

المبحث الثاني: أثر القبض فيما ملك بالإرث.

المبحث الثالث: أثر القبض فيما ملك بسبب مباح.

الباب الثالث

تطبيق الضوابط الشرعية والقانونية على صور القبض المستجدة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول

المعاملات البنكية (الشيك البنكي)

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ماهية الشيك.

المبحث الثاني: القبض في الشيك.

الفصل الثاني

التجارة الإلكترونية (القبض بطريق الإنترنت)

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم التعامل المالي وقواعده في الإسلام، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التعامل المالي.

المطلب الثاني: مفهوم التجارة والمال في الإسلام.

المطلب الثالث: مدى مشروعية التجارة في الإسلام.

المبحث الثاني: عملية البيع من خلال الشبكة الدولية العالمية (الانترنت)

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: جوهر المشكلة في التجارة الإلكترونية.

المطلب الثالث: كيفية البيع خلال الإنترنت.

المطلب الرابع: وصف عملية البيع خلال الإنترنت.

المبحث الثالث: اشكالية القبض في التجارة الإلكترونية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قبض المنتجات عبر الإنترنت.

المطلب الثاني: مجلس العقد وطبيعته في العقود الإلكترونية.

المطلب الثالث: ماهية القبض وكيفية في التجارة الإلكترونية.

المبحث الرابع: ضوابط القبض عبر شبكة الإنترنت.

المبحث الخامس: التقدم العصري وأثره على القبض في الفقه العقابي، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: القبض الحاصل من الأجهزة الإلكترونية كالحاسب الآلي أو الأتوماتيكية.

المطلب الثاني: مفهوم جرائم الحاسب الآلي.

المطلب الثالث علاقة جرائم الحاسب الآلي بجريمة خيانة الأمانة.

الفصل الثالث

تطبيق وسائل القبض الحديثة على بطاقات الائتمان

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: ماهية بطاقة الائتمان.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لبطاقة الائتمان.

المبحث الثالث: كيفية القبض في بطاقات الائتمان.

المبحث الرابع: أنواع وصور بطاقات الائتمان.

المبحث الخامس: أطراف بطاقة الائتمان.

المبحث السادس: منافع بطاقة الائتمان.

المبحث السابع: بطاقات الائتمان في منظور الفقه الإسلامي.

أما الخاتمة: فتشتمل على حصاد البحث وأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

وفي اختتام فالله يعلم كم بذلت في هذا البحث كي يخرج في شكله الحالي فقد بذلت ما في وسعي من جهد، لكي يكون بحثاً يستنار به، ولا أدعي أنه قد استوعب كافة الفروع والجزئيات التي ينتظمها عنوانه، ولكنني - فقط - لمست خطوطه العريضة وقواعده العامة، ومهما بالغت في تحرير هذا الموضوع وتهذيبه، فإنني لا أعتقد أنه براء من كل عيب، إذ لا بد من وجود هفوات ومآخذ عليه نثير الانتقاد، لأن غير المعصوم أهل للخطأ، فالعصمة لله وحده لا شريك له - سبحانه وتعالى - له الحمد في الأولى والآخرة، ﴿يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ [البقرة: ٢٦٩].

الباحث

عبد العزيز به محمد به صالح العوضي



الفصل التمهيدي

مفردات عنوان الرسالة وتحديد مفهوم المال والملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تمهيد وتقسيم:

في كل مجال وفي كل دراسة هناك مصطلحات مستخدمة في الدراسة، ويجب في البدء معرفة معنى هذه المصطلحات وذلك حتى تستقيم الدراسة وتوثق ثمارها، وحيث إن القبض يرد على المال كأصل عام فيجب علينا أن نوضح ماهية المال سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:-

المبحث الأول:- مفردات عنوان البحث

المبحث الثاني:- مفهوم المال في الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الأول

مفردات عنوان البحث

لما كان عنوان هذا البحث هو: "قبض الأموال في عقود المعاوضات بين الحسي والحكمي دراسة فقهية مقارنة بالقانون التجاري".

فإنه يليق بنا أن نعرض لمفردات هذا العنوان بشيء من التوضيح لكي يعطي البحث صورة عن مضمونه، وسوف أعرض لهذه المفردات كالتالي:

مفهوم المعاوضة: المعاوضة: مصدر عوض ويؤخذ منها العوض.

العوض: مصدر عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضة، وهو البدل.

تقول: عضت فلاناً وأعضته وعوضته: إذا أعطيته بدل ماذهب منه، وتعوض منه واعتاض: أخذ العوض واعتاضه منه واستعاضه وتعوضه: سأله العوض، والجمع أعواض^(١).

وقد اشترط الفقهاء ضرورة أن يكون العوض مستوفياً لشروطه الشرعية أو بعضها، ومن الأعواض التي لا تصح في عقد البيع، الدم والميتة والكلب والخنزير، كذلك ما نص عليه الأحناف من اعتبار عقد إجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها والمصحف للنظر فيه والشاة لأخذ لبنها عند المالكية^(٢).

ويقصد بعقود المعاوضات ما يثبت للمتعاقدين البدلين اللذين تم الاتفاق عليهما، كما في عقد البيع الذي يربط التزامات على طرفي التعاقد (أي البائع والمشتري) فيثبت المبيع للمشتري والثن للبائع، وهو ما عبر عنه الكاساني بقوله: "الحكم الأصلي هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبيع في الثمن للحال"^(٣).

ويعلل ذلك بقوله في معاوضة الإجارة: "أنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة، والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين"^(٤).

(١) المعجم الوسيط باب العين مع الألف ص ٥٧٩ ج ٢ معجم صادر عن مجمع اللغة العربية نشر دار الدعوة بتركيا ١٩٨٩ م.

(٢) الفتاوى الهندية ٤/١١١ - وبدائع الصنائع ٤/١٧٥ طبعة دار الكتاب العربي. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢٠.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٣٣، طبعة دار الكتاب العربي.

(٤) المصدر السابق ٤/٢٠١.

والقبض حسبما تأتي دراسته نوعان هما القبض الحقيقي ويتحقق في المنقول، وهو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود، والعروض ومنها السيارات والآلات الميكانيكية والأجهزة الكهربائية والالكترونية وغيرها، وكذلك الحيوانات، والميكلات، والموزونات، والمذروعات، والثمر، والشجر، على خلاف بين الفقهاء، وغير المنقول، يكون قبضه قبضاً حكماً بالتخلى باتفاق الفقهاء. سيأتي تفصيله في موضعه^(١). أما ما ورد في الشرع مطلقاً، ولم يرد فيه ولا في اللغة ما يقيد، يرجع في تحديده إلى العرف^(٢).

والنوع الثاني من أنواع القبض هو القبض الحكمي: وله صور، منها التخلي، وتعني تمكن المشتري من التصرف في المبيع بلا مانع، بمعنى أن يكون في حوز البائع ولا حائل فيه. ويشترط لتحقيق التخلي، الإذن بالقبض، وحضور المبيع لدى المشتري دون مانع. وعلى ذلك لزم كونه مفزاً غير مشغول بحق غيره. وعلى هذا فتخلي الدار المبيعة: القدرة على إغلاقها^(٣). وفي طبيعة التخلي في المنقول والعقار تفصيل يأتي بيانه.

(١) الباز، شرح مجلة القواعد الإسلامية: ص ٧٠، التفصيل بين الشجر التابع للأرض وغير التابع لها عند الحنفية فقط حيث عدوا الأول من غير المنقول والثاني من المنقول، أما الجمهور فيرون أن الشجر غير منقول.

(٢) المصدر السابق ص ٧٦.

(٣) الدردير: ٣/ ١٣١ - ١٣١، وانظر حاشية الدسوقي: ٣/ ١٣١ - ١٣١.

مقارنة:

وتعني الجمع بين شيئين. يقال قرن بين الزوجين: جمع بينهما، والشيء بالشيء: وازن به وبين الشيئين.

والدراسة المقارنة هي ما كانت بين شيئين مختلفين، أي ليسا من جنس واحد وإلا كان ذلك موازنة لا مقارنة. فالدراسة بين الفقه الإسلامي بمذاهبه (سواء كانت مشهورة أم مندثرة) يسمى موازنة لأنهما من طبيعة واحدة، إذ كل يستلهم من كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، بخلاف الدراسة التي تكون بين مختلفين، كما هو الشأن بين الدراسة التي تتم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. تهتم هذه الدراسة ببيان وجه الاتفاق أو الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الذي اقتضت فيه على القانون المصري وهو حسب ظني كاف لكثرة المؤلفات القانونية ودقة شارحيها^(١). وأقصد بمصطلح "مقارنة" أن

تكون الدراسة بين غير متماثلين في النشأة وفي التطور والرقى، أما الاختصار على المذاهب الفقهية الأربعة أو الثمانية أو غيره لا يسمى ذلك مقارنة

(١) وسأحاول أن أستعين بقوانين عربية أخرى وإن كان القانون المصري أوفى من غيره ومن ثم إنه في اعتقادي الشخصي أن القيمة العلمية لن تتغير، فعظم قوانين الدول العربية أو أغلبها امتداد للآخر لاسيما وأن الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد أعد بنفسه كثير من هذه القوانين وهو مصري فضلا عن كون مصر بوابة العلم في الوطن العربي، وما من دوله عربية إلا وقد سبق إليها مصري مشاركة في النهضة العلمية. فضلا عن توافر كثير من المراجع القانونية المصرية فكان الرجوع إليها أسر.. لذا أحببت الإشارة لذلك

بل موازنة بين الآراء لأنهما من طبيعة واحدة ومشرب واحد. وهو الشأن في الدراسة بين قوانين الدول العربية دون التطرق للنظام الإسلامي أو الشريعة الإسلامية^١. ونحن إذ نقوم بذلك في محاولة منا لا تعني التماثل بين النظيرين أو المختلفين حيث تمتاز الشريعة الإسلامية بما لا يدع مجالاً للشك بكمالها وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان وتظل هكذا حتى ولو تلاقت وجهة شراح القانون مع ما جاء في الشريعة الإسلامية^(٢)



-
- (١) النظريات الفقهية د. مصطفى الزحيلي ص ١١٤ ط ٢ مطبعة التقدم بحلب سوريا.
- (٢) يقول الشهيد عبد القادر عودة: أن نظرية كتابة الديون نزل بها القرآن على الرسول في القرن السابع الميلادي وهي إحدى النظريات في القوانين الوضعية وفي المذاهب الاجتماعية الحديثة.. وينتهي إلى أن أحدث نظريات الإثبات في عصرنا الحاضر هي نفس نظرية الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان.. يراجع التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ نشر دار الرسالة ١٤٠٤ هـ ١٩٨٥ م ص ٥٧ ونظم المشرع العماني الإثبات بموجب المرسوم السلطاني رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٨ وأدلة الإثبات التي يأخذ بها هذا التشريع كما وردت به الكتابة، شهادة الشهود، القرائن وحجية الأمر المقضي، الإقرار، استجواب الخصوم، اليمين، المعاينة والخبرة.
- للمزيد عن شرح هذه الأدلة يراجع د/ أسامه روبي عبد العزيز الروبي، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، دار النهضة العربية ط ٢٠٠٨.

المبحث الثاني مفهوم المال في الفقه الإسلامي والقانون

تمهيد:

من يتتبع منهج الإسلام في نظريته إلى المال يجد أنه قد اهتم به اهتماماً خاصاً يتكافأ مع دوره في الحياة، وسواء كان المال متقوماً أو غير متقوم يصدق عليه اسم المال، وفقاً للحل والحرمة، فالمال في نظر الفقه الإسلامي هو ما يتمل ويصبح في حيازة الإنسان، غير أن الشرع أباح مافيه نفع، وحرم مافيه ضرر، وجعل المباح متقوماً، والمحرم غير متقوم، لأنه يجب إهداره هذا بالنسبة للمسلم، أما غير المسلم فكل ما تبيحه شريعته فهو متقوم في حقه^(١). كأنخر فإنه لغير المسلم مالا متقوماً.

ولما كان المال يعتبر ضرورة من ضروريات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها، سواء في حاجاته الضرورية^(٢) والتحسينية^(٣)، فإن الشارع الحكيم قد اهتم به وبطرق تميته، وضبط التصرفات المالية كلها وفقاً للحلال والحرام ومراعاة أعراف الناس وحاجاتهم.

نعرض في هذا المبحث لمعنى المال عند أهل اللغة وكذلك لمفهومه عند أهل الفقه وأهل القانون. لتحديد الإطار الشرعي والقانوني الذي يحكم التصرفات المالية. وذلك في مطالب ثلاثة على النحو الآتي:

(١) حاشية رد المحتار، لابن عابدين ج٤ ص ١٠٥ بتصرف. ط الشعب بالقاهرة.

(٢) وهي التي لا غنى عنها للإنسان كالطعام واللباس والمساكن.

(٣) المال في الإسلام د/محمد محمد بابلي - دار الكتاب اللبنانية، لبنان.

المطلب الأول: معنى المال في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم المال في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: ماهية المال في القانون.



المطلب الأول معنى المال في اللغة

المال في اللغة هو " كل ما ملكته من جميع الأشياء " ^(١) ويقال ملت، تمال، وملت، وتمولت، واستملت كثر مالك، وهو ما ملكته من شيء ^(٢). فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء كان عيناً أو منفعة، كما أنه يذكر ويؤنث، فيقال هو المال وهي المال ^(٣)، ويتضح من التعريف السابق أن مصطلح المال في اللغة يشمل كل ما يملكه الإنسان وعلى ذلك فالمال هو ما يملكه الإنسان من كل شيء، فيشمل كل ما يملك ويقتني من الأعيان (أي الأشياء المادية) سواء أكانت ذهباً أم فضة، كما قال بعض علماء اللغة، وزاد على ذلك أن المال قد يكون حيواناً أم نباتاً أو أي شيء آخر مما ينتفع به الإنسان.

كما أن مالا يملكه الإنسان ولا يحوزه بالفعل لا يسمى مالا في اللغة كالطير في الهواء والسمك في الماء، والصيد في الصحراء، والمعادن في باطن الأرض.

(١) لسان العرب: مادة مول. المصباح المنير: مادة مول.

(٢) مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون ص ٤٣ وما بعدها - طبعة المطبعة الأزهرية سنة ١٣٤١ هـ.

(٣) القاموس المحيط، باب اللام فصل الميم، والمال عند ابن الأثير: هو في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتني، ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم وعليه فالمال كلمة عامة تشمل كل ما يملك من نفود أو أعيان أو أراضي، أو بناء.

(٣) القاموس المحيط ٢٥/٤ - مطبعة الحلبي ١٩٥٢، لسان العرب لابن منظور من كلمة (مال).

(٣) المعاملات الشرعية والمالية: لأحمد إبراهيم، الطبعة السلفية، ١٣٤٥ هـ ص ٤.

اهتمام لغة القرآن الكريم بالمال:

وتدعيماً لهذه المعاني اللغوية فقد ورد ذكر المال في القرآن الكريم في مواضع مختلفة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [الكهف: ٤٦].

وقال تعالى: ﴿وَأَمْدَدْنَكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَجَعَلْنَكُمْ أَكْثَرَ نَفِيراً﴾ [الإسراء: ٦].

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَاللَّهُ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾ [التغابن: ١٥].

وقال تعالى: ﴿لَنْ تُغْنِيَ عَنْهُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا أَوْلَادُهُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً﴾ [المجادلة: ١٧].

وقال تعالى: ﴿وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالاً وَأَوْلَاداً وَمَا نَحْنُ بِمُعَذِّبِينَ﴾ [سبأ: ٣٥].

وقال تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

يتضح من الآيات القرآنية السابقة:

١- أن تعدد الآيات القرآنية في كتاب الله دليل على نظرة الإسلام إلى المال باهتمام وتقدير لماله من أثر ملموس في الحياة.

٢- أن تقديم المال على النفس والولد في جميع آيات القرآن الكريم التي جمعت، فوق منزلة النفس والولد. وإذا كانت أقوال اللغويين أن الواو لا تنفيد ترتيباً ولا تعقيباً. ومن ثم فتقديم المال هنا لا يعني أنه تقدم على النفس، فالآية إنما تعرض المال والنفس في معرض البذل في سبيل الله، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾ [التوبة: ١١١].

فهذا بذل وتضحية، وقد قدمت النفس أولاً، ثم جاء المال ثانياً بذلاً وتضحية بهما، إذن المرء في مجال التضحية يجعل آخر ما يقدم أعز شيء عنده.

٣- تين أن بعض نصوص القرآن الكريم نسبت المال لأفراد البشر، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٢] وغير ذلك من الآيات، وتارة نجد أن الله نسبته لنفسه كما في قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ﴾ [التوز: ٣٣].

ويتبين من ذلك أن إضافة المال للبشر في هذه النصوص وغيرها، لا تنفيذ بأن البشر ملكوا المال، وإنما تفيد بأنهم ملكوا حق الانتفاع به، فالمال مال الله، وهو مالك كل شيء، وإنما سخره للبشر لينتفعوا به، فإذا أضيف إليهم، فالإضافة لا يقصد منها إلا ملك الانتفاع، والقاعدة أن الإضافة يكفي فيها أدنى الأسباب.

ولقد أضاف القرآن الكريم مال السفهاء إلى أوليائهم، لا لأنهم ملكوا المال، ولكن لأنهم يملكون حق التصرف فيه، بما لهم من حق الولاية، فقال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّرْغُوبًا﴾ [النساء: ٥] ولهذا لا يصح أن تفسر نصوص القرآن على ظاهرها، مادام هناك نصوص أخرى تناقضها، والقاعدة أن نصوص القرآن لا يترك بعضها لبعض، وإنما تؤخذ جملة وتفسيراً مجتمعة، والتفسير الصحيح الذي يرفع التناقض يقتضي اعتبار نسبة المال للبشر نسبة مجازية، وأنه نسب إليهم لوجوده في أيديهم، ولما لهم من حق الانتفاع به في الحدود التي رسمها الله.

من هنا تكون ملكية الإنسان للمال في حق الانتفاع به، أما ملكية الذات فإنها باقية لله تعالى، بدليل أنها ستظل له بدوام ملكه بعد فناء الخلق، وبالتالي فرض علينا حقوقاً فيه وهو تحت أيدينا مثل الزكاة^(١).

(١) الاقتصاد في ضوء الشريعة الإسلامية د/ محمود محمد بابلي ص ٦٦ - ٦٧.

المطلب الثاني

مفهوم المال في الفقه الإسلامي

اتفق جمهور الفقهاء - بخلاف الأحناف - على مفهوم المال من حيث الجملة وإن اختلفت عباراتهم في تعريفه وبيان حقيقته وعلى ذلك فقد تباينت رؤية الفقهاء لمعنى المال والمفهوم الذي يرتبط به الحكم الشرعي بإباحة على النحو الآتي:

أولاً: فقهاء الأحناف:

قالوا بأنه: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"^(١).

وبالنظر في هذا المعنى نجد أنه غير جامع لكل أنواع المال، مع أنه يربط بين المعنى اللغوي والمعنى الفقهي، فمن المال ما لا يمكن ادخاره ويميل إليه الطبع لأجل الانتفاع، وأجمع الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجري فيه التعامل كأصناف البقول والحضر، وأيضاً فإن من الأموال ما يميل إليه الطبع عند البعض ولا يميل إليه البعض الآخر مع كونه مالاً، وبالتالي فهو لفظ غير دقيق.

فالمال عند الحنفية، لا يطلق إلا على ماله قيمة يباع بها، ويضمن بها إذا أتلّف، وإن قلت وما أشبه ذلك"^(٢).

(١) من أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي المال وطرق استثماره في الشريعة الإسلامية، د/أمين عبد المعبود زغلول، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر فرع أسبوط - العدد الثالث ص ٤١، ٥٠.

(٢) رد المختار على الدر المختار ٣/٤ لابن عابدين ط بولاق سنة ١٢٢٨هـ، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ٥ ط السلفية سنة ١٣٤٥هـ، والملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبي

وقد عبر عنه بعض الفقهاء المعاصرين ممن اطلع على تعريف الأحناف السابق ذكره فقال اسم لغير الآدمي^(١) خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار^(٢).

ونحن نميل إلى ما انتهى إليه هذا الرأي^(٣).

وخرج بهذا التعريف الأشياء التي لا يمكن حيازتها كالهواء المطلق، وضوء الشمس، وحرارتها، لأنه لا يمكن للإنسان الاستيلاء عليها، وإن كانت نافعة له. وخرج بالتعريف - أيضاً - حبة الشعير (مثلاً) وقبضة التراب، وقطرة الماء، ونحو ذلك، لأنه لا ينتفع بهذه الأشياء، وقد يكون لبعضها منفعة إذا ضم إلى غيره، لكن هو في ذاته ليس له منفعة يعتد بها عند الناس.

وقد يقال في تعريف المال: هو ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة، وهذا التعريف كالتعريف القائل بأن المال يمكن حيازته لينتفع به الإنسان، وقد

زهرة ص ٣٤ مطبعة فتح الله سنة ١٣٧٥ هـ، وخرج بقوله «إمكان الادخار» المنافع لأنها عندهم من قبل الملك لا المال على ما سيأتي بيانه.

(١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ١١٩ هـ مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الأخيرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٥٩ م.

(٢) فالعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه.. الفقه الإسلامي «المدخل - والأموال - والحقوق - والملكية - والعقود» محمد سلام مذكور ص ٧٥١ ط ٢ سنة ١٩٥٥ م مكتبة عبد الله وهبة.

(٣) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة ص ٣٤ مطبعة فتح الله سنة ١٣٧٥ هـ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للأستاذ محمد مصطفى شلي ص ٧٣٢ طبعة دار التأليف سنة ١٩٩٥ م.

يقال هو ما يجري فيه البذل (أي الإعطاء مجاناً أو بعوض) والمنع.

ويخرج بالقيد الأول الإنسان، لأنه لا يمكن بذله، ويخرج بالقيدين جميعاً الأشياء التي لا يمنعها الإنسان عادة فمن يريد أن يتناولها لحقارتها، كالأشياء التي يلقبها أربابها في الطرق احتقاراً بها، بعد أن أصبحت غير صالحة للانتفاع بها، إما لنفاذ منفعتها، أو لفسادها وتلفها، وهذه الأشياء لا يجري فيها البذل أيضاً، لأنه لا قيمة لها في نظر المعطي والآخذ ومعاملات الناس^(١).

وللأحناف تعريفات أخرى للمال غير ما سبق:

فعرفه ابن عابدين بأنه: "ما خلق لمصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والضنة"^(٢).

ومنهم من عرفه بأنه: "ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع"^(٣).

ومنهم من عرفه بأنه: "عين يجري فيه التنافس والابتدال"^(٤).

(١) المعاملات المالية الشرعية لأحمد إبراهيم، ص ٤-٥. طبعة السلفية ١٣٤٥ هـ

(٢) حاشية منحة الخلق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٧٧/٥.

(٣) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للإمام علاء الدين الحصكفي، مطبوع بحاشية ابن عابدين

عليه ط: مصطفى الحلبي الثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م ج ٥/٥٠.

(٤) الدر المنتقى شرح الملتقى للإمام علاء الدين الحصكفي، مطبوع بهامش مجمع الأنهر شرح

ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت ٣/٢.

ثانياً: فقهاء المالكية:

هو ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات^(١). أما الشافعية: فقد عبر عنه الإمام الشافعي رحمه الله بأنه "لا يقع اسم مال إلا على قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك"^(٢).

وعبارة "ماله قيمة يباع بها" عامة تشمل الأعيان والمنافع.

أما الحنابلة: فقد عرفوا المال بأنه: "ما يباح نفعه مطلقاً - أي في كل الأحوال - أو يباح اقتناؤه بلا حاجة"^(٣).

ومن خلال التعريفات السابقة التي عرف بها المال، أرى أن الأحناف لا يعترفون بأن المنافع أموال، لأن المال عندهم ما يمكن إحرازه وحيازته وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار، لأنها أغراض لا تبقى زمانين، بل تحدث آنأ بعد أن، فلا يمكن إحرازها، وبالتالي لا تكون مالاً، فهي قبل أن تحدث معدومة، والمعدوم ليس بمال، وبعد حدوثها لا يمكن إحرازها، ومالا يمكن إحرازه لا يسمى مالاً.

(١) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي، ط دار الفكر العربي ١٧/٢.

(٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية (جلال الدين عبد الرحمن السيوطي

ص ٣٢٧ مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة ص ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م).

(٣) شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر ١٤٢/٢.

أما الجمهور - المالكية والشافعية والحنابلة - فإنهم يعتبرون المنافع أموالاً، لأنهم يرون أن المال يتحقق في كل ما يمكن تملكه والانتفاع به عادة، والإنسان يملك المنفعة، فالأعيان إنما تبتغى وتقتنى طلباً لمنافعها، وأيضاً فإن الشارع الحكيم أجاز أن تكون المنافع جهداً، أو تعليم حرفة أو صنعة وقد دلت الأحاديث على جواز جعل مهر الزوجة تعليمها قدرًا من القرآن مما يحفظه الزوج من القرآن والمهر لا يكون إلا مالاً، بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] فالمنافع إذن من الأموال، كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به، وهذا لكونها مالاً، إذ لو لم تكن مالاً في ذاتها، لما صارت مالاً بالعقد، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرر خصائصها^(١).

ونميل إلى ما ذهب إليه رأي جمهور الفقهاء القائل بأن المنافع أموال، لقوة أدلتهم، ولموافقتهم لعرف الناس وتعاملاتهم، فالناس جميعاً قد تعارفوا من قديم الزمن على المنافع، فهي تعتبر في ذلك الوقت أموالاً، وقد أكد القرآن الكريم على ذلك بقوله تعالى على لسان سيدنا شعيب عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾ [القصص: ٢٧] وقد كان ذلك في قصة زواج سيدنا موسى عليه السلام لبنت سيدنا شعيب عليه السلام.

(١) الاقتصاد الإسلامي: مرجع سابق ص ٨٤، ٨٥ المدخل للفقهاء الإسلاميين، الدكتور/عيسوي أحمد عيسوي، ط دار الكتاب العربي الطبعة الأولى ص ٣٢٦ - ٣٢٧، الفقه الإسلامي للدكتور/محمد سلام مذكور، الطبعة الأولى ١٩٥٤ مكتبة عبد الله وهبة ص ٦٤ وما بعدها، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/عبد الكريم زيدان، دار عمر بن الخطاب ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م، ص ٢١٨ - ٢١٩.

على مهر يتمثل في خدمة سيدنا موسى عليه السلام لسيدنا شعيب عليه السلام، وهذه الخدمة ماهي إلا منفعة أو فائدة عرضية، ولا شك أن المهر يكون مالا، فلو لم تكن المنفعة مالا لما تم العقد، وإن صح فتكون المنفعة مالا.

ولا تقتصر على ما يمكن إحرازه من الأعيان دون المنافع كما يرى الحنفية. كما أن منفعة الشيء هي المبتغاة منه، وهي أساس ماليته وأصل تقومه، بل إن تعريف الجمهور يتسع، فيدخل تحت مسمى المال الديون في الذمة والحقوق، باستثناء مالا يقصد من ورائه المال أو الملك، ومنافع الأعيان، مثل سكن الدور، وركوب السيارات التي يمكن حيازتها بالفعل، ولهذا لم يعدها الأحناف مالا.

ولكن غيرهم من الفقهاء كالشافعية والحنابلة، جعلوا المنافع من المال لأن مصادرها - كالدور والسيارات - يجري عليها الإحراز والحيازة فعلاً. وهذا الرأي هو الصحيح، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها، وهكذا العرف ومعاملات الناس تؤيد هذا^(١).



(١) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته «دراسة مقارنة» د/محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ص ١٥٠.

المطلب الثالث

ماهية المال في القانون

خلا التشريع المدني المصري وكذا قانون التجارة العماني^(١) من وضع تعريف للمال، تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء، ومرجع ذلك أن وضع التعريفات ليس من أعمال المشرع وعلى هدى ذلك نتناول تعريف المال لدى الفقهاء ثم نتعرض لبيان موقف القضاء في هذا الصدد

أولاً: التعريف الفقهي للمال

تعددت تعريفات الفقهاء للمال، فذهب البعض إلى أنه "كل منفعة متقومة يمكن أن يحصلها الإنسان من مباشرة حقوقه على الأشياء أو في مواجهة الأشخاص"^(٢).

وعرفه البعض بأنه: "هو كل قيمة اقتصادية يستأثر بها شخص معين"^(٣).

وعرفه البعض: "الحق الذي يمكن تقويمه بالنقود، والحق المالي قد يكون حقاً شخصياً أو حق عينياً"^(٤).

(١) وذلك على عكس الوضع في مرشد الحيران لقديري باشا حيث نصت المادة الأولى منه على أن المال هو «حق ذو القيمة المالية، أيّاً كان ذلك الحق» ومما هو جدير بالذكر عدم وجود قانون مدني عماني.

(٢) د. ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، نظرية الحق ج ٢ طبعة ١٩٧٤ م ص ١٤٤.

(٣) د. محمد عرفة شرح القانون المدني في حق الملكية، ٥٤/١.

(٤) د. برهان محمد عطا الله مقدمة علم قواعد المعاملات، الطبعة الأولى ١٩٦٧ م ص ١١٤.

وعرفه البعض بأنه: "الحق ذو القيمة الحالية"^(١).

وعرفه البعض بأنه: "الحق الذي يرد على الشيء المادي"^(٢).

يتبين من هذه التعريفات أن المال لا يقتصر على الأشياء المادية، وإنما يشمل الأشياء المعنوية، وقد تكون الأشياء المادية ثابتة أو منقولة. وعلى ذلك فالمنازل والأراضي، والأثاث، وحق الارتفاق، وحق الانتفاع وحقوق المؤلفين وبراءة المخترعين المبدعين مالا. وعلى ذلك - أيضاً - فللمنافع تعتبر أموالاً في القانون قولاً واحداً للاتفاق على ذلك

ثانياً: التعريف القضائي للمال

تصدت المحكمة الدستورية العليا المصرية لتعريف المال حيث ذهبت في إحدى أحكامها إلى أنه "الحق ذو القيمة المالية سواء كان ذلك الحق عينياً أم شخصياً أم كان حقاً من حقوق الملكية والأدبية والفنية والصناعية"^(٣).

(١) د. نعمان جمعة دروس في مدخل العلوم القانونية، الطبعة الأولى ص ٥٣١. ويقصد بالقيمة الحالية تلك التي تساوى الشيء لحظة وجوده.. ويبدو لي أن تعريف المال بهذه الصورة إنما سيق لبيان قيمته الحالية وقت السداد بخلاف ما إذا تم تأجيله فاستحق عنه فوائد تضاعف من قيمته.

(٢) د. محمد كامل مرسي الحقوق العينية الأصلية، ج١، الأموال والحقوق - حق الملكية بوجه عام، تنقيح. محمد على سكيكروم. معتر كامل مرسي الناشر منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٥ ص ١٥ وفي القانون الإداري يراجع الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، د/محمد أنس قاسم جعفر ١٩٨٥ م ص ٤٢٩.

(٣) الطعن رقم ٣٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ مجلة المحاماة المصرية ديسمبر ١٩٩٤ ج ٣ قاعدة ٣٧ ص ١٤٥.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية المال بأنه "....والمال في عرف القانون هو كل شيء تقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره، وكما يكون المال شيئاً مادياً بالأعيان التي تقع تحت الحواس، فإنه يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور"^(١).

وبالنظر في التعريفات السابقة يتبين أن هناك اتجاهات أربعة في تعريف المال:

الاتجاه الأول: ينظر إلى المال باعتباره أنه حق ذو قيمة مالية.

الاتجاه الثاني: ينظر إلى المال باعتباره قيمة اقتصادية يمكن استثمارها

الاتجاه الثالث: ينظر إلى المال باعتباره أنه المنفعة القصوى من الأشياء

الاتجاه الرابع: ينظر إلى المال باعتباره الشيء المتقوم القابل للإحراز والحوز، الاتجاه القضائي.

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مفهوم المال:

يلاحظ أن القانون يعظم من أهمية الشيء مادام فيه منفعة وإلا فلا مالية له، وعلى ذلك فإن كل ذي منفعة يمكن استثمارها أو يمكن تحقيق منفعة اقتصادية من ورائها، فهو مال يقايس عليه ويرتب شتى الآثار التي تلحق بالتعدي عليه من وجوب قطع سارقه وتغريم متلفه.

(١) الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من أول إنشائها في سنة ١٩٣١ م حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م، مجموعة الخمسة وعشرون عاما المكتب الفني ج ١ ص ٣٠٠.

والفارق الجوهرى بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى هو أن معيار المالية فى الشريعة الإسلامية يرتبط بالشرع والدين، وهو ما يعنى أن معيار التقوم مرتبط باعتبار الشرع، ومن ثم فإن الخمر ولحم الخنزير وسائر النجاسات ليست بمال فى الشرع، لاسيما إذا كانت ملكاً لمسلم، ولذا فلا ضمان على من أهدرها للمسلم، ويعوض متلفها متى كانت لكافر أو ذمى.

ومن ثم فمعيار المالية فى القانون يختلف عن معيار المالية فى الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: أنواع المال:

(أ) فى الفقه الإسلامى:

ينقسم المال فى الفقه الإسلامى إلى مال خاص ومال عام:

فالمال الخاص: هو ما يطلق على الملكية الفردية، "ويستأثر بمنافعه فرد واحد على سبيل الاختصاص والتعيين، فى نظام الحدود التى رسمها الشارع الحكيم، سواء كان هذا المال متميزاً أم شائعاً فى ملك غيره من الأفراد، وسواء كان المال عقاراً أو منقولاً"^(١).

وقد أقر الإسلام أن يكون للإنسان مال خاص، يكون له حق الاختصاص والاستئثار به والتصرف فيه، إذا تحققت فيه أسباب الملكية كالميراث أو الإتياع أو الهبة أو الوصية وهكذا، كقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبَرُ ءَامِنُونَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا

(١) أصول القانون الإدارى «أموال وعمال الإدارة العامة» دراسة مقارنة ط ١٩٨٥ م ص ٦٤.

﴿ أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ ﴾ [الأنفال: ٢٨]، وقوله تعالى: ﴿ وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ [التوبة: ٤١]، وقد تطابق ذلك مع ما وضعه المشرع من ضوابط، وقيل تحقيقاً لمصلحة الفرد والجماعة^(١).

وقد يتبين من ذلك أن الإسلام يقر الملكية الخاصة أو الفردية -المال الخاص- ولا ينكرها، وقد أجمع المسلمون في سائر الأعصار والأمصار على ذلك^(٢).

والمال الخاص لازم الحياة البشرية، وضرورة من ضرورياتها لبقاء الإنسان والإنسانية أجمع، فمن خلال هذا المال يحصل الإنسان على ما يقيم به حياته، فيكون الحصول عليه واجب تجنباً للهلكة وبعداً عن الفناء، قال تعالى: ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [البقرة: ١٩٥] وقد حث الله ﷻ على تحصيل الملكية بالعمل فقال جل شأنه: ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾ [الملك: ١٥]. وقال تعالى في كتابه العزيز: ﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة: ١٠٥]، وقال أيضاً: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ [الجمعة: ١٠] وراعى جلت حكمته الساعين لطلب الرزق كما راعى المرضى والمجاهدين في التخفيف من أعمال العبادة فقال: ﴿ فَأَقْرَأُوا مَا تيسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ

(١) د. محمد بلتاجي، الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، مكتبة الشباب ١٤٠٢هـ
١٩٨٢م ص ٧٢، د. إسماعيل البدوي، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، دار الفكر العربي الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ص ٣١١.
(٢) د. محمد عبد الله العربي، الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام ص ٢٥٦، الشيخ علي الخفيف الملكية الفردية وتحديداتها في الإسلام ص ٢٨.

عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضًى وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ۖ وَءَاخَرُونَ يُقْنِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۖ فَاقْرَأُوا مَا تيسَّرَ مِنْهُ ﴿٢٠﴾ [المزمل: ٢٠].

وقد امتن الله على عباده بأن يسر لهم أسباب العمل وأوقاته في البر والبحر، وطالبهم بشكر هذه النعم فقال: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعِيشَةً قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ﴾ [الأعراف: ١٠]، وقال تعالى: ﴿رَبِّكُمْ الَّذِي يُزْجِي لَكُمْ الْفَلَكَ فِي الْبَحْرِ لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ ۚ إِنَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [الإسراء: ٦٦] ولم تقرر الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة فقط بل أقرت الملكية العامة أو الجماعية، والتي ينتفع بها الجماعة دون أن يختص بها فرد معين، كالمساجد والمدارس والطرق العامة ومجاري الأنهار والأوقاف الخيرية^(١).

ويعتبر بيت المال للمسلمين أصدق تعبير عن الأموال العامة، ولقد كان معنى بيت المال واضحاً في أذهان المسلمين، منذ عصر النبي ﷺ وبموارده ومصارفه المتعددة، وكان هذا المعنى متميزاً عن المال الخاص للأفراد.

وتأكد هذا التميز بما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ أنه قال: "أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته"^(٢)، وأن فكرة المال العام نشأت في عهد النبي ﷺ وهذا يعني أن المال العام كان متميزاً عن المال الخاص في عهد

(١) سيد قطب، في ظلال القرآن الكريم، ج ٢٨ ص ١٠١، طبعة الحلبي والجامع لأحكام القرآن للقرطبي في هذه الآية.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فلاهله، حديث رقم (٥٠٥٦)، ١٦٥/٤ ط دار إحياء الكتب العربية.

الرسول عليه الصلاة والسلام^(١).

وهناك نوع آخر وهو المال المملوك ملكية خاصة للدولة، وهو ما يطلق عليه في الأنظمة والقوانين الوضعية "الدومين الخاص".

ومثال لهذا النوع من الأموال: أموال بيت المال غير المخصصة للانتفاع العام، وهذا النوع من الأموال له أحكام تخصه، فالدولة تتصرف فيه تصرف الأفراد في أموالهم الخاصة، ولكن وفقاً لما يحقق مصلحة الناس جميعاً وكَفَّلَ لهم القيام بكفائتهم^(٢).

والمال العام عند الإمام الجويني: هو أموال المصالح العامة يستكمل منها الصرف على المصارف التي قصر المال المعد لها، فهذه المصارف، لديه - يصرف عليها من الأموال العامة، إذ يقول: "وأما المال المرصد للمصالح فلا يتصور انقطاع مصارفه، والإمام يبدأ فيه بالأهم فالأهم فإن مست الحاجة إلى ضم طائفة منه إلى مال المرتزقة^(٣)، أو صفر^(٤) بيت المال عن الفيء، فأهم

(١) د. إسماعيل البدوي، دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة «الحريات العامة» ص ٣٠٦.

(٢) عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق محمد عبد الرحمن عثمان، الطبعة الثانية ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م، الناشر محمد عبد الله المحسن ١٧٠/٨، الملكية الفردية د/محمد بلتاجي ص ١٠٤ - ١٠٥.

(٣) المرتزقة: الجند مختار الصحاح للرازي، باب الرء، فصل القاف ص ٣٤٦.

(٤) الصفر: بالكسر، الحالي فعني صفر بيت المال عن الفيء: خلى منه «مختار الصحاح» للرازي، باب الصاد، فصل الرء ص ١٧٠.

المصالح تمهيد كفاية المرتزقة، وإن لم تف الزكوات حاجات المحايج سد الإمام حاجتهم بمال المصالح^(١) فإذا مال المصالح معد لكل مصلحة ليس لها على انخلوص والخلوص مال، وكل مصرف قصر عنه المال المعد له فقال المصالح يستتمه ويستكمه^(٢).

وعلى هذا فالأموال العامة عند الفقهاء القدامى هي ما تعلق بها مصلحة الجماعة، بأن تكون مرصدة لتلك المصالح، أما المحدثون في الفقه الإسلامي فقد عرف بعضهم الأموال العامة بأنها: "الأموال المرصودة للمنافع العامة"^(٣).

وبعضهم عرفها بأنها: "هي التي تنتفع الجماعة كلها بآثارها، دون أن يختص بهذه الآثار فرد معين"^(٤).

وبالبعض عرفها بأنها: ما كانت لمجموعة أفراد الأمة، أو ما كانت لجماعة من الجماعات التي يتكون منها أمة توصف أنها جماعة، دون أن يختص أو يستأثر بها أحد"^(٥).

(١) غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام الجويني ص ١٨٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) د. عبد الحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة، الطبعة الأولى مكتبة وهبة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ص ١٠٠ - ١٠١.

(٤) د. محمود المظفر، الثروة المعدنية وحقوق الدولة والفرد فيها «دراسة فقهية مقارنة بالقوانين والتشطيبات الوصفية»، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م، ص ٢٦٦، د. عيسى عبده والأستاذ. أحمد إسماعيل يحيى، الملكية في الإسلام، دار المعارف ص ١٩٥.

(٥) د. إسماعيل البدوي دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة، ص ٣٠٦.

وبعضهم عرفها بأنها: الأموال التي ترصد للمنافع العامة، ولا يمكن أن تؤدي مقاصدها - كمال تمام - في ملكية خاصة، كالمعابد، والمدارس التي تنشئها الدولة، والطرق، ومجاري الأنهار^(١).

من خلال العرض السابق يتضح أن المال العام والخاص يتشابه من ناحية أن المال العام مملوك لمجموعة أفراد من حق كل منهم أن يراقب وأن يحاسب وأن يراعى المال العام، كما يفعل ذلك صاحب المال الخاص، وذلك يدل عليه قول سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "ما أحد من المسلمين إلا له في هذا المال حق عطية أو منفعة"^(٢) وقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "فلا يترخص أحدكم في البرذعة"^(٣) أو الحبل والقتب^(٤) فإن ذلك لإنسان واحد رآه عظيماً، وإن كان لحماية المسلمين أرخص فيه وقال: مال الله^(٥).

فالمال العام لكل واحد من المسلمين له فيه حق أو نصيب، والمال الخاص

(١) د. محمد الحميد الرحمن الجنيدل، نظرية التملك في الإسلام، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣، مؤسسة الرسالة ص ١٩، الملكية وضوابطها في الإسلام «دراسة مقارنة» مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة د/عبد الحميد محمود البعلي، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، مكتبة وهبة ص ٩٠.

(٢) د. حامد محمود إسماعيل، الملكية الخاصة في ظل الإسلام، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد الأول ١٩٧٨ م ص ١٠٤.

(٣) البرذعة بالفتح: المجلس الذي يلقي تحت الرحل «مختار الصحاح للرازي» ط عيسى البابي الحلبي، باب الباء، فصل العين ص ٢٨٠.

(٤) القتب: إكاف البعير «لسان العرب» لابن منظور، ط دار المعارف، مادة قتب ٣٥٢٣/٥.

(٥) الأموال لأبي عبيد ص ٢٠٢.

يجوز الحجز عليه إذ كان صاحبه مديناً وأعسر، أما المال العام فإنه لا يجوز الحجز عليه، لأن الحجز عليه يؤدي إلى التصرف فيه بالبيع، ومادام التصرف ممنوعاً فبالتالي يكون الحجز ممنوعاً.

وبالرغم من هذا التشابه بين المال العام والخاص. إلا أن لكل نوع أحكاماً تخصه، وذلك لما لكل منهما من طبيعة خاصة، فالأموال العامة بحكم تخصيصها للمنفعة العامة لها أحكام تخصها وتميزها عن المال الخاص، فالمال الخاص يجوز لصاحبه التصرف فيه بكافة أوجه التصرفات المشروعة، أما المال العام فلا يجوز التصرف فيه، وإن كان يجوز التصرف في المال العام إذا اقتضت المصلحة العامة^{(١)(٢)}.

وتتنوع الأموال العامة في الفقه الإسلامي إلى عدة أنواع فمن حيث الثبات والحركة، أو من حيث السكون والنقل، تتنوع إلى أموال عامة عقارية، وأموال عامة منقولة.

فالأول عند فقهاء الحنفية "هو المال الذي لا يمكن نقله، وهذا التعريف

(١) د. وحيد فكري رأفت مذكرات في القانون الإداري، - مطبعة العلوم ١٩٣٨ ص ٧٤، د.

الشافعي أبو رأس، أصول القانون الإداري، مكتبة النصر ١٩٨٥ م ص ٦١٩، ٦٢٠.

(٢) في ذات المعنى، نقض مدني جلسة ٢٦ / ١٩٧٥/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم

١٣٢٠ ص ٢٥١ وجاء فيه أن الأسواق العامة التي تخصصها الدولة أو الأشخاص العامة

الأخرى للنفع العام تعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز للسلطة الإدارية التصرف فيها إلا

على سبيل الترخيص المؤقت وهو بطبيعته غير ملزم للسلطة المرخصة التي لها دائماً لداعي

المصلحة العامة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله.

لا يصدق إلا على الأرض وقد جاء في فتح القدير "العقار هو الأرض مبنية أو غير مبنية"^(١).

والعقار عند المالكية: "هو ما لا يمكن نقله إلا بتغير في صورته مثل الأرض والبناء والشجر.

فالأول لا يمكن نقله، والثاني والثالث يمكن نقلهما بتغير صورتها. ولذا ورد في شرح الخرشي أن العقار هو: "الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر"^(٢). ونميل إلى التعريف الأول لأن المال ينقسم إلى منقول وعقار، وهذا يوضح التفرقة بين المنقول والعقار، فالأرض ثابتة. أما الشجر والبناء فمالهما من القطع والهدم.

والأموال المنقولة عند الأحناف: "هي ما يمكن تحويلها من موضع إلى موضع سواء أكان التحويل بتغيير في صورة الشيء كالشجر والنخل، أم بتغير تغيير في صورته كالعادة والسيارة"^(٣). وبالتالي فإن المنقول عندهم هو ما سوى الأرض، لأن العقار في النوع هو الأرض.

كما عرف المالكية الأموال المنقولة بأنها: "ما يمكن تحويلها بتغير في صورته"^(٤). وعليه يكون الشجر والنخل عند المالكية عقارا وليس بمنقول، لأن

(١) فتح القدير للإمام كمال الدين بن الهمام الحنفي ت ٦٨١ هـ، ٦/٦١٥.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل المطبعة الأميرية الطبعة الثانية ١٣١٦ هـ - ٤/٣٨٠.

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/٦١٥.

(٤) شرح الخرشي المختصر خليل، المطبعة الأميرية ٤/٣٨٠.

تحويلهما يكون بتغيير في صورتها.

ونرى أن التعريف الأول هو الأقرب للقبول، حيث إن المال المنقول يحول من موضع إلى موضع آخر، فالمنقول اسم مفعول من نقل، أي حول، ومصدره (نقل) وتحول من موضع إلى موضع آخر.

(ب) في القانون الوضعي:

ينقسم المال إلى: مال خاص، ومال عام:

فالمال الخاص: هو المال الذي يمتلكه الأفراد (سواء كان منقولاً أم عقاراً) ولهم فيه حق الملك التام، وعليه فلهم التصرف فيه بكل أنواع التصرف متى كان الحائز له قادراً على التصرف فيه^(١).

ومن الأموال الخاصة، الأموال المملوكة للدولة، أو أحد الأشخاص الإدارية بغرض الاستقلال والحصول على نتيجة من موارد مالية، سواء كانت ثماراً أم غلة، فهي تشابه الأموال المملوكة للأفراد، وتخضع هذه الأموال من حيث اكتسابها واستغلالها والتصرف فيها للأحكام نفسها التي تخضع لها أموال الأفراد^(٢).

والمال العام: هو ما يطلق عليه الملكية الجماعية للشعب، بمعنى أنها الأموال المخصصة لمنفعة الشعب، فالمقصود بالملكية العامة الأموال العامة، وقد عدل

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية

تقيقهم. أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ط ٢٠٠٤ ص ١٨١.

(٢) د. محمد كامل مرسي الأموال، مرجع سابق ص ٥٨، الأستاذ/ حسن الفكهاني، موسوعة

القضاء والفقهاء للدول العربية، ج ١١، الناشر الدار العربية للموسوعات القانونية، ص ٢.

المشرع الدستوري عن لفظ "الأموال العامة" إلى لفظ "الملكية العامة" للتعبير عن مغذي اجتماعي وسياسي، يتمثل في إسناد ملكية جميع أموال الدولة إلى الشعب، ووجوب حمايتها، ودعمها باعتبار هذه الأموال ممثلة لقوة الوطن، وأساس النظام الاشتراكي، والمصدر الأصيل لرفاهية الشعب^(١).

والأموال الخاصة والعامة -على السواء- محمية في دستور جمهورية مصر العربية الصادر في سبتمبر ١٩٧١^(٢) حيث أوضحت المادة ٩٢ من الدستور أنواع الملكية العامة بقولها "تخضع الملكية لرقابة الشعب، وتحميها الدولة، وهي ثلاثة أنواع الملكية العامة والخاصة، والملكية التعاونية".

فمن هذا النص يتبين لنا أن الدستور المصرية اصبح حماية على المال الخاص والمال العام على كل مواطن.

أما في التشريعات العادية:

نص القانون المدني المصري الحالي على المقصود بالأموال العامة وذلك في المادة ٨٧ منه حيث نصت على أن "(١) تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص.

(١) د. فؤاد العطار القانون الإداري، دار النهضة العربية ٥٢٤/٢، د. ثروت بدوي مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية ١٩٦٨م ص ١٤٣.

(٢) وهى ذات الصياغة الواردة في المادة (١٣) من الدستور الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤م، مقررته حمايتها في المادة منه التي تنص على «الأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن».

(٢) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم" وبينت المادة ٨٨ من ذات القانون متى تفقد الأموال العامة صفتها هذه حيث نصت على انه " تفقد الأموال العامة صفتها العامة بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة".

فمن خلال ما سبق يتبين لنا أن الأموال العامة على عكس الأموال الخاصة، هي التي تكون ملكا لأفراد الشعب جميعه ممثلا في الدولة والمحكمة الإدارية العليا في مصر تذهب إلى أن " الدولة هي المالكة للأموال العامة، ومن حقوق الملكية حق استعمال المال واستثماره والتصرف فيه بمراعاة وجهه المنفعة العامة المخصص لها المال"^(١).

وهو ذات النهج الذى كان متبع في ظل القانون المختلط والاهلى فقد حدد التقنين المدني المختلط الصادر عام ١٨٧٥ الأموال العامة في المادة الخامسة والعشرين والسادسة والعشرين بأنها الأموال التي تكون غير قابلة للتملك الخاص وهي: الأموال الأبدية، التي تكون معدة للمنفعة العامة كالطرق والقناطر، فالأموال العامة لدى هذا التقنين - والتقنين الحالي - هي التي لا يجوز تملكها للأفراد^(٢).

(١) حكمها جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا السنة ٧ رقم ٥٣٥ ص ٥٥.

(٢) د. محمد كامل مرسي الأموال، مرجع سابق ص ٥٨، نقض مدنى جلسة ١٩٧٣/٢/٨

مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٩٠ ص ٣٤، نقض مدنى جلسة ١٩٧٥/٦/ ٢٦

وفي التقنين المدني الأهلي (المصري) الصادر سنة ١٨٨٣ الأموال العامة هي: الأموال الأبدية وهي:

- الطرق، والشوارع، والقناطر، والحواري، التي يملكها الأفراد.
- السكك الحديدية، وخطوط التليفون المدني، الحصون والقلاع، والشواطئ والأراضي، والأنهار، والنهيرات، والأراضي الزراعية، والمباني، والجوامع، وكافة محلات الأوقاف.

ومن حيث الجهة المختصة بها تنقسم الأموال العامة إلى:

أموال عامة مخصصة للانتفاع المباشر، وأموال عامة مخصصة للمرافق العامة.

فالأولى: مخصصة لخدمة الجمهور مباشرة، كالطرق والميادين، والأنهار العامة، والمساجد، فكل الناس تنتفع بهذه الأموال مباشرة بدون واسطة^(١).

والثانية: ينتفع الناس بها عن طريق المرافق العامة، فهم لا ينتفعون بها مباشرة وإنما ينتفعون بها بواسطة هذه المرافق التي خصصت للمنفعة العامة، مثل المدارس والمستشفيات التي ينتفع بها الأفراد عن طريق مرفق الصحة^(٢).

مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٣٢٠ ص ٢٥١ وجاء فيه أن الأسواق العامة التي تخصصها الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى للنفع العام تعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز للسلطة الإدارية التصرف فيها.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٨٤٦/٨، الخراج لأبي يوسف ص ٩٧، الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي ٢١/١٩.

(٢) الأموال في دولة الخلافة للأستاذ عبد القديم زلوم، دار العلم للملايين ص ١٠٢ - ١٠٣.

ومن حيث طبيعتها تنقسم الأموال العامة إلى:

أموال طبيعية، وأموال عامة:

فالأولى: هي مالا نتدخل فيها يد الصفة الإنسانية، بل توجد بقدره الله
عَزَّوَجَلَّ كالكلأ الذي ينتج عن خصوبة الأرض، وما أندفق عليها من ماء
السما، أو من نهر يتدفق بين جنباتها أو عيون تتفجر خلالها، فيكون هذا
الكلأ حقا للجميع^(١).

أما الثانية: فهي الأموال التي نتدخل فيها الصفة الإنسانية كالمساجد،
والمدارس، والخوانات، وما هو معد لمنفعة الناس.



(١) الاقتصاد الإسلامي، د/حسن الشاذلي ص ١٣٤.

الباب الأول

الأحكام الشرعية والقانونية

في قبض الأموال

في عقود المعاوضات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: حقيقة القبض وصوره وأنواعه.

الفصل الثاني: القبض من حيث الصحة وعدمها.

الفصل الثالث: مدى علاقة العقد بالقبض.

الفصل الأول

حقيقة القبض، وصوره، وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

يعد القبض هو محور الرسالة، وعلى ذلك يكون من الجدير بالذكر معرفة ماهيته وذلك بتناول تعريفه وتمييزه عن غيره من المصطلحات الشبيهة به ثم بيان أنواعه وأخيرا صورته، وتناول كل ما سبق في أربع مباحث على النحو التالي:-

المبحث الأول: حقيقة القبض.

المبحث الثاني: القبض وما يلتبس به في اللفظ.

المبحث الثالث: أنواع القبض.

المبحث الرابع: صور القبض.



المبحث الأول حقيقة القبض

نتناول حقيقة القبض وذلك من خلال تعريفه في اللغة، ثم في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ثم في اصطلاح الفقهاء وأخيرا في القانون ونختم ذلك ببيان التعريف المختار لدينا

أولاً: في اللغة: جاء في معجم مقاييس اللغة: أن القاف والباء والضاد، أصل واحد يدل على شيء مأخوذ، تقول قبضت الشيء من المال وغيره قبضاً^(١). وقال الزمخشري: قبض المتاع وأقبضته إياه وقبضته، وتقابض المتبايعان، وقابضته مقابضة وأقبضته^(٢).

القبض مصدر: قبضه يقبضه قبضاً، وهو خلاف البسط، ومن أسماء الله تعالى: "القابض" أي هو الذي يمسك الرزق وغيره من الأشياء عن العباد بلطفه وحكمته، ويقبض الأرواح عند الممات.

ويقال: قبض المريض إذا توفي، وإذا أشرف على الموت.
والقبض بمعنى الأخذ فيقال: قبضت مالي قبضاً، أي أخذته.
وقبض اليد على الشيء أي جمعه بعد تناوله^(٣).

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، مادة (قبض).

(٢) أساس اللغة، مادة (قبض).

(٣) المعجم الوسيط الصادر عن معجم اللغة العربية نشر دار الدعوة بتركيا ج ٢ ص ٧١١

قال ابن منظور: وأصله في جناح الطائر، قال الله تعالى: ﴿وَيَقْبِضْنَ مَا يُسْكُنْنَ إِلَّا الرَّحْمَنُ﴾ [المك: ١٩].

ومن معانيه: التناول بأطراف الأصابع، ومنه قرأ الحسن ﴿.... فَقَبِضْتُ قَبْضَةً مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ....﴾ [طه: ٩٦] ومنه قبض السيف ويغره.

ومن معانيه: الإسراع^(١).

ومنه قوله تعالى: ﴿صَفَقَتِ يَدَايَهُمَا﴾ [المك: ١٩].

ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن في مراعاة الكف، نحو: قبضت الدار والأرض من فلان: أي حزتها، ويقال: هذا الشيء في قبضة فلان، أي في ملكه وتصرفه.

وقال العز بن عبد السلام: وأما قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُطُ﴾ [البقرة: ٢٤٥]. وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ قَبَضْنَاهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا﴾ [الفرقان: ٤٦]. فإنه تجوز بالقبض عن الإعدام لأن المقبوض من مكان يخلو منه محله كما يخلو المحل عن الشيء إذا عدم^(٢).

وقبض الطائر جناحه: جمعه، والقبضة (بالضم) ما قبضت عليه من شيء، يقال: أعطاه قبضة من سويق أو تمر، أي كفأ منه، وربما جاء بالفتح، ثم نقل عن الليث أن القبضة: ما أخذته بجمع كفك كله، فإذا كان بأصابعك، فهي القبضة بالصاد، وقال ابن الأعرابي: القبض قبولك المتاع وإن لم تحوله، ثم

(١) القاموس المحيط والمصباح المنير ولسان العرب مادة «قبض» مختار الصحاح للجوهري ص ٥٤٤، مادة «قبض» ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة قبض، وبصائر ذوي التمييز، للفيروزآبادي، ٢٨٨/٤.

(٢) الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، للعز بن عبد السلام، ص ١٠٦.

قال ابن منظور: والقبض تحويلك المتاع إلى حيزك، والقبض: التناول للشيء بيدك ملازمة.. وصار الشيء في قبضي وقبضتي أي في ملكي^(١)

وخلاصة القول معاني القبض تدور حول:

الإمساك وخلاف البسط، والموت، والأخذ، والجمع، وما أخذ باليد، وقبول المتاع وإن لم يحول إليه.

يتضح لنا من هذه المعاني اللغوية أن هناك ألفاظ تناسب موضوع بحثنا من خلال القول بأن القبض هو حيازة الشيء حقيقة أو حكماً.

فيكون وضع اليد على الشيء حقيقة كأخذ الشيء وتسليمه، أما حيازة الشيء حكماً فإنه التخلية بين مستحق الشيء وحقه فإنه في حكم المقبوض وإن لم يقبض حقيقة.

ثانياً: في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة:

وقد ورد لفظ "قبض" ومشتقاته في القرآن الكريم تسع مرات منها قوله تعالى: ﴿ثُمَّ قَبَضْنَاهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا﴾ [الفرقان: ٤٦].

قال المفسرون: أي أخذنا الليل بطلوع الشمس، قبضاً يسيراً أي سريعاً، أو سهلاً، أو خفياً^(٢) وفي معالم التنزيل القبض: هو جمع المنبسط من الشيء^(٣).

(١) لسان العرب، ط دار المعارف، ص ٣٥١٢ - ٣٥١٤.

(٢) تفسير الماوردي، ط - وزارة الأوقاف الكويتية: ١٥٨/٣.

(٣) معالم التنزيل (تفسير البغوي)، أبو محمد الحسين بن سعود بن الفراء البغوي الشافعي، طبعة دار طيبة الرياض.

ومنها قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي وَيَضْطُّ﴾ [البقرة: ٢٤٥].

ومعنى القبض هنا خلاف البسط بدليل المقابلة، أي: يضيق على قوم، ويوسع على آخرين^(١)، فقال بعض المفسرين أي يقبض ويبسط في الرزق، وهذا قول الحسن، وابن زيد، وقال الزجاج يقبض الصدقات ويبسط في الجزاء^(٢)، وبالمعنى السابق جاء قوله تعالى: ﴿وَيَقْضُوكَ آيَاتِهِمْ﴾ [التوبة: ٦٧]، أي يمسون أيديهم عن الإنفاق في سبيل الله، أو عن كل خير، أو عن رفعها في الدعاء^(٣).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ [الزمر: ٦٧]. أي في يده، وتحت قدرته^(٤)، قال ثعلب: "هذا كما تقول: هذه الدار في قبضتي ويدي، أي في ملكي، قال: وليس بقوي"^(٥)، وقوله تعالى: ﴿فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وورد لفظ "قبض" ومشتقاته في السنة كثيراً، وهي تدور حول معانيه اللغوية السابقة، منها قوله ﷺ "قبض الله ﷻ أرواحنا وقد ردها إلينا"^(٦)، أي أخذها، وروى البخاري أن ابن عمر كان إذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه^(٧)، أي وضع كفه عليها، ومنها قوله ﷺ "لم يكن قبض

(١) راجع تفسير ابن عطية: ٣٤٧/٢، وتفسير الرازي ٢٦٨/٦، وتفسير الماوردي: ٢٦٢/١.

(٢) تفسير الماوردي ٢٦٢/١.

(٣) تفسير الماوردي: ١٥٠/٢، والمصادر السابقة.

(٤) تفسير الرازي ١٧/٢٧، وتفسير الماوردي ٤٧٣/٣.

(٥) لسان العرب ص ٣٥١٣.

(٦) مسند أحمد ٩١/٤ عن ذي نمخر الحبشي.

(٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب اللباس، باب تقليم الأظافر

من ثمنها شيئاً فهي له" (١)، وغير ذلك كثير.

ثالثاً: في اصطلاح الفقهاء:

إذا كان القبض في اللغة هو أخذ أي شيء أو التمكن منه، فإنه في الاصطلاح الفقهي أخص منه، حيث هو مخصوص بالمعقود عليه، لكن ثار الخلاف بين الفقهاء في تحديد مفهومه تبعاً لوجهات نظرهم المختلفة في كيفية تمام القبض.

ثم إن أكثر الفقهاء لم يريدوا أن يضعوا تعريفاً جامعاً لجميع أقسام القبض، وإنما بينوه من خلال أنواعه، كما أنهم أرجعوا أمره كقاعدة أساسية إلى العرف، ولذلك ننقل نصوص الفقهاء بشيء من الإيجاز للوصول إلى حقيقة القبض.

ف عند الحنفية:- يقول صاحب البدائع: "التسليم والقبض عندنا هو التخلية، والتخلي، وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع" (٢).

ويزيد هذا المعنى توضيحاً فيقول: "إن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان، أي: خلص له، قال تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر: ٢٩] أي: سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري

(١) سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢، كتاب الأحكام، الحديث رقم ٢٣٥٩.

(٢) بدائع الصنائع ٣٢٤٨/٧، طبعة الإمام، بالقاهرة.

هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي: خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً واجباً، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع^(١).

ونقل عن ابن عابدين: أن من شروط التخلية، التمكن من القبض بلا حائل، ولا مانع^(٢). وعند المالكية: القبض هو التخلية من حيث المبدأ^(٣)، والقبض الذي يكون به ضمان المشتري "في ذي التوفية باستيفاء ما كيل أو عدّ أو وزن منه" أي من ذي التوفية^(٤).

قال الدردير:- والقبض في العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر وبالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من التصرف به وإن لم يخل البائع متاعه منه إن لم تكن دار سكناه، وفي دار السكنى بالإخلاء لمتاعه منها ولا يكفي مجرد التخلية فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت وإن لم يخل البائع متاعه منها إذ لم تكن دار سكنى، وأما هي فإن قبضها بالإخلاء ولا يكفي التخلية.

وأما قبض غيره أي غير العقار من عروض وأنعام ودواب يكون بالعرف الجاري بين الناس كتسليم الثوب (المناوله) وزمام الدابة أو سوقها، أو عزلها

(١) بدائع الصنائع ٣٢٤٨/٧، طبعة الإمام بالقاهرة.

(٢) رد المختار على الدر المختار ٢٤/٤، ط دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ١٥/٣، طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، ١٤٤/٢، الفواكه الدواني ١٧٢/٢، ط الحلبي.

(٤) المرجع السابق.

عن دواب البائع أو انصراف البائع عنها^(١).

نخلص من ذلك أن المالكية عندهم ثلاثة أنواع في القبض حسب طبيعة المبيع:

١- ما فيه حق توفيه وهو كل ما يكال أو يوزن أو يُعدّ يكون القبض فيه بكيله وتفريغته من أوعية البائع إلى أوعية المشتري، ووزنه وعده بأن يعده المشتري وأجرة الكيل والوزن أو العد على البائع إذ لا تحصل التوفيه إلا به.

٢- قبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من التصرف به وإن لم يخل البائع متاعه منه إن لم تكن دار سكناه، وفي دار السكنى بالإخلاء لمتاعه منها ولا يكفي مجرد التخلية.

٣- وقبض الدواب والحيوان وغيرها من العروض الأخرى يكون قبضها بالعرف كتسليم الثوب وزمام الدابة أو سوقها أو عزلها عن دواب البائع أو انصراف البائع عنها^(٢).

وعند الشافعية: يقول الشيرازي: "والقبض فيما يقبل النقل.... وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجذاذ هو التخلية...".

ويقول النووي: "قال أصحابنا الرجوع في القبض إنما إلى العرف، وهو

(١) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي ٢٣٥/٤ - ٢٣٦، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الشرح الصغير بحاشية الصاوي «بلغة السالك» ٧١/٢، ط أميرة، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م.

(٢) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي ٢٣٥/٤ - ٢٣٧.

ثلاثة أقسام:

أحدها: العقار والثمر على الشجرة، فقبضه بالتخلية.

والثاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب، وأطن الحيتان ونحوها، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات، أو شارع، أو مسجد، أو غيره وفيه قول حكاه الخراسانيون: إنه يكفي فيه التخلية...

الثالث: ما يتناول باليد كالدرهم والدنانير، والمنديل والثوب والإناء الخفيف، والكتاب ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف، صرح بذلك الماوردي، والشيرازي.. وغيرهم^(١) من فقهاء الشافعية.

وعند الحنابلة: يقول ابن قدامة: "وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان ميكلاً، أو موزوناً بيع كيلاً، أو وزناً فقبضه بكيله، ووزنه..."

وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية، لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضاً له كالعقار"^(٢).

وعند الظاهرية: يقول ابن حزم الظاهري: "... وإنما على البائع أن لا يحول بين المشتري وبين قبض ما باع منه فقط، فإن فعل صار عاصياً، وضمن ضمان الغصب فقط"^(٣)، فعلى هذا فالقبض هو التخلية فقط.

(١) المهذب مع شرح النووي ٢٧٥/٩ - ٢٧٦.

(٢) المغني لابن قدامة ١٢٦/٤.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٣٤٥/٩.

وعند الإمامية: يقول المحقق الحلي إن القبض فيما لا ينقل كالعقار بالتخلية، وكذلك في غيره على الراجح عندهم^(١).

أما الزيدية فيقولون: إن قبض غير المنقول بالتخلية اتفاقاً، وقبض المنقول به أيضاً عند جماعة منهم، وذهب بعضهم إلى أن قبضه بالنقل، للتعرف بالتفرقة بينه وبين غير المنقول في القبض^(٢).

ويتبين لنا مما تقدم أن للفقهاء في مفهوم القبض اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أنصاره التفرقة في القبض بين المنقول، وغيره. وأصحاب هذا الاتجاه وقعوا في خلاف طفيف بينهم، حيث ذهب بعضهم - وهم الشافعية - إلى أن أساس التفرقة هو كون الشيء منقولاً أو غير منقول، فالمنقول يتم قبضه بالنقل، وفي غيره بالتخلية.

في حين ذهب الحنابلة، إلى اعتماد أساس آخر وهو كون الشيء ميكلاً أو موزوناً أو غيره، فما كان ميكلاً أو موزوناً بكيله، أو وزنه، وما كان غيرهما يكون قبضه بالتخلية^(٣).

في حين ذهب المالكية، إلى أن القبض ثلاثة أنواع حسب طبيعة المبيع:

(١) المختصر النافع للحلي، ط أوقاف مصر: ص ١٤٨.

(٢) البحر الزخار، ط مؤسسة الرسالة، بيروت ٣٦٩/٤.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٥٦/٣.

١- ما فيه حق توفيه وهو كل ما يكال أو يوزن أو يُعدّ يكون القبض فيه بكيله وتفريغته من أوعية البائع إلى أوعية المشتري، ووزنه وعده بأن يعده المشتري وأجرة الكيل والوزن أو العد على البائع إذ لا تحصل التوفيه إلا به.

٢- قبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من التصرف به وإن لم يخل البائع متاعه منه إن لم تكن دار سكناه، وفي دار السكنى بالإخلاء لمتاعه منها ولا يكفي مجرد التخلية.

٣- وقبض الدواب والحيوان وغيرها من العروض الأخرى يكون قبضها بالعرف كتسليم الثوب وزمام الدابة أو سوقها أو عزلها عن دواب البائع أو انصرف البائع عنها^(١).

ومن هنا يتبين أن الجميع متفقون على أن القبض في العقار يكون بالتخلية فقط، وأما في غيره فيكون بالنقل، أو الكيل، أو الوزن أو التخلية، أو التناول.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصاره عدم التفرقة في القبض بين جميع أنواع العقود عليه حيث يتم قبضها بالتخلية فقط إلى هذا ذهب الحنفية، وأحمد في رواية، وقول للشافعية حكاه الخراسانيون، والراجح عند الزيدية، والإمامية، والظاهرية^(٢)، وإليه مال البخاري وغيره^(٣).

(١) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي ٢٣٥/٤ - ٢٣٧، بلغة السالك للصاوي ٧١/٢.

(٢) المصادر الفقهية السابقة جميعها.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوقع من ساعته قبل أن يتفرقاً ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبداً فأعتقه ٣٣٤/٤ - ٣٣٥.

الأدلة والمناقشة والترجيح: أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما ذهبوا إليه من القول بالترقية في القبض بين ما يكال أو يوزن وبين غيره بالسنة والعرف.

وأما السنة: فقد وردت في ذلك عدة أحاديث منها:

١- ما رواه البخاري تعليقاً عن عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: "إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكل"^(١). وقد وصله الدارقطني وله طرق أخرى أخرجهما أحمد وابن ماجه، والبخاري^(٢).

٢- ما رواه ابن ماجه عن النبي ﷺ: "أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري"^(٣).

٣- الأحاديث الواردة الدالة على أن القبض لا يتم فيما يباع بالجزاف إلا بالتحويل، فقد روى مسلم عن ابن عمر أنه قال: "كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ: "إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحوله"، وفي لفظ: "كما نبتاع الطعام جزافاً فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري أو اشترى عبداً فأعتقه. ط السلفية ٣/٤: ٣٤٣.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٦٢/١.

(٣) صحيح البخاري بشرح الكرماني، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمشتري ١٠/١٨، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ٢/٧٥٠، في الزوائد: في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وأبو عبد الرحمن الأنصاري وهو ضعيف.

ابتعناه فيه إلى مكان سواه، قبل أن نبيعه"، وفي لفظ: "كما نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله"، والرواية الأخيرة رواها البخاري بلفظ: "... حتى يؤوه إلى رحالهم"^(١).

٤- ما رواه الحاكم بسنده، عن ابن عمر، عن رسول الله ﷺ: "أنه نهى أن تباع السلع حيث تشتري حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله وإن كان ليعت رجلان فيضربونا على ذلك"، وقال: "حديث صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي"^(٢).

وفي رواية أخرى له عن طريق ابن إسحاق: قال ابن عمر: "ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبتني لقيني رجل، فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يديه فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت إليه فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ: "نهى عن أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"^(٣).

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث:

أن القبض في المنقول أي كل ما يكال أو يوزن أو يعد يكون بالكيل والوزن والعد بيد المشتري يكون بالصرف من البائع إلى المشتري وأن في غير

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ٣٥٠/٤، صحيح مسلم بشرح النووي كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ١١٦٠/٣ - ١١٦٢، سنن ابن ماجه، شرح السندی، كتاب التجارات، باب بيع المجازفة.

(٢) المستدرک، للحاکم وبهامشه التلخیص للذهبي، کتاب البيوع ط دار المعرفة بیروت ٤٠/٢.

(٣) المستدرک، وبهامشه التلخیص للذهبي، ط دار المعرفة بیروت ٣٩/٢ - ٤٠.

المنقول وهو في العقار يكون بالتخلية ومن هنا فلا يمكن للمشتري أن يبيع ما ابتاعه من غيره قبل قبضه وحيازته لما اشتراه حتى يكون البيع صحيحاً.

وأما العرف: فهو جار على هذا التقسيم، يقول ابن قدامه: لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والفرق، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا^(١).

أدلة أصحاب الاتجاه الثاني: استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من القول بأن القبض هو التخلية في المنقول وغيره بالسنة والآثار:

أما السنة فمنها:

١ - ما رواه البخاري وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر بعني، قال: هو لك يا رسول الله: فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت"^(٢).

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

واضح حيث دخل الجمل في ملكية الرسول ﷺ بمجرد العقد، مع أنه منقول، فلو كان النقل الفعلي شرطاً، لأخذه الرسول ﷺ أولاً، ثم يهبه لابن عمر.

(١) المغني لابن قدامه ٤/١٢٦، والمجموع على شرح المذهب للإمام النووي ٩/٢٨٣.

(٢) صحيح البخاري بشرح الكرمان، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يفتراً ولم ينكر البائع على المشتري.

أن المشتري إذا تصرف في المبيع ولم ينكر البائع كان ذلك قاطعاً لخيار البائع كما فهمه البخاري.

وقال ابن بطال: أجمعوا على أن البائع إذا لم ينكر على المشتري ما أحدث من الهبة أنه بيع جائز واختلفوا فيما إذا أنكر ولم يرضى فالذين يرون أن البيع يتم بالكلام دون اشتراط التدفق بالأبدان يجوزون ذلك ومن يرى التفرق بالأبدان لا يجيزونه والحديث حجة عليهم.

وليس الأمر على ما ذكره من الإطلاق بل فرقوا بين المبيعات فاتفقوا على منع بيع الطعام قبل قبضه، واختلفوا فيما عدا الطعام على مذاهب:

١- لا يجوز بيع شيء قبل قبضه مطلقاً وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن.

٢- يجوز بيع الشيء قبل قبضه مطلقاً إلا الدور والأرض وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

٣- يجوز مطلقاً إلا المكيل والموزون وهو قول الأوزاعي وأحمد واسحاق^(١).

٢- ما رواه البخاري ومسلم بسندهما عن جابر، قال: ".. ثم قال - أي النبي ﷺ - أتبيع جملك؟ قلت نعم، فاشتره مني بأوقية، والتثيت عليه حملانه إلى أهلي... فحُتْنَا إلى المسجد، فوجدته على باب المسجد، قال: الآن قدمت؟ قلت نعم، قال: فدع جملك، فأدخل، فصل ركعتين، فدخلت فصليت، فأمر

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري ٢٦٦/٤ - ٢٦٧.

بلالاً أن يزن له أوقية.. فانطلقت حتى وليت.. ثم قال: "خذ جملك، ولك ثمنه"^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث واضح في دلالة على أن البيع قد تم دون أن يتم تحويل الجمل - وهو من المنقولات - إلى الرسول ﷺ ولذلك ترجم له البخاري "باب... وإذا اشترى دابة، أو جملاً، وهو عليه، هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟" وكذلك أورد بعض الحديث الأول تحته، وهذا مشعر بأن البخاري فهم من الحديثين أن القبض هو التولية في المنقول وغيره^(٢).

٣- ما رواه البخاري وغيره عن عائشة في حديث الهجرة، وفيه أن أبا بكر قال: "إن عندي ناقتين أعددتها للخروج، فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن"^(٣).

جهة الدلالة من الحديث:

قال الحافظ ابن حجر: "قال المهلب: وجه الاستدلال به أن قوله "أخذتها" لم يكن أخذاً باليد، ولا بجيازة شخصها، وإنما كان التزاماً منه لا بتياعها بالثمن

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب إذا اشترى دابة أو جملاً هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل عليه.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني كتاب البيوع باب وإذا اشترى دابة، أو جملاً، وهو عليه، هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟ ٣٢١/٤ - ٣٣٥.

(٣) صحيح البخاري بشرح الكرماني كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل القبض ٢٤/١٠.

وإخراجها عن ملك أبي بكر....".

وقال ابن المنير: مطابقة الحديث للترجمة من جهة أن البخاري أراد أن يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، فاستدل لذلك بقوله ﷺ: "قد أخذتها بالثمن" وقد علم أنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر^(١).

وهذا في المنقولات التي هي محل الخلاف، فيكون القبض هو التخلية مطلقاً.

١- ما رواه الخمسة^(٢)، والحاكم عن ابن عمر قال: "كنا نبيع الإبل بالنقيع - (بالنون) سوق المدينة (وبالباء مقبرتها) - كنا نبيع بالذهب ونقضي الورق، ونبيع بالورق ونقضي الذهب، فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: لا بأس إذا كان بسعر يومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء"^(٣).

(١) فتح الباري ٤/٣٢١ - ٣٣٥.

(٢) النسائي والترمذي وأبو داود وابن ماجه والدارمي وهم أصحاب السنن الخمسة

(٣) الحديث حكم الحاكم بأنه صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي ٢/٤٤٤، ورواه أحمد ٢/٣٣٣، ٨٣، ١٣٩، وابن ماجه ٢/٧٦٠، وأبو داود - مع العون - البيوع: ٩/٢٠٣، والنسائي: ٢/٢٢٣ - ٢٢٤، والترمذي مع التحفة: ٤/٤٤٣، والدارمي: ٢/٢٠٩، والطحاوي في مشكل الآثار: ٢/٩٦، وابن الجارودي: ٦٥٥، والدارقطني: ٢٩٩، والبيهقي: ٥/٢٨٤، ٣١٥، وقال الشيخ الألباني في إرواء الغليل، ط المكتب الإسلامي: ٥/١٧٤، ضعيف ثم رجع وقفه، ولكن الحديث حكم عليه الحاكم بالصحة، ووافقه الذهبي، وذكر ابن تيمية في مجموع الفتاوى: ٢٩/٥١٠ أنه من السنة الثابتة.

جهة الدلالة من الحديث:

الحديث يدل على أن القبض هو التخلية والتمكن من القبض، وليس النقل الفعلي، حيث إن ابن عمر كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة، مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمناً لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكن، وليس النقل الفعلي، ولكن العملية الثانية لما كانت من الرويات اشترط الرسول ﷺ القبض الفوري في المجلس.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

يناقش أدلة أصحاب الاتجاه الأول بما يأتي:

أولاً: يناقش الحديث الأول بما يأتي:

١- أنه ضعيف لا ينهض حجة، ولذلك ذكره البخاري تعليقاً بصيغة "ويذكر" دون الجزم، وقد وصله الدارقطني لكن في سنده منقذاً مولى ابن سراقه، وهو كما قال الحافظ "مجهول الحال"^(١)، وقال أيضاً: "لكن له طريق أخرى أخرجها أحمد وابن ماجه.. وفيه ابن لهيعة ولكنه من قديم حديث..."^(٢).

ومن المعروف أن عبد الله بن لهيعة مختلف في الاحتجاج به، فكثير من النقاد لا يحتجون بحديثه مطلقاً، وبعضهم يقبله إذا كان قبل احتراق كتبه،

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٤/ ٣٢١ - ٣٣٥.

(٢) المصدر السابق نفسه.

قال البخاري عن الحميدي كان يحيى بن سعيد لا يراه شيئاً، وقال ابن المديني عن ابن مهدي: لا أحمل عنه قليلاً ولا كثيراً.

وعن أحمد: ما حديث ابن لهيعة بحجة، ونقل عنه: أن وصفه بالضبط والإتقان، وقال أحمد بن صالح: "ابن لهيعة صحيح الكتاب".

وقال ابن خراش: كان يكتب حديثه، فلما احترقت كتبه كان من جاء بشيء قرأه عليه، حتى لو وضع أحد حديثاً وجاء به إليه قرأه عليه، قال الخطيب: فمن ثم كثرت المناكير في روايته لتساهله، وذكر ابن حبان أنه سبر أخباره قبل حرق كتبه وبعده فوجدها لاتصلح، حيث في روايات المتقدمين عنه تدليس عن المتروكين، وفي رواية المتأخرين عنه مناكير فوجب ترك الاحتجاج بها^(١).

٢- لو سلم قبوله جديلاً، فإنه لا يدل على المطلوب، وذلك لأنه لا يدل على أن القبض لا يتم في المكيل والموزون إلا بالكيل، وإنما يدل على وجوب الكيل والاكتيال مطلقاً، بل إن شراح الحديث فسروه بأنه أمر بالعدالة في الكيل والوزن.

قال ابن القيم: "والمعنى أنه إذا أعطى، أو أخذ لا يزيد، ولا ينقص أي لا لك، ولا عليك"^(٢).

وقد فهم البخاري منه أنه يدل على أن مؤنة الكيل على المعطي، ولذلك

(١) تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني، ط دار صادر بيروت ٣٧٤/٥ - ٣٧٩.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٣٤٥/٤.

ترجم له: باب: الكيل على البائع والمعطي^(١)، وإذا لم يفسر هكذا فإن ظاهر الحديث يدل على وجوب الكيل في كل بيع، وهذا ما لم يقل به أحد - على ما أعلم - لجواز البيع جزافاً، دون مراعاة العد أو الوزن.

ثانياً: إن حديث ابن ماجه ضعيف، وذلك لأن في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وهو كما قال في الزوائد: ضعيف^(٢)، وكان يحيى بن سعيد يضعفه، وأحمد يقول فيه: سيء الحفظ مضطرب الحديث كان فقهه أحب إلينا من حديثه.

وقال شعبة: ما رأيت أسوأ حفظاً من ابن أبي ليلى، وقال العجلي: كان فقيهاً صاحب سنة، جازع الحديث، وقال ابن معين: ليس بذلك وقال أبو زرعة: ليس بالقوي.

وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيء الحفظ شغل بالقضاء فساء حفظه لا يتم بشيء من الكذب، إنما يذكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه، ولا يحتج به^(٣).

فعلى ضوء ذلك لا يحتج بحديثه، ولا ينض حجة في إثبات هذا الحكم. وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا الحديث في بيع الطعام قبل القبض، فلا يمكن تعميمه في جميع التصرفات، ولا في جميع أنواع المنقولات، فقد يكون النهي

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٣/٤٤٣.

(٢) الزوائد، المطبوع مع سنن ابن ماجه ٢/٧٥، ط، عيسى الحلبي: ٢/٧٥٠.

(٣) تهذيب التهذيب: ٣٠١ - ٣٠٣.

عن بيعه لخصوصية النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، أو أن البيع مبني على المساومة، وأن كلا من العاقلين يريد الحصول على أحسن مكسب، فلو باعه قبل القبض وربح فيه فربما يفضى ذلك إلى أن يحاول البائع الوصول إلى الفسخ ولو ظلماً، وإلى الخصام والنزاع، ولذلك قطع الشارع هذا الطريق، وسد هذه الذريعة، ولذلك لا يقاس عليه غيره، ومن هنا أجازوا للمشتري إعتاقه قبل القبض^(١).

وكذا إن للطعام خصوصية في نظر الشريعة، ولذلك منع من الاحتكار فيه دون غيره، وخصه مع النقود بأحكام لا تتوافر في غيرهما، ومن هنا فلا يقاس عليه غيره من المنقولات وغيرها^(٢)، ولذلك كله لم ينهض حجة على المطلوب فسقط الاستدلال به.

ثالثاً: إن الأحاديث التي رواها مسلم، خاصة بنهي البائع عن بيع الطعام الذي اشتري جزافاً قبل نقله وتحويله، لا يعلم ما إذا كان قد اشترى بالكيل والوزن، بدليل أن القائلين بالتفرقة بين المنقول وغيره في القبض يقولون: إن وزنه، أو يكله قبض حتى ولو كان في مكانه.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فالأحاديث كلها في بيع الطعام قبل القبض فلا يقاس على البيع غيره إلا بدليل معتبر، وكذلك لا يقاس على الطعام غيره لما ذكرنا آنفاً.

(١) شرح سنن أبي داود لابن القيم، المطبوع بهامش عون المعبود، ط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ٣٨٤/٩.

(٢) الفروق للقرافي، (فرق ١٩٨) ط، دار المعرفة، بيروت ٢٨١/٣.

رابعاً: حديث الحاكم كما أوضحته الرواية الثابتة، أيضاً في الطعام، بدليل أن المحتجين به أنفسهم لا يقولون بأن جميع السلع يتم القبض فيها بالتحويل إلى الرحال، بل إن الإمام النووي صرح بأن "حوزه إلى الرحال ليس بشرط بالإجماع"، ولذلك احتاج إلى التأويل بأن المراد به أصل النقل، "وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب، ودل الإجماع على أنه ليس بشرط في أصل النقل"^(١).

خامساً: إن جميع الأحاديث في النهي عن البيع قبل القبض، وليس في القبض نفسه، فلا تكون نصاً في المطلوب.

سادساً: القول بأن العرف قاض بهذه التفرقة بين المنقول وغيره، أو بين مايكال ويوزن وبين غيره فغير مسلم على إطلاقه، بل فيه تفصيل، وهو أننا إذا قصدنا به العرف العام فلن يستقيم المعنى بدليل الخلاف الكبير بين الفقهاء، وكلهم يلتجئون إلى العرف، ولو أردنا به العرف الخاص فلا يكون عرف بلدة حجة على عرف بلد آخر، ولا عرف زمن معين حجة على عرف زمن آخر، فقد ذكر ابن عابدين في رسالته الشهيرة في العرف أن الناس لو تعارفوا على بيع شيء بالوزن مع أنه كان النص الوارد فيه على أن يباع بالكيل، فإن هذا العرف الأخير مؤثر عند أبي يوسف، وذلك "لأن النص في ذلك الوقت إنما كان للعادة، فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البعض والوزن في البعض هي العادة تكون العادة هي المنظور إليها، فإذا تغيرت تغير الحكم، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص، بل فيه إتباع النص، وظاهر كلام المحقق

(١) المجموع للنووي شرح المذهب للشيرازي ٢٨٣/٩.

ابن الهمام ترجيح هذه الرواية.

وعلى هذا فلو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم، أو استقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفاً للنص^(١).

مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

يمكن أن نناقش أدلة أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي:

أولاً: يمكن الجواب عن حديث ابن عمر في البكر الصعب بأنه يحتمل أن يكون ابن عمر كان وكيلاً في القبض قبل الهبة، وهو اختيار البغوي^(٢).

وأجاب بعضهم بأنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ ساقه، أي ساق الجمل - بعد العقد.. وسوقه قبض له، لأن قبض كل شيء بحسبه.

ولا يخفى أن هذين الاحتمالين بعيدان جداً لا يمكنهما التأثير في ظاهر الحديث الدال على أن القبض يتم بمجرد التخلية والتمكن من القبض دون الحاجة إلى التحويل والحيازة الفعلية.

ثانياً: يمكن مناقشة حديث جابر بالاحتمالين السابقين، ولكن يجب أنهما بالسابق.

ثالثاً: يمكن مناقشة حديث عائشة بأنه لا يدل على أن القبض قد تم بل كل ما يدل عليه، هو أن الرسول ﷺ قد أخذها بالثمن، ولا يلزم منه تمام القبض.

(١) تراجع رسائل ابن عابدين رسالة «نشر العرف في بناء بعض الأحكام»، طبعة الأستانة ١١٨/٢.

(٢) فتح الباري ٤/٣٣٥ - ٣٣٦.

رابعاً: أما حديث ابن عمر في بيع الذهب بالفضة في الذمة، ففيه مقال حيث قال فيه الترمذي: "هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر"^(١)، وسماك هذا قال فيه ابن حزم: "ضعيف يقبل التلقين، شهد عليه بذلك شعبة، وأنه كان يقول له: حدثك فلان عن فلان؟ فيقول: "نعم"^(٢).

وقد تتبع الألباني ابن حزم وحكم بضعف الحديث، ورجح كونه موقوفاً وأتى لذلك ببعض شواهد حسنة تجعل هذا الأثر الموقوف قوياً^(٣).

ويمكن أن يرد على ذلك بأن الحديث قد حكم عليه الحاكم بالصحة، وأنه على شرط مسلم، ووافقه الذهبي^(٤)، ووصفه ابن تيمية بأنه من السنة الثابتة^(٥).

ومن جانب آخر فقد ضعف هذا الحديث بأمرين:

أحدهما: أن في سنده سماك بن حرب وهو ضعيف، وهذا غير مسلم على إطلاقه، بل إن بعض النقاد وصفوه بأنه يمكن تلقينه، ولا سيما في أحاديثه عن طريق عكرمة، أما أحاديثه عن طريق سعيد بن جبير - مثل الحديث الذي معنا - وغيره، فأكثر النقاد وثقوه، وحكموا له بالضبط، بل إن جماعة منهم قبلوا حديثه مطلقاً، وقال ابن عدي: وأحاديثه حسان، وهو صدوق، وقال

(١) سنن الترمذي - مع التحفة - البيوع ٤/٤٤٢.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٩/٥٦٦.

(٣) إرواء الغليل وشفاء العليل الشيخ ناصر الدين الألباني ٥/١٧٣ - ١٧٥.

(٤) المستدرک مع تلخیص الذهبي ٢/٤٤٤.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٥١٠.

صالح بن أحمد، عن أبيه: سمالك أصح حديثاً من عبد الملك بن عمير، وقال ابن معين: ثقة وكان شعبة يضعفه، وقال العجلي بكري: جازز الحديث إلا أنه كان في حديث عكرمة ربما وصل الشيء، وقال أبو حاتم: صدوق ثقة، وقال يعقوب: وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وهو في غير عكرمة صالح، وليس من المثبتين، ومن سمع منه قديماً مثل شعبة وسفيان فحديثهم عنه صحيح مستقيم، والذي قاله ابن المبارك - من أنه ضعيف - إنما نرى أنه فيمن سمع منه بآخره، وربما هذا التقويم الأخير هو المعتمد، والجامع بين الأقوال المختلفة حوله، وهذا الحديث هو ما رواه عنه حماد، وهو من متقدمي الرواة عنه، وقد تابعه إسرائيل بن يونس، ومهما قلنا في هذا الحديث فإنه لا ينزل إلى درجة الحديث الحسن، وهو ينهض حجة، وكيف لا، وقد حكم بصحته بعض النقاد مثل الذهبي، والحاكم، كما سبق؟

ثانياً: أنه موقوف ويمكن أن يناقش:

بأنه وإن كان موقوفاً لكنه في حكم المرفوع، ولا سيما ابن عمر الذي كان شديد التمسك بالآثار، ولا يخوض في الرأي إلا نادراً ولا سيما في مثل القضايا الربوية.

ومن جانب آخر: فإنه إذا كان للحديث طريقان طريق مرفوع، وطريق موقوف، فالرفع هو المرجح، ولا سيما أن الأئمة الخمسة قد رفعوه^(١).

الترجيح:

ويظهر لي مما تقدم من أدلة ومناقشة أن الاتجاه الأولى بالقبول، والأحق بالتأييد، والترجيح هو الاتجاه الثاني: القائل بأن القبض هو التخلية، والتمكن من التسلم دون التسلم الفعلي، فيما عدا الطعام، حيث تدل الأحاديث على أن له نوعاً من الخصوصية والعناية والاهتمام لم توجد لغيره، فبالتحقيق لا يمكن إهمال هذه الأحاديث الدالة على وجوب قبض الطعام وكيه، أو وزنه إذا كان قد بيع بالكيل أو الوزن، ووجوب نقله وتحويله إذا كان قد بيع جزافاً وأما فيما سوى الطعام فالأدلة ظاهرة ومتعاضدة في أنه لا يحتاج إلى النقل والتحويل، فقد رأينا أحاديث صحيحة دلت على أن القبض في الإبل - مثلاً - قد تم بمجرد العقد، حيث قام الرسول ﷺ بهبتها بعد العقد مباشرة دون النقل والتحويل، ولذلك لا يقاس على الطعام غيره من المنقولات.

وفي جميع الأحوال لا يشترط أن يتسلم المشتري بالفعل المعقود عليه حتى في الطعام، حيث نرى أن البائع إذا كاله له، أو وزنه له، أو حوله إليه، أو أودعه في سيارته، أو سفينته، فإن القبض قد تم وأما في غير الطعام فمجرد التخلية يكفي وذلك لأننا لو اشترطنا - حتى في الطعام - التسلم الفعلي من المشتري، فإنه قد يتعسف في الإقباض فليس في وسعه - أي البائع ولأن القبض بالبراجم^(١)، فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر

(١) البراجم جمع برجمة، وهي رؤوس السلاميات من ظهر الكف إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت، والأنامل هي عظام الأصابع وقال قطرب: هي عروق ظاهر الكف والقدم، يراجع: المصباح المنير ٤٨/١، ٣٠٧.

عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز^(١).

ثم إن القبض لغة قد جاء بمعنى التمكين والتمكن دون التسلم الفعلي، ولا نجد دليلاً في الشرع على تقييده، غير الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه أو استيفائه، أو تحويله، وهذه الأحاديث - في الواقع - ليست شرطاً للقبض، ولا تقييداً له، وإنما هي في عدم جواز البيع قبل القبض، لكنه مع ذلك يدل على نوع خصوصية الطعام، حيث يقول القرافي في الفرق بين الطعام وغيره في هذه المسألة: "إن الطعام أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية، وعماد الحياة فشدد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه كاشتراط الولي والصدّاق في عقد النكاح دون عقد البيع"^(٢).

وعلى ضوء ذلك تبقى القاعدة العامة، أن القبض والتسليم هو التخلية والتمكن من التسلم وليس التسلم الفعلي باليد، يقول الكاساني: "ولنا أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان أي خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر: ٢٩]، أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري، هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع، لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب، لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٤٨/٧.

(٢) الفروق للقرافي، (فرق ١٩٨) ط، دار المعرفة، بيروت ٢٨١/٣، واشتراط الولي هو قول الجمهور إلا الإمام أبو حنيفة فإنه لا يشترط الولي للبالغ العاقل الراشد لزواجها بالكفا.

عهدة ماوجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية، ورفع الموانع^(١).

فعلى ضوء ذلك: فإن جميع الأحكام المترتبة على القبض تترتب على التخلية والتمكن من القبض، لكنه لايجوز بيع الطعام قبل استيفائه وتحويله أو كيله ووزنه، وبهذا يتم الجمع والتوفيق بين جميع الأدلة، ويكون للعقد - أيضا - أثره دون أن يلغى أي دليل، والقاعدة الأصولية تقضي بأن الجمع بين الأدلة أولى من إلغاء أحدها.

التعريف المختار للقبض:

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء، وترجيح رأي القائلين: بأن القبض هو التخلية حسب العرف إلا في الطعام للأدلة الدالة عليه حيث لايجوز بيعه إلا بعد كيله، أو وزنه، أو نقله وتحويله أو استيفائه، وذلك لأن "القبض" ورد في الشرع اعتباره، ولم يرد تفسيره فيه، وكذلك لأجد له في اللغة معنى خاصاً محدداً، بل وجدناه تدور معانيه حول: الأخذ، والقبول للمتاع وإن لم يحول - كماقاله ابن الأعرابي - والتداول، والتمكن، والقدرة على الشيء كما سبق.

ومن هنا فالمرجع في ذلك إلى العرف، وعلى ضوء ذلك يمكن القول في تعريفه المختار:

هو: التخلية بين العاقد والمعقود عليه حسب العرف..على وجه يمكن تسلمه بلا مانع أو حائل، هذه هي حقيقة القبض في نظري لكن الدليل - كما قلنا - قام بخصوص الطعام فقيده جواز تصرف المشتري قبل تحويله ونقله إن كان قد بيع جزافاً.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٢٤٩/٧.

المبحث الثاني القبض وما يلتبس به من ألفاظ

تمهيد وتقسيم:

يختلط مدلول القبض ببعض ألفاظ قد استعملها الفقهاء يعنون بها القبض إلا أنها لا تعني نفس المدلول الفقهي للمعنى الذي نقصده للقبض، وذلك - مثل - النقد - المناجزة - الحيازة - اليد - اليد باليد - هاء وهاء - القضاء والاقتضاء.

وإليك طرفاً من هذه الألفاظ، ليستين لنا المعنى الذي من أجله حددنا معنى القبض عند الفقهاء.

أولاً: الحيازة:

أ- في اللغة:-

هي القبض، يقال: حازه يحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به^(١). وتعني كل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه - واحتاز أيضاً^(٢).

ب- عند الفقهاء:-

يطلق المالكية هذه الكلمة، ويعنون بها إثبات اليد على الشيء والتمكن منه، وهو ما يقصده البعض بقوله (ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا

(١) لسان العرب مادة (حوز).

(٢) مختار الصحاح مادة (حوز).

بالحيازة)، أي إلا بالقبض.

وهو ما يقصده البعض بأن "الحيازة: وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء، والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف"^(١)

وتحقق الحيازة بثلاثة أشياء، أضعفها السقي والازدراع، ويليهما الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليهما: التفويت بالبيع، والهبة والصدقة والنحلة والعق والكتابة والتدبير، وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله^(٢) كما يعد المالكية الحيازة شرطاً لتمام الهبة، إذ القبول والحيازة معتبران، أي في الهبة إلا أن القبول ركن والحيازة شرط^(٣).

ج- في القانون

عرفها مشروع القانون المدني المصري بأنها " وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق "^(٤).

(١) كفاية الطالب الرباني، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٣٤٠/٢.

(٢) مواهب الجليل ٢٢٢/٦.

(٣) ولا يخفى الفرق بين الركن والشرط، فالركن هو داخل في ماهية الشيء ولا يكون الشيء إلا به - بخلاف الشرط - ولهذا يقول الدسوقي: «القبول ركن في الهبة فتبطل الهبة بعده، وإن عدم الشرط فإن الهبة لا تلزم ولكن هي صحيحة». (يراجع حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، لعمدة الدسوقي ١٠١/٤ ط عيسى البابي الحلبي وشركاه).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ص ٤٤٨.

ويأخذ على هذا التعريف انه يتناول الحيازة المادية فقط لذلك فقد اعترض عليه في مجلس الشيوخ أثناء نظر القانون^(١).

وتصدت محكمة النقض المصرية لتعريفها بأنها "الأصل في الحيازة، إنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرف المادي القابل لها، وان وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه"^(٢).

ومن العرض السابق يتضح أن تعريف الحيازة في الفكر القانوني يتفق مع تعريفها في الفقه الاسلامي وعلى وجه الخصوص مع الفقه المالكي^(٣)

ثانياً: المناجزة:

وتعني قبض العوضين عقب العقد، وهي شرط في تمام الصرف لا في عقده^(٤). وجاء في الحديث "ولا تبيعوا منها غائباً بناجز" أي مؤجلاً بحال، والناجز الحاضر^(٥)، وفي اللسان - أبيعك الساعة ناجزاً بناجز أي معجلاً - والناجز الحاضر، ومن أمثالها ناجزاً بناجز كقولك - يداً بيد، وعاجلاً بعاجل^(٦).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ص ٤٤٩.

(٢) نقض مدني جلسة ١٩٣٩/٥/١١ الطعن رقم ٤ لسنة ٩ ق مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض قاعدة ١ ص ٤٤٥.

(٣) د. عبد الحميد محمود البعلی، الملكية وضوابطها في الإسلام، دار أبها بالملكة العربية السعودية ص ٨٨ وما بعدها.

(٤) شرح الآبي المالكي، على صحيح مسلم ٢٦٦/٤ ط دار الكتب العلمية - بيروت.

(٥) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٤/٧٩٤.

(٦) لسان العرب لابن منظور، مادة (ناجز) ط دار المعارف.

ثالثاً: مصطلح النقد:

فمصطلح بيع النقد: أن يجعل الثمن والمثمنون^(١)، أي بمعنى الإقباض والتسليم إذا كان الشيء المعطى نقوداً. ويقال نقده إياه نقداً، أعطاه، فانتقدها أي قبضها، ونقدت له الدراهم، أي: أعطيته إياها فانتقدها أي قبضها^(٢)، ونقد له الدراهم أي أعطاه إياها فانتقدها أي قبضها^(٣)، وفي القاموس المحيط: النقد خلاف النسيئة.

وسمي إقباض الدراهم نقداً لتضمنه في الأصل تمييزها، وكشف حالها، وإخراج الزيف منها، من قبل المعطي والآخذ^(٤).

رابعاً: مصطلح اليد:

جاء في المدونة: قلت أرأيت لو أن سلعة في يدي ادعى رجل أنها له، وأقام البينة، وادعت أنها لي، وهي في يدي وأقمت البينة؟ قال: قال لي مالك هي للذي في يده إذا تكافأت البينتان^(٥).

يؤخذ من هذا النص، أن الفقهاء يستعملون كلمة (اليد) في باب ترجيح البينات بمعنى حوز الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به ويزيد الشيخ العز

(١) القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٤٩ ط فاس ١٩٣٥ م.

(٢) لسان العرب لابن منظور، تحقيق عبد الله الكبير، مادة (نقد) ط دار المعارف.

(٣) مختار الصحاح، للجوهري، مادة (نقد) ط المركز العربي للثقافة والعلوم.

(٤) انظر: معجم مقاييس اللغة ٤٦٧/٥ - تحقيق عبد السلام محمد هارون، طبعة دار الفكر.

(٥) المدونة الكبرى للأصبحي ٣٧/١٣.

ابن عبد السلام هذا المعنى وضوحاً بقوله: "اليد عبارة عن القرب والاتصال، وللقرب والاتصال مراتب، بعضها أقوى من بعض في الدلالة:

١- أعلاها ما أشتد اتصاله بالإنسان كثيابه التي هو لابسها، وعمامته ومنطقته، وخاتمه وسراويله ونعله الذي في رجله ودراهمه التي في كفه أو جيبه أو يده، فهذا الاتصال، أقوى الأيدي لاحتوائه عليها ودنوه منها.

٢- المرتبة الثانية: بالبساط الذي هو جالس عليه أو البغل الذي هو راكب عليه فهذا في المرتبة الثانية.

٣- المرتبة الثالثة: الدابة التي هو سائقها أو قائدها، فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها.

٤- المرتبة الرابعة: الدار التي هو ساكنها، ودلالاتها دون دلالة الراكب والسائق والقائد لأنه غير مسئول على جميعها.

ويقدم أقدم اليدين على أضعفهما، فلو كان اثنان في دار فتنازعا في الدار، وفي ما هما لا بسانه جعلت الدار بينهما بأيمانها لاستوائهما في الاتصال.

وجعل القول قول كل واحد منهما في ما هو لباسه المختص به لقوة القرب والاتصال.

ولو اختلف الراكبان في ركوبهما حلفا وجعل بينهما لاستوائهما، ولو اختلف الراكب مع القائد أو السائق قدم الراكب عليه بيمينه^(١).

(١) قواعد الإحكام في مصالح الإنعام ٢/١٢٠، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

فدلالة الأيدي على الاستحقاق تأتي في المرتبة الثالثة، فهي على هذا الترتيب أقواها - دلالة الإقرار - لأن الظن المستفاد منه أقوى من الظن المستفاد من الشهادة، ويأتي بعدها، دلالة البيانات، فالظن فيها أقوى دلالة من الذي يستفاد من دلالة الأيدي^(١).

(١) انظر: المصدر السابق نفسه ١١٩/٢ - وانظر: المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ١٠٦٠/٢

وما بعدها، وفيه قواعد الإثبات نوعان:

النوع الأول: مرجحات ابتدائية وهي شئان:

أ- الأصل.

ب- دلالة الحال.

وعند التعارض، تقدم دلالة الحال.

النوع الثاني: مثبتات، وهي أربعة أقسام متفاوتة في الدرجات والقوة:

١- الإقرار وهو أقواها.

٢- ثم النكول في المرتبة الثانية، بعض إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين بعد عجز المدعي عن إحضار البيئة فإنه يحكم عليه أي على المدعى عليه.

٣- ثم البيئة وهي ثلاثة أنواع:

أ - البيئة الشخصية وهي الشهادة.

ب- الحجة الخطية.

ج - القرينة القاطعة.

٤- ثم الظاهر القوي، والترجيح بين هذه القواعد عن التعارض فالمرجحات إذا تعارضت تقدم

دلالة الحال على الأصل، مثاله: أب انفق على نفسه من مال ابنه، رفع الابن دعوى على أبيه، فادعى الأب أنفق على نفسه وهو معسر مستحق للنفقة، فيلجأ هنا إلى التحكيم حال الأب حين الدعوى، في اليسار والإعسار فيحكم القاضي بناء على ذلك، فإن كان موسراً حكم عليه وإن كان معسراً حكم له، فريحت دلالة الحالة على الأصل الذي تمسك به الأب وهو عدم الغنى، وإذا تعارضت المرجحات والمثبتات، فالمرجح الدليل المثبت لأنه

وعلى كل حال إذا جاءت كلمة اليد في عبارة من عبارات الفقهاء، فالمراد منها الحوز، والحيازة من معانيها القبض.

خامساً: مصطلح اليد باليد:

وردت هذه الكلمة في السنة النبوية، فقد قال رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد" رواه الإمام مسلم^(١).

فكلمة يدا بيد تفيد التقابض بمعنى أن المبيع مقبوض في المجلس قبل اقتراق أحدهما - المتبايعين - عن الآخر.

ويستفاد من قوله ﷺ "مثلاً بمثل" أنه يشترط في بيع الطعام بجنسه المماثلة في الوزن والكيل.

ويستفاد من قوله ﷺ "سواء بسواء" أنه يشترط اتحاد مجلس تقابض العوضين، بشرط عدم اقتراق الأبدان.

ويستفاد من قوله "يداً بيد" شرط ثالث، هو الحلول لا النسيئة^(٢).

برهان صريح على عدم صحة ما يتمسك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال. مثاله: ادعي دائن على مدين فأنكر المدين الدين، فأقام المدعي بينة، أو أقر المدين، فإنه يحكم عليه، وكذا إذا أُنكل عن اليمين.

(١) بلوغ المرام، عليه شرح سبل السلام، باب الربا ٣/٣٧، ط دار إحياء التراث العربي.

(٢) انظر: مرقة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: لعلي بن سلطان بن محمد القاري ٣/٣٠٧، الدار السلفية.

وقد وضع البعض قوله ﷺ "يداً بيد" فقال: أي ذا يد كائنة مع يد، كناية عن كونهما مقبوضين^(١).

ويقول الباجي: "لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه، إلا يداً بيد والأصل في ذلك: أن هذا مطعوم، فلم يجوز التفرق قبل القبض"^(٢).

وخالف في ذلك الحنفية - حيث فسروا (يداً بيد) على أنها عينا بعين، يعني ذلك أن المبيع الربوي لا يشترط فيه التقابض في المجلس، بل يشترط التعيين فيه، ويستدلون بحديث يرويه الطحاوي أن رسول الله ﷺ قال: "لا تبع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر والتمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين"^(٣).

فهذه الرواية، تفسير للرواية التي ذكرت يداً بيد يقول الشلبي: "فعلم أن المراد إلا يداً بيد التعيين، ولكنهم استثنوا الصرف، حيث اشترطوا التقابض في المجلس لا لذاته"^(٤) بل كما يقول الشلبي: "لأن التعيين في الصرف لا يستحق قبل التقابض لهذا اشترط التقابض"^(٥).

(١) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ١٢٩/٢.

(٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، للإمام الباجي ٣/٥ ط مصورة مطبعة السعادة سنة ١٣٣٢هـ.

(٣) أخرجه البيهقي، من طريق أبي أحمد بن عدي الحافظ بسنده أبي حيان بن عبيد الله - الروض النضير - للصنعاني ٢٢٧/٣ ط دار الجيل.

(٤) حاشية الشلبي على تبين الحقائق للزيلعي ٨٩/٤ ط الكبرى الأميرية - ببولاق سنة ١٣١٤هـ.

(٥) حاشية الشلبي على تبين الحقائق للزيلعي ٨٩/٤ ط الكبرى الأميرية - ببولاق ١٣١٤هـ.

وفي الفتاوى الهندية: "إن اشترى طعاماً بطعام مثله، فجعله له، وترك الذي اشترى ولم يقبض حتى اقتربا، فلا بأس عندنا، والتقابض في المجلس ليس بشرط عندنا"^(١)، وأما غير الحنفية فإنهم جعلوا هذه الكلمة بمعنى التقابض.

سادساً: مصطلح هاء وهاء

ومعنى "هاء وهاء" ممدود، من هاء وألف وهمزة بوزن هاء، مبني على الفتح، بمعنى وه، يعني أنه ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ، والقصر خطأ^(٢).

وهاء وهاء من الألفاظ التي لها صلة بالقبض، وقد جاءت في الحديث: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء"^(٣).

وهذه تفيد التقابض بين البدلين، يقول الزيلعي، بعد رواية هذا الحديث: "ومعناه، أن هذه البيانات لا تجوز إلا إذا قال كل واحد منها لصاحبه هاء وهاء أي خذ وهات"^(٤).

وفي المغني بعد سوقه هذا الحديث: "والمراد به القبض... لأن عمر رضي الله عنه

(١) الفتاوى الهندية ١٩٩/٣.

(٢) حاشية الشلي على تبين الحقائق ٨٩/٤.

(٣) يقال هاء وهاء أي خذ وهات وأصله من هوأ وهاء بالمد وكسر الهمزة أي: هات يراجع مختار الصحاح ص ٢٩٢ صحيح البخاري - باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ٢٣/٣، ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٨٩/٤.

فسره بذلك فحرم التفرق فيهما قبل القبض^(١).

ولذلك يرى البعض أن القبض بين البدلين في المجلس داخل تحت قوله ﷺ: "إلا يداً بيد" وقوله: "إلا هاء وهاء" فلو تفرقا أو انتقلا متفرقين عن مجلسهما قبل التقابض، فعقدتهما باطل^(٢).

سابعاً: القضاء والاقتضاء:

هذان اللفظان يختصان بالديون دون الأعيان، تقول: قضى دينه أي أداه^(٣).

ويقول ابن جزيء - معناهما التسليم والقبض^(٤).



(١) المغني لابن قدامه ١٣١/٤ - وقد فسر عمر هذا بالقبض قبل التفرق؟ روى مالك بن أوس ابن الحدثان أنه التمس صرفاً بمائة دينار قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا حتى اصطرف مني فأخذ يقلبها في يديه ثم قال: حتى يأتي خازني من الغلبة، وعمر يسمع ذلك، فقال: لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم ساق الحديث - المصدر نفسه.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٧١/٣ تحقيق محمود إبراهيم زايد ط دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) مختار الصحاح - مادة قضى.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٩٤.

المبحث الثالث

أنواع القبض

تمهيد وتقسيم:

يتنوع القبض ما بين قبض حقيقي وقبض حكمي، ولكل منهما شروط تختلف في كل منهما، ونين ذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: القبض الحقيقي.

المطلب الثاني: القبض الحكمي.

المطلب الأول

القبض الحقيقي

لكي يستكمل القبض - سواء كان حقيقياً أم حكماً - شروطه لابد من توافر الأهلية لدى المتعاقدين، إذ إن القبض باعتباره تصرفاً من التصرفات، فله أركانه وشروطه، فأركانه ثلاثة: قابض، ومقبض، مقبوض.

ويشترط في المتقابضين، ما يشترط في المتعاقدين، من ثبوت الأهلية لهما^(١)،

(١) والأهلية في الاصطلاح هي، صلاحية الإنسان لان ثبت له أو عليه الحقوق وتنقسم الأهلية إلى نوعين هما، أهلية الأداء، وأهلية الوجوب، للمزيد يراجع د. بدران أبو العنين، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الإسكندرية ١٩٨٦ ص ٤٢٨، د. محمد نجيب عوضين المغربي، الوجيز في المعاملات الشرعية «النظريات الفقهية» دار الثقافة العربية ط ٢٠٠٦ ص ١١٧ د. محمد محمد فرحات، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ج ٢ الحق والمال =

وقد اختلف الفقهاء في قبض الصبي والسفيه، فأما الصبي فقد ذهب الأحناف والمالكية والحنابلة وبعض الإباضية إلى صحة تصرفاته متى كان مميزاً^(١) وذهب الشافعية والظاهرية وأبو ثور وهو قول العلامة السالمي من الإباضية إلى عدم صحة تصرفاته مطلقاً^(٢).

وأما السفيه^(٣)، فقد ذهب الجمهور إلى عدم صحة تصرفاته^(٤).

بينما ذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه إذا بلغ رشيداً أو بلغ نحساً وعشرين سنة^(٥).

والملك ونظرية العقد ط ١٩٩٠ ص ١٤٨ د. محمود بلال مهران، النظريات العامة في الفقه الإسلامي نظرية الحق - المال والملكية - نظرية العقد، دار الثقافة العربية ط ١ - ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ ص ٣٦٣ وما بعدها.

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣١٠/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٩٤/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٨٢/٢، الإنصاف للمرداوي ٥١٨/٥، شرح النيل ٢٢٨/٨ - ٢٢٩.

(٢) الأم ١٩١/٣، الغاية القصوى ٥١٣/١، المحلى لابن حزم الظاهري ١٧٠/٩، إيضاح البيان في أحكام نكاح الصبيان للعلامة السالمي تحقيق/ عبد العزيز بن محمد العوضي، ص ٤٠.

(٣) والسفيه في الشرع هو من يقوم بتبذير وإضاعة المال على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، الدر المختار على هامش حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦، د. محمود بلال مهران، النظريات العامة في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص ٣٨٧.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٨٠/٢، روضة الطالبين ٥١٨/٤، المغني لابن قدامة ٥١٨/٤، المحلى لابن حزم الظاهري: ١٩٣/١.

(٥) فتح القدير للكمال بن الهمام ٣١٤/٧.

ويؤكد ذلك ما ذكره، علماء الشروط والوثائق من تأكيد على ثبوت الأهلية الكاملة للقابضين، إذ نجد في وثائقهم، أقر فلان في صحة بدنه وعقله وجواز أمره طائعاً، أنه قبض واستوفى من فلان كذا^(١).

وهذا يؤكد عدم صحة تصرفات الصبي والسفيه.

لكن هناك استثناءات، إذ يتساهل في القبض مالا يتساهل في العقد، فعلى سبيل المثال فالعقد لا يصح البتة عند الشافعي من الصبي، سواء كان مميزاً أم غير مميز، في حين يصح منه القبض.

يقول الزركشي: "تعتبر فيه - أي في القبض والإقراض - الأهلية إلا في صور منها، إذا قال مالك الوديعة سلمها لهذا الصبي، ففعل بريء، كما لو قال: ألقها في البحر، وكذلك لو وكله في إقباض الزكاة لمعين.

ومنها، لو ثبت للسفيه دين، فقبضه بإذن وليه فوجهان ربح الخناطي الصحة. ومنها، ما لو باع سلعته من رجل، ثم جاء المشتري، فقبض البائع منه صح، وإن قبض من مجنون، قاله البغوي في التهذيب"^(٢).

لما كان للقبض أهميته في نقل الضمان واستمرار الملكية، فجدير بنا أن نقف عند الصور التي يتحقق بها القبض الحقيقي، حسب ما نظرها فقهاؤنا رحمهم الله، ومجمل هذه الصور تخضع لعرف الناس وعاداتهم.

(١) كتاب الشروط والوثائق لأبي نصر السمرقندي (ت ٦١٩هـ) - تحقيق/محمد جاسم الحديثي، ط دار الحرية ببغداد، ص ١٣٧ - ١٥٩.

(٢) المنشور في القواعد للزركشي ٥٧/٣ - ط وزارة الأوقاف - تحقيق د/تيسير فايق.

فالقَبْضُ الحقيقي، إنما يتحقق في المنقول، لأن غير المنقول يكون قبضه قبضاً حكماً بالتخلية باتفاق الفقهاء.

ويمكن أن نعرف المنقول^(١): بأنه الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود، والعروض، والحيوانات، والميكالات، والموزونات، والثمر والشجر إن لم يكونا تبعاً للأرض عند الحنفية، وأما الجمهور فيرون الثمر والشجر من غير المنقول^(٢).

وأما كيفية قبضه: فهي تختلف بحسب طبيعة الأشياء، وبحسب أحوال الناس، في العصور المختلفة والبيئات المتباينة، وطبيعة المعاملات، وكما هو معلوم، فإن

كل ما ورد في الشرع مطلقاً، ولم يرد فيه، ولا في اللغة ما يقيدده، يرجع في تحديده إلى العرف، وفي هذا يقول ابن تيمية: "الأسماء تعرف حدودها، تارة

(١) لم يعرف القانون المدني المصري المنقول ولكن أشار إلى تعريفه من خلال مفهوم المخالفة، حيث أن المشرع اكتفى في القانون المدني بتعريف العقار حيث نصت المادة ٨٢ منه على أن العقار هو «(١) كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. (٢) ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله»، ونصت المادة ٨٣ من ذات القانون على أنه «(١) يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحث عيني على عقار. (٢) ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية» ويلاحظ اتفاق التعريف القانوني للمنقول مع ما يذهب إليه الفقه الإسلامي. مجلة الأحكام العدلية ص ٣١.

(٢) الروضة ٥١٥/٣.

بالشرع: كالصلاة، والزكاة، والصيام، والحج. وتارة باللغة: كالشمس، والقمر، والبر، والبحر. وتارة بالعرف: كالقبض، والتفرق. وكذلك العقود: كالبيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، وغير ذلك، فما ورد له كيفية شرعية في قبضه يرجع إليها، وما ليس كذلك فيرجع إلى ما تعارف عليه الناس.

وتكاد تتفق عبارات الفقهاء، على أن المكيلات بكيلها، والموزونات بوزنها والمذروعات بذرعها، والمعدودات بعدها، وما ينقل بنقله، وما يتناول كالجواهر والأثمان بتناوله، والحيوان بتمشيته من مكانه، إذ العرف في كل ذلك ما ذكر^(١).

ولعل من المناسب، التمييز بين المكيلات والموزونات، بما ذكره البهوتي حيث قال: "ومرجع الوزن لعرف مكة، زمن النبي ﷺ لما روي عن النبي ﷺ: "الوزن وزن أهل مكة، والمكيل مكيل أهل المدينة"^(٢).

وما لا عرف له هناك، أي بالمدينة ومكة، اعتبر عرفه في موضعه، لأن ما لا عرف له في الشرع، يرجع فيه إلى العرف، كالقبض والحرز، فإن اختلفت البلاد، اعتبر الغالب، فإن لم يكن رد إلى أقرب ما يشبهه بالحجاز، وكل مائع مكيل^(٣).

(١) انظر: الشرح الكبير، بذيل المغني: ١٢٠/٤.

(٢) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ المكيل مكيل المدينة ٢٤٦/٣، شرح سنن النسائي للسندي، كتاب الزكاة، باب كم الصاع.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٨١/٢، ١٨٢.

يقول الطحاوي: "ولا يجوز لمن اشترى شيئاً كيلاً، وإن قبضه أن يبيعه حتى يكتّله، وكذلك حتى يتزنه إن كان اشتراه وزناً، وكذلك حتى يعده إن كان اشتراه عدداً"^(١).

وذكر النووي، كيفية القبض بقوله: "فصل في حقيقة القبض، والقول الجملي فيه أن الرجوع فيما يكون إلى العادة، ويختلف بحسب اختلاف المال، وتفصيله: أن المبيع نوعان:

النوع الثاني: ما نقد فيه تقديراً - بأن اشترى ثوباً، أو أرضاً، مذارعه، أو متاعاً موازنة، أو صبرة مكيلة، أو معدوداً بالعد، فلا يكفي للقبض فيه، النقل، بل لابد من ذلك من الذرع أو الكيل أو العد"^(٢).

كيفية القبض عند الحنابلة:

يحصل فيما بيع بكل أو وزن أو عد أو ذرع بذلك، أي بالكيل أو الوزن أو العد أو الذراع، ويحصل القبض في صبرة بنقلها.

ويحصل القبض فيما ينقل كالثياب والحيوان بنقله كالصبرة. ويحصل القبض فيما يتناول كالأثمان بتناوله، إذ العرف في ذلك"^(٣).

(١) مختصر الطحاوي ص ٨٤.

(٢) روضة الطالبين ٣/٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧.

(٣) الشرح الكبير بذيّل المغني ٤/١٢٠.

المطلب الثاني

القبض الحكمي^(١)

القبض الحكمي: هو تمكن المشتري من المبيع بلا مانع، أي يكون في حوز البائع ولا حائل فيه^(٢)، وهو مقصود التخلية.

وإذا أردنا أن نقف على مفهوم التخلية، لابد أن نعرف شروطها.

وشروط التخلية ثلاثة:

الأول: الإذن بالقبض: وقد ورد هذا الشرط في بعض عبارات الفقهاء حيث قالوا: "أن يقول البائع خلّيت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري قبضت، وليس القول مقصوداً، فقد تكون الكتابة، أو الوضع، أو أخذ الثمن وترك البائع، ليقبض المشتري السلعة، وكل ما تعارف الناس عليه، إذ مرجع الأشياء المطلقة إلى العرف"^(٣).

(١) القبض الحكمي أو القانوني طبقاً لمصطلحات القانونية عرفته المادة ١٠٨ من قانون التجارة العماني التسليم القانوني الذي تربطه به تبعة الهلاك وهو يكون بوضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مع اعذاره بذلك، أنظر قرار المحكمة العليا رقم ٣٤ في الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٤/٦/٩ مجموعة الأحكام الصادرة عن دائرة المحكمة العليا الدائرة التجارية والمبادئ المستخلصة منها لغاية ٢٠٠٤/١٢/٣١ مسقط ٢٠٠٥ صفحة ١٤٧.

(٢) البحر الزخار ٣/٣٦٩.

(٣) رد المختار على الدر المختار ٤/٤٣، يقول ابن عابدين المراد الأذن لخصوص لفظ التخلية - انظر - الشرواني حاشية على تحفة المحتاج ٤/٤١٠، ٤١١.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري: بحيث يصل إلى أخذه من غير مانع عند صاحبه، وهذا هو الصحيح، وهو ظاهر الرواية - وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - فتصح التخلية ولو كان المبيع بعيداً، ووصف قوله بأنه ضعيف، لأنه إذا كان بعيداً، لا يتصور القبض الحقيقي، في الحال، فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيداً، لا يتصور القبض في الحال، فلا تقام التخلية مقامه^(١).

الثالث: أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق غيره، فلو كان البيع شاغلاً كالخطة في جوالق البائع، وما أشبه ذلك، فلا يمنع التخلية^(٢).
والشافعية يشترطون فراغه من أمتعة البائع^(٣).

والتخلية: قبض حكمي، يقول ابن عابدين: إن التخلية قبض حكماً، ولو مع القدرة عليه، ويصور القبض فيها على حسب حال المبيع، فالخطة في البيت، التخلية فيها: دفع المفتاح، وإمكان الفتح بلا كلفة.
وتخلية الدار المبيعة: القدرة على إغلاقها.

(١) رد المحتار ٤/٤٣ - انظر - روضة الطالبين: ٥١٥/٣ - والقبض في الدار، أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وإلا فهي بعيدة. وفي البقر ونحوه، يكون في المسرح والقرب فيه، يمكن الإشارة إليه، وفي غيره يمكن القبض من غير قيام، وعليه لو هلك أو غصب، ولم يمكن القبض إلا بالقيام، فلا يصح التسليم، رد المحتار ٤/٤٣.

(٢) رد المحتار ٤/٤٣.

(٣) حواشي الشرواني ٤/١١١ - روضة الطالبين ٥١٥/٣، شرح المنهاج - جلال الدين المحلي ٢/٢١٥.

والتخلية في البقر ونحوه: إذا كان في المرعي، كونه بحيث يرى ويشار إليه.

وفي الثوب ونحوه، فالتخلية فيه، كونه لو مد يده تصل إليه.

وفي الفرس أو الطير، في البيت، فالتخلية فيه: إمكان أخذه منه بلا

معين^(١).

فالتخلية يحصل القبض بها، وهي غيره، ولهذا اعترض جلال الدين المحلي على عبارة المنهاج "وقبض العقار تخليته للمشتري" فقال: لو أتى بالباء أي بتخليته كما في الروضة لكان أقوم^(٢)، لأنه بدون الباء، تعد التخلية حقيقة القبض، وليس كذلك.



(١) رد المختار على الدر المختار ٤/٤٣.

(٢) شرح المنهاج لجلال الدين المحلي، مع حاشية قليوبي عليه ٢/٢١٥.

المبحث الرابع صور القبض

تمهيد وتقسيم:

للقبض صور تختلف بحسب ما يقع عليه القبض، فيختلف القبض في المنقول، عنه في العقار، ومن ثم فإنه يتعين علينا أن نتعرف على صورتَي القبض هذه، وذلك من خلال المطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: القبض في غير المنقول

المطلب الثاني: صور القبض بالتخلية في المنقول

المطلب الأول

القبض في غير المنقول

يجب أن نبين أولاً أن غير المنقول مالا يمكن نقله من مكان إلى آخر، كالدور والأراضي، والثمر والشجر، والغراس.

وفصل الحنفية بين التابع للأرض فعدوه غير منقول بالتبعية، ومالم يكن تابعاً للأرض عدوه من المنقولات^(١)، وأما الجمهور فهو غير منقول عندهم. ويمثل ابن حجر الهيثمي في تحفته، لغير المنقول، بالأرض، وما فيها من نحو بناء ونخل، ولو بشرط قطعه، وثمره مبيعة قبل أوان الجذاذ، وكذا الزرع حيث جاز

(١) مجلة الأحكام العدلية ص ٣١، وراجع ما سبق.

بيعه في الأرض^(١).

ولما كان مبنى القبض فيما لا ينقل على العرف والعادة، لذا يختلف بحسب اختلاف الزمان، وبحسب حالة الشيء والمبيع، كما يختلف بين البلدان المتجاورة، وقد يكون عاماً.

وقد اتفق الفقهاء على أن قبض غير المنقول يكون بالتخلية.

جاء في الشرح الكبير: وقبض العقار، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، بالتخلية، بينه وبين المشتري، وتمكنه من التصرف فيه، بتسليم المفاتيح إن وجدت^(٢).

وذكر النووي، أن التولية كافية في العقار، فقد قال: "إذا كان مما لا ينقل كالأرض والدور، فقبضه بالتولية بينه وبين المشتري، وتمكنه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه^(٣) وذكر الحنابلة، أن التولية كافية بلا نزاع في العقار.

جاء في الكشف: "ويحصل القبض... من عقار، وهو الضيعة، والأرض، والبناء، والغراس، ونحوه كالثر على الشجر، بتخليته مع عدم مانع،

(١) تحفة المحتاج بشرح المنهاج مع حواشي الشرواني ٤/٤١٠، الشرح الكبير ٣/١٤٥، كشف القناع للبهوتي ٣/٢٤٨، وفي ذلك اتفاق مع القانون المصري، راجع د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ١- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدى للتقنين المدني تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي ط ٦ - ١٩٨٧ ص ٩٥٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير مع الحاشية ٣/١٤٥.

(٣) الروضة ٣/٥١٥.

أي حائل بأن يفتح له باب الدار، ويسلمه مفتاحها، ونحوه، وإن كان فيه متاع للبائع"^(١).

وجاء في الإنصاف: "فالذي لا ينقل ولا يحول، قبضه بالتخية، وهذا بلا نزاع"^(٢).

المطلب الثاني

صور القبض بالتخية في المنقول

تمهيد وتقسيم:

يكفي في غير المنقول- العقار - القبض الحكمي - التخية - والسؤال الذي يطرح نفسه يدور حول ما يمكن نقله، فهل تكفي فيه التخية، أو لابد من القبض الحقيقي؟ وإن كفت، فهل يكون ذلك في جميع الأشياء، أو أن بعضها لا تكفي فيه التخية؟ للإجابة على هذا التساؤل، لابد من التفرقة بين المنقول الربوي وغير الربوي، إذ إن هناك اختلافاً كبيراً بين القبض بالتخية في الربويات وغير الربويات، وسأبين ذلك من خلال الفرعين التاليين، وعلى ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:-

الفرع الأول: صورة القبض بالتخية في غير الربويات

الفرع الثاني: صورة القبض بالتخية في الربويات

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٣/٢٤٧، ٢٤٨، انظر: الإنصاف ٤/٤٧١.

(٢) انظر: الإنصاف للرداوي ٤/١٢٥.

الفرع الأول: صورة القبض بالتخلية في غير الربويات

النصوص الواردة في المعاملات، تتسم بالعموم في غالبها، وهي مرتبطة بمصالح الناس، في ضوء القواعد العامة، وما اشتملت عليه الشريعة، من جلب للمصالح ودفع للمضار، ولا شك أن ماتعارف عليه الناس، تعارفاً عاماً، ولو في بلد من البلاد الإسلامية ولم يخالف دليلاً صحيحاً، أو أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية يجرى على القاعدة العامة، فالأصل في المعاملات الإباحة.

وسأعرض فيما يلي لآراء الفقهاء في التخلية في الربويات، هل تعد قبضاً أم لا، ثم الأدلة ومناقشتها والترجيح. وذلك على النحو التالي:

التخلية عند الحنفية: يحصل فيها القبض، ولا فرق بين المنقول وغيره.

ففي الدر المختار: "التسليم: يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض"^(١).

ويقول الكاساني: "إن كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة، فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف، حتى إذا اشترى مذارعة أو معدوداً معاضدة، ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع، ويجوز بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف، وإن كان مما له مثل، فإن باعه مجازفة فذلك، لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة، وإن باعه مكيلة أو موازنة، في المكيل والموزون، وخلى، فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع، ويدخل في ضمان المشتري، حتى لو هلك بعد التخلية، قبل الكيل

(١) الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤/٣٤ ط، دار إحياء التراث العربي، الفتاوى الهندية ١٦/٣، ط الأميرية بولاق.

والوزن، يهلك على المشتري، وكذا لا خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن، فخرمة التصرف مع وجود القبض، ثبت تعبدًا غير معقول المعنى^(١).

وفي الفتاوى الهندية: "وأجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنها قبض"^(٢).

وهو مذهب المالكية يقول الخرشي: "البيع الصحيح يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد"^(٣)، واسند هذا القول إلى المالكية أيضاً ابن حجر^(٤).

وعند الشافعية: يقول الإمام النووي: "قال أصحابنا، الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العقار والثر على الشجر، فقبضه بالتخلية.

القسم الثاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب، والحبوب، والحيتان ونحوها، فقبضه إلى مكان لا اختصاص البائع به، سواء نقل إلى ملك المشتري، أو موات، أو شارع أو مسجد أو غيره، وفيه قول حكاه الخرسانيون إنه يكفي فيه التخلية.

القسم الثالث: ما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف، صرح ذلك الشيخ

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٤/٥، ط إحياء التراث العربي.

(٢) الفتاوى الهندية ١٦/٣.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٥٨/٥.

(٤) فتح الباري ٤/٢١١، ط ١، ٢، دار الكتب العلمية سنة ١٩٨٩م.

أبو حامد في تعليقه والقاضي أبو الطيب والمحامي والشيرازي في التنبيه والبغوي وخلائق لا يحصون^(١).

ويقول الإمام ابن شهاب الرملي: "الرجوع إلى حقيقة القبض: العرف لعدم ما يضبطه شرعاً أو لغة كالإحياء والحرز من السرقة، فالمبيع إما منقول أو غير منقول، فغير المنقول قبضه، تخلّيته للمشتري وتمكينه من التصرف فيه بشرط فراغ أمتعة البائع منه، وقبض المنقول تحويل المشتري أو نائبه من محل إلى محل آخر"^(٢).

ويضيف أبو بكر الدميّاطي، وضع البائع المنقول بين يدي المشتري بحيث لو مد إليه يده لماله وإن قال لا أريده^(٣).

وأما القبض في الجزء المشاع يكون قبضه قبض الجميع، والزائد يكون أمانة^(٤).

وعند الحنابلة يحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيّله ووزنه.

-
- (١) شرح المجموع على التنبيه ٢٧٦/٩، ط التضامن الأخوي - الناشر/ المكتبة السلفية.
- (٢) نهاية المحتاج للرملي ٩٣/٤، ٩٤ ط مصطفى الباب الحلبي.
- (٣) إعانة الطالبين - لأبي بكر البكري الدميّاطي ٣٨/٣ - ٣٩ ط دار إحياء التراث العربي.
- (٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - للرملي الملقب بالشافعي الصغير ٩٣/٤ - ٩٩ ط مصطفى البابي الحلبي - انظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج - ابن حجر الهيتمي - عليهما حواشي الشرواني - ٤٠٩/٤ وما بعدها، ط دار الفكر - بيروت، انظر: مغني المحتاج محمد الخطيب الشربيني ٧١/٢ وما بعدها، ط دار الفكر - انظر: حاشية البجيرمي على شرح منہج الطلاب ٢٧٥/٢ وما بعدها، ط المكتبة الإسلامية ديار بكر، تركيا.

وفي الثمرة وفيما ينقل بالنقل.

وفيما يتناول باليد بالتنايل، وفيما عدا أنظمة الخدمة، وروي عن عبد الله بن قيس في كل شي بالتخلية مع التمييز، لأنه خلى بينه وبين البيع من غير حائل، فكان قبضاً له كالعقار^(١).

وعند الظاهرية: القبض: أن لا يحول بين المشتري وبين قبض ما باع منه فقط، فإن فعل صار غاصباً، وضمن ضمان الغصب فقط^(٢). وعند الزيدية: أن القبض غير المنقول يكون بالتخلية اتفاقاً، والمنقول كذلك عند البعض، والقول الآخر يقول لا بد من نقل المنقول حتى يتميز عن غيره في القبض - ولا تفرقة بينهما إلا بما ذكر^(٣). وعند الإمامية: يحصل القبض في المنقول بالتخلية، وكذا بغيره على الراجح من مذهبهم^(٤).

ومن هذا العرض يتبين لنا أن الفقهاء قد اختلفوا إزاء كون القبض غير الربويات هل يكون بالتخلية أم لا؟

وتتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره التفرقة بين المنقول وغيره، ففي غير المنقول يوافقون أصحاب الاتجاه الأول حيث يكون قبضه بالتخلية، وأما المنقول فقال

(١) المغني لشمس الدين بن قدامة المقدسي - لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ١٩٠/٢ ط دار الفكر.

(٢) المحلى، لابن حزم الأندلسي ٣٧٩/٨ ط دار الفكر.

(٣) البحر الزخار - أحمد بن يحيى بن المرتضى ٣٦٩/٣، ط أنصار السنة المحمدية سنة ١٩٤٨ م.

(٤) المختصر النافع - للحلي ص ١٥٢ ط النعمان، النجف الأشرف ١٩٦٤ م.

الشافعية، قبضه نقله من مكان إلى مكان آخر، ولا فرق بين المبيعات المنقولة^(١).
وقال الحنابلة: المبيع المنقول، إما أن يكون موزوناً أو ميكلاً أو معدوداً.
فما كان موزوناً أو ميكلاً أو معدوداً فقبضه بوزنه وبكيله وبعده، وما كان
صبره وفيما ينقل، بالنقل، وفيما يتناول باليد، بالتناول^(٢). فالفقهاء متفقون
على أن قبض العقار يكون بالتخية فقط، واختلفوا في غيره.
الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن القبض يحصل بالتخية وإلى هذا ذهب
الحنفية^(٣)، وفي رواية عند الإمام أحمد^(٤)، والظاهرية^(٥)، والراجح من
مذهب الزيدية^(٦) والإمامية^(٧)، وقول للشافعية نقله الخراسانيون، وإليه مال
الإمام البخاري^(٨).

(١) المصدر السابق، نفس الموضع.

(٢) المغني لابن قدامة ١٩٠/٢ وما بعدها.

(٣) حاشية رد المحتار ٤٣/٤.

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٠/٢.

(٥) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٣٧٩/٨.

(٦) البحر الزخار ٣٦٩/٣.

(٧) المختصر النافع للحلي ص ١٥٢.

(٨) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/٢١ ط أولى دار الكتب العلمية ١٩٨٩ م باب إذا
اشترى شيئاً فوهب من ساعته، وقد ذكر في باب شراء الدواب والحمير سؤالاً إذا اشترى دابة
أو جملاً وهو عليه، هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟ ثم ساق حديث جابر وفي آخر
الحديث (خذ جملك ولك ثمنه) يقول ابن حجر ٤/٤٠١ - ٤٠٢، أو يشترط في القبض قدر
زائد على مجرد التخية؟ فالإمام البخاري يميل إلى مجرد التخية بدون شرط.

الأدلة ومناقشتها:

أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ما ذهبوا إليه من القول بالترقة بين المنقول وغيره بالسنة النبوية المطهرة.

١- عن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكل" ^(١).

نوقش هذا الحديث بما يأتي:

إن في الحديث سند منقذ مولى ابن سراقه، ومنقذ مجهول الحال ^(٢).

كما أن الطرق الأخرى التي روى بها الحديث، في سندها ابن لهيعة، وهو كما قال ابن حجر في التهذيب: كثير من النقاد لا يحتجون بحديثه مطلقاً.

وبعضهم يقبله إذا كان قبل احتراق كتبه، قال البخاري عن الحميدي: كان يحيى بن معين لا يراه شيئاً. وقال ابن المديني عن ابن مهدي: لأحمل عنه قليلاً ولا كثيراً. وعن أحمد، ما حديث ابن لهيعة بحجة وذكر ابن حبان أنه سبر أخباره قبل حرق كتبه وبعده، فوجها لا تصلح، ففي روايات المتقدمين عليه، تدليس عن المتروكين، وفي رواية المتأخرين عنه مناكير، فوجب ترك الاحتجاج به ^(٣). فهذا لا ينهض أن يكون حجة، ولذلك ذكره البخاري تعليقا

(١) صحيح البخاري بشرح الكرمانى كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطى ١٠/١٨.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/٤٣٣.

(٣) تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٣٧٤ - ٣٧٩، دار صادر - بيروت.

بصيغة "ويذكر" دون الجزم.

ولو سلم قبول هذا الحديث فإنه لا يدل على المطلوب، أي لا يدل على أن قبض الكيل والموزون لا يتم إلا بالكيل والوزن، بل هو أمر بالعدالة في البيع والشراء، بمعنى إذا أعطيت فأوف وإذا أخذت فاستوف، ولهذا قال ابن التين: المعنى إذا أعطى أو أخذ لا يزيد ولا ينقص، أي لا لك ولا عليك. وقد فهم البخاري منه أنه يدل على أن مؤنة الكيل على المعطي، ولذلك ترجم له باب الكيل على البائع والمعطي^(١).

وأيضاً إذا لم يفسر هكذا، فإن ظاهر الحديث يدل على وجوب الكيل في كل مبيع، وهذا لم يقل به أحد، لجواز البيع جزافاً، وبالعد، والوزن.

٢- أن النبي ﷺ "نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان،" صاع البائع وصاع المشتري"^(٢).

ونوقش هذا الحديث بما يلي:

وهو حديث ابن ماجة بأنه لا يصلح للاحتجاج، لأن فيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف^(٣). وقد نقل ابن حجر عن أحمد قوله: إن ابن أبي ليلى مضطرب الحديث، كان فقهه أحب إلينا من حديثه^(٤). ففي ضوء

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣٣٣/٤ - ٣٣٤.

(٢) سنن ابن ماجة، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ٧٥٠/٢ رقم الحديث ٢٢٢٨ ط، دار الحديث، تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي.

(٣) الزوائد المطبوع مع سنن ابن ماجة ط عيسى الحلبي ٧٥٠/٢.

(٤) انظر تهذيب التهذيب ٣٠١/٤ - ٣٠٢.

ذلك لا يحتج بحديثه، وفضلاً عن ذلك فإن هذا الحديث والأحاديث التي بعده، في بيع الطعام قبل القبض، فلا يمكن التعميم في جميع التصرفات.

٣- عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه قال: كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ "إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه".

وفي لفظ "كما نبتاع الطعام جزافاً فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه.

وفي لفظ: "كما نشترى الطعام من الركان جزافاً، فهنا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله".

وفي لفظ البخاري "حتى يؤووه إلى رحاله"^(١).

ونوقش هذا الدليل بما يأتي:

وهي الأحاديث التي رواها مسلم، بأن هذه الأحاديث خاصة بنبي البائع عن بيع الطعام الذي اشترى جزافاً قبل نقله وتحويله، فلا يعم ما قد اشترى بالكيل والوزن بدليل أن القائلين بالتفرقة بين المنقول وغيره في القبض يقولون، إن وزنه أو يكله قبض ولو كان في مكانه.

وأما حديث الحاكم فهو خاص أيضاً بالطعام، لأن الرواية الثابتة أوضحت، لأنه ورد في رواية أخرى، قال ابن عمر: ابتعت زيتاً من السوق، فلما استوجبت لقيني رجل، فأعطاني به ربها حسناً، فأردت أن أضرب على يديه،

(١) صحيح البخاري ٤/٤٧٩.

فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت إليه، فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ: "نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"^(١).

والذي يدل - أيضاً - على أن المراد به الطعام، أن المحتجين به أنفسهم لا يقولون بأن جميع السلع يتم القبض فيها بالتحميل إلى الرحال.

فالإمام النووي يقول: "حوزه إلى الرحال ليس يشترط بالإجماع، والحديث دل على أصل النقل، وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب، ودل الإجماع أنه ليس بشرط في أصل النقل"^(٢).

فهذا التأويل يجعل التمسك بظاهر الحديث ضعيفاً، فيجب أن يفسر على الغالب، أو من باب الإرشاد وأيضاً ذكر الإمام النووي هذا الحديث برواية أبي داود، وذكر في إسناده محمد بن إسحاق بن يسار... وهو مختلف في الاحتجاج به، وهو مدلس، وقد نقل عن أبي الزناد، أن المدلس إذا قال عن فلان لا يحتج به.

ولهذا يذكر الإمام النووي في آخر كلامه معضداً الحديث، أنه بالقياس على الطعام^(٣).

فهذا دليل على أن الحديث فيه مقال، لا ينهض أن يكون حجة عند الإمام النووي.

(١) المستدرک للحاکم ٣٩/٢ - ٤٠.

(٢) المجموع للنووي ٢٨٣/٩.

(٣) المجموع للنووي ٢٧١/٩.

أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما ذهبوا إليه من القول بعدم التفرقة بين المبيعات بأدلة من السنة النبوية المطهرة.

١- عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: كما مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر "بعنيه"، قال: هو لك يا رسول الله، قال رسول الله "بعنيه" فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: "هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت" ^(١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

فلو كان النقل من شروط القبض، لأخذ النبي ﷺ الجمل أولاً، ثم بعد ذلك يهبه لابن عمر. يقول ابن بطال، "أجمعوا على أن البائع إذا لم ينكر على المشتري ما أحدثه من الهبة، والعق أن يبيع جائز". ويقول الحافظ ابن حجر "قد احتج بهذا الحديث المالكية والحنفية في أن القبض في جميع الأشياء بالتخية" ^(٢).

نوقش هذا الدليل بما يلي:

بأنه يحتمل أن يكون النبي ﷺ وكلا في القبض قبل الهبة ^(٣).

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٤/٤٢٠ (كتاب البيوع).

(٢) فتح الباري على صحيح البخاري ٤/٤٢١.

(٣) فتح الباري على صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٤/٤٢١ - ٤٢٢.

ويحتمل أن يكون النبي ﷺ ساقه بعد العقد، وسوقه قبض له^(١). ولا يخفى أن هذين الاحتمالين بعيدان، ولا يمكنهما التأثير في ظاهر الحديث، الدال على أن القبض يحصل بالتخلية والتمكن من القبض دون الحاجة إلى التحويل والحيازة الفعلية.

١- عن سيدنا جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: "أتبيع جملك؟ قلت: نعم، فاشتره مني بأوقية، واستثنيت حملانه إلى أهلي..." فوجدته على باب المسجد، قال: "الآن قدمت" قلت: نعم، قال: "فدع جملك، فادخل فصل ركعتين، فدخلت وصليت فأمر بلالاً أن يزن له أوقية" فوزن لي بلال فأرجم في الميزان، فانطلقت حتى وليت، فقال: "أدع لي جابراً" قلت الآن يرد على الجمل، ولم يكن شيء أبغض إلى منه. قال: "خذ جملك ولك ثمنه" رواه الإمام البخاري^(٢).

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

الحديث دل على ما دل عليه الحديث الأول، وذلك أن البيع قد تم من غير تحويل المبيع، والجمل من المنقولات، والبخاري ترجم له باب، إذا اشترى دابة أو جملاً وهو عليه هل يكون ذلك قبضاً قبل أن ينزل؟ وساق هذا الحديث تحته، فيدل على أن التخلية يحصل بها القبض.

ونوقش هذا الدليل بما يلي:

-
- (١) شرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٢١٤.
 (٢) اختصرت من الحديث لطوله صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب شراء الدواب والحمير ١٥/٣، ط دار الكتب العلمية.

وهو الحديث الذي رواه جابر بما نوقش به الدليل الأول، ويجب عنه بما أجيب عن الدليل الأول.

٣- عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها... في حديث الهجرة... أن أبا بكر قال: يا رسول الله إن عندي ناقتين أعددتهم للخروج، فخذ إحداهما، قال: "أخذتها بالثمن" رواه البخاري^(١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

بين الحافظ ابن حجر، وجه الاستدلال به بقوله نقلاً عن المهلب: "إن قوله أخذتها بالثمن لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزاماً منه لا ابتياعها بالثمن وإخراجها عن ملك أبي بكر، ثم قال ناقلاً عن ابن المنير: "إن مطابقة الحديث للترجمة، يريد البخاري أن يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بالعقد نفسه، فاستدل بذلك بقوله رضي الله عنه "قد أخذتها بالثمن" وقد علم أنه لم يقبضها، بل أبقاها عند أبي بكر"^(٢).

وهذا في المنقولات التي هي محل الخلاف فيكون القبض قد حصل بالتخلية.

ونوقش هذا الدليل بما يلي:

وهو حديث عائشة رضي الله عنها بأنه لا يدل على القبض، وأنه قد تم، بل يدل على أن الرسول ﷺ قد أخذها بالثمن ولا يلزم منه تمام القبض.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض ٢٣/٣ - ٢٤.

(٢) سبق تخريجه ص ٥٠. ٢٢٢

ويجاب عن ذلك بما قال ابن حجر: "مطابقة الحديث للترجمة، يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بالعقد نفسه، فذلك استدلال البخاري بقوله ﷺ "وقد أخذتها بالثمن" وقد علم أنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر"^(١).
فهذا يدل على أن القبض يجعل بالتخلية.

٤- عن سيدنا عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ بالدراهم، فأتيت النبي ﷺ في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله إني أريد أن أسألك: إني أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ بالدراهم، قال: "لا بأس، أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء"^(٢).

وجه الاستدلال بهذا الحديث:

الحديث يدل على أن القبض قد حصل بالتخلية والتمكن من القبض.
وليس النقل الفعلي. وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، فابن عمر كان يشتري الذهب المستقر في الذمة من البائع بالفضة، مع أن البائع لم يستلم الذهب الذي هو ثمن الإبل، وقد ساق ابن حزم هذا الحديث في بيع الذهب، بالفضة، وذكر اختلاف الفقهاء في ذلك، وذكره بلفظ آخر: "كنت أبيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب... إلخ" وقال هذا معنى صحيح وهو لله خير واحد^(٣).

(١) شرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٤٤٢.

(٢) سنن النسائي عليه شرح السيوطي ٢٨٢/٧ ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

(٣) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٥٠٤/٨.

ونوقش هذا الدليل بما يلي: وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما بأن فيه مقال. يقول: الترمذي: "هذا حديث لانعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر"^(١).

وسماك هذا، يقول عنه ابن حزم: "ضعيف يقبل التلقين، شهد بذلك شعبه، وأنه كان يقول له: حدثك فلان عن فلان: فيقول: نعم"^(٢).

يجاب عن ذلك: بأن هذا غير مسلم على إطلاقه، فحديث سماك عن سعيد بن جبير، وثقة أكثر النقاد، وحكموا له بالضبط^(٣).

ويقول عنه الشوكاني: "سماك إمام حجة"^(٤). ويقول النووي عنه بعدما ساق توثيق المحدثين له: "فهذا ما حضرني من حال سماك، وهو إن شاء الله إلى التوثيق أقرب، ومهما قيل فيه فإنه يعد حجة، ولا سيما أن الذهبي والحاكم قد حكم بصحته ووثقه يحيى بن معين، وقال أبو حاتم صدوق وروى له مسلم"^(٥).

(١) سنن الترمذي مع التحفة، باب البيوع ٤/٤٤٤ ط ثانية، دار الاتحاد العربي للطباعة

١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٨/٥٠٤ ط دار الفكر.

(٣) انظر تهذيب التهذيب ٤/٢٣٢ - ٢٣٤.

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد ٩٦/٣ ط - دار

الكتب العلمية - بيروت. انظر المجموع - ١٠/١٠٤ مطبعة الإمام في مصر.

(٥) المرجع نفسه.

الترجيح:

الذي يظهر من استعراض اتجاهات أقوال الفقهاء وأدلتهم، يبدو لي أن الاتجاه الراجح، هو القائل بأن القبض يحصل بالتخلية، ورفع الموانع، من تصرف المشتري له بكل أنواع التصرفات من غير تحويل ونقل، وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا الاتجاه، أما ماورد عليها من مناقشات، فقد أمكن الرد عليها، كما أن في القول بهذا الاتجاه، رفعاً للخرج عن الناس لكن يستثنى من ذلك الطعام، لأن النصوص قد تضافرت على وجوب نقله، إذا بيع جزافاً، وعلى وزنه أو كيله، إذا بيع بالوزن أو الكيل، ولأن للطعام شرفاً دون غيره لكونه سبب البنية وعماد الحياة^(١).

أما غير الطعام فلا يشترط نقله بل مجرد التخلية تكفي. يقول الكاساني: "وأما الإقباض فليس في وسعه، أي البائع، لأن القبض بالبراجم، فعل اختياري للقباض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز"^(٢).

ويقول أيضاً: "ولنا أن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالماً خالصاً، يقال سلم فلان لفلان، أي خلص له، وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾ [الزمر: ٢٩]، أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري، وهو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي خالصاً، بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية،

(١) الفروق للقرافي: ٢٨٠/٣، ط دار المعرفة، بيروت.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٤٤/٥، ط دار الكتاب العربي ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م.

فكانت التخلية تسليماً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري، وكذا هذا في تسلم الثمن إلى البائع، لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع^(١).

وقد جاء قرار المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بجدة بدورته السادسة بتاريخ ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ، جاعلاً التخلية يتحقق بها القبض، حيث يقول: "قبض الأموال كمال يكون حسياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً أو حكماً بالتخلية مع التمكن من التصرف، لو لم يوجد القبض حسياً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها، واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها"^(٢).

وفي ضوء ما سبق من اختلاف، في اشتراط القبض الحقيقي، في المنقول أو الاكتفاء بالتخلية القبض الحكمي، تتحدد كيفية القبض.

فعلى الاتجاه الأول، لا بد من الكيل أو الوزن والعد في المقدرات، والنقل في المنقولات من مكانها الذي تم التعاقد فيه إلى مكان آخر، فالمتناول باليد، قبضه بالتناول بها، وغير المتناول، قبضه بالتحويل، فإن جرى البيع والمبيع بموضع لا يختص بالبائع كمسجد وشارع، فيكون القبض بتحويله من حيزه إلى حيز آخر من ذلك الموضع وأن جرى البيع في دار البائع، فلا بد من النقل من دار البائع.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٤٤/٥.

(٢) قرار رقم ٦/٤/٥٥ بشأن القبض، وصوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها.

وعلى قول من يكفي بالتخلية والترك بين محل البيع ومشتريه، تترتب أحكام القبض عليها، سواء كانت لفظية أم كتابية أم فعلية، فإذا قال: اقبض، أو وضع السلعة، وترك بين المشتري وبينه. أو سلم المفتاح، أو استمارة السيارة، أو الأوراق الخاصة بالطائرات، أو السفن، أو الأتجار الصناعية، أو العروض، أو الحيوانات، أو الأثاث المنزلي... إلخ. أيما ذلك حصل، فقد تم القبض، ويتغير حينئذ بتغير العادات وحسب اختلاف البلدان.

وتجدر الإشارة إلى أن العرف والعادات تختلف في زماننا في إثبات ملكية بعض الأموال العينية كالعقار (الأراضي - المباني - والمزارع - والحدائق) وكذلك بعض المنقولات، مثل الطائرات، والسيارات، والحافلات والآلات الهندسية والمركبات والسفن والقوارب البحرية، فإن جميع دول العالم تسجل هذه الأشياء باسم مالكيها وتستخرج للمالك سند الملكية من جهة الاختصاص الرسمية ومثبتة في السجلات الرسمية ولهذا، فإن تنازل البائع للمشتري كتابياً في جهة الاختصاص عن المبيع يعد في نظر قوانين جميع دول العالم قبضاً حقيقياً وتملكاً تاماً للمشتري وبدونه لا يعد تملكاً.

يقول القرافي: "إن كل حكم مدركة العرف والعادة، فإذا تغيرت العادة، أو بطلت، بطلت هذه الفتاوى، وحرمت الفتوى بها، لعدم مدركها، وتبع الفتاوى هذه العوائد، كيفما تقلبت، كما تتبع النقود في كل عصر وحين"^(١).

(١) الفروق للقرافي: ٢٨٨/٣ - انظر أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية: ٣/٣ أنظر حاشية رد المحتار ١٨٩/٤.

الفرع الثاني: صورة القبض بالتخلية في الربويات

الربويات إما أن تكون أثماناً، وإما أن تكون غير أثمان وسأعرض لذلك كالتالي:

(أ) التخلية في بيع غير الأثمان بعضها ببعض:

لو تتبعنا حركة البيع والشراء، فقد لانجد من يبيع ربوياً بجنسه متفاضلاً وأن وجد فهو نادر، وإنما يخشى منه إذا اختلفت الأجناس وبيع بعضها ببعض، فقد يتم القبض الحقيقي، وقد لا يكون إلا التخلية، وحينئذ فهل تكفي أولاً؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى أنصاره أنه لا بد فيه أي في غير الأثمان من الربويات من القبض الحقيقي، وذلك بتقدير المقدرات، ونقل غيرها أو تحويله من مكانه إلى مكان غيره. إلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والراجح عند الحنابلة، والظاهرية والزيدية، وسيأتي تفصيله في محله إن شاء الله.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصاره أن التخلية كافية إذا عين المبيع، وميز بينه وبين غيره.

إلى هذا ذهب الحنفية وبعض الحنابلة.

قال ابن عابدين: "القبض في المجلس لا يشترط فيه إلا في الصرف، وهو

بيع الأثمان بعضها ببعض، أما ما عداه، فإنما يشترط فيه التعيين دون التقابض^(١).

وقال المرداوي: إن قبض الأشياء بالتخية مع التمييز، ونصره القاضي وغيره^(٢).

(ب) صورة القبض بالتخية، في بيع الأثمان بعضها ببعض:

أجمع العلماء على أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الأثمان -بعضها ببعض، وعليه فلا يجوز في هذا القبض بالتخية، وذلك لورود النهي عن التفرق قبل قبض العوضين، فلا بد فيه من القبض الحقيقي.

التعدي صورة من صور القبض الحكمي:

وأبرز مثال للتعدي هو الإتلاف والتعيب: وهو يظهر إذا أتلّف المشتري المبيع في يد البائع، فقد صار قابضاً للمبيع، وتقرر عليه الثمن، يقول الكاساني: "إذا كان المبيع في يد البائع فأتلّفه المشتري، صار قابضاً له، لأنه صار قابضاً بالتخية، فبالإتلاف أولى، لأن التخية تمكين من التصرف في المبيع، والإتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف"^(٣).

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٨٢/٤ وما بعدها، شرح العناية ١٨/٧ وما بعدها.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٤٧٠/٤ وانظر القواعد لابن رجب ص ٧٤ قاعدة ٥١.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٤٦/٥، وانظر الفتاوى الهندية ٢٠/٣، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤٢/٤، شرح الخرشني على مختصر خليل بهامش حاشية الشيخ على العدوى: ١٦٣/٣، روضة الطالبين ٤٩٩/٣، ٥٠٠، وانظر منتهى الإرادات ١٩١/٢، البحر الزخار ٣٦٨/٣، ٣٦٩.

ومن صورته: تصرف المستحق بحقه قبل القبض، يكون قبضاً كإيداع المبيع عند المشتري، أو إعارته منه، وكذا لو أودعه عند أجنبي أو أعاره منه، وأمر البائع، فيعد ذلك قبضاً^(١).

ومن صورته: أيضاً، لو كان الشيء المستحق بيد من استحقه بسبب مؤقت كإعارة أو وديعة، ثم باعه المالك لمن هو تحت يده، فهل يحتاج الأمر إلى قبض جديد أو يكفي بالقبض السابق؟

قبل الخوض في هذه المسألة، لابد من القول: بأن القبض من حيث قوة أثره وضعفه، إما قبض ضمان أو قبض أمانة^(٢).

فقبض الضمان ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير، فيضمنه إذا هلك عنده ولو بأقفة سماوية، المغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري.

وقبض الأمانة، ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ، كالوديعة في يد المودع، والعارية في يد المستعير، والرهن في يد المرتهن^(٣).

(١) انظر الفتاوي الهندية ٢٠/٣، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٤٦/٥.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٣٤٨/٥، الروضة: ٥٠٨/٣، المجموع شرح المذهب للشيرازي ٢٨١/٩.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٣٤٨/٥، الروضة: ٥٠٨/٣، المجموع شرح المذهب للشيرازي ٢٨١/٩.

في هذا الوجه اختلفت اتجاهات الفقهاء:

الرأي الأول: أن الشافعية لا يفرقون بين قبض الضمان وقبض الأمانة، فإذا حصل أي القبضين يعد قبضاً، يقول الإمام النووي: "لو باع شيئاً هو في يد المشتري قبل الشراء، فإن كان في يده بجهة ضمان كغصب أو عارية أو سوم، صار بمجرد الشراء مقبوضاً له، وإن كان في يده بجهة أمانة كوديعة أو وكالة أو شركة أو قرض، صار بمجرد البيع مقبوضاً له، ولا يحتاج إلى إذن في القبض^(١)."

الرأي الثاني: أما الحنفية فيفرقون بين قبض الضمان والأمانة، ويعدون الأول أقوى من الثاني ففي الضمان، يعدون القبض الأول ينوب عن القبض الثاني، لأنهما متجانسان والتجانس يقتضي التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه، ويسد مسده، وأما قبض الأمانة فلا ينوب عن القبض في البيع، وعلى هذا إذا كان المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع، فإما أن يكون في يد ضمان أو يد أمانة.

فإذا كانت يد المشتري يد ضمان، فإما أن تكون يد ضمان بنفسه كيد الغاصب، فيصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد، ولا يحتاج إلى تجديد القبض، ويبرأ البائع من التزام المبيع، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد أو غائباً، وإما أن تكون يد ضمان لغيره - كيد الرهن، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن - فإنه لا يصير قابضاً، إلا أن يكون الراهن حاضراً في

(١) المجموع شرح المذهب للشيرازي ٢٨١/٩ - الروضة ٥٠٨/٣.

مجلس العقد، أو يذهب إلى

حيث يوجد الرهن، ويتمكن من قبضه^(١)، ويعلل الكاساني ذلك بقوله:
لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين، والمبيع المغصوب
مضمون بنفسه، فلم يتجانس القبضان، فلم يتشابهوا فلا ينوب أحدهما عن
الآخر^(٢).

وإن كانت يد المشتري يد أمانة كيد المستعير أو الوديع، فلا يصير قابضاً
إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه، فيتمكن من قبضه بالتخلية، لأن
يد الأمانة ليست من جنس الضمان، فلا يتناوبان^(٣).



(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٤٨/٥.

(٢) المصدر السابق نفسه، وانظر الفتاوى الهندية ٢٢/٣ - ٢٣.

(٣) المصدران السابقان نفسهما.

الفصل الثاني

القبض من حيث الصحة وعدمها

تمهيد وتقسيم:

قبض الشيء من القابض، قد يحصل بإذن مستند إلى إذن من المشرع، أو العرف، أو بإذن من المالك، وحينئذ يكون القبض صحيحاً. وقد يحصل بدون إذن فيكون فاسداً، وقد يحصل مستنداً إلى سبب إذن في القبض، من غير إذن في الاستدامة، ولكل حكمه. وسأتناول ذلك من خلال أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: القبض بإذن.

المبحث الثاني: القبض بغير إذن.

المبحث الثالث: القبض المستند إلى سبب إذن في القبض من غير إذن في الاستدامة.

المبحث الرابع: القبض المنتهي سببه.

المبحث الأول القبض بإذن

تمهيد وتقسيم:

يختلف مصدر القبض بإذن فقد يكون القبض مصدره الشرع أو العرف، وقد يكون مصدره الاذن من المالك، وتتناول كلا الأمرين في مطلبين على النحو التالي:-

المطلب الأول: القبض بإذن الشرع أو العرف.

المطلب الثاني: القبض بإذن المالك.

المطلب الأول القبض بإذن الشرع أو العرف

هناك مقبوضات، للقباض أن يقبضها بدون إذن مالكيها، لكن فيها إذن من الشارع الحكيم ليحفظها للمالكها.

كاللقطة، فقد جاء الإذن الشرعي في قبض اللقطة على جهة الحفظ.

فقال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]. وقال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]. فيلزم بعضهم حفظ مال البعض لأنه وليه^(١).

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣١٩/٦.

روى الإمام البخاري قال: وقال ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرّج عن مسلم كربة فرّج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة"^(١).

ولا شك أن من ضاعت له حاجة فإنه يقع في كرب، ولا سيما إذا كانت ثمينة، فمن ردها إلى صاحبها، فقد نفس عن أخيه كربة، وبذلك فإن قبض الملتقط اللقطة صحيح، لكن إذا قبضها هل يترتب على قبضه ضمان؟ نرى للفقهاء كلاماً كثيراً نختصر منه ما يخص بحثنا.

ذهب جمهور الفقهاء "الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية"^(٢) إلى أنه إذا أخذها بنية الحفظ أبداً لصاحبها، ولا يرغب في تملكها، فإنها تكون في يده أمانة، لا يضمن إلا بالتفريط. ففي تكملة المجموع، "وله أن يستبقيا في يديه أمانة لصاحبها، كذلك له، لأنه لما جاز أن يملكها على صاحبها، فأولى أن يحفظها لصاحبها، ولا يلزمه تعريفها، لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها، ولا الإشهاد عليها، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت، لأن يده يد الأمانة كالتصرف.

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي، كتاب المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه ٦٦/٢.
(٢) انظر: تكملة المجموع ٢٧٩/١٥، البحر الزخار ٢٨٠/٤، مواهب الجليل للفرشي ١٢٦/٧، المغني لابن قدامة ٣٣٩/٦، الزيلعي ٣٠١/٣، بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٦، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٥٧/٨ وما بعدها.

جاء في سنن أبي داود "أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً فألقى به فاطمة فسألت (فسألت) عنه رسول الله ﷺ فقال: "هو رزق الله فأكل منه رسول الله ﷺ وأكل علي وفاطمة فلما كان بعد ذلك أثنى امرأة تنشد الدينار، فقال النبي ﷺ "يا علي أد الدينار"^(١).

وجه الدلالة: أن اللقطة أمانة، فالإمام البخاري ترجم في باب اللقطة، إذا جاء صاحبها بعد سنة ردها عليه، لأنها وديعة عنده، والوديعة بيده على المودع أن يسلمها للمودع عند طلبها، فالدينار عندما التقطه سيدنا علي رضي الله عنه، حصل في يده أمانة، فلما استهلكه ضمنه.

لكن الخفية والظاهرية^(٢) اشترطوا الإشهاد، فالشهادة تبين أنه قبضها للحفظ والأمانة، وإذا لم يشهد على اللقطة، فهذه دلالة على أنه قبضها لئتملكها لنفسه، فيكون حكمه كالغاصب وسيأتي حكم ضمانه.

وكذلك اتفقوا على أنه إذا أخذها للتملك، فهو قبض فاسد، وعليه الضمان حتى أن بعضهم قال: إذا تملكها قبل أن تنتهي مدة التعريف، يصير غاصباً، وعليه الضمان^(٣).

وللهاكية تعبير دقيق، في هذا حيث قالوا: "وكذلك يضمن الرجل إذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكاً وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها

(١) سنن أبو داود ج ٩٤/٥، كتاب اللقطة باب «حديث رقم ٧١٢».

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٦، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٥٧/٨ وما بعدها.

(٣) انظر: مواهب الجليل ١٢٦/٧.

فإنه يضمن بهذه النية كالغاصب^(١).

وكذلك اتفقوا على أنه إذا أخذها من موضعها ثم ردها إلى مكانها، يعدُّ مفرطاً فيها، فهذا القبض يجب أن يأخذ مسراه إلى نهاية المدة^(٢).

إلا أن المالكية قالوا - إذا قبضها على نية التعريف، ثم بدا له ردها، فهو ضامن إلا إذا كان عن قرب زمان.

وبعد انتهاء المدة المعرف فيها - وهي مفوضة إلى اجتهاد الملتقط - يقول الزيلعي: "قدّر لكل لقطة ما يليق بحالها، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها، إلى أن يغلب علي ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك^(٣)."

لكن هل القبض يفيد الملكية، كالبيع؟

ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية^(٤)، إلى أن القبض معلق بالذمة، فإذا جاء المالك، وكانت باقية وجب تسليمها بعينها، وإلا فمثلا أو قيمتها، ولأن ملكها مشروط بالضمان، إلا أن الحنابلة قالوا: إذا لم يعرف مالها بعد التعريف سنة دخلت في ملك ملتقطها كسائر أمواله، إلا أن هذا المالك مراعي فيه الزوال، عجيء صاحبها، ويضمن بدلها، إن تعذر ردها.

(١) مواهب الجليل ٦/٨ ٤ باب اللقطة

(٢) انظر: المصادر الفقهية السابقة.

(٣) انظر: تبين الحقائق للزيلعي ٣/٤٠٣.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٣٢٨-٣٣٩، تبين الحقائق للزيلعي ٣/٣٠١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١/٦٠٢، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٥٧/٨ وما بعدها.

وهناك مقبوضات اختلفوا في ضمانها وتملكها، وهل تملك بمجرد الالتقاط، وتكون كسائر إكسابه أولاً؟ كلقطة الضوال من الغنم والمعز، وما يتسارع إليه الفساد.

فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية لم يفرقوا بين الملتقطات، بل كلها عندهم تكون مضمونة.

وخالف في ذلك المالكية في المشهور عندهم والظاهرية، حيث قالوا: إن هذه الأشياء تملك بمجرد الالتقاط بدون ضمان، إلا إذا وجدها ربها فهو أحق بها^(١).

وقد استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بالكاتب والسنة النبوية المطهرة:

أما الكاتب: فقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فالتراضي، هو الرضا من الجانبين، والرضا متكون من عنصرين.

الأول: القصد إلى مباشرة السبب، أي القصد إلى التعبير، سواء كان لفظاً أم فعلاً.

والثاني: الرغبة في الحكم^(٢)، وكل ذلك مفقود في مالك اللقطة، لأنه غائب.

(١) انظر: مواهب الجليل ١٢٦/٧.

(٢) انظر: التراضي في عقود المبادلات المالية ص ٢٥، د. نشأت إبراهيم الدريني، طبعة دار

الشروق، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

أما السنة: فقولہ ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"^(١). فالحديث يدل على تحريم مال المسلم، إلا بطيب من نفسه وإن قل، والإجماع واقع على ذلك.

فالقرآن والحديث قد أثرا كلمتي الرضا وطيب النفس على سائر الكلمات المتقاربة لهما في المعنى، كالإرادة والاختيار، لأن الرضا وطيب النفس يدلان على كمال الإرادة وبلوغ الاختيار نهايته^(٢).

واستدل المالكية ومن معهم بالحديث المتفق عليه:

"أَنَّ أَعْرَابِيًّا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَسَأَلَهُ عَمَّا يَلْتَقِطُهُ فَقَالَ " عَرَفَهَا سَنَةً، ثُمَّ أَحْفَظُ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِهَا، وَإِلَّا فَاسْتَنْفِقْهَا ". قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَضَالَّةُ الْغَنَمِ قَالَ " لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ ". قَالَ ضَالَّةُ الْإِبِلِ فَتَمَعَرَّ وَجْهُ النَّبِيِّ ﷺ . فَقَالَ " مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا"^(٣).

وجه الاستدلال من وجهين:

الأول: في الحديث مساواة بين من يملك وبين من لا يملك، فدل على أن ما استهلكه الذئب هدر، لأنه لا يملك وكذا الملتقط، وهذا بيان حكم الأخذ في

(١) سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ٢٦/٣ دار المحاسن للطباعة، ١٩٦٦، مصر.

(٢) انظر: التراضي في عقود المبادلات المالية ص ٥٧.

(٣) صحيح البخاري، كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل ٩٢/٣، طبعة دار الكتب العلمية، صحيح

مسلم بشرح النووي كتاب اللقطة باب ضالة الإبل حديث رقم (١٧٢٢) ١٣٤٦/٣

سقوط الضمان عنه^(١).

الوجه الثاني: لم يذكر في الحديث ما يخص الشاة بالتعريف، وإذا لم يلزم الملتقط التعريف لم يلزمه الغرم^(٢).

وهذا الدليل الذي استدل به المالكية، لامطعن فيه من حيث السند، ولكن من حيث الاستدلال، وذلك من وجوه:

الأول: ليس في الحديث نفي الغرم، بل غاية ما يفهم منه إباحة الأخذ، وجواز الأكل دون الغرم^(٣).

الثاني: لا يسلم أنه ليس في ضالة الغنم تعريف، بل يقول: راوي الحديث يزيد مولى المنبعث بعد روايته لحديث: "فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب" وهي تعرف أيضاً^(٤)، والراوي أعلم بتفسير الحديث، فدل ذلك أن التعريف يكون أيضاً في ضالة الغنم.

فإذا كان الحديث ليس فيه نفي الغرامة، وفيه التعريف، تكون ضالة الغنم وما في معناها، كغيرها من اللقطة، وإن إطلاق النصوص في هذا الباب كما يقول الإمام الزيلعي تناولها^(٥)، وأن النصوص تثبت الضمان إذا جاء المالك

(١) انظر: مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ١٢٦/٧، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٥٧/٨ وما بعدها.

(٢) انظر: المصدرين السابقين.

(٣) انظر: المصدرين السابقين.

(٤) صحيح البخاري، كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل، ٩٣/٣.

(٥) انظر: الكنز، كتاب اللقطة، باب ضالة الغنم وما في معناها ٣٠٥/٣.

"فإن جاء ربها فأدّها إليه"^(١).

"وحتى يلقها ربها"^(٢)، فهذه دلالة واضحة على ضمان اللقطة، فاللقطة داخلة فيها.

الوجه الثالث: ساق الإمام البخاري هذا الحديث كله في باب (إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لأنها وديعة عنده)^(٣).

١- ويفهم من ذلك أن ضالة الغنم لقطة، لأنه قال: إذا جاء صاحب اللقطة.

٢- أن مضمونة على الملتقط، لأنه قال: ردها عليه.

٣- عدها البخاري وديعة، والوديعة أمانة عند الجميع.

الوجه الرابع: يقول الإمام النووي: "واحتج أصحابنا بقوله ﷺ في الرواية الأخرى، فإن جاء ربها فأدّها إليه"^(٤).

فهذه الرواية أثبتت الغرامة، ولم تكن - كما يقول النووي: - في الدليل الذي احتج به مالك: "لم يكن فيها نفي الغرامة ولا إثباتها، ولكن عرف وجوبها بدليل آخر"^(٥).

(١) صحيح مسلم بشرح النووي كتاب اللقطة باب ضالة الآبل حديث رقم (١٧٢٢) ١٣٤٦/٣

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها ٦٣/٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها ٦٣/٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي كتاب اللقطة باب ضالة الآبل حديث رقم (١٧٢٢) ١٣٤٦/٣

(٥) شرح صحيح مسلم النووي كتاب اللقطة باب ضالة الآبل حديث رقم (١٧٢٢) ١٣٤٦/٣.

وهذه الرواية رواها أبو داود في سننه عن النبي ﷺ في ضالة الشاة بلفظ "فاجمعها فإن جاء باغيها فأدِّها إليه"^(١)، ومن جميع ما سبق يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور والله أعلم.

ومن أصحاب مالك من قال بقول الجمهور، فقد جاء في الكافي: "وفي إلتقط شاة في فلاة من الأرض حيث يخاف عليها السباع... ثم جاء ربها، فلا ضمان عليه التقاط فيها عند مالك في المشهور عنه، فقد قال بعض أصحابه: إنه يضمنها إن أكلها - وهو قول جماعة من أهل العلم، وقد روي ذلك أيضاً عن مالك"^(٢).

بيد أن المالكية والظاهرية، قد اختلفوا في ضالة الغنم التي يخاف عليها، فالمالكية قالوا لا ضمان على ملتقطها إذا وجدها بصحراء فأكلها، أما إذا وجدها في العمران أو أمكن حملها من الصحراء حية إلى العمران، فعليه تعريفها، لأنها صارت كاللقطة^(٣).

أما الظاهرية فقالوا: بأن إطلاق الحديث يقتضي العموم بلا فرق بين أحوال وجود ضالة الغنم، فحيث وجدها يخاف عليها الذئب أو من يأخذها من الناس، ولا حافظ لها، ولا هي بقرب ماء، فهي حلال لمن أخذها، سواء جاء صاحبها أو لم يجيء، وجدها حية أو مذبوحة أو مطبوخة أو

(١) سنن أبي داود، كتاب اللقطة، رقم الحديث ١٦٣٥، طبعة دار المعرفة، بيروت.

(٢) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة/ المالكي - لأبي عمر يوسف بن عبد الله النمرى القرطبي

ص ٤٢٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٣) انظر: مواهب الجليل للخطاب ١٢٧/٧.

مأكولة لا سبيل له عليها^(١).

كل ما قيل في اللقطة، إن قبضها قبض صحيح بإذن الشارع، وأن هناك مقبوضات صحيحة بدون إذن المالك اكتسبت الصحة من إذن الشارع الحكيم، مثل قبض المغصوب من الغاصب للولاية والحكم، وقبض الحاكم أموال الغيب التي لا حافظ لها، وقبض الولاية المصالح والزكاة، وقبض أموال المجانين والمحجور عليه بسفه أو صغر، وحفظ أموال المحبوسين الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم، ومن طيرت الريح ثوباً إلى حجره أو داره والمودع إذا مات المودع والوديعة عنده، وكذلك قبض المضطر من طعام الأجانب، ماتدفع به ضرورته، وسرقة أموال أهل الحرب، وقبض الإنسان حقه إذا ظفر به بجنسه أو بغيره جنسه^(٢).

وكذا إذا استند القبض إلى إذن العرف كالمقتد لمال غيره من التلف ونحوه^(٣). فهذه لاضمان فيها، لأن الشرع قد أذن في قبضها، إلا إذا حصل تعد في الحفظ.

ونضرب أمثله مما جرى العرف بالإذن في قبضه.

١- تقديم الضيفان:

إذا أكل وضعه بين أيديهم، ودخل الوقت الذي جرى العادة بأكلهم

(١) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٧٠/٨.

(٢) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأناس ٧١/٢ - ٧٢، طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ٥٦ - القاعدة ٤٣.

فيه، فإنه يباح لهم الأكل، للدلالة العرفية منزلة اللفظية، ولهذا لا يجوز أن يعطي منه طفلاً أو يدعو آخر، إلا إذا علم من باذل الطعام الرضا.

فلو حصل إنسان يأكل مثل عشرة أنفس، ورب الطعام لا يشعره، فهل له أن يأكل قدر شعبه؟ لا يجوز أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف من مقدار الأكل، لانتفاء الإذن اللفظي والعرفي فيما جاوز ذلك.

وحكم مسألة قرآن التمر، ومثله الفواكه، والقرآن: أن يأكل أكثر من واحدة في لقمة واحدة، فهذه لا يجوز بدون إذن، إلا إذا كان الطعام كثيراً يفضل عن شعب الجميع فلكل واحد أن يأكل كيف شاء.

٢- دخول الحمامات:

إذا فتحت أبوابها في أوقات جرت العادة في الارتفاق بها. أي تفتح طلباً للثواب بدون مقابل، فإنه جائز للإذن العرفي، ولا يجوز المكث أكثر مما جرت به العادة، ولا أن يستعمل من الماء أكثر مما جرت به العادة، لأن ما كان أكثر من ذلك، يتوقف على الإذن الصريح: لأن الأصل في أموال الناس التحريم ما لم يتحقق السبب المبيح.

٣- الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة:

إذا كان السقي لا يضر بمالكها فإنه يجوز للإذن الشرعي، فإذا كان فيه ضرر، فإن ذلك لا يجوز لفقدان الأذن الصريح والعرف.

فإذا كان مملوكاً لمن لا يعد إذنه كاليتيم والأوقاف العامة، أو سقط شيء حقير، لا يلتفت إليه في العادة وهو ليتيم أو من وقف على المساجد، يقول العز بن

عبد السلام: "فعندي في هذا وقفة، لأن إذنهم الصريح لا يعتبر فكيف يعتبر الذي أقيم مقامه، وهو الإذن العرفي".

وهكذا كل عرف جرى بين الناس في كل وقت يتسامح بمثله، فإنه يقام مقام الإذن الصريح، وهو قبض صحيح^(١).

المطلب الثاني القبض بإذن المالك

تمهيد وتقسيم:

تعدد صور القبض الذي يرجع مصدره الى المالك، فقد يستند الى نقل ملكية الشيء المقبوض، وقد يرجع حق الانتفاع للقابض فقط، واخيرا قد يرجع حق الانتفاع للطرفين المالك والقابض، وتتناول الصور الثلاثة السابقة في ثلاثة فروع أعرض لها كالتالي:

الفرع الأول: قبض يفيد نقل ملكية المقبوض إلى القابض

الذي ينقل الملكية من المالك إلى القابض، قبض المبيع، والموهوب، والمتصدق به، والموصى به.

وإليك جانباً من هذه العقود لنقف على طبيعة القبض فيها:

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١١١/٢ وما بعدها.

١- البيع:

اختلف الفقهاء في المبيع، هل ينتقل ضمانه بمجرد العقد إلى المشتري أم لابد من القبض؟ لأن الضمان إذا كان على البائع فإن المبيع من ملكه، وإذا كان على المشتري، فإن ذلك يعني إن المبيع قد انتقل من البائع، وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله، مع بيان القول الراجح.

٢- الهبة:

الموهوب والمتصدق به^(١)، اختلف الفقهاء في انتقاله من الواهب والمتصدق إلى الموهوب له أو المتصدق عليه بمجرد العقد، أو بشرط القبض، على ماسيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى في العقود، فالجمهور من الفقهاء قالوا: إذا تم عقد الهبة والصدقة، فإن الموهوب والمتصدق به، لا يلزم الواهب، والمتصدق، ما لم يحصل القبض في ذلك.

فالقبض فيهما عندهم شرط لزوم، ولذا لهما الرجوع قبل القبض، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، وقيدة الحنابلة فيما يكال، ويوزن أو يعد، أو يذرع، ومذهب الخلفاء الراشدين، والزيدية، وهو قول الثوري ورواية عن أحمد^(٢).

٣- الوصية:

يرى جمهور الفقهاء أن الوصية تملك بدون القبض، ولكن للقبض أثراً في

(١) الهبة لفظ يعم الصدقة والهبة، كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٨٥/٢.

(٢) انظر: الهداية ٢٢٤/٣، نهاية المحتاج ٤١٤/٥، المغني لابن قدامة ٢٤٨/٦، الروض النضير

٣٨٢/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٨٦/٢.

الوصية بعد القبض، فلا يصح ردها، إلا إذا قبل ورثة الموصي، فتعد حينئذ هبة، أما بعد القبول وقبل القبض فقد اختلف الفقهاء في حكم رد الموصى له الوصية على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره عدم الصحة، لأنها - الوصية - اكتسبت الملكية التامة بعد القبول وموت الموصي، فإذا ردها - الموصى له - يعد فعله تضییعاً لماله وبه قول الجمهور، وهو تصحيح النووي لمذهب الشافعي^(١).

الاتجاه الثاني: يصح الرد وبه قال بعض الشافعية، هو مقابل الصحيح عندهم^(٢)، وقال الحنابلة يصح الرد إذا كان مما يكال ويوزن^(٣).
أما حصول الملكية، فلفقهاء فيه اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أن الوصية تملك بالقبول بعد موت الموصي، فإذا مات وقبل الموصى له، فقد انتقل الملك له وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وقول للإمامية.

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن الوصية تملك بالموت ولا يشترط القبول، وهو المشهور من مذهب الإمامية وقول للشافعية، نسبه إليهم ابن قدامة، وقول لأحمد^(٤).

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٤/٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٤٥/٢.

(٤) انظر: الهداية ٢٣٣/٤، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٨٢/٢، كشف القناع عن

متن الإقناع للبهوتي ١١٣/٢، المغني لابن قدامة ٤٢٠/٦، ٤٣٧، ٤٨٥.

الفرع الثاني: قبض لا يحصل به الملك

القبض الذي لا يحصل به الملك هو قبض العارية.

فإذا أعار شخص لآخر شيئاً، فإن صاحب الشيء المستعار يقال له معير، والآخذ مستعير، والشيء المعار استعارة، ويقال له عارية. والعارية لا تصح إلا بشيء لا يستهلك بالاستعمال، وأما الذي يستهلك فلا يصح إعارته.

فإذا قبض المستعير العارية، وتلفت عنده.

فقد أجمع الفقهاء على أن المستعير إذا أ تلف الشيء المستعار فعليه الضمان. واختلفوا في الضمان إذا حصل التلف بدون تعد وتفريط، وتنتج عن ذلك ظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أنه لا يضمن، لأنها أمانة، وهي لا تضمن إلا بالتعدي، به قال أبو حنيفة، وحكى أنه قول للشافعي^(١).

وقيده بما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه للإذن فيه^(٢)، وهو مذهب الظاهرية، وقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما والحسن البصري، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وإسحاق.

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن العارية مضمونة به قال مالك وخصه بما يمكن إخفاؤه، كالخلي، والثياب، إلا إذا أقام البيئة، على حصول التلف بغير

(١) انظر: مجمع الأنهر ٣٤٧/٢، نصب الرأية للزيلعي ١١٧/٤، شرح الدردير ٤٣٦/٣، مغني المحتاج ٢٦٧/٢، المغني لابن قدامة ٣٥٥/٥، الروضة ٤٣١/٤.

(٢) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ١٧٠/٩

تعد، ولا تفريط منه أما مآظهر تلفه كالحيوآن والدور والسيارات فلامضان فيه، وقول الشافعي: إذا حصل الهلاك بغير الاستعمال ولو بغير تعد منه.

وهو مذهب أحمد، وبعض الزيدية، ومروي عن ابن عباس، وأبي هريرة، وعطاء^(١).

المذهب الثالث: يرى أنصاره أن المعير إن شرط الضمان في العارية فهي مضمونة.

وإن لم يشترط فليس بشيء إلى هذا ذهب بعض الفقهاء، منهم قتادة، والعنبري وعثمان البتي وبعض الحنفية، وهو مذهب الاباضية وبعض الزيدية، وهو مذهب الإمامية^(٢).

الأدلة: أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

استدل أصحاب الاتجاه الأول على ماذهبوا إليه بالسنة والمعقول.

(١) انظر: مجمع الأنهر ٣٤٧/٢، نصب الراية للزيلعي ١١٧/٤، مغني المحتاج ٢٦٧/٢، المغني لابن قدامة ٣٥٥/٥، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ١٧٠/٩ وما بعدها، شرائع الإسلام ١٧٤/٢.

(٢) انظر الإشراف ٢٧٠/١ - مسائل في الفقه المقارن ٦٧/٢. انظر: مجمع الأنهر ٣٤٧/٢، نصب الراية للزيلعي ١١٧/٤، مختصر الخصال للشيخ الشاربي اسحاق الحضرمي طبعة وزارة التراث- سلطنة عمان ص ١٤٩، فتاوى المعاملات للشيخ احمد بن حمد الخليلي ص ٣١٧، شرح الدردير ٤٣٦/٣، مغني المحتاج ٢٦٧/٢، المغني لابن قدامة ٣٥٥/٥، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ١٧٠/٩ وما بعدها، شرائع الإسلام ١٧٤/٢.

أما السنة:

١- قال رسول الله ﷺ "ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان" (١).

والمغل: الخائن.

٢- قال رسول الله ﷺ "العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم" (٢).

جهة الدلالة:

دل الحديث الأول على عدم وجوب الضمان على غير المتعدي.

ودليل الحديث الثاني أنه عليه الصلاة والسلام، ذكر أشياء بين الحكم فيها، كالكفيل، فلو كان حكم العارية الضمان، لصرح به عليه الصلاة والسلام، وإنما قال "العارية مؤداة" أي أنها أمانة، لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] فهو بذلك حكمها حكم الوديعة، لا تضمن إلا بالتعدي.

أما المعقول:

فقال المستعير محرم، إلا أن يوجهه نص قرآن أو سنة، ولم يوجهه قط نص منها، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الشورى: ٤٢].

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العارية، باب من قال لا يغرم، ٩١/٦.

(٢) رواه أبو داود في السنن، كتاب العارية، باب في تضمين العارية، حديث رقم ٣٤٢١، ١٩٩/٥.

وقال تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩١] والمستعير لم يتعد ما لم يضيع محسناً، فلا سبيل عليه بنص القرآن، والغرم سبيل يقي، فلا غرم عليه لعدم وجود النص^(١).

أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

استدل أصحاب الاتجاه الثاني على ما ذهبوا إليه بالسنة النبوية المطهرة من وجهين.

١- قوله عليه الصلاة والسلام: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(٢).

جهة الدلالة:

أن العارية مما أخذت اليد وقبضته، فعلى القابض الضمان حتى يؤدي.

٢- إن رسول الله ﷺ: "استعار من صفوان بن أمية درعاً يوم حنين" فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: "لا، بل عارية مضمونة"^(٣).

وهذا الحديث دلالة صريحة.

أدلة أصحاب الاتجاه الثالث:

استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالسنة النبوية المطهرة فقد روي عن صفوان بن يعلى عن أبيه، قال: قال لي رسول الله ﷺ: "إذا أئتك

(١) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ١٧٤/٩.

(٢) سنن أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣/٣٦٩.

(٣) سنن أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣/٣٧٠.

رسلي، فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً، قال: فقلت: يا رسول الله، أعارية مضمونة أم عارية مؤداه؟ قال: بل عارية مؤداه" (١).

يقول ابن حزم: "هذا حديث حسن، ليس في شيء، مما روي في العارية خبر يصح غيره" (٢).

جهة الدلالة:

دل الحديث على أن الضمان يجب أن يبين في أول العقد، ويفهم هذا من سياق السؤال، فإذا لم يشترط، فإنه لا شيء على المستعير إلا إذا فرط.

المناقشة:

مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الأول:

نوقش الحديث الأول الذي استدل به أصحاب هذا الاتجاه، بأن في إسناده عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان، وهما ضعيفان (٣).

ويقول ابن حزم: هذا قول شريح (٤).

ونوقش الحديث الثاني، بأنه ورد من ثلاثة طرق في الأول - الحجاج بن الفرافصة وهو مجهول، وفي الثاني حاتم بن حريث مجهول، وفي الثالث ابن

(١) سنن أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٣/٣٧١.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٩/١٧٣.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٩/١٧٠.

لهيعة، وهو لاشيء^(١).

ولو صح هذا الحديث، فإن التصريح بضمان الكفيل، لا يدل على عدم ضمان المستعير.

مناقشة أدلة أصحاب الاتجاه الثاني:

ناقش ابن حزم الدليل الأول وهو حديث "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" فقال: "في إسناد الحسن عن سمرة، والحسن لم يسمع من سمرة، ولو صح فليس فيه غير الأداء، والأداء غير الضمان في اللغة والحكم، ويلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان، أن يضمنوا بذلك المرهون والودائع، لأنها مما قبضت اليد، فظهر التناقض"^(٢).

أما حديث صفوان، فقد أطال ابن حزم في ذكر طرق الحديث، فلم يخل طريق إلا وفيه ضعف^(٣).

الراجع:

يترجح لدي ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثالث من القول بأن العارية إذا شرط فيها الضمان فهي مضمونة وإلا فلا لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة والاعتراض.

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) المصدر السابق نفسه ١٧١/٩ - ١٧٢.

الفرع الثالث: قبض تعود منفعته إلى المالك والقباض

القبض الذي تعود منفعته إلى المالك والقباض يكون في أمرين:

(أ) الأمر الأول: ما أخذ على وجه الملك، فتبين فساد.

(ب) الأمر الثاني: ما أخذ على وجه العموم.

أما الأمر الأول: وهو ما أخذ على وجه الملك فتبين فساد فمثاله البيع الفاسد.

وقد اتفق الفقهاء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت، ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق حكمها الرد، بمعنى أن يرد البائع الثمن، والمشتري المبيع^(١).

ولكنهم اختلفوا في حكم قبض المبيع في البيع الفاسد، على ثلاثة اتجاهات:
الاتجاه الأول:

يرى أنصاره أن قبضه باطل لا يملكه المشتري.

به قال الشافعية والظاهرية والإمامية^(٢) وأحمد حيث قسم شروط الفساد إلى ثلاثة أقسام:

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٦١/٢. وحوالة الأسواق - هي تغير الأسعار في السوق، فمثلاً تقبض وهي تساوي ألفاً وترد وهي تساوي خمسمائة أو بالعكس (المصدر السابق نفسه).

(٢) انظر: الروضة ٤٠٩/٣، الصراط القويم ص ١٧٣، منهاج الصالحين ١٧/٢.

الأول: مبطل للعقد، كمن باع آخر، على شرط أن يبيعه حاجة.

الثاني: لا ينعقد معه بيع، مثل: بعثك إن رضى أبي، فهذا لا يصح، لأن العقد ينقل الملكية والشرط يمنعه.

الثالث: شرط ينافي مقتضى العقد، كمن اشترى مبيعاً، واشترط البائع عدم بيعه، فالبيع صحيح، ويلغى الشرط، فالشرطان الأول والثاني، إذا صحبا العقد، فإن البيع فاسد، لا يترتب عليه آثار البيع الصحيح^(١). وهو قول الحنفية والزيدية، في البيع الباطل، لأنهم فرقوا بين الفاسد والباطل، فالباطل عندهم ما كان الخلل يرجع إلى ركنه أو محله.

فالركن، الإيجاب والقبول، والمحل، إذا كان المبيع غير متوفر فيه شروط البيع بأن كان غير منتفع به، أو غير مقدور التسليم، فقبضه باطل، إذ هو كعدمه، فلا يملكه المشتري إذا قبضه^(٢). وغيرهم لا يرى ذلك، فالباطل والفاسد: واحد.

الاتجاه الثاني:

يرى أنصاره وجوب الفسخ قبل القبض وبعده، ويجب عليهما أن يترادا إلى هذا ذهب الحنفية والمالكية^(٣). ونجد الفرق بين هذا المذهب والمذهب

(١) منتهى الإرادات ١٦٣/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ١٠٥/٤ - البحر الزخار ٣٨٤/٣.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ١٢٣/٤، وما بعدها، الكافي ٣٥٦ وما بعدها، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٦١/٢.

الأول، أن الملكية معدومة وباطلة في الأول، بينما هي في الثاني موجودة، ولكنها خبيثة إذا قبضها بإذن المالك، ولم ينه عنه، فلا يحل له الانتفاع به مثل الملبس والمأكل والمشرب ووطء الجارية والشفعة لجاره.

أما صفات الملكية الأخرى، موجودة فيه، مثل الخاصمة لمن يدعيه، لأنه يملك رقبته، وإذا أعتق صح العتق وله الولاء.

فلو لم يكن للملكية أصل لما ثبت له ذلك الحق، ولكن يجب عليه فسخ ذلك العقد، ووجب عليه رد المبيع إن كان باقياً بعينه، أو مثله، إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان مقوماً بيد أن هناك خلافاً - بين الحنفية والمالكية في القيمة، فيقول الحنفية: القيمة المعتبرة يوم قبض المبيع، بينما المالكية يقولون: يجب رد قيمة ذلك الشيء بالغاً ما بلغ كان أكثر من الثمن أو أقل^(١). أي تقدر القيمة وقت فسخ البيع.

الاتجاه الثالث:

يرى أنصار هذا الاتجاه وهم الزيدية: أن المبيع في البيع الفاسد يملكه المشتري إذا قبضه بإذن البائع^(٢).

واستدلوا على ذلك بحديث عائشة، أنها قالت: جاءني بريرة، فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي، فقلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم

(١) المصادر السابقة، في نفس المواضع المشار إليها.

(٢) انظر البحر الزخار ٢/٢٩١ وما بعدها.

فأبوا عليها، فجائز من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: إني عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء "فسمع النبي ﷺ" فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: "خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق... ثم قال رسول الله ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن أعتق"^(١).

وجه الاستدلال:

أن المبيع في البيع الفاسد يملكه المشتري بقبضه بإذن البائع.

والذي يبدو لي راجحاً من هذه الاتجاهات، هو الاتجاه القائل ببطلان البيع في العقد الفاسد، ولا يترتب عليه أثر من آثار القبض الصحيح وأما ما استدل به أصحاب الاتجاه الثالث، فدلالته على غير ما ذهبوا بدلالته من الحديث، لأن الولاء في الحديث المراد به العتق، يقول الإمام الشيرازي: "فإن شرط عتق العبد لم يفسد العقد، لأن عائشة رضي الله عنها، اشترت بريرة لتعتقها، فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها، فقال رسول الله ﷺ: "اشترئها واعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق"^(٢).

وأيضاً الشروط التي تفسد العقد، هي الشروط التي تنافي مقتضى العقد، أما إذا كان من مقتضى العقد، ولا ينافيه، فإنه لا يؤثر في العقد، كمن باع عبداً

(١) صحيح البخاري كتاب الشروط، باب الشروط في البيع، ١١٦/٢ - سبل السلام ١٠/٣، انظر البحر الزخار ٢٩١/٢ وما بعدها، ٣٨٠/٣ وما بعدها.

(٢) المجموع بشرح النووي ٣٥٧/٩ ط مكتبة الإرشاد بجدّة، تحقيق محمد نجيب المطيعي.

بشرط العتق فإن البيع يكون صحيحاً^(١)، والشرط يلغى ولا يلزم الوفاء به يقول السمرقندي عن شرط عتق العبد: "هذا شرط يلائم العقد من وجه دون وجه، الإعتاق باعتباره إزالة الملك، فهو تغيير لحكم العقد، ومن حيث أنه إنهاء للملك، يكون ملائماً له، لأن فيه تقريراً، فقلنا بفساد البيع في الابتداء، بالجواز في الانتهاء عملاً بالدليلين"^(٢).

ويورد الطحاوي أيضاً، لهذا الحديث عدة طرق بروايات مختلفة في بعضها لم يكن فيها شرط الولاء، منها قول الرسول ﷺ لعائشة رضي الله عنها "لا يضررك فإنما الولاء لمن أعتق" ويقول الطحاوي بعد إيراد هذه الروايات "دل ذلك أن هذه الآثار هكذا رويت، أنها أرادت أن تشتريها فتعتقها، فأبى أهلها إلا أن يكون ولاؤها لهم"^(٣). ويقول: "إباحة البيع على أن يعتق المشتري، وعلى أن يكون ولقاء المعتق للبائع، فإذا وقع ذلك ثبت البيع، وبطل الشرط وكان

(١) المصدر نفسه ٣٦١/٩٠، والشروط خمسة:

- ١- من مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع أو الرد بالعيب ونحوه.
 - ٢- شرط من مصلحة العاقد، كشرط الرهن أو الشهادة أو له الخيار إلى ثلاثة أيام.
 - ٣- شروط لا يورث تنازعا: كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة.
 - ٤- شرط عتق العبد: فهذه الشروط الخمسة لا تؤثر على صحة البيع،
 - ٥- فهو الذي ينافي، مقتضى العقد كشرط عدم بيعه أو هبته أو نحو ذلك.
- المجموع ٣٦٣/٩.

(٢) تحفة الفقهاء ٦٧/٢، ٦٨، ط دار الفكر: دمشق، تحقيق د/ وهبة الزحيلي محمد المنتصر الكفاني.

(٣) شرح معاني الآثار للطحاوي ٢/٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٣، ط المصطفائي، محمد خان مصطفى سنة ١٣٠٠ هـ.

الولاء للمعتق^(١).

ويورد رواية: "لا يمنعك ذلك، اشتريها، فاعتقها، فإنما الولاء لمن أعتق" فيقول: "هذا حديث فيه ضد ما في غيره من الأحاديث... وليس فيه دليل على اشتراط الولاء في البيع، وإنما ورد اشتراط الولاء في رواية هشام بن عروة وزيادة الثقة مقبولة"^(٢).

ويقرر الطحاوي ذلك بقوله: "جاء في الحديث، أي حديث هشام: "واشتريها فإنما الولاء لمن أعتق" فلم يبين رسول الله ﷺ لعائشة ما اشترط، فقد يجوز أن يكون أراد واشترطي في البيعات الصحاح، فليس في حديث هشام هذا، لما كشف معناه، خلاف شيء مما في حديث الزهري، ولا يبان كيف حكم البيع إذا وقع فيه مثل هذا الشرط، هل يكون فاسداً أو هل يكون جائزاً؟"^(٣).

ويقول الطحاوي: إن الذي يعتبر في الحفظ والضبط، يؤخذ بما روي ويترك ما روى الآخرون، فإن ما روى الزهري أولى، لأنه أتقن وأضبط وأحفظ من هشام، وأيضاً يؤول خذها، بمعنى ابتاعها، وهذا وارد في اللغة، كقولك خذ هذا بدرهم، يريد البيع، ومن هذا فلم تسلم دلالتهم من الحديث^(٤).

(١) رواه النسائي: من حديث: لا يبيعن حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يساوم الرجل على سوم أخيه، لتكفيء ما في انائها، ولتنكح، فإنما لها ما كتب الله لها (سنن النسائي ٢٥٨/٧، بشرح السيوطي).

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) انظر المرجع السابق.

(٤) انظر المرجع السابق.

الأمر الثاني: ما أخذ على وجه السوم وهو منهي عنه بقوله ﷺ "لايساوم الرجل على سوم أخيه".

ومن صور السوم على السوم: ما إذا تساوم رجلان، فطلب البائع بسلعته ثمنًا، ورضي المشتري بذلك الثمن، فجاء مشتر آخر، ودخل على سوم الأول، فاشتراه بزيادة، أو بذلك الثمن نفسه.

وأما الشراء على الشراء، فمن صورهِ: أن يأمر شخص البائع بفسخ العقد، ليشتريه هو بأكثر، أو يجيء شخص إلى البائع قبل لزوم العقد، فيدفع في البيع أكثر من الثمن الذي اشترى به، ليفسخ البيع ويعقد معه^(١).

وقيد الحنفية منع هذا الشراء أو السوم، بما إذا اتفق المتبايعان على الثمن، أو تراضيا، أو جنح البائع إلى البيع بالثمن الذي سماه المشتري. أما إذا لم ينجح ولم يرضه، فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد، لأن هذا البيع لم يزد، ولا كراهة فيه^(٢).

وقيد الشافعية: المنع بأن يكون الشراء قبل اللزوم، أي زمن الخيار - كما عبر القاضي - أو يكون بعد اللزوم، وقد اطلع على عيب في البيع.

وقيدوه أيضاً: بأن يكون بغير إذن له من المشتري، فلو وقع الإذن من

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٢/٥، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليها: ٣١٣/٤، المغني لابن قدامة ٢٧٨/٤.

(٢) الدر المختار مع حاشية رد المحتار ١٣٢/٤، تبين الحقائق ٦٧/٤، بدائع الصنائع للکاسانی ٢٣٢/٥.

أحدهما لم يحرم، لأن الحق لهما^(١)، وقد أسقطاه، ولمفهوم الخبر: "حتى يبتاع أو يذر"^(٢).

وقرروا أن المعتبر إذن المالك، لا الولي والوصي والوكيل، إن كان فيه ضرر على المالك، وإن موضع الجواز مع الإذن إذا دلت الحال على الرضا باطناً، فإن دلت على عدمه، وإنه إنما أذن ضميراً وحتفاً فلا، كما قال الأذرعى منهم^(٣).

وأما الحنابلة: فللسوم على السوم عندهم صور:

الأولى: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يحرم السوم على غير المشتري، وهو الذي تناوله النهي.

الثاني: أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا - أي المبيع - فلا يحرم السوم.

الثالثة: أن لا يوجد ما يدل على الرضا أو عدمه، فلا يجوز السوم لغيره أيضاً.

الرابعة: أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح، فقال القاضي: لا يحرم السوم، وقال ابن قدامة: يحرم^(٤).

(١) شرح المنهاج بحاشية الجمل لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، مع حاشية العلامة سليمان الجمل ٩١/٣ ط مصطفى الحلبي.

(٢) رواه النسائي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع الرجل على بيع أخيه حتى.... الحديث» والبيع يشمل الشراء أيضاً (سنن النسائي بشرح السيوطي ٢٥٨/٧، باب بيع الرجل على بيع أخيه).

(٣) حاشية الجمل ٩١/٣، ٩٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٧٩/٤.

وأما المالكية، فقد علقوا المنع بحالة الاتفاق، دون المساومة فإذا ركن البائع إلى السائم، وجعل يشترط وزن الذهب، ويتبرأ من العيوب، وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبيعة السائم، فهذا الذي نهي عنه^(١). والأخ في الحديث ليس قيماً، وإنما المراد به إظهار قبح فعله، ولذلك ذكره بالأخوة، التي تمنع المقابحة، فلو كان الذي ركن إلى بيعه يهودياً أو نصرانياً، فإنه لا يزداد عليه، وبهذا قال أبو حنيفة، وجوزه الأوزاعي^(٢).

حكم القبض المترتب على هذا العقد من البيوع:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، ورواية عن الإمام مالك. ووجه محتمل من الحنابلة، والأصح في مذهب الزيدية، أن القبض صحيح، والإقدام على هذا العقد حرام. إلا أن الحنفية قرروا أن النهي لكراهة التحريم^(٣). بينما ذهب الحنابلة، في غير الوجه المحتمل، وبعض المالكية، والظاهرية، وداود أن البيع مفسوخ لبطلان العقد، لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد^(٤).

وقد استدل الفريقان بأدلة واحدة، بيد أنهم اختلفوا في دلالتها على الحكم. ولنعرض لتلك الأدلة، لنرى وجهة نظر الفريقين بشأنها.

(١) المنتقى شرح موطأ مالك للباجي ١٠٠/٥.

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك للباجي ١٠٠/٥.

(٣) حاشية الجبل ١٩١/٣، المغني لابن قدامة ١٢٧٩/٤ المنتقى شرح موطأ مالك ١٠٠/٥.

(٤) انظر: المنتقى شرح موطأ مالك للباجي ١٠٠/٥، المغني لابن قدامة ٢٧٨/٤، ٢٨٩، المحلى

بالآثار لابن حزم الظاهري ٤٤٧/٨.

الأدلة:

١- ما أخرجه النسائي بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال: رسول الله ﷺ "لا يبيعن حاضر لباد ولا تتاجشوا، ولا يساوم الرجل على سوم أخيه^(١)، ولا يخطب على خطبة أخيه.... الحديث" فقد دل الحديث على النهي عن المساومة، وقدم الحديث المساومة على الخطبة.

٢- ما أخرجه البخاري بسنده عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "لا يبيع بعضكم على بيع أخيه"^(٢).

فقد دل الحديث على النهي عن السوم، لأن البخاري ترجم له في الباب بالسوم، ولم يذكر السوم فيه، يقول ابن حجر، كأنه أشار بذلك إلى ما وقع في بعض طرقه - وهو ما أخرجه - في الشروط من حديث أبي هريرة بلفظ: "وأن يستام الرجل على سوم أخيه"^(٣).

٣- ما روى عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: "لا يسم الرجل على سوم أخيه"^(٤).

(١) رواه الإمام النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب سوم الرجل على سوم أخيه ٢٥٨/٧.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، ٢٥٦/٥.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، ٢٥٦/٥.

(٤) أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب سوم الرجل على سوم أخيه ٢٥٨/٧.

فقد دل هذا الحديث على ما دل عليه الحديثان السابقان، من النهي عن السوم على السوم.

فالجمهور قالوا: إن النهي هذا سابق على العقد، فهو يدل على أن الإقدام على العقد حرام، ويبقى العقد صحيحاً. يقول الإمام النووي: "ورد الحديث برواية الرفع "ولا يبيع" "ولا يخطب" على سبيل الخبر الذي يراد به النهي.... وأجمع العلماء على منع البيع على بيع أخيه، والشراء على شرائه، والسوم على سومه، فلو خالف وعقد فهو عاص، وينعقد البيع"^(١).

وأما الحنابلة ومن وافقهم، فقد أجروا النص على ظاهره، من أن النهي يقتضي الفساد^(٢).

ومن هذا العرض يتبين أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، لأن المراد من النهي ترك الإيحاء الذي يدخله في قلب أخيه، ولهذا عبر في الحديث عما يثير الرقة والعطف عليه، وسرعة امتثاله.

قال مالك في الموطأ في تفسير قول رسول الله ﷺ فيما نرى والله أعلم: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض، أنه إنما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم"^(٣).

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٥٩/١٠.

(٢) انظر في مصادر الحنابلة ومن وافقهم، المصادر السابقة، في نفس المواضع المشار إليها.

(٣) الموطأ بشرح المنتقى ١٠٠/٥.

قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال: ولو ترك الناس عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا^(١).

وأما القبض في بيع المزايدة، ويسمى بيع الدلالة، وهي أن ينادي على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض، حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها^(٢).

والمزايدة، مستثناة من الشراء على الشراء، ومن السوم على السوم وهي قبض صحيح مترتب على بيع صحيح بإجماع المسلمين^(٣).

خلافًا للمالكية فهي ليست مستثناة، لأنهم قيدوا النهي بما إذا حصل ركون من البائع إلى المستام وفي المزايدة لم يحصل ركون من البائع إلى المشتري الأول.

يقول ابن قدامة: "هذا إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة"^(٤).

إلا أن الشافعية قيدوه بأمرين:

(١) الموطأ بشرح المنتقى ١٠٠/٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ٢١٩/٩.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢٧٩/٤، الدر المختار مع حاشية رد المختار ١٣٣/٤ - المنتقى

١٠١/٥ - حاشية الجمل على شرح المنهاج ٩١/٣ - تحفة المحتاج عليه حواشي الشرواني وابن

القاسم العبادي ٣١٤/٤ - البحر الزخار ٢٩٦/٣ - المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري

٤٤٧/٨.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٢٧٩/٤.

الأول: أن لا يكون فيه قصد الإضرار بأحد.

الثاني: أن يكون قاصداً الشراء، وإلا حرمت الزيادة، لأنها من النجش.

والدليل على جواز بيع المزايدة ما رواه الترمذي بسنده عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ باع حلساً وقدحاً وقال: "من يشتري هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل أخذتهما بدرهم - وهنا لم يركن النبي ﷺ إلى هذا الثمن - بدليل أنه قال: من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه" (١)

وجه الاستدلال:

أن هذا الحديث مبين لحديث النهي عن البيع على بيع أخيه فإن ذلك مخصوص أي يكون النهي عند التراكن والاقتراب والميل إلى قبول البيع بهذا الثمن، فأما في حال التسويق وطلب الزيادة كما فعل النبي ﷺ فلا بأس وعليه يدل الحديث.



(١) سنن الترمذي بشرح تحفة الأحوذى، باب ماجاء في بيع من يزيد ٤/٤٠٩.

المبحث الثاني القبض من غير إذن

تمهيد وتقسيم:

إذا خلا القبض من إذن المالك، أو الشرع أو العرف، فهذا قبض فاسد، لأنه يمثل عدواناً على أموال الغير كقبض الغاصب أو السارق، ومافي حكمهما.

وسأعرض للغصب وللسرقة، كصورتين من صور القبض من غير إذن، من خلال مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: قبض الغاصب للعين المغصوبة.

المطلب الثاني: قبض السارق للعين المسروقة.

المطلب الأول قبض الغاصب للعين المغصوبة

اتفق الفقهاء على أن العين المغصوبة إن كانت باقية وجب ردها بعينها، وإن تلفت فعلى الغاصب مثلها، إن كانت مثلية^(١).

(١) تبين الحقائق للزليعي ٢٢٢/٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٤٠٦/٢، ٤٠٧، المذهب ٣٧٠/١ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٧/٤.

وعرف الحنفية والمالكية المثلث بأنه: هو ما حصره كيل أو وزن أو عدد، ولم يتفاوت أفراده مع وجوده في الأسواق^(١).

وعرف الشافعية المثلث بأنه: ما تماثل أجزاؤه في المنفعة^(٢).

وعرف الحنابلة المثلث بأنه: كل مكيل أو موزون لاصناعة فيه^(٣).

أما عند الزيدية والإمامية، فالمثلث: ما تقاربت أجزاؤه منفعة وقيمة وصورة، كالحبوب، والبيض وغيرها.

وأما الظاهرية، فقد خالفوا كل ذلك، حيث جعلوا المثلث في كل شيء مثله.

وقد استدل الظاهرية على ما ذهبوا إليه بما أخرجه البخاري بسنده عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه: "ضمن إحدى زوجتيه التي كسرت إناء صاحبته إناءً بدله وقال: إناء بإناء".

وجه الاستدلال: أن القصعة، لا يدخلها كيل أو وزن أو عد، فهذا دليل على أن المثلث في كل شيء مثله، لأنه يشبهه في الكيل أو الوزن^(٤).

وقد دفع الجمهور هذا الاستدلال بوجهين:

الأول: ما أخرجه أبو داود بسنده، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال:

(١) حاشية ابن عابدين ١٤٣/٦، شرح الزرقاني ١٤٣/٦.

(٢) الوجيز للغزالي ٢٠٨/٨.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٤١٨/٢.

(٤) المغني، المصدر السابق، نفس الموضع.

"من أعتق شركا له في عبد، قوم عليه قيمة العدل"^(١).

وجه الاستدلال: أن الشريك عندما أثلف حصة شريكه بالعتق، أمره بالضمان بالقيمة، ولم يأمره بشراء عبد مثله، فدل هذا على اعتبار القيمة فيما لا مثل له^(٢).

الثاني: الخبر الذي استدل به الظاهرية محمول على التراضي، أي أن النبي ﷺ علم أن صاحبة القصعة المكسورة، ترضى بذلك.

وأيضاً: محمول على مكارم الأخلاق، لا على أداء الواجب، إذ كانت القصعتان للنبي ﷺ يقول شريح: "من كسر عصاً فهي له، وعليه قيمتها، لم يقل وعليه مثلها"^(٣).

ولاشك أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في بيان مفهوم المثل هو الأولى بالترجيح والأحق بالتأييد ل أنه أقرب إلى العقل ولضعف دليل المخالف والراجح في نظري هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وقد اختلف الفقهاء - أيضاً - في زمان تقدير القيمة، إذا أثلف الغاصب المال المغصوب إلا ما إذا كان المغصوب قيمياً^(٤) فقد اختلف جمهور الفقهاء

(١) سنن أبو داود باب فيمن روى: أنه لا يستسعى ٢٩٧/٣. قال الخطابي في معالم السنن ١٧٧/٣ هذا الحديث في إسناده مقال.

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥ - المغني لابن قدامة ٢٧٥/٥.

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥ - المغني لابن قدامة ٣٧٥/٥.

(٤) القيمي: هو ما لا يوجد له مثل في المتجر أو يوجد لكن يتفاوت في القيمة ومنه الموردات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة (مرشد الحيران لمحمد قذري باشا، المادة (٣٠٥) الطبعة الثالثة ١٩٠٩ م).

في كيفية ضمانه فذهب جمهور الفقهاء^(١) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية إلى أن المال القيمي يضمن بقيمته من النقود سواء كان حيواناً أم غيره.

بينما ذهب الظاهرية^(٢) وأحمد في رواية عنه وابن تيمية وابن القيم^(٣) إلى أن المال القيمي يضمن بمثله حيواناً كان أم غيره، ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل.

وننتج عن ذلك ظهور خمسة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنه إذا أتلّف المال القيمي بعد غضبه، فإنه يضمن بقيمته يوم الغضب، لأن سبب وجوب الضمان هو الغضب، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه فيعتبر قيمة المغضوب يوم الغضب، إلى هذا ذهب الحنفية والمالكية في قول والإمامية في قول والإباضية في قول^(٤).

الاتجاه الثاني: يرى أن الغاصب يضمن أقصى القيمة من وقت الغضب إلى وقت التلف، لأن العين المغصوبة يجب ردها بعينها، فإذا فاتت ضمن

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٥٠/٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٤٠٧/٢ - الوجيز ٢٠٩/١ - المغني لابن قدامة ٥٣٢/٥ - الروضة البهية ٤٠/٧ - نيل الأوطار للشوكاني ٣٢٣/٦ - البصيرة للأصم ص ١٤٦ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف أطفيش ٤٥٤/١٣.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٤٣٧/٦.

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٢٣/١، ٣٢٤.

(٤) بدائع الصنائع ١٥١/٧ - حاشية الدسوقي ٤٤٧/٣ - الروضة البهية ٤١/٧ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد يوسف أطفيش ٤٥٤/١٣.

الغاصب المثل، وإذا تعذر المثل فإنه يضمن القيمة، وهو مطالب برد المغصوب في كل وقت، ومن ذلك وقت زيادة القيمة، فإذا امتنع عن ذلك ضمن البذل وهو أقصى

القيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف إلى هذا ذهب الشافعية والزيدية وقول للمالكية وقول للإمامية^(١).

الاتجاه الثالث: يرى أن الغاصب يضمن القيمة يوم التلف، لأن الواجب الأصلي هو رد العين لا قيمتها، والضمان لم ينتقل إلى القيمة إلا بالإتلاف ومن ثم فإنه يجب اعتبار هذا الوقت في التقدير إلى هذا ذهب الحنابلة والإمامية في قول والإباضية في قول^(٢).

الاتجاه الرابع: يرى أن الغاصب يضمن ما أتلفه بأقصى قيمة من وقت الغصب إلى وقت الرد، لأن الغاصب يضمن تلف المغصوب في جميع حالاته، ومن ذلك حالة أعلى القيم، إذ لو تلف فيها للزمه الضمان، كما هو الشأن في جميع الأحوال، فيضمن أقصى القيمة من وقت الغصب إلى وقت الرد. إلى هذا ذهب بعض الإمامية وبعض الإباضية^(٣).

(١) روضة الطالبين ١١٥/٤ - البحر الزخار ١٧٥/٥ - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي ٥٩١/٣، ٥٩٢ - الروضة البهية ٤٣/٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٥٧٦/٥ - الروضة البهية ٤٣/٧ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٤٥٤/١٣.

(٣) الروضة البهية ٤٠/٧، ٤١ - شرح كتاب النيل ٤٥٤/١٣.

الاتجاه الخامس: يرى أن الغاصب يضمن القيمة يوم الخصومة والحكم، لأن الغاصب وإن كان عليه قيمة المغصوب يوم تلفه، إلا أنه لا يثبت له ذلك حقيقة إلا بالحكم الظاهر، فيجب اعتبار هذا الوقت في التقدير إلى هذا ذهب بعض الإباضية^(١).

ويترجح لدى ماذهب إليه أصحاب الاتجاه الثالث، من القول بأن الغاصب يضمن ماأتلفه بالقيمة يوم التلف، لأن الضمان قبل تلف العين كان يتعلق بالرد والتسليم، فلماأتلفت تعلق الضمان بالقيمة فوق التلف إذ هو الوقت الذي انتقل فيه الضمان إلى القيمة، فتعتبر القيمة يوم التلف.



المطلب الثاني

قبض السارق للعين المسروقة

وهي من صور القبض الفاسد الذي يحدث دون إذن.

والسرقة: هي أخذ المكلف خفية من حرز نصاباً أو مقداره من مال مملوك للغير ليس للأخذ فيه شبهة^(٢).

أما ضمانها فإن كانت عين السرقة باقية، فقد وجب ردها إلى صاحبها، أما إذا كانت هالكة.

(١) شرح كتاب النيل، المصدر السابق، نفس الموضع.

(٢) مسائل في الفقه المقارن، القسم الثاني، د. هاشم جميل، ص ١٧٥، طبعة سنة ١٤٠٩ هـ.

١٩٨٩ م، بدون ناشر.

فالحنفية يرون أنه لا ضمان على السارق، إذا أتلقت عليه السرقة، لأنه لا يجوز أن يجتمع عليه القطع والضمنان.

وهو قول المالكية، وقيدوه بما إذا كان معسراً^(١).

وكذلك الحال إذا استهلكها على المشهور من مذهب الحنفية، يقول صاحب الكنز: "ولا يجتمع قطع وضمن وترد العين، لو كان قائماً"^(٢).

واستدلوا بما أخرجه الدارقطني عن عبد الرحمن بن عوف عن النبي ﷺ أنه قال: "لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد"^(٣).

أما الشافعية والحنابلة، فقالوا بوجوب القطع والضمنان، إذ ثبت القطع بالكتاب ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

والضمنان بالحديث: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"^(٤).

والقطع لا يكون إلا بعد طلب المالك - برفع الدعوى وإثباتها - وذلك لاحتمال أن المالك يقر بإباحته للسارق بملك أو غيره، فيسقط القطع.

وإلى هذا ذهب المالكية إذا كان السارق موسراً^(٥).

والحنابلة قالوا، بتضعيف الضمان في حالات، إذا سرق تماًراً أو طلحاً أو

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٣٧٠، ٣٧٢، ٣٧٤، الفواكه الدواني ٢/٣٢٦.

(٢) تبين الحقائق ٣/٢٣٢.

(٣) سنن الدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره ٣/١٨٢، دار المحاسن للطباعة ١٩٩٦ م.

(٤) رواه أبو داود في السنن، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، ٥/١٩٧ حديث ٣٤١٧.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٣/٣٧٠، ٣٧٢، ٣٧٤، الفواكه الدواني ٢/٣٢٦.

جماراً^(١) أو ماشية من غير حرز، فيضمن عوض ماسرقة مرتين^(٢).

لما أخرجه أحمد والنسائي وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر... قال: سئل النبي ﷺ عن الثمر المعلق، قال: "من أصاب فيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة"^(٣)، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع"^(٤).

فدلالة الحديث ظاهرة في مضاعفة ضمان من أخذ من الثمر قبل قطعه وذهب به كما أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه غَرَّم حاطب بن أبي بلتعة، حين نحر غلمانة ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها.

وقد استدل الشافعية والحنابلة على ما ذهبوا إليه أيضا بما يأتي:

١- ما أخرجه الدارقطني عن أنس أن النبي ﷺ قال: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"^(٥).

فالحديث حجة في عمومته أن العين لا تملك مهما كانت حتى إذا تغيرت، فكيف بمن يسرق نصاباً وهلك عنده، فهذا داخل في عموم النبي.

(١) بالضم والتشديد (شحم النخل) مختار الصحاح، مادة (جرم).

(٢) شرح منتهى الإرادات، ٣/ ٣٧٠، ٣٧٢، ٣٧٤.

(٣) الخبنة: ما تحمله في حضنك - مختار الصحاح، مادة (خبن).

(٤) رواه أبو داود في السنن، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، ٢٢١/٦، حديث رقم

٤٢٢٥.

(٥) سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ٢٦/٣ دار المحاسن للطباعة، ١٩٦٦، مصر.

٢- ما أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي أن النبي ﷺ قال: "لا يأخذن أحدكم متاع، أخيه جاداً لا لاغباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليؤدها إليه"^(١).

فقد دل الحديث على عدم جواز أخذ متاع الإنسان على جهة المزاح والهزل. يقول الشوكاني وهو مجمع عليه عند كافة المسلمين ومتوافق على معناه، العقل والشرع. وإذا أخذ شيئاً وجب رده، وهو عام في كل أخذ وفي أي شكل من أشكاله، فالسارق إذا أخذ شيئاً وجب عليه رده إلى صاحبه، والقطع، لعموم الأدلة. أما الحديث الذي اعتمده الحنفية في عدم اجتماع القطع والضمان، ففيه مقال، لأن كل روايات الحديث تدور على مسور بن إبراهيم، وهو مجهول الحال.

كما أن بعض علماء الحديث قال عن هذا الحديث بأنه منكر. وقال بعضهم إنه حديث منقطع^(٢).



(١) سنن أبو داود، كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، ٢٠٥/٤، سنن الترمذي،

كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروعه، ٣٠٦/٢.

(٢) انظر التعليق المغني على الدارقطني، لمحمد شمس الحق ١٨٢/٣ - ١٨٣.

المبحث الثالث

القبض المستند إلى إذن فيه دون الإذن في الاستدامة

ويتثل هذا في العقد الناقل للملكية كعقد البيع، فلا يجوز بعد هذا العقد، أن يبقى كل من العاقلين ما بيده بدون سبب مشروع، فإذا تم العقد وجب على العاقلين تسليم كل واحد ما بيده، فالبايع يجب عليه أن يسلم المبيع والمشتري عليه أن يسلم الثمن.

فإذا امتنعا من التسليم، فإن الممتنع يعد غاصباً باتفاق الفقهاء.

في نهاية المحتاج: "للمشتري قبض البيع استقلالاً إن كان الثمن حالاً وسلمه أو مؤجلاً، لانتفاء حق البائع في الحبس"^(١) ويقول أيضاً: "إذا قال البائع: لأسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لأسلم الثمن حتى أقبض المبيع، أجبر البائع أولاً، وقيل المشتري، وقيل يجيران معاً"^(٢).

ويقول الشبراملسي: "ولو كان حقه في الدار فامتنع من تمكينه من الدخول، جاز له الدخول لأخذ حقه، لأن صاحب الدار بامتناعه من التسليم يصير كالغاصب"^(٣).

(١) نهاية المحتاج شرح المنهاج ٩٩/٤، ١٠٢ - ١٠٣، منتهى الإرادات: ١٩٠/٢ - الخرشي: ١٥٩/٥.

(٢) نهاية المحتاج ٩٩/٤.

(٣) صاحب الحاشية على نهاية المحتاج: ٩٩/٤ - أبو الضياء نور الدين علي الشبراملسي - وانظر حاشية ابن عابدين: ٤٢/٤ - المغني لابن قدامة ٧١/٤ - ١١٢ - البحر الزخار ٣٦٩/٣ - الشرح الكبير - شمس الدين المقدس ١١٥/٤.

إذا امتنع من التسليم، فإنه يجبر عليه قضاء. وإذا هلك المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل قبض المشتري له، فهو من ضمان البائع، أي خسارته عليه، عند الحنفية والشافعية^(١).

إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف استثنوا العقار المأمون من الهلاك حيث هو من ضمان المشتري، لأنه يجوز بيعه قبل القبض، أما غير مأمون الهلاك، بأن كان على شاطئ نهر فإنه يكون قبل القبض من ضمان البائع إذا هلك^(٢).

وعند مالك وأحمد ينتقل الضمان إلى المشتري بالعقد نفسه، إلا في مواضع خمسة استثنائها الإمام مالك، ووافقه الإمام أحمد في الثلاثة الأول^(٣).

١- ما بيع من الثمار بعد بدو الصلاح وقبل كمال الصلاح، حتى يتناهى طيبها، وتأمين من الجائحة، أما قبل البدو لصلاحها، فلا يصح إلا بشرط القطع، فإذا ترك فإن العقد باطل.

٢- بيع الغائب على الصفة أو الرؤية المتقدمة.

٣- مافيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد.

٤- المبيع في البيع الفاسد^(٤).

(١) نهاية المحتاج ٧٦/٤ - وما بعدها - وانظر البدائع ٢٣٨/٥ - الاختيار لتعليل المختار ٨/٢ -

أحكام العيب في الشريعة الإسلامية - د/إسماعيل كاظم ص ٩٩ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٨/٥.

(٣) انظر: الخرشي ١٥٨/٥ - منتهى الإرادات ١٨٢/٢ وما بعدها - أحكام العيب في الفقه

الإسلامي، د/إسماعيل كاظم ص ٩٩ وما بعدها. غير مطبوع.

(٤) الخرشي ١٥٨/٥ - الكافي/ ٣٣٣.

٥- المبيع على الخيار.

ففي هذه المواضع يكون الضمان قبل القبض على البائع، فالضمان لا ينتقل إلى المشتري إلا بعد القبض، ولكن يجوز للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ولو بقي منه درهم، ولا يسقط الحق في الحبس بالكفيل، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يوفيه. وللمشتري أيضاً حبس الثمن إلى قبض المبيع.



المبحث الرابع القبض المنتهي سببه

تمهيد وتقسيم:

القبض المنتهي سببه، قد يكون في عقود المعاوضات وقد يكون في عقود الأمانات وسأتناول ذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: القبض في عقود المعاوضات.

المطلب الثاني: القبض في عقود الأمانات.

المطلب الثالث: القبض بدون فعل القابض.

المطلب الأول القبض في عقود المعاوضات

تمهيد وتقسيم:-

القبض المنتهي سببه في عقود المعاوضات، يكون في الإجارة، فسخ المبيع بالعيب أو الخيار، والعين التي تكون صداقا للمرأة المطلقة قبل الدخول.

وسأتناول ذلك في ثلاث فروع كالتالي:

الفرع الأول: الإجارة

والإجارة عقد على منفعة مباحة معلومة بمدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم^(١)، فإذا تم العقد انتفع المستأجر من العين المؤجرة خلال هذه المدة، فإذا انتهت المدة وجب عليه الرد، لأن العقد قد انتهى، فقبضه العين وانتفاعه بها بعد انتهاء العقد، هو أكل مال الغير بالباطل.

بعد ذلك نريد أن نعرف كيفية وضع يد المستأجر على العين المؤجرة في المدة وبعدها، فالفقهاء غير مختلفين في مدة الإجارة، بأن يده - المستأجر - يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي، أما بعد المدة، فإذا استعملها فعليه أجرة المثل وعليه الضمان

باتفاق الفقهاء خلا الحنفية. إلا أن مالكا قال: بتخير المالك بين الأجر المسمى، أو قيمة العين المؤجرة، لأنه يرى أنه قد تعدى على العين نفسها فأشبهه الغاصب، هذا إذا حبسها كثيراً، وإن لم يستعملها، أما إذا استعملها قليلاً كيوم ونحوه، فليس له أجرة المدة الزائدة^(٢).

أما الحنفية فلا يرون عليه شيئاً إلا إذا تلفت فإنه يضمن لتعديده^(٣).

(١) أحكام المعاملات المالية، في المذهب الحنبلي - د/محمد زكي عبد البر، ط دار الثقافة، قطر، الدوحة سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، طبعة أولى.

(٢) الروضة: ٤/٤٣٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/١٩٣ - الخرشبي ٧/٤٢٠. أحكام العيب في الفقه الإسلامي ص ١٠٨ - د/إسماعيل كاظم.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٢٣، أحكام العيب في الفقه الإسلام، د/إسماعيل كاظم، ص ١٠٨.

إلا أنه قال الكاساني: "يقول الجمهور في الأرض المستأجرة إذا انتهت المدة وفيها زرع لم يستحصد، فإنه يترك مع أجرة المثل، وإذا كان فيها غرس فإنه يقطع، لأن في بقاءه عطل الأرض على صاحبها، بخلاف الزرع، لأن لقطعه مدة معلومة فروعى حق الجانين"^(١).

وأما إذا حبسها بدون استعمال، فلا يضمن إلا إذا طلبها صاحبها، ومنعه منها بغير عذر أو تلفت بتعد منه، وهذا هو الراجح في مذهب الشافعي^(٢).

الفرع الثاني: البيع المفسوخ بالعيب

العقود التي يجب فيها بالعيب حكم، هي عقود المعاوضات^(٣)، والعيب الذي يكون سبباً في فسخ البيع.... هو العيب القديم.

والعيب القديم: هو ما حدث، والمبيع في ضمان البائع، أي قبل العقد. فلا خلاف بين العلماء أنه يعد قديماً إذا حصل العيب قبل التبايع، فاستدامة القبض لا تجوز إذا اختار المشتري الرجوع في البيع. وإذا حدث البيع بعد العقد وقبل القبض، فقد حصل الخلاف الآتي، فقد قال الشافعي (رحمه الله تعالى): يعد عيباً قديماً، وذلك لوجوده في المبيع، ومن ضمان البائع، لأن المبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٣/٤.

(٢) نهاية المحتاج بشرح المنهاج ٣٠٨/٥ - تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني ١٧٧/٦ - فتح

المعين حاشية البكري عليه ١١٦/٣.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٤٥/٢.

قال الرملي في نهاية المحتاج: "العيب القديم ما قارن العقد، حدث قبل القبض وقد بقي إلى الفسخ"^(١).

هذا إذا لم يحدث بجنابة المشتري، أما إذا حدث بجنابته، فلا أثر لذلك العيب، ويكون سبباً لقبضه وهذا هو مذهب الإمامية أيضاً. والحنفية قالوا بذلك إلا أنهم استثنوا العقار المأمون من الهلاك، حيث ينتفي منه الغرر، لأن هلاكه نادر، ولأن العلة في النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هو ما فيه من غرر وانفساخ العقد، بهلاك المبيع وهلاك العقار نادر، ومن هنا جعل العقار الذي يخشى عليه الهلاك، حكمه حكم المنقول، لا يجوز بيعه قبل قبضه، هذا فيما يخشى هلاكه، والعيب هلاك أيضاً، غاية ما في الأمر أنه هلاك، فإذا كان مذهبه في العقار الذي يخشى هلاكه، لا يجوز بيعه قبل قبضه، ينبغي أن يكون مطرداً فيما يخشى تعيبه أيضاً، وينبغي أن لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض، وعلى هذا يكاد الفرق بين المذهبين يتلاشى^(٢).

وأما مذهب مالك وأحمد، فإن العيب الذي حدث بعد العقد يعد حادثاً لا ينبي عليه حكم من أحكام العيب، باستثناء الحالات الخمس، التي تقدمت، أما العيب الذي يوجب الفسخ ويرتب الضمان فيما كان قبل العقد، أو قارنه، فالعيب الذي قارنه العقد هو عيب قديم باتفاق، والذي حدث بعد

(١) نهاية المحتاج ٢٥/٤، ٢٦.

(٢) أحكام العيب في الفقه الإسلامي ص ١٠٨ - د/إسماعيل كاظم - الفرق بين الهلاك والتعيب - وأما يتصور الهلاك فيما إذا كان على حافة نهر أو معرض لقصف صاروخي أو غيره. وتصور العيب بأن يخشى أن تخرج أرضه من البيت أو تطهر رطوبة تؤثر في الدار.

القبض عيب حادث بالاتفاق، باستثناء ما يحدث بالعهد^(١)، والجوائح^(٢)، عند من يقول بهما وباستثناء، عقد الإجارة، لأنها عقد على المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً، ووجود العيب يحول دون الانتفاع.

ومما سبق يتبين لنا أن العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض فيه اتجاهان:

الأول: يرى أنه يوجب الحكم بانفساخ البيع. إليه ذهب أبو حنيفة والشافعي.

الثاني: يرى أنه لا يفسخ به البيع، إلا في المبيع الذي لا ينتقل ضمانه من البائع إلى المشتري إلا بالقبض، وهو ما كان موزوناً أو ميكلاً أو معدوداً، إلى هذا ذهب أحمد، ومالك.

أما إذا قبض المبيع وبه عيب قديم، ولم يعلم به المشتري حتى تغير عنده.

(١) قال الدردير: ثم انتقل يتكلم على بيان حكم الرد في عهدة الثلاث وعهدة السنة فقال: وله أي للمشتري رقيقاً خاصة ذكراً أو أنثى الرد في عهدة الثلاث أي ثلاثة أيام فقط، والعهدة في الأصل العهد وهو الإلزام والإلتزام وفي العرف تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين هي قسمان: عهدة سنة وهي قليلة الضمان طويلة الزمان - ومعنى قليلة الضمان، لأن الرد فيها بعيوب ثلاثة فقط وهي الجنون والجذام والبرص - وعهدة ثلاث أي ثلاثة أيام وهي بالعكس قليلة الزمان كثيرة الضمان وهي يرد فيها بكل عيب حادث في دينه كزنا وسرقة أو بدنه كعمى أو وصفه كجنون

(٢) الجائحة، آفة لا صنع لآدمي فيها كجراد وحر وبرد وعطش، وتلفها بعد القبض على البائع، عند مالك وأحمد انظر: منتهى الإرادات ٢/٢١٣ - الخرشبي ٥/١٥٩، التفصيل مفصلاً في أحكام العيب في الفقه الإسلامي د/ إسماعيل كاظم ص ٩٩ ومابعداها.

فإذا تغير بموت أو فساد فإن المشتري يرجع على البائع بقيمة العيب وإذا كان قد تغير ببيع، فقد اختلفوا في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه إذا بلغوا يرجع بشيء إلا إذا قام عليه المشتري منه بعيب، رجع هو على البائع الأول، وجه قولهم أنه أخذ عوضاً من غير أن يؤثر فيه العيب في الثمن، إلى هذا ذهب الحنفية والشافعية وبعض المالكية. وقال ابن القاسم: لا رجوع مطلقاً إذا باعه من غيره^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أنه إذا باعه من مالكة الأول بأقل من الثمن فله الرجوع بقيمة العيب، وإذا كان باعه بأكثر، ينظر إن كان الأول عالماً بالعيب، لم يرجع الأول عن الثاني بشيء، وإن كان مدلساً تراجعاً، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى الأول، وإذا باعه من غير بائه الأول بأقل من الثمن يرجع بالأقل من قيمة العيب أو الثمن إلى هذا ذهب بعض المالكية^(٢).

ثالثاً: المبيع المفسوخ بالخيار: الأصل في جواز الخيار بالبيع السنة المطهرة، فقد وردت أحاديث كثيرة في هذا الباب في الصحاح وغيرها، فقد ورد في صحيح البخاري عن النبي ﷺ أنه قال: "إن المتبايعين بالخيار في بيعهما مالم ينفردا أو يكون البيع خياراً"^(٣).

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٣/٤، الخروشي ٤٢/٧، نهاية المحتاج ٢٥/٤، ٢٦.

(٢) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٥٠/٢ - المنتقى شرح موطأ مالك ١٩١/٤.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار

٦/١٠، رواه الامام الربيع بن حبيب في المسند الجامع عن ابن عباس بلفظ البيعان بالخيار

مالم ينفردا، كتاب البيوع باب الخيار وبيع الشرط حديث رقم ٥٦٨.

ولفظ أبو داود: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"^(١).

جهة الدلالة:

دل الحديث على جواز خيار المتبايعين على الفسخ، ماداماً غير متفرقين بأبدانها، وعلى امتداد إذا اختارا أو اختار أحدهما وفي أثناء المدة لكل من له الخيار فسخ المبيع، فإن قيل: البيع هو عقد لازم للعاقدين، والخيار تعليق العقد، وعقود المعاوضات لا تتحمل التعليق. الجواب: ترك ذلك للحديث، ولحاجة الناس إلى ذلك، فالبيع مقصود منه الاسترباح ولا يمكن الحصول على ذلك في بعض الأحوال إلا بالتروي، فكأن الخيار قد رفع حرجاً على الناس^(٢).

وما تقدم ليس من خصوص البحث، ولكن المبيع بعدما تم العقد عليه ثم فسخ، ما أثر القبض في ذلك؟ وقبل أن أخوض في ذلك نريد أن نتعرف على مدة الخيار (خيار المجلس وخيار الشرط) عند فقهاء المسلمين باختصار.

١- خيار المجلس^(٣): لا خلاف بين الفقهاء أن التراضي المسموح به بين الإيجاب والقبول هو نهاية المجلس، فإذا حصل القبول بعد التفرق، فلا خلاف أيضاً في عدم اللزوم، لكن إذا كان القبول بعد الإيجاب مباشرة، هل يكون ذلك ملزماً لهما إلى أن يتفرقا بأبدانهما؟

(١) سنن أبو داود، كتاب البيوع، باب خيار المتبايعين، ٩٣/٥ حديث رقم ٣٣٠٩ طبعة دار

المعرفة ١٩٨٠ - بيروت - لبنان.

(٢) المبسوط ٣٨/١٣، ٤٠، ٤١.

(٣) الروضة: ٤٣٢/٣، ٤٣٣.

اختلف الفقهاء في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى لزوم العقد بعد الإيجاب والقبول، وأن خيار المجلس لا تأثير له وهذا إليه ذهب أبو حنيفة ومالك وجمهور فقهاء الإباضية^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أن العقد لا يلزم إلا إذا تفرق المتبايعان بأبدانهما، وأن خيار المجلس ثابت لهما وإليه ذهب الشافعي وأحمد والظاهرية والإمامية والشيخ الخليلي من الإباضية^(٢).

ويلاحظ أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى، أولى حديث الباب بتفريق الأقوال، وهو ما ذهب إليه مالك، وهذا تفسير بالمجاز، ولقد فسرهُ الجمهور بتفريق الأبدان حقيقة والحقيقة مقدمة على المجاز عند التعارض.

أما الإمام مالك: فقد خالف ماروي عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار" يقول ابن رشد: هذا الحديث من أوثق الأسانيد وأصحها، وينقل أيضا عن أبي محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وأن كان عن طريق الآحاد.

وحجة مالك ما ذهب إليه عمل أهل المدينة، وعمل أهل المدينة مقدم في

(١) الهداية ٢١/٣ - حاشية الشيخ علي العدوي علي الخرشي ١٠٩/٥ - الكافي علي مذهب أهل المدينة المالكي ص ٣٤٣، المعاملات المالية والتطبيق المعاصر للشيخ ماجد الكندى مكتبة الجيل الواعد، ص ١٣٥.

(٢) الروضة ٤٦٦/٣ - المغني لابن قدامة ٦/٤ - الصراط القويم، لمحمد الصدر ص ١٧٣ ط أولي ١٩٩٢م، المعاملات المالية للشيخ ماجد بن محمد بن سالم الكندى مرجع سابق، ص ١٣٦.

الاحتجاج على خبر الواحد، وإجماعهم على ذلك، فلا تجوز مخالفته. ولكن هذا غير مسلم، لأن ثبوت خيار المجلس مروى عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وعطاء وطاووس الزهري وابن أبي ذئب والشعبي والأوزاعي^(١)، فأين دعوى الإجماع؟

ومن هذا يتبين لنا أن القول بخيار المجلس هو من مقتضيات المصلحة التي جاءت بها الشريعة الغراء، برفع الحرج عن الناس، لأن بعض الناس قد يصيبه الندم في البيع بعد القبول أو الإيجاب، فالقول بالخيار ينفس عن الناس ماقد يقعون فيه من ضيق^(٢).

٢- خيار الشرط:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز خيار الشرط، لكن اختلفوا في مدة خيار الشرط على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أن المدة ثلاثة أيام فادونها. إليه ذهب أبو حنيفة وزفر والشافعي.

الاتجاه الثاني: يرى أنها تكون في تقدير العاقدين. به قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، والإمامية.

(١) انظر المغني لابن قدامة ٦/٤ - الإعلام ٦/٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٤٠/٢ وما بعدها.

(٢) لقد أطال الأستاذ هاشم جميل في ذكر أدلة الفريقين ومناقشتها وبيان الرأي الذي يناسب اليسر ورفع الحرج، في القسم الثاني، من مسائل الفقه المقارن ص ٩ وما بعدها.

الاتجاه الثالث: يرى أن خيار الشرط ليس له حد مؤقت لا يتجاوز، وإنما هو على حسب حال السلعة، إليه ذهب مالك، حيث قدر المدة، في البز والثياب كلها والسلع والحبوب المدخرة المأكولة وغير المأكولة من سائر العروض بثلاثة أيام، وفي الدواب ونحوها، ومثل الدواب الآن، السيارات - والدور وسائر العقارات - إلى شهر.

والذي قاله المالكية: إنما الخيار بشرط كشهري في دار ولا يسكن وثلاثة في دابة وكيوم لركوبها في خارج البلاد يكفي البريد نحوه، وثلاثة في ثوب أو سفينة أو كتاب أو غيرهما مما ليس بحيوان ولا عقار، وأما نحو الدجاج والطيور وبقية الحيوانات التي لا عمل لها فالظاهر أن مدة الخيار فيها ليست كذلك لإسراع التغير لها فتكون مدة الخيار فيها ما لا تتغير فيه ويقاس عليها سائر الفواكه والأطعمة التي تفسد بالتأخير^(١).

أعود وأقول، ماذا يترتب على المبيع قبل القبض وبعده في مدة الخيار عند الفقهاء؟

البيع زمن الخيار عقد غير مستقر، لأنه محتمل للإمضاء والفسخ، فلكية المبيع مدة الخيار، مختلف فيها بين الفقهاء، على ثلاثة اتجاهات:

الأول: المبيع في مدة الخيار للبائع. بذلك قال مالك: حيث قال إن الخيار يبقى المبيع للبائع إلا في المواضع الخمسة التي تقدمت، سواء أكان الخيار للبائع

(١) انظر: للحنفية: المبسوط ٤١/١٣ - الهداية ٢١/٣ - وللمالكية: الكافي ص ٤٣٤ - الخرشي ١٩٠/٥ ومابعدا - وللشافعية: الروضة ٤٤٢/٣. وللحنابلة المغني ٩٥/٤ ومابعدا - وللإمامية: الصراط القويم ص ١٧٤.

أو لهما أو للمشتري، وهو قول للشافعية، وللحنفية إذا كان الخيار للبائع أو لهما^(١).

يقول المالكية: فلو تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار نظر - فإن كان ماتلف من ذلك ظاهراً بيناً، وادعى المشتري تلفه فهو من ضمان البائع، إذا حلف المشتري أنه مافطر فيه، فإن نكل عن اليمين أو قامت بينه على كذب دعواه كان من ضمانه، وإذا كان مما يمكن تغييبه فهو من ضمان البائع إذا أقام المشتري البينة على تلفه أو ضياعه، وإذا لم تقم البينة على ذلك، فهو من ضمان المشتري^(٢).

الثاني: ينتقل الملك زمن الخيار إلى المشتري بالعقد نفسه، سواء كان الخيار لهما أم لأحدهما، إلا إذا احتاج إلى قبض وهو الموزون والمكيل والمعدود، فهذا لا ينتقل إلى المشتري إلا بالقبض. إلى هذا ذهب الإمام أحمد والشافعية في قول - منهم الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب وإمام الحرمين، وقطع به المحامي في المقنع وسليم الرازي في الكفاية والجرجاني في التحرير^(٣).

وقول للحنفية: إذا كان الخيار للمشتري.

(١) الكافي: ٤٣٤ وما بعدها - المجموع ٢١٣/٩ - المبسوط ٩/١٣ - الفتاوي الهندية ٤٠/٣.

(٢) الكافي ص ٤٣٤، ٤٣٥.

(٣) المجموع: ٢١٣/٩ وما بعدها. المغني ٢٦/٤ وما بعدها - المبسوط ٩/١٣ - الفتاوي الهندية

٤٠/٣ - الباب في شرح الكتاب ٢٢٣/١ ط حجازي.

الثالث: يوقف المبيع في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما، فإذا لم يفسخ العقد فالمشتري مالك للمبيع بالعقد، وإن فسخ فالمبيع لم يخرج عن ملك البائع. به قال الشافعي، وعلل النووي كون المبيع موقوفاً، أنه لا يملك بالعقد، لأنه لو ملك بالعقد، لملك التصرف ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار، لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك لاحتمال الفسخ^(١).

فإذا قبض المشتري المبيع وهلك في يده في مدة الخيار، فالمالكية قالوا: إنه من ضمان البائع، وهو قول للشافعية والحنابلة، قالوا إنه من ضمان المشتري وهو قول للشافعية. أما الحنفية فقالوا: إذا كان الخيار للبائع أو لهما، فهو من ضمان البائع، وإن كان الخيار للمشتري فهو من ضمانه. وقال الشافعية في أظهر الأقوال: إذا كان الخيار للبائع فهو من ضمانه، وإن كان للمشتري فهو من ضمانه، وإن كان لهما، فهو موقف^(٢).

ومعنى هذا إذا كان ضمان المبيع من المشتري فعليه الثمن، وإن كان من ضمان البائع فعلى المشتري القيمة - لأنه أتلّف مال غيره - وكذلك في الموقف إذا تم البيع فعليه الثمن وإلا فالقيمة.

لكن ما هو الراجح من هذه الأقوال التي مرت؟

في مسألة العيب والخيار، هذا مبني على مسألة بيع المبيع قبل قبضه إذا اشتراه، ومتى يجوز له بيعه؟ هل يتوقف على قبضه ما اشتراه أو يجوز له بيعه قبل

(١) شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبي وعميرة عليه ١٩٥/٢.

(٢) المصادر الفقهية السابقة - أحكام العيب ١٠٣ وما بعدها - شرح المحلى على المنهاج وحاشية

قليوبي وعميرة عليه ١٩٥/٢.

قبضه؟ معنى هذا، من قال بجواز البيع قبل القبض، قال بدخول المبيع في ضمان المشتري بالعقد نفسه، ومن قال بعدم الجواز، قال لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه بالأول قال مالك إلا في المطعوم، وأحمد إلا في المكيل والموزون والمعدود^(١).

وعلى هذا فيمنع المبيع قبل القبض، وبه قال محمد بن الحسن، والشافعي، والزيديّة واستثنى أبو حنيفة وأبو يوسف العقار الذي يخشى عليه الهلاك.

وسأتي تفصيل ذلك في الفصل الثالث من الباب الأول، فرجت من حيث الدليل ما ذهب إليه الشافعي وموافقه، من عدم جواز بيع المبيع قبل القبض، فإذا كان الراجح في

مذهبه هذا، فهو أصل، يكون رجحانه في الفرع في ضمان المبيع في العيب والخيار، وهو ما ذهب إليه الشافعية حيث قالوا إن العيب الذي فيه حكم انفساخ البيع ما كان قديماً وكان في ضمان البائع، أي ما قارن العقد أو بعده قبل القبض.

فإذا أتمى العقد بسبب الفسخ بالخيار، وحدث عيب بالمبيع في مدة الخيار فهو عيب قديم يكون خسارته من البائع وإذا حدث بعد مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ولا يؤثر ذلك في القبض.

(١) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ١٤٥/٣ ط عيسى البابي الحلبي - الشرح الكبير ١١٥/٤ - بداية المجتهد ١٢٠/٢. والمراد بالمكيل والموزون والمعدود والمزروع مائس بمتعين، أما المتعين فإنه يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد كالصبرة يبيعها من غير تسمية وخص مالك الطعام إذا بيع مكيّلة أو موازنة، أما إذا بيع بغير مكيّلة أو موازنة أو غير الطعام فإنه يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد (الشرح الكبير ١١٥/٤).

الفرع الثالث: إذا قبضت المرأة صداقها وطلقت قبل الدخول^(١)

من المعلوم أن المرأة يجب لها المهر، فإذا دخل الزوج وجب لها جميع المهر، ويكون من حقوقها، وإذا حصلت فرقة قبل الدخول، فإن الزوج يستحق نصف مادفع لها، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فهذا دلالة نص صريح، في أنه إذا طلق الزوج زوجته قبل المسيس، وقد فرض لها فريضة، فلها نصف الفريضة، ويفهم منه أنها إذا قبضت المسمى وقد طلقت قبل الدخول، فعليها أن ترجع نصف ما قبضته، باتفاق الفقهاء^(٢).
والذي يعنينا هو ما إذا فرض لها الصداق وطلقت قبل الدخول ثم هلك، أو حصل فيه زيادة أو نقصان.

لقد اختلف الفقهاء في ذلك ونتج عن ذلك ظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أن للمرأة نصف المسمى إذا طلقت قبل الدخول، بزيادته ونقصانه، قبضته أو لم تقبضه. إليه ذهب الإمام مالك والإمام الأوزاعي، وهو قول لأبي حنيفة في الزيادة قبل قبضها له^(٣).

الاتجاه الثاني: يرى أنه إذا قبضته، فإن كان باقياً فلها نصفه، وإن حصلت

(١) تعرضنا لعقد النكاح، رغم أن الرسالة في عقود المعاوضات، ويغلب على النكاح الجانب التعبدية، إلا أن فيه شق معاوضة خفي، وهو أن الرجل يدفع المهر في مقابل البضع، وإن كان هذا غير المقصود من العقد إلا أنه شق المعاوضة يحصل ضمناً.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٩/٢.

(٣) الكافي ٢٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٠/٢.

فيه زيادة، أو نقصان فلها الزيادة، وعليها النقصان، بالقيمة يوم أصدقها.

وإن لم تقبضه، فإن كانت العين بحالها، يوم أصدقها، أو أزيد فهي لها، وله نصف قيمة العين دون الزيادة، وإن كانت ناقصة عن حالها يوم أصدقها، فلها الخيار، إما أن تأخذ النصف بقيمة حالها يوم أصدقها، أو تأخذ النصف ناقصاً.

إلى هذا ذهب الشافعي في القديم، ونقله عنه ابن المنذر في النقصان، وفي الجديد، إذا أصدقها شيئاً، فلم يدفعه إليها، حتى تلف، وطلقها قبل الدخول، فلها نصف صداق مثلها^(١).

إلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة في قول، والإمام الشافعي في قول، إلا عند أبي حنيفة في النقصان يضمن الزوج ما نقص^(٢).

الاتجاه الثالث: يرى أنها لا تضمن من الصداق شيئاً، إذا تلف بيدها، إلا إذا حصل منها تعد بعد قبضها له، وإذا لم تقبضه وحصل الطلاق قبل الدخول، وجب عليه أن يدفع النصف الذي تستحقه، وإذا طالبت فامتنع فهو غاصب. إلى هذا ذهب الظاهرية، قال في المحلى: "فإن عدم الصداق بعد قبضها له، بأي وجه كان التلف أو أنفقته، لم يرجع عليها بشيء، والقول قولها مع يمينها، فإن وطئها قبل الدخول أو بعده، فلها المهر كله، قال ابن حزم: "إذا كان المهر شيئاً بعينه فتلف في يد الزوج، فإن كانت قد طالبت منه فمنعها فهو غاصب وعليه ضمان كله لها، أو ضمان نصفه إن طلقها قبل الدخول فإن كان لم يمنعها إياه فهو تالف من مال المرأة ولا ضمان على الزوج فيه ولا في نصفه

(١) الأم ٦٠/٥ ط دار المعرفة.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٤٦ ومابعداها، ط مصطفى البابي الحلبي.

وطئها أو طلقها قبل الدخول، وإن كان شيئاً يصفه فهو ضامن له بكل حال، أو النصف إن طلقها قبل الدخول فإن كانت المرأة قد قبضته فسواء كان بعينه أو بصفة فإن تلف عندها فهو من معيبة الزوج إن طلقها قبل الدخول.

ويقول: "إذا دفع ما فرض لها فقد قبضت حقها، فإن تلف فلم تتعد، ولا ظلمت، فلا ضمان عليها، فإن أكلته أو باعته، أو وهبته، أو لبسته، فأفنته فلم تتعد، في ذلك بل أحسنت"، وكأنه حصر الضمان فقط، فيما إذا تعدت بوجه غير شرعي كالوديعة، ولهذا يقول: "فإن بقي عندها النصف فهو له، وكذلك لو بقي بيده النصف فهو لها، فلو تعدت، أو تعدى عليه، ضمن أو ضمننت"^(١).

فإذا أعطها شيهاً مهراً، وقد ولدت "الشيء"، ثم طلقت قبل أن يدخل بها. فعند المالكية، يتقاسمان الزيادة، وإذا حصل فيهن نقص^(٢)، كذلك يقتسمانهما بينهما بدون ضمان، وهذا قول للحنفية.

وعند الحنفية والشافعية فيه تفصيل، إذا دفع المهر فقبضته، ثم حصل فيه زيادة أو نقصان، فللمرأة التاج في الزيادة وعليها النقصان، والزوج يطالبها بقيمة الشيء يوم دفعه المهر، وإذا كان قبل القبض، ففي حالة الزيادة لها الزيادة وعليها القيمة، وفي حالة النقصان لها الخيار، بين أخذ نصف القيمة يوم أصدقها، أو تأخذها ناقصة بدون ضمان، إلا أن الحنفية قالوا مع العين المعيبة نقصان العيب^(٣).

(١) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٤٨٧/٩.

(٢) الكافي ٢٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٠/٢.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٣٤٦/٣ وما بعدها، الأم ٦٠/٥.

المطلب الثاني

القبض في عقود الأمانات

نتناول فيما يلي اثر القبض في عقود الامانات^(١) إذا فسخت، ويكون من الجدير بالدراسة ان نوضح في البداية ماهية عقود الأمانات، ومن ثم نتعرف على الضمان المترتب على هذا العقد.

عقود الأمانات: هي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها، أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه، من تلف فمادونه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه.

وإذا أردنا أن نعرف الفرق بين عقد الأمانة وعقد الضمان، علينا أن نعرف أن فكرة الضمان في عقد الضمان تدور مع معنى المعاوضة فيه، ولو نهاية ومآلاً، وحينئذ يكون العقد عقد ضمان، من الناحية التي تتعلق بها المعاوضة، ويكون القابض ضامناً من هذه الناحية، أما فيما سوى ذلك فيعد العقد عقد أمانة، وتنفيذه بالتسليم والتسلم، يجعل القابض أميناً على المال، وعقود الأمانات تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: عقود أمانة محضة، وهي هذه:

١ - الوديعة في يد المودع عنده.

٢ - مال الشركة في يد الشريك.

(١) لا نتكلم في هذا المطلب عن العقد، من حيث كونه عقد لأن للعقود فصلاً خاصاً بها.

٣- مال القراض في يد العامل^(١).

٤- المال في يد الوكيل^(٢).

٥- الرهن في يد المرتهن بعد فكاك الرهن^(٣).

٦- المال بيد القيم بعد بلوغ الصبي.

٧- الوصية بمال - فقبض الموصى له بعد موت الوصي.

٨- الإعارة.

فهذه عقود أمانة محضة، إلا الإعارة عند الإمام أحمد، فهي عقد ضمان^(٤).

القسم الثاني: عقود مزدوجة الأثر، أي ضمان من وجه وأمانه من وجه، وهي: الإجارة - والرهن - والصلح عن مال بمنفعة.

العين المستأجرة نفسها، أمانة في يد المستأجر، والعقد على المنافع.

فالأجرة مقابل المنافع فالضمان بين الأجرة والمنافع، فهذا عقد ضمان، فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به، حتى مضت مدة الإجارة، يكون مافات من المنافع على حساب المستأجر، وتلزمه الأجرة، التي هي قيمة تلك المنافع.

أما بالنسبة للعين - فهي أمانة - فمن هنا صار عقد الإجارة عقداً مزدوجاً

(١) انتهى الإرادات ٣٣٧/٢.

(٢) انتهى الإرادات ٣١٥/٢ - نهاية المحتاج ٤٩/٥.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٩٤/٤، فتح العزيز ٦٠/٩ وما بعدها.

(٤) انتهى الإرادات ٣٩٧/٢.

وكذا الصلح على مال بمنفعة، فالمال الذي يقدمه أحد المتصلحين، لتكون منفعته خلال مدة معينة بدلاً متصالحاً عليه، في عقد الصلح، فيعد مبيعها مستوفياً لبدل الصلح، أما عين المال فأمانة في يده.

والمال المرهون، مضمون منه على المرتهن ما يعادل الدين، والزائد أمانة في يده، هذا على قول من يقول إن الرهن مضمون على المرتهن، فإذا هلك بعض الرهن في يده فعليه قيمته يوم الرهن، فإذا كان بقدر الدين تقاصاً، وإن كان أقل رجع على الراهن بما بقي من الدين، وإذا كان أكثر، فالزيادة أمانة بيده، وهذا عند الخيفة، وعند غيرهم الرهن أمانة بيد المرتهن لا يضمن إلا بالتعدي، فإذا هلك بدون تفريط، فإنه على حساب الراهن^(١).

وأما القسم الأول: فتعد عقود أمانة، فالوديعة بيد المودع، ومال الموكل بيد موكله، ومال القاصر في يد وصيه، ومال الشريك في يد شريكه، والعارية في يد مستعيرها، والرهن في يد المرتهن.

على قول من يقول أمانة، كل ذلك أمانة محضة بمقتضى العقد^(٢).

ولا تكاد تجد اختلافاً بين الفقهاء في عدم ضمان عقود الأمانة إذا حصل القبض بعد العقد، وتلف المقبوض بدون تفريط، إلا في بعض المسائل، فمثلاً في الإعارة، فالشافعية، خالفوا الجمهور في شيء، ووافقوهم في آخر حيث قالوا: لا يضمن المستعير إذا تلفت العارية بنفس الاستعمال المأذون فيه، ويضمن

(١) انظر الباب في شرح الكتاب ٣/٢.

(٢) لأستاذ الزرقا، المدخل الفقهي العام ٥٨٠/١ وما بعدها، د. محمد رضا، انظر فقه المعاملات ص ١٧٤، وذكر قولاً للنخعي والشعبي وقتادة والزهري، ان المرتهن ضامن.

في تلفها في غيره، ولو بغير تفريط، كمن استعار ثورا لاستعماله في ساقية فسقط في بئرها، فإنه يضمنه، لأنه تلف بغير الاستعمال المأذون فيه ولو كان التلف بنفس السقي، لا يضمن، وكذا إذا استعار دابة فسقطت في بئر - وفي حالة سيرها - فإنه يضمن لأنه تلف في الاستعمال، لكنه تلف بغيره، وكذا إذا استعار سيارة فضررها بحائط، أو رصف فإنه ضامن، فهو تلف لا بالاستعمال^(١)، ووافق الشافعية الجمهور في التلف بالاستعمال المأذون فيه في عدم الضمان، وخالفوه في غيره، حيث قالوا بالضمان، وإن لم يحصل تعد، إذا كان فيه ماتقدم.

وقد اشترط الزيدية الضمان، إذا اشترط في العقد، أما إذا لم يذكر في العقد، فهو عقد أمانة لا يضمن إلا بالتفريط، فإذا هم وافقوا الجمهور من جهة عدم اشتراط الضمان في العقد، أما الرهن، فالمالكية وافقوا الجمهور - في المال الذي لا يخشى هلاكه - فهو أمانة لا يضمن إلا بالتعدي.

وأما ما يخشى، فهو مضمون عليه إلا إذا أقام البينة على صدق دعواه في هلاكه، والزيدية وافقوا الجمهور في الإجارة الخاصة، وخالفوه في العامة حيث هي مضمونة، وهذا لا يضر إذا اتفقوا من وجه - وزاد بعضهم شرطاً خالف غيره في الحكم - ومما سبق يتبين أن عقود الأمانة غير مضمونة إذا فسخت، يقول ابن رجب في قواعده: "عقود الأمانات لا تضمن بالعقد، فكذلك بالفسخ"^(٢).

(١) انظر: نهاية الزين ص ٢٦٣، لأبي عبد المعطي الاوي البنتيني التساودي ط مصطفى الباي الحلبي.
(٢) القواعد لابن رجب، القاعدة ٤٣، ص ٥٨ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ط أولى ١٩٧١، انظر: المذهب الحنفي الإجارة ٢/٢٦، الشركة ٢/٤٨، القراض ٢/٥١، الوكالة =

وهناك رأي عند الحنابلة ذكره ابن رجب، أن عقود الأمانة مضمونة، إذا لم يبادر بالدفع إلى المالك، لأن هذه العقود مشتملة على ائتمان وتصرف، فإذا زال التصرف بقي الائتمان، وهذا لا يكون في الوديعة، لأنه ليس فيها غير ائتمان مجرد، فإذا زال صار ضامناً^(١).



المطلب الثالث

القبض بدون فعل القابض

إذا تحصل بيد القابض مقبوضات بدون فعله، كان إذا كان في يد المورث ودائع أو مال شركة أو مضاربة، ثم مات، انتقل المقبوض إلى الوارث، والسؤال الذي يطرح نفسه، ما أثر هذا القبض؟

قبل أن نبين ذلك، تبين أنه لا يجوز الإمساك بدون إعلام المالك، لأنه لم يأتى الوارث، وقبل كل إذا مرض المودع والعامل والشريك مرضاً مخوفاً، يجب عليه أن يرد ما بين يديه إلى المالك أو وكيله، وإلا فالحاكم الثقة أو أمين،

٦١/٢، العارية ٩٢/٢، الرهن ٣/٢ - ٤، المالك: الكافي ٣٧٥، ٣٩١، ٣٨٤، ٣٩٥، ٤٠٧، ٤١٣، الشافعي: الغاية القصوى ٥٣٩، ٥٤٦ - نهاية الزين ٢٥٥، ٢٥٩، ٢٦٢، ٢٤٤. الحنبلي القواعد لابن رجب نفس القاعدة والصفحة. المصدر السابق - منتهى الإرادات ٢٣٦/٢. الزيدي، الروض النضير ٣/٣٧١، ٣٦٦، ٣٤٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٢. الظاهري: المحلى ٢٠١/٨، يتبع الإمامية الصراط القويم ١٩٠، المسائل المنتخبة للخواص ٢١٧، ط الآداب، الصراط القويم ١٩٢، ١٩٥، المسائل ٢٤٠.

(١) القواعد ص ٥٩ القاعدة ٤٢.

وإذا لم يفعل فهو ضامن لأنه فرط بالمأمور به، وإذا لم يتمكن بأن مات فجأة أو فتن عليه، فهو معذور لا ضمان عليه، وحيث أوصى، ولم يوجد في التركة الصفة التي وصفها به، أو ما أشار إليه، أو تلفت بعد الوصية بلا تفريط في حياته أو بعد موته، قبل تمكن الوارث من الرد، فلا ضمان في هذه الحالات وإذا فعل المورث ماعليه، وانتقل إلى الوارث، فإنه يضمن في ثلاث حالات حيث وجد التقصير والتعدي:

الحالة الأولى: إذا قصر الوارث بعدم إعلام المالك بأن مورثه قد أوصى، وكان المالك بجهل الوصية.

الحالة الثانية: إذا طلبها المالك ولم يردها للمالك بعد تمكنه من ذلك.

الحالة الثالثة: إذا وجدت الصفة التي وصفها المورث في عين ولم يكن غيرها في تركته، وأنكر الوارث أنها تكون وديعة، فلم يقبل قوله حينئذ، لأن هذه الحالة بمثابة إقرار من المورث، أن هذه الصفة له.

وماعدا هذه الحالات الثلاثة فهو غير ضامن، ولهذا تقبل دعواه تلفها عند مورثه بلا تعد، أو رد مورثه لها، وكذا إذا جهل حال الوديعة، ولم يقل الوارث شيئا، بل قال: لأعلم حالة، فلا ضمان عليه، فالمال الذي عينه المورث، ينتقل إلى الورثة أمانة بأيديهم، كما كان في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع لصاحبه، كما يصدق الميت في حال حياته^(١).

يقول البهوتي^(١): "وإن تلفت عند وارث قبل إمكان ردها، لجهل بها أو به لم يضمنها لأنه لم يفرط، وإذا تلفت بعد إمكان ردها ضمن لتأخر ردها مع إمكانه مع حصولها بيده بلا إيداع، كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً ونحوه، فإنه يضمن التقصير"^(٢).

ومن آخر الوديعة، أو آخر مالا أمر بدفعه، بعد طلبه من مستحقه بلا عذر^(٣) ضمن، وهذه العقود، هي عقود غير لازمة، فلا تنتقل بالموت، إلا عقد المضاربة عند الإمام مالك، إذا شرع العامل في العمل، فإنه ينتقل إلى الورثة، فإذا كان له بنون أمناء، كانوا في القراض مثل أبيهم.

وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأثروا بأمين، وإن لم يكونوا مأمونين، أسلم المال الدين والقرض، وجميع المال القراض إلى رب المال، ولم يكن لورثة الميت من الربح قليل ولا كثير، وعند غيره إن كان هناك ربح، فللعامل سهمه المسمى ويكون تركة مورثة، فإذا قال المضارب في حياته قد ربحت ألفاً مثلاً، وقبضتها ثم مات، يصير ضامناً لرب المال حصته من الربح، أما إذا قال ربحت ولم يقر بالقبض، فللمالك رأس ماله لاحتمال الهلاك^(٤)، يفهم منه إذا

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٤٥٥/٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣٢/١١، القواعد لابن رجب ص ٥٩، قاعدة رقم ٤٣.

(٣) العذر النوم، هضم الطعام، بأن قال أنا ممتلئ فانتظروني حتى يهضم الطعام، والصلاة والطهارة بعد المسافة، خوف الطريق، فلا يضمن إن تلفت زمن العذر.

(٤) انظر الفتاوى الهندية ٣٣٠/٤، مع فتاوى قاضيخان ١٣٠/٣ بهامش الفتاوى الهندية -

المدونة ١٣٠/٥ دار صادر، بيروت، بداية المجتهد ٢٠٠/٢ - الكافي ص ٣٨٦، نهاية المحتاج

١١٨/٦ ومابعداها، منتهى الإرادات ٤٤٥/٢ ومابعداها - الزيلعي على الكنز ٦٦/٥، البدائع

١١٥/٦، المبسوط ١٢٩/١١.

أخذ المالك حصته من الربح، تبقى حصة العامل من التركة.
هذا إذا كان مال المضاربة معلوماً، أما إذا لم يكن معلوماً فللفقهاء في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أنه دين في تركته به قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، لأن الأصل بقاء المال بيد الميت، واختلاطه بجملة التركة، ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان ديناً، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق المالك، ولا إلى إعطائه عينا من التركة لاحتمال أن تكون غير عين ماله، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكأنه غاصب فتعلق بذمته.

الاتجاه الثاني: يرى أنه ليس على المضارب شيء به قال الإمام الشافعي، وحجته أنه لم يكن في ذمته وهو حي، ولم يعلم حدوث ذلك بالموت، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك.

والقول بأنه دين أقرب إلى عدم ضياع حقوق الناس، لأن الأصل بقاء المال في يده، واختلاطه بجملة التركة، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فكان ديناً كالوديعة، إذا لم يعرف عينها، وكما إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال لأن الأصل بقاءه، ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه، ولا سبيل إلى إعطائه عينا من التركة لأنه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة^(١).

(١) المغني مع الشرح الكبير ١٧٤/٥.

وحيث قلنا بأنه دين، وللعامل غرماء - غيرهم، هل يقدمون على الغرماء أو هم سواء في التركة؟ فإن كان مال الشريك والوديعة ومال القارض معروفاً يقدمون على غيرهم في المدونة: "فإن أقر بدين، ثم بعده بوديعة أو بمال قارض فصاحب الوديعة والقارض أولى، ويقول مالك: لا أبالي أقر قبل الدين أو بعده هذا إذا عينه^(١).

وإذا لم تعرف أعيانها فللفقهاء في ذلك آراء:

الرأي الأول: يرى أنهم هم والغرماء سواء به قال أبو حنيفة ومالك وأحمد والشافعي وداود بن أبي هند وعطاء وطاووس والزهري والشافعي في الوديعة^(٢).

الرأي الثاني: يرى أنهم يقدمون على الغرماء، روي ذلك عن النخعي.

الرأي الثالث: يرى أنه يبدأ أولاً بالدين ثم بهؤلاء به قال الحارث العكلي.

الرأي الرابع: إذا لم توجد الوديعة بعينها فليس بشيء، به قال ابن أبي ليلى^(٣)، والشافعي في المضاربة^(٤).

(١) المدونة الكبرى ١٣٠/٥.

(٢) الزيلعي على الكنز ٦٦/٥، البدائع ١١٥/٦، المدونة ١٣٠/٥ دار صادر، بيروت، نهاية

المحتاج ١٠٠/٣، المغني لابن قدامة ٢٨٩/٧.

(٣) الإشراف ٢٥٥/١ - المصادر الفقهية السابقة - المغني لابن قدامة ٢٨٩/٧.

(٤) نهاية المحتاج ١٠٠/٣.

فهذه الأمانات التي حصلت في يد القابض بدون فعله - يجب عليه أن يبادر إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة، لأنه أمسكها حينئذ بدون إذن المالك.

ومن ثم فالأمانات إذا فسخها المالك، كالوديعة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان، وفي هذه الأمانات لا يكفي إعلام المالك؛ لأنه تحصيل حاصل، فالفسخ صدر منه وكذلك الزكاة إذا أخرها عنده من غير رضا المستحق، فإنه ضامن إذا تلفت، وكذلك الأعيان المضمونة، كالعارية عند الإمام أحمد، وعند غيره أنها أمانة، إذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه، طالب المالك أو لم يطالب، والمغصوب والقبض بعقد فاسد^(١).

وكذا لو ألقى هارب أو ربح ثوباً بحجره لم يملكه، ووجب عليه حفظه، لأنه مال ضائع، ولا فرق في وجوب حفظه بين معرفة المالك ثم الجهل به، والجهل به من أصل^(٢).



(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٥٤ ومابعدھا، قاعدة رقم ٤٢.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ١٠٠/٣.

الفصل الثالث

مدى علاقة العقد بالقبض

تمهيد وتقسيم:

يعد العقد^(١) نوع من التصرفات وبينه وبين التصرف عموم وخصوص مطلق، لأن المعنى الفقهي للتصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه العديد من النتائج.

والتصرف نوعان: فعلي وقولي:

النوع الأول: هو ما كان قوامه عملا غير لسانی، الغصب، والإتلاف، وتسلم المبيع، وقبض الدين، وما أشبه ذلك.

النوع الثاني: (القولي) وهو على قسمين: عقدي وغير عقدي:

(١) تنقسم العقود بشكل عام الى ثلاثة أقسام، عقود رضائية وهي التي يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين اى اقتران الايجاب بالقبول فالتراضي وحده هو الذى يكون العقد به، وثانيها هي العقود الشكلية وهي لا تتم بمجرد التراضي بل يجب لتمامها فوق ذلك شكل معين يحدده القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد، والعلة من اشتراط المشرع في بعض الحالات شكلية العقد هو في الغالب تنبيه المتعاقدين الى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد بافراغ محتويات ما اتفق عليه في مستند رسمي، وثالثها هي العقود العينية التي لا تتم بمجرد التراضي بل يجب لتمامها فوق ذلك تسليم العين محل العقد. راجع حكم المحكمة العليا بعمان جلسة ٢٠٠٤/١١/١٠ قرارها رقم ٦٦ في الطعن رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٤ مجموعة الأحكام مرجع سابق ص ٢٤٠.

فالأول: (وهو التصرف القولي العقدي) هو الذي يتكون من قولين من جانبيين، أي ما يكون فيه اتفاق إرادتين كالبيع والشراء، والإجارة والشركة، وما أشبههما.

والثاني: وهو التصرف القولي غير العقدي^(١):

وهو إما يتضمن إرادة إنشائية، وعزيمة مبرمة من صاحبه، مع إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف، والطلاق، والإعتاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة، وهذا النوع يسمى عقد في اصطلاح فريق من الفقهاء، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف، كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الإرادة المنشئة^(٢).

وإما أن لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية، وذلك كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء وكالإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم، فإنها إخبار تترتب عليه مؤخرات وأحكام قضائية مدنية^(٣).

ومما تقدم، يتضح أن التصرف أعم من العقد مطلقاً، لأن العقد من بعض أنواع التصرف - إذا هو تصرف قولي مخصوص^(٤).

(١) الزرقا، انظر المدخل الفقهي العام مرجع سابق ٢٨٨/١.

(٢) د. محمد يوسف موسى، الاموال ونظرية العقد ص ٢٥١.

(٣) د. بدران ابو العينين، الشريعة الاسلامية، مرجع سابق ص ٣٦٦.

(٤) د. محمد نجيب عوضين، الوجيز في المعاملات الشرعية، مرجع سابق ص ٥٥.

ومن المقرر في القواعد المنطقية، أن الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم، ولا عكس^(١).

فكل عقد هو تصرف، وليس كل تصرف عقداً - وهذا مايسمونه (العموم والخصوص المطلق) بين الشئيين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه. والعقد في اللغة: هو الربط والشد، وهو جمع طرفي حبلين ونحوهما، وشد أحدهما بالآخر، وفي هامش القاموس، أن أصل العقد نقيض الحل، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات والعقود، ثم استعمل في الاعتقاد الجازم^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: اختلف الفقهاء الى اتجاهين، احدهما اتجاه موسع، ولاخر اتجاه مضيق، وهو طبقاً للرأى الاخير، الربط بين كلامين او اكثر او ما يقوم مقامهما ويترتب عليه اثر شرعي^(٣) وهو التعريف الذى جاء في مجلة الاحكام العدلية حيث نصت المادة ١٠٣ على ان العقد "هو ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله".

وفي الاصطلاح القانوني: اتجاه إرادتين او اكثر على احداث اثر قانونى او توافق إرادتين او اكثر على احداث اثر قانونى، هذا الاثر ماثل فى إنشاء حق

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢٨٨/١.

(٢) القاموس المحيط باب الدال فصل العين ٣٢٧/١ دار مكتبة التريبة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

(٣) د. محمد نجيب عوضين، الوجيز في المعاملات الشرعية، مرجع سابق ص ٥٢.

أوعلى نقله أو على تعديله أو على إنهائه^(١).

وعند المقارنة بين التعريفين، يتبين لنا:

أن العقد في نظر الفقهاء ليس هو الاتفاق نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً للانعقاد، فلا يعد إذ ذاك انعقاد على الرغم من اتفاق الإرادتين وذلك في حالة بطلان العقد.

فالتعريف القانوني بهذا المعنى، يشمل العقد الباطل الذي يعده التشريع لغواً من الكلام، لارتباط فيه ولا يرتب نتيجة.

بينما التعريف الفقهي، قد امتاز في تصوره الحقيقة العقدية، ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد، أي الأجزاء التي يتركب منها، وهي الإيجاب والقبول^(٢).

(١) السهوري، مرجع سابق ص ١٣٧، طلبه وهبة خطاب، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، العقد والارادة المنفردة، وحدة توزيع الكتاب الجامعي ط ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ص ٢٣، د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج ١ المجلد الاول، المصادر الارادية للالتزام، وحدة توزيع الكتاب الجامعي ط ٣ - ٢٠٠٠ ص ٥٥، قرب د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد - الارادة المنفردة - العمل غير المشروع - الاثراء بلا سبب - القانون، ط ١٩٩٩-٢٠٠٠ ص ٩ وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه «كل اتفاق يراد به احداث اثر قانوني» نقض مدني جلسة ١٤/٣/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٤٠، ص ٧٨٦.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ١/٢٩٤.

فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول، اللذان يعدان عناصر العقد الظاهرة، بما فيها من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً، فهذا التحرك والتلاقي هو المعول عليه في معنى الانعقاد، إذ قد تكون إرادتان متفقتين على التعاقد، ولا تتحرك أحدهما نحو الأخرى، فلا يتسم عقد، كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض مثلاً، فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضاً، لوجود اتفاق الإرادتين فيه مع أنه ليس بعقد.

فالتعريف القانوني غير مانع، ومما تقدم اتضح أن التعريف الفقهي للعقد أدق تصويراً للعقد وأحكم منطقاً^(١).

وقد عرفنا أن العقد هو من التصرفات وأن له أثراً بعد حصول أركانه من الإيجاب والقبول، ومن آثاره القبض، فللقبض علاقة وثيقة بانعقاده، وهذه العلاقة قد اختلف الفقهاء فيها، هل هي شرط لزوم العقد واستمراره، أم أنها شرط انعقاد العقد وإنشائه؟ فمنهم من يقول^(٢): إن القبض شرط لزوم العقد واستمراره، وهو ليس ركناً فيه، لأن العقد تراض في نظر الشرع، يتم بالإيجاب والقبول، لكنه عقد غير لازم يفتقر إلى القبض مع خلاف بين العلماء بين عقد وعقد، كما نرى تفصيل ذلك فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر الأستاذ د. محمد رضا العاني، بحث في القبض، مجلة الشريعة والقانون - العدد الخامس

ومنهم من يرى أن القبض ركن في العقد، لأنه تمام الرضا فلا ينعقد العقد ولا ينشأ إلا بحصول القبض، وعلى هذا فلا أثر للإيجاب والقبول في تكوين العقد^(١)، لكن هذا الرأي فيه نظر، لأن المعنى الشرعي للعقد، ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره الشرعي في محله، وهذا المعنى للعقد يتحقق بالإيجاب والقبول، فالعقود التي تضاف إلى المستقبل مثلاً، تنعقد حالاً، وأما التصرف فيكون حين يتحقق ما أضيف إليه العقد من الزمن، فمن قال لآخر مثلاً: أعطني سيارتك للغد، فجاء الغد، فأخذ المستعير السيارة، فإنه أخذ مستند إلى سبب صحيح من الإيجاب والقبول، فكيف يقال إن القبض ركن في العقد؟ لأن الركن جزء من الماهية، وليس كذلك.

على أن الإمام مالك رحمه الله، في مشهور مذهبه يرى أن عقود التبرعات والمعاوضات تلزم بالإيجاب والقبول، وعلى المتبرع إقباض ما تبرع به إلى المتبرع له بناءً على قاعدة مالك المشهورة "من ألزم نفسه معروفاً لزمه إلا من موت أو فلس"^(٢).

ويقول: الخرشي المالكي: "البيع الصحيح، يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد"^(٣).

فمضى حصل الإيجاب والقبول بشرائطهما الشرعية، يعد بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد الذي يظهر في محله، وهو الأثر المقصود منه الذي شرع لأجله، فركن العقد هو ما يعبر عن اتفاق

(١) يقول في البحر الزخار ٣/٣٦٢: «القبض من تمام العقد بدليل تلفه من مال البائع».

(٢) انظر الدر المختار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٠٦/٤ مع مجلة الشريعة والقانون، نفس المكان السابق.

(٣) الخرشي ١٥٨/٥.

الإرادتين من الإيجاب والقبول أو مايقوم مقامهما، فهما العنصران الذاتيان، في ماهية العقد ومعناه، فبارتباطهما الشرعي يقوم العقد ويتكون.

يقول ابن رشد: "والعقد هو الإيجاب والقبول وأما الركن الثاني: الذي هو المعقود عليه، وأما الركن الثالث وهما العاقدان"^(١) وإنما يعد إما أثر، وإما من مقومات العقد، كالعاقدين والمحل والمعقود عليه^(٢).

وإذا تبين هذا، فإن العقود بالنسبة للقبض ليست على سنن واحدة، فهناك من العقود ما يكون القبض شرطاً لصحتها، وبعضها يكون القبض شرطاً للزومها ولا استقرارها، وبعضها يلزم ويستقر دون البعض^(٣).

ونتعدد تأثيرات القبض على العقد، فقد يكون للقبض تأثير في تكوين العقد ذاته، كما قد يكون له تأثير في تغيير تصرفات المالكين قبل حصول القبض، ونقسم هذا الفصل الى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: عقود لا يشترط فيها القبض.

المبحث الثاني: عقود يشترط القبض في صحتها.

المبحث الثالث: عقود يشترط القبض في لزومها.

المبحث الرابع: عقود يشترط القبض في استقرارها.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٧٢/٢.

(٢) انظر المدخل الفقهي العام، الزرقا ١/٣٠٠ ومابعداها.

(٣) الأشباه والنظائر، للإمام جلال الدين السيوطي ص ٢٨٠، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

المبحث الأول عقود لا يشترط فيها القبض

تمهيد وتقسيم:

تعدد العقود التي لا يشترط فيها القبض مثل الحوالة، والوكالة، والوصية، والجمالة، والوقف، فهذه العقود لا يشترط فيها القبض لا في صحتها ولا في لزومها ولا في استقرارها ونقسم هذا المبحث الى خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: القبض في الحوالة.

المطلب الثاني: القبض في الوكالة.

المطلب الثالث: القبض في الوصية.

المطلب الرابع: الجمالة.

المطلب الخامس: الوقف.

المطلب الأول القبض في الحوالة

الحوالة لغة: من حال الشر حولا وحوؤولا، وتحول بمعنى انتقل وتغير، ويقال حال الحول: تم وانقضى^(١).

وشرعاً عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى^(٢). فلو أفلس المحال عليه أو جحد فلا رجوع على المحيل بأي حال من الأحوال. عند الشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية، وخصه المالكية بما إذا اشترط المحيل براءة ذمته، أما إذا لم يشترط البراءة فإنه لا تبرأ ذمته إلا إذا قبض المحتال حقه^(٣).

وللحنفية قول في رجوع المحال له على المحيل فيما إذا نوى حقه بمجرد الحوالة، ولا بينة له عليه، أو مات المحال عليه مفلساً، وفي غير ذلك فقولهم مثل قول الجمهور، ففي الهداية: "وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول"^(٤)، أي بقبول المحتال ورضا المحال عليه^(٥).

(١) المعجم الوجيز مادة حول، لسان العرب لابن منظور، تاج العروس.

(٢) شرح منتهى الإرادات ج ١ ص ٤١٦، كفاية الطالب الرباني ج ٢ ص ٧٩، المغنى والشرح الكبير ج ٥ ص ٦٦، مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٩٣، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٣٥/٢.

(٣) المصدر السابق نفسه، وانظر: الهداية ٩٩/٣ - الخرشي ١٦/٦ - الروضة ٢٣٤/٤ - منتهى الإرادات ٢/٢٥٦ - والمحلى ١٠٨/٨ - جامع الأحكام الشرعية ص ٣١٨.

(٤) الهداية ٩٩/٣ وما بعدها.

(٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين الزيلعي ١٧١/٤ ط الأميرية بولاق ١٣١٤هـ، وانظر: شرح الدر المختار للحصكفي ١٣١/٢ ط صبيح وأولاده، مصر.

يقول الحصكفي: "وشرط صحتها رضا الكل"^(١) والشافعية والحنابلة يجعلون الحوالة بمنزلة القبض، فلا حاجة إلى قبض آخر، ففي الروضة^(٢).

إذا جرت الحوالة بشروطها برىء المحيل من دين المحتال، وتحول الحق إلى ذمة المحال عليه، وبرىء المحال عليه من ذمة المحيل، ولم يكن للمحتال الرجوع في حال من الأحوال، إلا إذا رضي الرجوع بتقدير الإفلاس أو الجحود، لأن الحوالة كالمقبوض^(٣)، وفي المغني^(٤): إن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه، وثبت المحتال فلم يزل عنه، ولأن الحوالة بمنزلة القبض، فكان المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع به عليه، وبأخذ المحتال من المحال عليه، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أم لم يتعذر.

الحوالة قانوناً:

نظم القانون المدني المصري نوعين من الحوالة، هما حوالة الحق (٣٠٣-٣١٤) وحوالة الدين (٣١٥-٣٢٢).

فنصت المادة ٣٠٣ على أنه "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام.

(١) الدر المختار، المصدر السابق، نفس المكان.

(٢) الروضة للنووي ٢٣٢/٤ - ٢٣٤.

(٣) الظاهرية يوجهون قبول المحتال الحوالة، وتبرأ ذمة المحيل، ولا رجوع للمحتال بأي حال من الأحوال إلا إذا حصل غرر، وذلك إذا أحيل على غير مليء فalcقد باطل (المحلى ١٠٨/٨).

(٤) المغني ٥٦/٥ - انظر رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٥٧، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي مكتبة سعد سنة ١٩٩٠م، طبعة أولى بغداد.

وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين " وأوضحت المادة ٣٠٤ الاشياء لا يجوز حوالتها حيث نصت على انه " لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز".

وعلى النحو السابق يعرف البعض حوالة الحق بانها " عقد ينقل به الدائن حقه الشخصى الى اخر يحل فيه محله فى اقتضاء الحق من المدين " (١).

وهو قريب من تعريف محكمة النقض حيث قضت بان " حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الاول الذى فى ذمة المحال عليه الى الثانى " (٢).

وفي حكم آخر قضت بأن الحوالة هى (اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق الأول الذي فى ذمة المحال عليه الى الثانى ويكفى لإنعقادها تراضي المحيل والمحال له أى الدائن الأصلي والدائن الجديد دون حاجة الى رضا المدين المحال عليه) (٣).

واثار الحوالة فى القانون متفقة مع الفقه الاسلامى حيث تنص المادة ٣٠٨ من القانون المدنى على انه " (١) إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

(١) د. محمد على عمران، الوجيز فى اثار الالتزام، مكتبة سعيد رافت، ط ١٩٨٤ ص ١٩١.
(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٦٠١ لسنة ٤٣ ق بمجموعة احكام النقض السنة ٢٨ ص ٨٧٧.

(٣) نقض مدنى الطعون أرقام ٥٢٦ لسنة ٦٨ ق، ٢٧٠٢ لسنة ٦٨ ق، ٨٧٨ لسنة ٧٢ ق، ٩٠٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٩ مجلة المحاماه المصرية العدد ٥، ٦ ص ٥٠٧.

(٢) أما إذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق.

وعلى ذلك يضمن المحيل وبحكم القانون يضمن وجود الحق الحال به وتوابعه وقت الحوالة إذا كانت الحوالة بعوض^(١) بعكس الحال في حالة الحوالة بدون عوض.



المطلب الثاني القبض في الوكالة

تعريف الوكالة لغة، بالتفويض، يقال وكل أمره إلى فلان، فوض أمره إليه^(٢).

الوكالة شرعاً: تفويض شخص ما له فعله، مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته^(٣).

الوكالة قانوناً: عرفت المادة ٦٩٩ من القانون المدني الوكالة بأنها " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

وعلى ذلك فالوكالة من العقود الجائزة التي لا يشترط لصحتها أن يقبض الموكل فيه غاية مافي الأمر أن يتوفر فيه ركن العقد، وهو الإيجاب والقبول،

(١) السنهوري الوسيط ج ٣ بند ٢٨١.

(٢) المعجم الوجيز مادة وكل.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع ٤٣/٢.

وأن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام، والوكيل ممن يعقل العقد، ويقصده وهذا باتفاق الفقهاء^(١).

وهناك أحكام تتعلق بعقد الوكالة تخص القبض، منها:

١- ما إذا قبض الوكيل ما لم يره:

إذا اشترى مبيعاً لم يره، فله خيار الرؤية، فإذا وكل من يقبضه فراه الوكيل، فهل يسقط خيار الموكل؟ للخفية في ذلك رأيان^(٢).

الأول: إذا قبض الوكيل المبيع بعد رؤيته له، فإن رؤيته تسقط خيار الموكل، فلا يرد إلا من عيب، وبه قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى ووجه قوله: إن الموكل متى قبض، وهو يرى المبيع سقط الخيار، فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل.

الثاني: له الخيار في الرد عند الرؤية، لأنه توكل في القبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يتوكل به، وصار نكير العيب، وبه قال صاحبان، والذي يبدو لي راجحاً، ما ذهب إليه صاحبان، لأن نظر الوكيل يختلف عن نظر الموكل، فلو كان المبيع غير مرغوب عند الموكل، فإذا ألزمناه أوقعناه في الحرج، وإذا وجد عن طريق اليسر سلكتاه، فإذا أبقينا الخيار للموكل كان أيسر

(١) منتهى الإرادات ١٤٤/٢. انظر الهداية ١٣٧/٣ - الخرشي ٧٠/٦ - الروضة ٣٠٠/٤ - المحلى ٢٤٤/٨.

(٢) الهداية ٣٤/٣ - هذا الخلاف في وكيل القبض، أما وكيل الشراء فإنه مسقط لخيار الموكل بالإجماع، لأن الرؤية من حقوقه (انظر الهداية ٣٤/٣ - الروضة ٣٢٧/٤ - المغني ٢٤٩/٥).

له وأما عند غير الحنفية من المالكية، والحنابلة، فإنهم لا يرون خيار الرؤية، فإذا بيع شيء موصوف وظهرت الصفات في المبيع كما وصفت، فلا خيار للبائع وإن البيع لازم، لأن الوصف يفيد المعرفة كالرؤية، وأما إذا لم توجد الصفة فالعقد باطل^(١).

أما عند الشافعية، فالأظهر عندهم، أنه لا يصح بيع الغائب، وهو ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما^(٢).

٢- حق حبس المبيع:

إذا دفع الوكيل ثمن المبيع بأمر الموكل من ماله، فليس له حق حبس المبيع، إذا امتنع الموكل من دفع حقه، يقول النووي الشافعي: "متى ما قبض وكيل المشتري المبيع، وغرم ثمنه من ماله لم يكن له حبس المبيع، ليغرم الموكل له، وفي وجه ضعيف له ذلك"^(٣)، وبه قال أيضاً من الحنفية زفر رحمه الله تعالى - وقال الحنفية له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن^(٤). وهذا الذي أرححه حفظاً لمال الوكيل ولا سيما أن طبائع أكثر الناس قد فسدت ومن أحكام الوكالة ان الوكيل بالخصومة، لا يكون وكيلاً بقبض الشيء الذي خاصم فيه، لأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً، وقد يوصي للخصومة من لا يرضاه للقبض، وبه قال جمهور الفقهاء ومنهم زفر من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله

(١) مواهب الجليل ٢٩٢/٤ - شرح العلامة جلال الدين المحلي هامش قليوبي وعميرة ١٦٤/٢.

(٢) روضة الطالبين ٣٣٥/٤.

(٣) روضة الطالبين ٣٣٥/٤.

(٤) الهداية ١٤٠/٣ انظر د. محمد رضا العاني: الوكالة في الشريعة والقانون ص ٣٣٢.

تعالى^(١). وأبو حنيفة رحمه الله تعالى وصاحبه يقولون: له الحق في القبض لأن الوكالة تتناوله، لأن الخصومة قد لا تنتهي إلا بالقبض، فكان التوكيل بهما توكيلاً بالقبض^(٢)، والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وذلك لفساد الزمان، قال الحصكفي: "وبه يفتي"^(٣) أي يفتي زفر الموافق لرأي الجمهور، القائل بعدم تناول الوكالة بالخصومة القبض، وأما الوكيل بالقبض، فإنه وكيل بالخصومة، لأنه ربما لا يتوصل إلى القبض إلا بالإثبات، فهو إذن عرفاً^(٤).

٣- هل الوكيل في القبض وكيل في الخصومة:

وعلى عكس الوضع في الفرض السابق ماذا يكون الوضع لو توكل شخص في قبض حق كدين أو عين، ثم جحد الغريم حق الموكل وأنكره، فهل للوكيل أن يخاصم المدين لدى القضاء؟

اختلف الفقهاء في ذلك ونتج عن ذلك ظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أن الوكيل في القبض لا يملك الخصومة، في إثبات الحق بعد جحد الغريم له، سواء كان الحق ديناً أم عيناً، لأن القبض والخصومة معنيان مختلفان، فالتوكيل بأحدهما لا يكون توكيلاً بالآخر.

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٦٤ - لأبي عبد الله محمد عبد الرحمن الدمشقي من علماء القرن الثامن الهجري.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ص ١٠٣ د/وهبه الزحيلي، انظر فقه المعاملات ١/١٤٢ - د/محمد رضا العاني.

(٣) شرح الدر المختار ٢/١٩٢ لمحمد علاء الدين الحصكفي ١٠٨٨ هـ - ط صبيح وأولاده.

(٤) المصادر الفقهية السابقة مع المغني ٥/٢١٨ وما بعدها - منتهي الإرادات ٢/٣١٤.

ولأن القبض يمكن حصوله بلا خصومة، فلا حاجة إلى جعله وكيلاً في غيره بذلك قال صاحبان أبو يوسف، ومحمد، ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى والمالكية والشافعية في أحد القولين، والحنابلة في غير المذهب، والإمامية^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أن توكيل القبض يملك الخصومة فيه، سواء كان الحق ديناً أو عيناً، لأن القبض لا يتوصل إليه إلا بالتثبيت، فكان إذناً فيه عرفاً... ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه، كما لو وكل في شراء شيء ملك تقدير ثمنه، أو في بيع ملك تسليمه.

إلى هذا ذهب الشافعية في القول الآخر، والأصح عند الحنابلة.

الاتجاه الثالث: يرى أن التوكيل أما في عين وأما في قبض دين، فإن كان موكلاً في قبض عين، فلا حق له في المخاصمة، لأنه أمين محض، فهو يقبض عين حق الموكل فأشبه الرسول - ولا حكم للمبادلة هنا - بخلاف قبض الدين فله حق المخاصمة بناءً على أن حكم المبادلة والمعاوضة حاصل لأن الديون لا تقضى بأعيانها بل بأمثالها^(٢)، وإن حقوق العقد عند الحنفية متعلقة بالوكيل لذلك فإن هذا الحكم يجعل الحق للوكيل في قبض الدين أن يخاصم فيه. بذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، منتهى الإرادات ٣١٤/٢، روضة الطالبين

٣٣٥/٤، المغنى لابن قدامة ٢١٨/٥.

(٢) الهداية ١٣٧/٣.

والذي يظهر لي رجحانه: هو ماذهب إليه الجمهور، من أن الوكيل بالقبض لا يكون وكيلاً بالخاصة، لأن الخصومة غير القبض، فمن وكل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر، ولا فرق بين العين وبين الدين، إذ كلاهما يكون الوكيل أميناً فيه، وكلاهما يقبضه الوكيل وينقله.

* * *

المطلب الثالث

الوصية

الوصية في اللغة: مأخوذة من أوصى يقال: أوصى له بشيء وأوصى إليه: جعله وصية يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته، أوصاه وصّاه توصية عهد إليه أو الوصاية والوصية وهو الموصى به ومنها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾ [النساء: ١١] أي يفرض عليكم، وقوله تعالى: ﴿اتَّوَصَّأُ بِهِ﴾ [الذاريات: ٥٣] أي أوصى به أولهم آخرهم^(١).

وشرعاً: هي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت أو تخصيص الوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده^(٢).

قانوناً: نصت المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية المصري على تعريف الوصية بأنها "...تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

(١) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤/٢٠٤ فصل الواو باب الواو والياء.

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣٨ - ٣٩.

يذهب جمهور الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى عدم اشتراط القبض والإقرار فيها، فلا يتوقف صحة العقد على القبض، لأن لها كما يقول ابن نجيم - شبيها بالميراث - فلا يتوقف الملك على القبض إلا في وجه عند الخنابلة، أنها لا تلزم إلا بالقبض في المبهم أي غير المعين، وفي وجه آخر القبض شرط للزومها، في المبهم والمعين، لكن المذهب هو ما عليه الجمهور من أن القبض ليس شرطاً فيها^(١).



المطلب الرابع الجعالة

الجعالة في اللغة: تطلق الجعالة في اللغة على عدة معاني، فيقال جعل الشيء يجعله جعلاً وجُعلاً واجتعله وضعه، وقال الزجاج: جعلت زيداً أحاك نسبته إليك، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبْدُ الرَّحْمَنِ إِنثًا﴾ [الزخرف: ١٩] والجعل في هذه الآية بمعنى القول والحكم على الشيء، ومنها الجعل بمعنى الخلق مثل قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا﴾ [الأنبياء: ٣٠] أي خلقناه.

ويقال جعل لك جعلاً وجُعلاً وهو الأجر على الشيء فعلاً أو قولاً، وتقول جعلت له جعلاً على أن يفعل كذا وكذا وهذا من أنسب التعريفات^(٢).

(١) الفتاوى الهندية ٤٩٥/٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٧، شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين بهامش قليوبي عميرة ١٦٦/٣، منتهاى الإرادات ٢٤٣/٢، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٣١٢/٩، جامع الأحكام الشرعية ص ٤٠٤.

(٢) لسان العرب لابن منظور فصل الجيم وحرف اللام، ١١٨/١٣ - ١١٩، القاموس المحيط للفيروزآبادي مادة جعل، المعجم الوسيط ج ١ ص ١٢٥.

وفي الشرع: عرفها المالكية: بأن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً لا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول، مما فيه منفعة للجاعل، على أنه إذا أكمل العمل كان له الجعل وإن لم يتمه فلا شيء له، مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بعد تمامه^(١) وعند الشافعية فهي الاذن في عمل معين او مجهول لمعين او مجهول بمقابل^(٢).

وفي القانون هناك صورة تدرج تحت الجعالة وهي المعروفة بالوعد بالجائزة حيث نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني المصري على ان " (١) من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزام بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

(٢) وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور".

فالمادة السابقة اوضحت اعتناق المشرع المصري بصحة الجعالة^(٣).

(١) حاشية البيجري على شرح الخطيب ١٧٠/٣، والخرشي ٦٩/٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لابن رشد ٢/ ٢٣٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ ص ٦٠.

(٢) حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ج ٦ ص ٣٦٤.

(٣) نقض مدني جلسة ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ ص ٢٩٤.

حكم الجعالة: اختلف الفقهاء في حكم الجعالة فذهب البعض الى جوازها وعلى العكس ذهب البعض الاخر الى منعها ولكل ادلته، وتناول ادلة كل فريق ثم نوضح الراى الراجح ادينا

أولاً:- الجعالة جائزة

استدل اصحاب هذا الراى بالكتاب والسنة وإجماع الفقهاء:

١- الكتاب: فتوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

وجه الاستدلال من الآية: وكان حمل البعير معلوماً عندهم وهو الوسق وهو ستون صاعاً، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قص علينا من غير نكير، ولم يثبت نسخته ومن خالف في هذه القاعدة جعله استثناساً^(١).

٢- السنة: ما روي من حديث رقية الصحابي وهو ما روي في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: "أن أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقرؤهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك القوم فقالوا هل فيكم من راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل إلا أن تجعلوا لنا جعلاً فجعلوا لهم قطع شاه فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرىء الرجل فأتوهم بالشاة فقالوا: لا نأخذ حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: ما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم"^(٢).

(١) تفسير الطبري ج ٦ ص ١٥، للزبيد يراجع تفسير بن كثير ٤ ص ٢٣٥.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ٤/١٧٢٧.

فدل ذلك على أنه لا يستحق العامل على الجاعل شيئاً بمجرد العقد، وإنما يستحقه بإقباضه الضالة بذلك قال المالكية والشافعية والحنابلة^(١)، وخصه الحنفية بالاستصناع وبرد الآبق، هذا عند من يقول بجوازها.

٣- القياس: استدلو به فقالوا: إن الحاجة تدعو إليها فجازت كالإجارة - يقول الباجوري الشافعي^(٢): "القياس يقتضي جواز كل مادعت الحاجة إليه، لأن الإنسان قد يعجز عن رد ضالته فحاجته إلى مثل هذه العقود تدعو إلى جوازها".

ثانياً:- الجعالة غير جائزة

ومن الفقهاء من يرى عدم الجواز، وهم الحنفية في غير الاستصناع ورد الآبق، والظاهرية، وحجتهم في ذلك ما يأتي:

١- أن في الجعالة غرراً، لأن العامل لا يعلم مدة العمل ولا طبيعته والشرعية الإسلامية تنفي كل عقد فيه غرر^(٣).

(١) الحنفية قالوا: بالجعل لرد الآبق وبلاستصناع ولم يثبتوا لرد الضالة. يقول الكاساني ٢٠٣/٦:

«لا يثبت لرد الضالة، إلا أن المغني قد نص على جوازها عند أبي حنيفة، وقال: ولا نعلم فيه مخالفاً...» وابن رشد نقل عدم الجواز الذي قال به الحنفية حيث يقول: «واختلف العلماء في جوازه... فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين أحدهما: أن لا يضرب لذلك آجلاً، الثاني أن يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة: لا يجوز». بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد

٢٣٥/٢ - المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٠٤/٨.

(٢) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي ٣٢/٢.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٣٥/٢.

٢- واستدل ابن حزم بقوله عليه الصلاة والسلام "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام"^(١).

وجه الاستدلال: أنه ليس لأحد أن يعقد في دمه ولا في ماله ولا في عرضه ولا في بشرته عقداً، ولا أن يلتزم في شيء من ذلك حكماً إلا ما جاء النص بإيجابه باسمه وبإباحته باسمه، فصح أن العقود التي أمر الله تعالى بالوفاء بها، إنما هي العقود المنصوص عليها بأسمائها، وإن كل ماعداها حرام عقده^(٢).

المناقشة ثم الترجيح:

يناقش الدليل الأول للخنفية والظاهرية: بأنه إذا كان في الجعالة غرر، إلا أنه لا ضرر فيه، ولأنه عقد جائز، للعامل فسخه في أي وقت، فهو غير ملزم بتمام ما التزم به، فإذا كان ذلك كذلك، فلا ضرر في ذلك العقد^(٣).

ويناقش دليلهم الثاني: الذي استدل به ابن حزم، بأن فيه تحميل النص أكثر مما يحتمل وذلك لوجوه:

الوجه الأول: أن النبي ﷺ ذكر ذلك في حجة الوداع، فبين ما يتعامل فيه الناس من ظلم وسفك دم وأكل مال بالباطل وأكل الربا، وعقد الجعالة خارج عن هذا.

(١) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حجة الوداع ٨٢/٣، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب

الحج، باب حجة النبي ﷺ ٨٨٩/٢.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٢٠٤/٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٥٢/٦.

الوجه الثاني: الحاجة تدعو لذلك العقد، والدين مبني على اليسر وليس على الحرج.

الوجه الثالث: أن نص الحديث ورد في أخذ مال مقابل عمل، كما في قصة اللديغ، فقيس عليه كل عمل، ويستأنس^(١) بقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢].

وكان الحمل معلوماً عندهم كالوسق.

والذي يبدو راجحاً - من جانبي - هو ما ذهب إليه اصحاب الراي الاول لقوة الدليل الذي استدلو به، وأن المخالفين قد استدلو بما لم ينهض أن يكون حجة، لأنهم قد حملوا النص ما لم يحتمل.

* * *

(١) حاشية الباجوري ٣٢/٢.

المطلب الخامس

الوقف

الوقف في اللغة: الحبس يقال وقفت كذا، أي حبسته، ولا يقال أوقفته إلا في لغة تميمية^(١)

وشرعاً: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح موجود^(٢). والوقف نوع من أنواع الصدقات التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى، فهو من القرب المشروعة التي حث الشارع الكريم عليها، وندب إليها، وطريق من طرق إدرار الخير، وإجزال المثوبة للمتصدق إذا اقترن عمله بنية صالحة ورغبة صادقة.

والتصور الإسلامي للوقف ينطلق من التصور الإسلامي، للملكية وللوظيفة الاجتماعية للمال، فالشريعة الإسلامية تنظر إلى الملكية على أنها حكم شرعي يقرره الشارع في المال المملوك، فللشارع أن يقيد هذا الحكم بغاية معينة، أو يخضعه لقاعدة مقررة^(٣).

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة (وقف).

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٨١/٢.

(٣) بالنسبة لمدى جواز الوقف فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه لقوة الأدلة على ذلك، أنظر البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج ٥، ص ٣٠، حاشية الدسوقي، ج ٤ ص ٧٥، المغني، ج ٦ ص ٨٥، وذهب الإباضية ورواية للإمام أبي حنيفة إلى أن الوقف لا يجوز إلا في المساجد فقط أما غيرها فلا يجوز استناداً لقول النبي ﷺ بعد نزول آية الميراث في سورة النساء «لا حبس بعد سورة النساء»، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، ج ٦، ص ١٣٠ ولقد رد جمهور الفقهاء على هذا الحديث بأن سنده به ضعف وأن مرد الحبس المنهي عنه هو حبس الجاهلية الذي نهى الله عنه.

ولقد تركت الشريعة للمالكين سعة من أمرهم في أن يحققوا ما يرونه مناسباً من أوجه الإنفاق، إضافة إلى ما حددته الشريعة من الصدقة الواجبة.

وإذا كان الدين الإسلامي لا يفرض هذا النوع من التصديق كما فرض الزكاة مثلاً، فإنه بلا شك يجذبه ويستحسنه، باعتباره موضوع الخير والبر كما يستحسن سائر أعمال البر^(١)، فإذا أوقف الواقف هل يشترط لصحة وقفه قبض الموقوف عليه أم لا؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك، ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه يشترط لتمام الوقف ولزومه القبض. إليه ذهب المالكية^(٢)، ورواية عند الإمام أحمد، ولهذا قال القاضي من الحنابلة^(٣) بأن الملك لا يلزم بدون القبض. ومن الحنابلة من يقول: القبض شرط لصحة الوقف^(٤).

ومن الحنفية من قال بذلك: إذ يقول محمد بن الحسن: "لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى، فينزل منزلة الزكاة والصدقة"^(٥)، أي في القبض.

(١) فقه المعاملات ص ٤٧٤، د/فاضل الديو.

(٢) الخرشني على مختصر خليل ٨٤/٧.

(٣) القواعد لابن رجب: قاعدة ٤٩ ص ٧٠، ٧١.

(٤) السابق، نفس الموضع.

(٥) الهداية ١٤/٣.

وذلك لأن الوقف، تبرع بمال لم يخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرد، كالوصية والهبة^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أنه لا يشترط القبض لصحة الوقف به قال من الحنفية - أبو حنيفة وأبو يوسف^(٢) - وبه قال الشافعية أيضاً، وهو ظاهر من مذهب عند الحنابلة^(٣).

يقول النووي: من أحكام الوقف لزوم في الحال، سواء أضافه إلى مابعد الموت أم لم يصفه، سواء سلمه أم لم يسلمه، قضى به قاض أم لا. ومعنى سلمه أم لم يسلمه، أي أقبضه إلى الموقوف عليه أو لم يقبضه، فصحة الوقف لازمة في الحال، ولهذا رد قول الجرجاني، إذا كان الوقف على معين افتقر إلى القبض.

وقال هذا شذوذ مردود وغلط ظاهر^(٤).

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما أخرجه البخاري بسنده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر أرضاً بخير، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال يارسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها؟، فقال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها

(١) فقه المعاملات ص ٤٧٤ د/فاضل الدبو.

(٢) الهداية للبرغيناني ١٣/٣.

(٣) انظر القواعد لابن رجب ٧٠/٩ - ٧١.

(٤) الروضة ٣٤٢/٥.

ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث" قال: فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متمائل فيه أو غير متمول فيه متفي عليه^(١).

وجه الاستدلال: أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد فرق المال، وليس فيه ما يدل على اشتراط التسليم لتام الوقف.

لأن الوقف تبرع يمنع الهبة والميراث، فلزم بجرده كالعتق.

والذي أرححه من القولين: هو الاتجاه الثاني القائل بعدم اشتراط القبض لتام الوقف لقوة الدليل الذي استدل به أبو حنيفة وأبو يوسف وهو مذهب الشافعية وظاهر مذهب الحنابلة، استدلوا به، ولأن من أحكام الوقف اللزوم في الحال سواء أقبضه إلى الموقوف عليه أو لم يقبضه، فصحة الوقف لازمة في الحال.

الوقف في القانون^(٢): نظم المشرع المصري الوقف بمقتضى القانون ٤٨

(١) صحيح البخاري، بشرح فتح الباري ٣٢٨/٦، باب الوقف كيف يكتب، ط مصطفى الباي الحلبي سنة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م.

ومعنى متائل ومتمول - أي غير متخذ منها مالا، لا يمتلك شيئاً من رقابها، والتائل، اتخاذ أصل المال حتى كأنه عنده قديم، أي يباح الأكل من الوقف بالمعروف ولا يباع الأخذ والتملك (فتح الباري نفس الجزء ص ٣٣٠).

(٢) كان الوقف قبل قيام ثورة يوليو ١٩٥٢ «في مصر» نوعين أهلي وخيري وعند قيام الثورة صدر قانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ونص على إلغاء نظام الوقف الأهلي الموجود منه ومنع إحداث وقف أهلي جديد وأسباب إلغاء الوقف الأهلي مرجعه أنذاك أن النظام الجديد غير الحياة السياسية والاجتماعية في المجتمع المصري وسعى للقضاء على الاقطاع وتجميع الملكيات في يد واحدة لتحقيق العدالة الاجتماعية.

لسنة ١٩٤٦^(١) وقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ - ولم تخرج نصوصه عما هو مقرر في الفقه الاسلامي^(٢) - وما لم ينص عليه هذين القانونين يرجع فيه إلى مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.



(١) الوقائع المصرية في ١٧/٦/١٩٤٦ العدد ٦١.

(٢) نظرا لخروج الوقف من نطاق الدراسة - حيث ان صلب الدراسة قبض الاموال - فاننا نكتفي بهذا الراى وللمزيد تراجع المؤلفات المتخصصة في هذا الشأن.

المبحث الثاني

عقود يشترط القبض في صحتها

هناك عقود لا تصح إلا إذا حصل التقابض فيها في المجلس وإلا ترتب على ذلك عدم صحتها، وذلك من خلال ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصرف.

المطلب الثاني: بيع الربوى بجنسه.

المطلب الثالث: عقد السلم.

وسأتناول تلك المطالب الثلاثة بالتفصيل على النحو التالي:

المطلب الأول

الصرف

نتناول في هذا المطلب عن تعريف الصرف، وعن تفرق المتصارفين قبل التقابض، وعن العيب في بدل الصرف، وعن بيع مافي الذمة، على النحو التالي:

ماهية الصرف:

(أ) في اللغة:

الصرف له عدة معان، منها رد الشيء عن الوجه يقال صرفه يصرفه صرفاً إذا رده وصرفت الرجل عني فانصرف، ومنها: الإنفاق كقولك صرفت المال، أي أنفقته، ومنها البيع: كقولك صرفت الذهب بالدرهم أي بعته، ومنها:

الزيادة والفضل كقول ابن فارس الصرف: فضل الدرهم في الجودة على الدرهم، والدينار على الدينار، ومنها التبيين والتحويل وصرفه النال: انفقته وصرفه الذهب بالدرهم بعتة^(١).

(ب) في اصطلاح الفقهاء:

هو: بيع الأثمان بعضها ببعض ولا يسمى غيره في الاصطلاح صرفاً، إلا أن ابن الهمام، وضع تعريفاً آخر أشمل، تدخل فيه المصوغات إذا بيعت بمصوغات أو بنقد، والتعريف هذا لا يشملها، لأنها ليست بأثمان، حيث قال: الصرف: هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان. فلما قال جنس أدخل المصوغات^(٢).

والمناسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، أن من معانيه اللغوية، النقل، والإنسان يحتاج إلى النقل في بدلية من يد إلى يد.

ومن معانية أيضاً، الزيادة، لأن النقل الزيادة، وهو يناسب المعنى الاصطلاحي، لأنه لا يلجأ إلى الصرف ألا لطلب الزيادة من الجودة والصياغة، لا من حيث زيادة المقدار - لأن النقود لا ينتفع بعينها، كما ينتفع بغيرها، مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب.

(١) المصباح المنير للفيومي مادة (صرف)، ولسان العرب لابن منظور في باب الفاء فصل الصاد.

(٢) انظر: شرح فتح القدير: ١٣٣/٧ - تبين الحقائق ١٣٤/٤ - بداية المجتهد ١٦٣/٢ - الشرح الكبير المطبوع مع المغني: ١٦٥/٤ - البحر الزخار: ٣٨٦/٣.

فلو لم يطلب بذلك العقد الزيادة، والعين حاصلة في يد، ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً^(١).

حكم الصرف:

الصرف جائز، فهو مشروع في الكتاب والسنة.

الدليل من الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: دلالة هذه الآية أن الله تعالى أحل الأرباح في التجارة بالشراء والبيع، وأن الصرف بيع داخل في هذا التحليل، ما لم تحصل زيادة في أحد العوضين أو تأخير لقبض أحد البديلين^(٢).

الدليل من السنة:

فقد أخرج البخاري في صحيحه أن رسول الله ﷺ قال: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة، والفضة بالذهب كيف شئتم"^(٣). وفي رواية: "ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"^(٤).

(١) شرح العناية على الهداية، للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباري ت ٧٨٦ هـ ١٣٣/٧، مطبوع مع شرح فتح القدير، ط مصطفى الباي الحلبي.

(٢) تفسير الطبري: ١٠٣/٣، ط مصطفى الباي الحلبي ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٤ م.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب ٣٨٣/٥ - ٣٨٧، طبعة مصطفى الباي الحلبي ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م.

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة ٣٠٢/٤.

وفي رواية لمسلم "يدا بيد"^(١).

وجه الاستدلال: أن النهي في بيع الصرف إذا كان متفاضلاً، هذا إذا كان جنساً واحداً. أما إذا انتفت المفاضلة، أو كانا جنسين، فإن البيع صحيح ومشروع بشرط التقابض في المجلس، وقد وردت أحاديث كثيرة بروايات متعددة كلها تفيد جواز الصرف إذا تحقق شرطه.

وأما شرطه: فينظر، إن كان عقد الصرف، وقع على جنس واحد كالذهب بالذهب والفضة بالفضة، فيشترط فيه ثلاثة شروط:

الأول: المماثلة في الوزن.

الثاني: الحلول في العقد، أي لا يكون العقد فيه اجل لكل من المتعاقدين اولاحدهما، لان تسليم البدلين مستحق قبل التفريق والاجل يؤخر التسليم.

الثالث: التقابض في مجلس الصرف للبدلين.

وأما إذا كانا جنسين كبيع ذهب بفضة أو بالعكس حل التفاضل واشترط التقابض في المجلس^(٢).

وهذه الشروط مجمع عليها من الفقهاء، للأحاديث التي وردت في ذلك،

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع ٤٤/٥ وما بعدها، ط محمد علي صبيح وأولاده بمصر، الامام الربيع بن حبيب في المسند الجامع، كتاب البيوع باب الربا والانفساخ والغش حديث رقم ٥٧٧.

(٢) انظر فتح القدير للكمال بن الهمام ١٣٧/٧ - الكافي ص ٣٠٣ - المجموع ٧٩/١٠ ط الإمام بمصر - المغني لابن قدامة ٤/١٢٥، ١٨١.

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلاً بمثل سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"^(١).

فدل الحديث على وجوب المماثلة والحلول في المجلس إذا كان الجنس واحداً ولهذا قال مثلاً بمثل سواء بسواء، ودل قوله "يداً بيد" على القبض في المجلس.

أما إذا اختلفت الأصناف، وجب الحلول، وحل التفاضل، وهذا ما يفيد الحديث في قوله: "فإذا اختلفت.... إنلخ" الحديث.

يقول ابن المبارك: "ليس في الصرف اختلاف" يعني في هذا الشرط، وقد نقل ابن عبد البر وغيره الإجماع على ذلك^(٢).

إلا ما روي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما حيث يقولان: "جاز التفاضل في النوع الواحد، إذا كان مقبوضاً في المجلس، وكنا يقولان: إنما الربا في النسبة"^(٣)، إلا أنهما رجعا عما كان عليه، فقد أخرج البخاري من طريق سالم، ومسلم من طريق الليث عن نافع، أن ابن عمر قال له رجل من بني ليثان أن أبا سعيد الخدري يأثر عن رسول الله ﷺ أي يحدث بحديث بيع الذهب بالذهب... إنلخ.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب ٤/٥ وما بعدها.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع ٣٨٣/٥.

(٣) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي ٤/٤٤٢، ٤٤٣.

قال نافع: فذهب ابن عمر وأنا معه والليث، حتى دخل على أبي سعيد الخدري فقال: إن هذا أخبرني أنك تخبر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الورق بالورق إلا مثلاً بمثل (الحديث) فأشار أبو سعيد بأصبعه إلى عينيه وأذنيه، فقال: أبصرت عيناى وسمعت أذناى رسول الله ﷺ يقول: "لا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل" الحديث. فلما سمع ابن عمر ذلك تراجع عما كان يفتي به، فقد روى مسلم عن طريق ابن نضرة، أن ابن عمر كان ينهى عن ذلك بعد أن كان أفتى به، لما حدثه أبو سعيد بنى النبي ﷺ^(١).

وأما رجوع ابن عباس، فقد روى من طريق حيان العدوي - بالمهملة والتحتية - سألت أبو مجلز عن الصرف: فقال: كان ابن عباس يقول به زماناً من عمره ما كان منه عينا بعين، يداً بيد، وكان يقول: "إنما الربا في النسيئة" فلقبه أبو سعيد الخدري فذكر القصة والحديث وفيه التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والذهب بالذهب والفضة بالفضة يداً بيد مثلاً بمثل فمن زاد فهو رباً فقال ابن عباس: استغفر الله وأتوب إليه، فكان ينهى عنه أشد النهي^(٢).

يقول ابن حجر العسقلاني: اتفق العلماء على صحة حديث أسامة، واختلفوا في الجمع بينه وبين حديث أبي سعيد فقيل منسوخ لكن النسخ لا يثبت بالاحتمال وقيل المعنى في قوله: لا ربا إلا الربا الأغلظ الشديد التحريم المتوعد

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة: ٢٨٤/٥.

(٢) فتح الباري ٣٠٤/٥ تحفة الأحوذى ٤٤٣/٤.

عليه بالعقاب الشديد كما تقول العرب لا عالم في البلد إلا زيد مع أنه فيها علماء غيره، وإنما القصد نفي الأكل لا نفي الأصل وأيضاً فنفي تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالة المنطوق ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر.

وقال الطبري: معنى حديث أسامة لا ربا إلا في النسيئة إذا اختلفت أنواع البيع والفضل فيه يداً بيد ربا جمعاً بينه وبين حديث أبي سعيد.

وأجمع الجمهور - على أن بمسكوكة وتبره ونصوغه ورديئة وجيده، سواء في منع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث المتقدمة^(١).

تفريق المتعاقدين في عقد الصرف قبل القبض:

القبض في المجلس شرط لصحة الصرف بغير خلاف، يقول ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا ائتماقرا قبل أن يتقابضا فالصرف فاسد، لقول النبي ﷺ: "الذهب بالفضة ربا ألا هاء وهاء، والبر بالبر إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا ألا هاء وهاء، والتمر بالتمر، ربا إلا هاء وهاء"^(٢).

وفي رواية "يدا بيد" فدل قوله "هاء هاء"، بالمد أو الفتح أو السكون، على المقابضة في المجلس، وكذا قوله "يدا" أي مقابضة بدون تأخير^(٣).

(١) بداية المجتهد ونهاية المجتهد لابن رشد ١٦٢/٢.

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف الجزء الثاني،

ص ٣٥ حديث رقم (١٣٤٠).

(٣) غاية المأمول، شرح التاج ٢١٣/٢.

ولمسلم: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الورق بالذهب ديناً"^(١) ولفظ البخاري "إن كان يداً بيد فلا بأس وأن كان نسيئة فلا"^(٢).

فدل هذا الحديث ما دل عليه الحديث الأول: يقول في شرح العناية على الهداية، والمراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية - يريد القبض باليد - وأن هذا القبض شرط للبقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة^(٣).

والمراد بالتفرق هو تفرق الأبدان، لا المكان، بذلك قال الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية^(٤).

وأما الإمام مالك فيقول: إذا طال المجلس قدر ساعة فمافوقه فالعقد باطل، أما إذا قاما من مجلسيهما فإن ذلك يعد تفرقاً مؤثراً على صحة العقد عنده، ويشترط عنده أيضاً أن يكون العوضان حاضرين حالة العقد، فإذا حضر بعد العقد فالصرف لا يصح، وهذا مخالف لرأي الجمهور، لأن الزمن لا عبرة له، مادام المتصارفان مجتمعين^(٥)، حتى وإن طال المجلس أو تماشياً مصطحبين إلى منزل أحدهما، أو إلى الصراف فتقابضاً عنده كل ذلك يعد تقابضاً قبل التفرق، عند الجمهور، ولا عبرة بالإغماء أو النوم مجتمعين، ألا أن

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً الجزء ١١، ص ١٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الورق بالذهب نسيئة الجزء الثاني، ص ٧٦٣.

(٣) شرح العناية على الهداية ١٣٥/٧ - مصدر سابق.

(٤) فتح القدير ١٣٧/٧ - المجموع ٤٦٠/٩ ط العاصمة، الناشر زكريا علي يوسف - الشرح

الكبير ١٦٥/٤ - المحلى ٥٠٨/٨ - البحر الزخار ٣٨٦/٣.

(٥) الكفاية ص ٣٠٨.

الزيدية قالوا: النوم والإغماء يعد تفرقاً^(١).

والدليل على أن المراد بالتفرق - التفرق بالأبدان، قول أبي برزة الأسلمي للذين مشيا إليه من جانب العسكر: "أما أراكما افترقتما".

فدل ذلك على أن المشي مصطحبين لا يعد تفرقا لغة، وأيضا قاسوا المشي على الركوب في السفينة أو ركوب الدابة^(٢) فلا يعد تفرقا، فكذا في باب الصرف، فإذا تفرقا قبل التقابض فإنه مع فساد العقد يكسبان إثما، وإذا تعذر القبض عليهما فعليهما أن يفسخا العقد، لئلا يأثما^(٣).

وأما إذا اختارا لزوم العقد أو أحدهما قبل التقابض، فالشافعية قالوا: إذا تخaira قبل القبض فهو كالتفرق فيبطل العقد، وإن كان أحدهما موافق أما الحنابلة فيقولون لا أثر للتخاير منهما أو من أحدهما قبل التقابض على العقد، وهذا هو الوجه الصحيح، من مذهبهم. ومن الشافعية من قال بقولهم وهو ابن سريج. والوجه الآخر، أنه مبطل، لأنه أشبه بالتفرق، وهو كذهب الشافعية.

ويقول ابن قدامه، وهو الوجه الذي لا يخفى وضعه، لأن اشتراط التقابض قبل الزوم تحكم بغير دليل^(٤).

وحجة الشافعية، أن العقد قبل التفرق كأنه لم يوجد بدليل قوله ﷺ: "كل

(١) البحر الزخار ٣/٣٨٦ - فتح القدير ٧/١٣٦.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥/١٦٥.

(٣) المجموع ٩/٤٦١.

(٤) المغني: ٤/١٧٧ - الشرح الكبير للحنابلة ٤/١٦٦.

يبعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار"^(١).

وجه الدليل - أن العقد يلزم بأحد شيئين، أما بالتفرق أو بالتخاير، وأنه قبلهما منزل منزلة العدم، فلما أخذ التخاير حكم التفرق في لزوم العقد كذلك يأخذ الحكم في الصرف"^(٢).

ويلحق لدلالته على الرضا، فكما أن التفرق يدل على الرضا فكذا التخاير فمتى حصل تخاير ولم يقبضا فقد فسد العقد، وبطلان العقد لم ينشأ عن التخاير، بل عن عدم التقابض، والتخاير يبين لنا غاية الوقت الذي اشترط فيه التقابض"^(٣).

هذه هي وجهة نظر الشافعية، وهو الذي أراه راجحاً من القولين، وذلك لسد ذريعة الربا، واحتياطاً للوقوع في الحرام، ولا سيما أنهم بينوا وجهة مذهبوا إليه.

العيب في بدل الصرف:

إذا تم الصرف مستكلاً شروطه فإن العقد يكون صحيحاً، لكن إذا صح العقد بكمال الشروط فوجد في أحد البدلين عيب، فإن العيب إذا وجد قبل التفرق فلا خلاف بين الفقهاء في جواز الاستبدال للمعيب وأخذ مكانه

(١) صحيح البخاري - كتاب البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع ص ٧٤٥ حديث رقم ٢٠٨٩، صحيح مسلم - كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين، الجزء العاشر ص ١٤٤ حديث رقم ٣٨١١.

(٢) انظر تكملة المجموع للسبكي ١٣/١٠ ومابعداها.

(٣) تكملة المجموع ١٣/١٠

صحيحاً، ألا أن الإمام مالكا جعل طول المقام تفرقاً وطول الزمان مدة ساعة فما فوقها، وقد تقدم ذلك ولكن حصل خلاف بين الفقهاء فيما إذا اكتشف العيب بعد التفرق، ومنه طول الزمان عند الإمام مالك.

ونتبج عن ذلك ظهور أربعة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنه يجوز استبدال المعيب بغيره قل ذلك أو كثر، بشرط أن يقبض البدل في مجلس الرد بذلك قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد وبذلك قال أبو حنيفة فيما إذا كان المعيب أقل من النصف، وفي رواية أقل من الثلث^(١).

حجتهم في ذلك: أن الصرف بيع، فإذا ظهر في أحد العوضين عيب، جاز استبداله، ما لم يمنع من ذلك مانع، فإن قيل البدل ثمن لما يقابله من الصرف، وهو أن ما يقبضه بعد التفرق، وتأخير القبض إلى ما بعد التفرق مفسد للعقد.

أجيب: بأن العقد قد صح بالقبض الأول، بدليل: أنه لو أراد إمساك المعيب جاز له ذلك، وعليه: فإذا أراد استبدال المعيب فإن القبض الثاني يكون بدلاً عن الأول: ولذلك لا يجوز التفرق قبل قبض البدل^(٢).

الاتجاه الثاني: يرى أصحابه: أنه إن تقابضا وتفرقا ثم ظهر في أحد العوضين أو بعضه عيب فلا يصح استبدال المعيب إنما يمسكه صاحبه على عيبه أو يردده،

(١) الفتاوي الهندية ٢٣٦/٣، ٢٣٨ - مختصر الطحاوي: ٧٧ - تكملة المجموع ١٣/١٠ - المغني لابن قدامة ١٧٠/٤.

(٢) فقه الإمام سعيد بن المسيب ٥٩/٣.

وينتقض الصرف في المردود.

به قال زفر من أصحاب أبي حنيفة، ومالك وهو رأي أبي حنيفة فيما إذا كان المعيب النصف فصاعداً، وفي رواية الثلث فصاعداً، إلا أن المشهور عن مالك أنه إذا كان أقل من دينار ينتقض الصرف بدينار، وإذا كان المعيب مقدار دينار وجزء الدينار انتقض الصرف بدينارين، وهكذا، فإن كسر الدينار يجبر دائماً، وعنه رواية: أنه ينتقض الصرف في المعيب فقط^(١)، وحجة هذا الاتجاه: أن التقابض قبل التفرق شرط لصحة الصرف، فإذا تفرقا ثم ظهر العيب واستبدال المعيب بغيره، كان البدل ثمناً لما قبله من الصرف، وهذا إنما قبضه بعد التفرق، وتأخير القبض إلى ما بعد التفرق مفسد للصرف وعليه: فإما أن يرضى بالمعيب أو يردده وينتقض الصرف، لكن من استدلال الاتجاه الأول يعرف الجواب عن استدلال هذا الاتجاه إذ القبض الثاني يكون بدلاً عن الأول.

الاتجاه الثالث: يرى أنصاره إن كان العيب من خلط وجده من غير ما اشترى كفضة أو صفر في ذهب، أو صفر وغيره في فضة، فالصفقة كلها مفسوخة.

إلى هذا ذهب ابن حزم الظاهري حجته في ذلك:

أن هذا المعيب ليس هو الذي اشترى، ولا الذي عقد عليه الصفقة، وليس هو الذي تم التراضي بالعقد عليه، وقد تفرقا قبل صحة العقد، ولا يجوز

(١) الفتاوى الهندية: ٣/ الصفحات السابقة - القوانين الفقهية ٢٥٠ - فتاوى المغربي ٢٠٠.

فيما يقع فيه الربا إلا صحة البيع بالتفرق ولا خيار له في إمضاءها، لأنه لم يأت في إمضاءها نص^(١).

لكن هذا النوع من العيب في الصرف لم يعد له وجود في الوقت الحاضر، وذلك لأن النقد لا يحمل قيمته بنفسه، حتى يتصور كونه معيباً بخلط، أما العيب الذي يمكن تصوره الآن في النقد، هو تزيف العملة، وهذا يسمى مخالف لسكة السلطان^(٢). يقول ابن حزم: "فإن كان العيب في نفس ما اشترى.. ككسر أو كان الذهب ناقص القيمة بطبعه والفضة كذلك، كالذهب الأشهر والأخضر بطبعة، فإن كان اشترط السلامة فالصفقة كلها مفسوخة، لأنه وجد غير ما اشترى، فلا يحل له مال غيره ما لم يعقد عليه بيعاً، وإن كان لم يشترط السلامة، فهو مخير بين إمساك الصفقة كما هي ولا رجوع له بشيء، وأما فسخها كلها ولا بد لأنه اشترى العين، فهو عقد صحيح، ثم وجد عيباً، فإذا رضيه وعرف قدره جاز ولا كراهة فيه، ولا يحل تبعض الصفقة لأنه لم يتراض البيع مع صاحبه إلا على جميعها، فليس له غير ما تراضيا به معاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾

[النساء: ٢٩].

وقال رسول الله ﷺ: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام"^(٣)، فلا يحل له من

(١) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٥٠٩/٨.

(٢) أحكام العيب في الفقه الإسلامي، د/إسماعيل كاظم ص ٣٣٢، رسالة دكتوراة.

(٣) أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاريين والمرتين، باب تغليظ تحريم الدماء والاعراض والأموال ج ٨/ ١٨٣.

مال غيره إلا ما تراضيا عليه^(١).

لكن اشتراط ابن حزم السلامة وعدم اشتراطها، مسلك لا يرتضيه جمهور الفقهاء، لأن سلامة المبيع عندهم مشترطة عرفاً، وأما تعليله لفسخ الصفقة كلها، بأن وجد غير ما اشترى، فلا يحل له مال غيره ما لم يعقد عليه بيعاً، فإن هذا مبني عند الفقهاء على أساس أن النقود نعتين بالتعيين، وهذه قضية اختلف الفقهاء فيها،

فمنهم من قال: نعتين بمعنى يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين فلا يجوز إبداله، ولهذا إذا خرج مستحقاً، بطل العقد، لأن البيع وقع على غير مالك، وهذا القول قول مالك والشافعي، والمشهور من مذهب أحمد.

ومن الفقهاء من قال: لا نعتين له قال الإمام أبو حنيفة، ورواية عن الإمام أحمد، ولهذا يجوز إبدالها ولا يبطل العقد إذا خرج المال مستحقاً وقاسوه على المكيال، فكما أن المكيال لا يتعين فكذا مال الصرف^(٢) ولكن يرد عليه الكيل ليس بعوض، وإنما يراد به لتقدير المعقود عليه، فلا يثبت فيه الملك بحال بخلاف العوض.

(١) المحلى بالآثار ابن حزم الظاهري ٥٠٩/٨.

(٢) انظر: المغني ١٦٤/٤، ١٦٥ - حاشية ابن عابدين ج ٢٩٨/٧، ط أولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، دار الكتب العلمية - الموطأ بشرحه المنتقى ج ٢٦٧/٤، ط دار إحياء الكتب العربية - الفواكه الدواني ج ١٤٨/٢، ط الثالثة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م مصطفى البابي الحلبي - فتح الوهاب / بشرح منهج الطلاب ج ٢٧٥/١ ط أولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، دار الكتب العلمية - القواعد لابن رجب ص ٤١٥، ٤١٤، ط الثانية ١٤٠٨ - ١٩٨١ م دار الجبل، بيروت.

والذي أراه راجحاً ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن النقود لا تتعين، لأن من يتعامل بالريال العماني مثلاً بيعاً أو شراءً، فإنه لا يعني بذلك ورقة نقدية بعينها من الريالات العمانية، وإنما يعني بذلك قيمة هذا النوع من العملة التي تصدرها الحكومة العمانية، فلا فرق بين خمسة ريالات ورقة واحدة، وخمسة ريالات آحاد، ثم هو لا يعنيه بعد ذلك أن يحصل على هذه الورقة بعينها أو تلك، وكلها بمعنى واحد ولعل ذلك هو الذي جرى عليه العمل قديماً وحديثاً، وذلك لحديث ابن عمر المتقدم^(١)، حيث يبيع بالدنانير ويستوفي بالدرهم وبالعكس، فسأل رسول الله ﷺ فقال له "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء".

وهذا يدل على أن المتبايع إنما يعنيه صفة النقد، ككونه عمانياً أو غيره، وتعنيه الكمية^(٢)، فإذا حصل ذلك فيما يقبضه، فإنه لا يعنيه ذلك الشيء، فإذا اشترى بألف ريال، فإن البائع لا يعنيه أن تكون من فئة الخمسة أو العشرة أو العشرين ريالاً، بل يعنيه أن يقبض الكمية، فإذا كان الأمر كذلك، فإن أحد المتصارفين إذا وجد عيباً فيما قبضه، فإنه يحق له أن يستبدلها بغيرها لأنه اشترى على صفة معينة ولم تتحقق هذه الصفة، ولم يشترى نقداً بعينه، وأما قول ابن حزم بعدم جواز تفريق الصفقة واحتجابه على ذلك بما ذكره، فإنه يرد عليه بأن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود فقال: ﴿يَأْتِيهَا

الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

(١) حديث ابن عمر تقدم تخريجه ص ٨٧.؟؟؟

(٢) انظر أحكام العيب في الفقه الإسلامي ص ٣٣٤.

فالشارع قد أمر بالوفاء بالعقد، فإذا ظهر عيب في المعقود عليه فإن من انتقل إليه ذلك فقد غبن، فإذا أمكن إزالة الغبن بالاستبدال عن تراض من الطرفين مع عدم وجود ما يمنع ذلك شرعاً، فلماذا يقال بعدم جوازه؟ وإذا أمكن تنفيذ العقد في بعض الصفقة ونقضه في بعضها الآخر الذي لا يمكن تنفيذ العقد فيه، مع عدم وجود ما يمنع من ذلك شرعاً، فلماذا يقال بعدم جواز ذلك؟ والنبي ﷺ يقول: "إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم" (١).

وهو الراجح من مذهب الشافعي وأحمد حيث يرايا.

الاتجاه الرابع: أن المتبايعين، إما أن يتبايعان على التعيين أولاً، فإن تبايعا على التعيين كمن باع ذهباً بفضة مع التعيين فيهما، كأن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم ويشير إليهما وهما حاضران ثم بعد التقابض وجد أحدهما بمقبض عيباً، فهذا على قسمين:

القسم الأول: أن يكون العيب مخرجاً للمعيب من الجنس، كأن يجد الدراهم رصاصاً أو الدينار نحاساً، فالصرف باطل، وذلك لأنه باعه غير ماسمي له فلم يصح البيع، ويلاحظ أنه بالإضافة إلى أن للإمامين قولاً سبق ذكره في الاتجاه الأول فإن هناك رواية عن الإمام أحمد تقول، بأن العقد يلزم ولا يجوز الرد ولا الاستبدال، وقد ضعف هذه الرواية وردها ابن قدامة (٢).

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن النبي ﷺ ٢٥٨/٤، ط إحياء الكتب العربية، انظر أحكام العيب في الفقه الإسلامي ٣٣٥، مرجع سابق.

(٢) المغني لابن قدامة ١٦٧/٤ - تكملة المجموع ١١٠/١، ١١١.

القسم الثاني: أن يكون المبيع غير مخرج للمعيب من الجنس، مثل كون الفضة سوداء خشنة تنفطر عند الضرب، أو سكتها مخالفة لسكة السلطان. فالعقد صحيح، والمشتري مخير بين الإمساك وبين فسخ العقد والرد، وليس له البدل لأن العقد واقع على عينه، فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره، وهذا مبني على أن النقود نتعين بالتعيين، والحكم يتغير إذا بني على أساس أن النقد لا يتعين بالتعيين، ومن هنا قال ابن قدامة: وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد، فإن أخذ البدل لا يبطل العقد، لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه، فأشبهه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً^(١)، ويلاحظ أن هذا الذي ذكره فيما مامر، إذا كان العيب في الكل، أما إذا كان العيب في بعضه، فله رد الكل أو إمساكه، وهل له رد المعيب وإمساك الصحيح؟ وفي ذلك وجهان بناء على تفريق الصفقة^(٢).

بيع ما في الذمة:

من شروط صحة عقد الصرف القبض في المجلس إذا كان العوضان معينين، لكن إذا لم يوجد العوضان حالة العقد، فما أثر القبض فيه؟

(١) المغني لابن قدامة ٢٩١/٤ - وانظر فقه الإمام سعيد بن المسيب ٥٩/٣.

(٢) مسألة تفريق الصفقة: هي بيع ما يجوز وما لا يجوز في صفقة بثن واحد كمن باع خلا ونحمر أو شاة مذكاة وأخرى ميتة أو سلعة مشتركة بينه وبين غيره، ولم يرض الشريك بالبيع، فما لا يجوز بيعه في هذه الصفقة لا يصح البيع فيه، وفيما يجوز بيعه فيه قولان للشافعي أحدهما يصح البيع فيه بتقسطه من الثمن والثاني لا يصح البيع فيه، وعن أحمد مثل قولي الشافعي. (تكلمة المجموع: ٣٨١/٩ - المغني: ٢٩١/٤، ٥٧١).

ويتضح ذلك من خلال بيان حكم الصرف في الذمة والصرف بعين وذمة والعيب في بدل الصرف إذا كان في الذمة وسأوضح ذلك على النحو التالي:

حكم الصرف في الذمة:

وهذا لا يخلو إما أن يحصل القبض في المجلس أولاً، فإذا حصل القبض في المجلس، فلا خلاف بين الفقهاء في جوازه، مثاله وقع عقد الصرف بين المتبايعين ولم يكن بينهما العوضان، فلما تم العقد أقبض كل واحد ما في ذمته لصاحبه في المجلس، فالعقد عقد على غير معين، والقبض في المجلس كالقبض حال العقد... وقد صور الإمام النووي بيع ما في الذمة بثلاث صور^(١):

الصورة الأولى: عقد في الذمة على موصوفين، كما إذا قال بعتك أو صارفتك ريالاً عمانياً في ذمتي عشرة دراهم إماراتية.

الصورة الثانية: أن يكون العقد على معين وموصوف، كما إذا قال: بعتك هذا الريال بعشرة دراهم.

الصورة الثالثة: أن يكون العقد على دين بموصوف، كما إذا قال: بعتك الريال الذي لي في ذمتك بعشرة دراهم موصوفة، أو مطلقة في بلد فيها نقد غالب... وهذه الصور كلها جائزة بشرط التقابض في المجلس.

ومما تقدم يتبين أن الجواز مشروط في هذه الصورة في كون العوضين معلومين بصفة يمتازان بها، أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب، فينصرف إليه

(١) المجموع ١٠١/٩ وما بعدها.

عند الإطلاق وهذا الشرط في مذهب الشافعي وأحمد^(١)، ونقل عن زفر عدم الجواز إلا إذا كان العوضان حاضرين^(٢).

إما إذا كان العقد على دين بعين، كما إذا قال: بعتك الريال الذي لي عليك بهذه الدراهم، فهذه الصورة شرط لجوازها شرطان:

الشرط الأول: أن لا يكون الدين ثمنًا ولا مثنًا. كدين القراض والإتلاف، لأن الدين في الذمة ثلاثة أضرب في مذهب الشافعي، ولم أرى هذا التفصيل عند غيره.

(أ) ثمن هو ما ألصق به الباء - كبيع الثوب بالدراهم أو بعرض أو بالنقد.

(ب) مثن ما يقابل هذين الوجهين.

(ج) ما ليس بثمن ولا مثن، كدين القرض.

فالمثن لا يجوز الاستبدال عنه ولا يبعه، مثلاً باع ثوباً بريال، فقبض البائع الريال وبقي الريال بذمته، فلا يجوز أن يستبدله البائع ويعطي غيره للمشتري، ولا يجوز للمشتري بيع ما في ذمة البائع.

وأما الثمن، فجاز الاستبدال عنه في أظهر القولين.

وأما الضرب الثالث فلا خلاف في المذهب في جواز الاستبدال^(٣).

(١) الروضة: ٥١٤/٣ - المغني لابن قدامة ١٧١/٤.

(٢) المجموع ٤٠٣/١٠.

(٣) الروضة ٥١٣/٣، ٥١٤.

الشرط الثاني: أن يكون الدين حالاً، وإنما اشترط هذين الشرطان فقط حتى لا تدخل في بيع الدين بالدين، وذلك منهي عنه، وأما غيره فقد حكم جواز هذه الصورة بدون شرط، غير شرط التقابض، عن عمر وابنه، والحسن والحكم وحماد وطاووس والزهري والقاسم بن محمد وقتادة، وإبراهيم وعطاء، وبه قال أبو حنيفة^(١)، ومالك والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وعبد الله بن الحسن وأبو ثور، وروى كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وأبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب وابن شبرمة وهو أحد قولي الشافعي^(٢)، وأما إذا لم يحصل التقابض - كما إذا كان لزيد على عمرو مائة دينار، ولعمرو مائة ريال، فباع كل واحد ما في ذمته لصاحبه بدون تقابض، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره عدم الجواز إلى هذا ذهب الإمام مالك والشافعية والحنابلة وخصه بما إذا لم يحل الدينان والظاهرية^(٣).

(١) لما كان قبض الدراهم قد أندفع به بيع الدين بالدين، بالإضافة إلى ذلك الدين المقبوض تحصل المماثلة بين البدلين، وهو كون كل منهما مقبوضاً قبضاً يحصل به التعيين (شرح العناية علي الهداية: ١٤٩/٧ وما بعدها) واشترط من الحنفية، بالإضافة إلى الدين، الإمام زفر (المصدر السابق نفسه) وغيره لا يشترط بالإضافة لأنه تحصيل حاصل، فبدأ القبض السابق، وبالإضافة بعد العقد تصير معينة (المصدر السابق نفسه).

(٢) انظر المجموع: ١٠١/٩ وما بعدها، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٦٧/٢.

(٣) مواهب الجليل: ٢١٠/٤ - الروضة ٥١٣/٣، ٥١٤ - المغني لابن قدامة ١٧٢/٤ - المحلى

بالآثار لابن حزم الظاهري ٥٠٣/٨

ودليل ذلك أن النبي ﷺ نهى "عن بيع الكلي، بالكلي" رواه أبو عبيد وفسره بالدين بالدين^(١).

وهذا مما يدخل في النهي، وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين غير جائز^(٢) وإنما صح الصرف بغير تعيين بشرط التقابض في المجلس، فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد^(٣)، وأيضاً دلالة حديث: "ولا تبيعوا غائباً منها بناجز"^(٤).

فدلالة الحديث أنه لا يجوز الأجلين مقام الناجز بالناجز، أما إذا لم يحل الأجلان كأن يبيع ديناً بدين، فذلك لا يجوز.

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره القول بالجواز. وبه قال أبو حنيفة ومالك وخصه بما إذا حل الدينان، وأحد قولي الشافعي^(٥).

وإنما اشترط الإمام مالك أن يكونا حالين لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين، حجتهم أن الزمة الحاضرة، كالعين الحاضرة.

(١) حديث النهي عن بيع الكلي بالكلي رواه أبو عبيد في غريب الحديث وفسره بالدين بالدين، ويقول ابن الأثير: في النهاية - وذلك أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل، فإذا حل الأجل فلم يجد ما يقضي به فيقول: بعه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه، ولا يجري بينهما تقابض، يقال: كلا الدين كلوا: أفهو كليء إذا تأخر (انظر النهاية في غريب الحديث والأثر، للإمام مجد الدين المبارك بن محمد الجزريء بن الأثر، تحقيق محمود محمد الطناحي ١٩٤/٤ - باب الكاف مع اللام.

(٢) المغني لابن قدامة ١٧٢/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ١٧٢/٤، المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٥٠٣/٨.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة.

(٥) شرح العناية على الهداية: ١٤٩/٧، مواهب الجليل ٢١٠/٣، المجموع ١٠٣/١٠.

والذي يبدو لي، من المقارنة رحان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول، لأن حجة الاتجاه الثاني عقلية، وهي لا تقاوم الأدلة الصحيحة التي تبين حرمة الصرف إذا لم يكن يداً بيد، والأحاديث التي وردت في هذا الباب تحرم الصرف ما لم يكن العوضان حاضرين في المجلس منها: "لا تبيعوا شيئاً غائباً منه بناجز إلا يداً بيد" أخرجه ورواه البخاري^(١). "ونهي النبي ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينا"^(٢)، وكثير من الروايات التي رويت في الصحاح، تدل على حرمة الغائب من العوضين في الصرف، كحديث "ما لم تفترقا وبينكما شيء".

الصرف بعين وذمة:

وهو أن يبيع بالدنانير في الذمة ويقبض عوضها دراهم في الحال، فالذهب يثبت ثمناً في ذمة المشتري، والمشتري يقبض البائع دراهم عن ما في ذمته فما حكم ذلك، اختلف الفقهاء في جواز ذلك ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى جواز مثل هذا التبايع بشرط التقابض في المجلس، وأن يكون العوض المدفوع بسعر يوم العوض المدفوع عنه، والإمام مالك أضاف شرطاً آخر هو حلول الأجل. وبه قال أكثر أهل العلم حجتهم حديث ابن عمر رضي الله عنهما: قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: "لا بأس بذلك

(١) سبق تخريجه ص ١٧٣ من هذا البحث. ؟؟؟

(٢) صحيح مسلم ٤٤/٥ - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ط محمد علي صبيح، الأزهر بمصر.

إذا كان بسعر يومه^(١).

وجه الدلالة: أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف [٣٣٢/٦] قال: حدثنا ابن أبي زائدة، عن داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير، قال: رأيت ابن عمر يكون عليه الورق فيعطي بقيمته دنانير إذا قامت على سعر، ويكون عليه الدنانير، فيعطي الورق بقيمتها.

وقوله: "وأبيع بالدرهم الدراهم وأخذ الدنانير".

قال الإمام الخطابي رحمه الله: اقتضاء الذهب من الفضة والفضة من الذهب عن أثمان السلعة هو في الحقيقة بيع مالم يقبض، فدل جوازه على النهي عن بيع مالم يقبض إنما ورد في الأشياء التي يبتغي في بيعها والتصرف فيها الربح كما روي أنه نهى عن ربح مالم يضمن، واقتضاء الذهب من الفضة خارج عن هذا المعنى لأنه إنما يراد به التقابض^(٢).

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره عدم الجواز، لأنه مخالف لنهي النبي ﷺ حيث قال: "ولا تبيعوا منها غائباً بناجز" أخرجه البخاري. وبه قال الظاهرية وابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة وابن مسعود؛ حجتهم، الحديث الذي سبق، ولأن القبض شرط في البدلين وقد تخلف.

(١) أخرجه النسائي في سننه عن ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم فاتيت النبي ﷺ في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله إني أريد أن أسألك إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم؟ قال: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ٣٨٢/٧ ط ٣، دار النشر الإسلامية، حلب.

(٢) فتح المنان شرح المسند الجامع، ٣١٨ / ٩، ط دار البشائر الإسلامية، المكتبة المكية.

المناقشة ثم الترجيح: مناقشة أدلة الاتجاه الأول:

حديث ابن عمر طعن فيه أصحاب الاتجاه الثاني من وجوه:

الوجه الأول: أن في إسناده سمالك بن حرب، وهو ضعيف يقبل التلقين، شهر بذلك شعبة.

الوجه الثاني: أنه بهذا السند بغير ما ذكره، وفيه "إذا بايعت فلاتفارقه وبينك وبينه لبس"، وهذا معنى صحيح، وهو كله خبر واحد، وأيضا هذا الحديث مخالف للرواية الصحيحة التي استدلت بها، وهي ثابتة بصحيح البخاري، وأيضا وردت آثار عن الصحابة، وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لا تتبعوا الذهب بالورق، أحدهما غائب والآخر ناجز"^(١).

وقد ردت هذه الاعتراضات: بالقول بأنه لا يسلم أن سمالك بن حرب ضعيف، وقد وثقه المحدثون، وحكموا له بالضبط منهم الحاكم والذهبي، والنووي، ويحيى بن معين وأبو حاتم، كما مر تفصيل ذلك^(٢)، وأما الرواية الثانية التي وردت بهذا الإسناد لمخالفة لها لتلك الرواية، يقول الإمام النووي بعد تسليم كونه حديثاً واحداً. وأن هذه القصة مختصرة من تلك: "فإن مضمون لفظ الحديث المتقدم، أنه كان يبيع الإبل بالدنانير ثم يبيع الدنانير بالدرهم وبالعكس، فاقصر في رواية النسائي^(٣) في ذكر ما يفعل في الثمن دون شرح

(١) سبق تخريجه.؟؟؟

(٢) سبق تخريجه.؟؟؟

(٣) عن ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم فاتيت النبي ﷺ في بيت حفصة فقلت يا رسول الله إني أريد أن أسألك إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير

القصة بكاملها، فلا تعارض ولا منافاة، ومن زاد حجة على من اختصر^(١) أيضاً قولهم بأن هذا الحديث معارض لحديث أبي سعيد: "لا تبيعوا منها غائباً بناجراً".

نقل النووي عن ابن عبد البر قوله: ليس الحديثان بمعارضين عند أكثر الفقهاء، لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما، فحديث ابن عمر مفسر، وحديث أبي سعيد الحذري مجمل، فصار معناه لا تبيعوا منها غائباً ليس في ذمة بناجراً وإذا حملاه على هذا لم يتعارضاً^(٢).

ومن هذه المناقشة يتبين لي رجحان الاتجاه الأول لسلامة أدلته، ولا سيما أنه ردت الاعتراضات والطعون عليه.

العيب في بدل الصرف إذا كان في الذمة:

إذا كان الصرف في الذمة على النحو الذي مر، ثم تقابضا قبل التفرق، ثم وجد العيب، فلا يخلو العيب إما أن يكون مخرجاً للمبيع من الجنس أولاً، فإن كان مخرجاً له من الجنس فليس له استبدال المعيب فإن أراد رده انتقض الصرف في المردود، وإن كان العيب لا يخرج المعيب من الجنس، فإذا كان الكل معيباً ففي جواز الاستبدال قولان:

أحدهما: وهو الصحيح أن له الاستبدال.

وأخذ الدراهم قال: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، ٢٨٢/٧ ط ٣، دار النشر الإسلامية، حلب.

(١) المجموع ١٠/١٠٥.

(٢) المجموع ١٠/١٠٤، ١٠٥.

والثاني: ليس له ذلك وهو ما اختاره المزني من الشافعية، وأبو بكر من الحنابلة وإذا كان البعض معيباً، ففيه القولان أيضاً.

أحدهما: له رد المعيب واستبداله. والثاني القول بتفريق الصفقة.

فعلى القول بعدم جواز التفريق، وهو مخير بين رد الكل واسترجاع الثمن، أو إمساك الكل بجميع الثمن وليس له الاستبدال، وعلى القول بجواز التفريق، هو مخير بين إمساك الكل ورد الكل، أو رد المعيب وإمساك الباقي بحصته من الثمن وليس له الاستبدال^(١).



المطلب الثاني

بيع الربوي بجنسه

اختلفت وجهة نظر الفقهاء في علة الربا المحرمة، وذلك لأنه قد وردت أربعة أصناف من الطعام، ثبت فيها الربا - ربا الفضل والنساء - وهذه الأربع، البر بالبر، الشعير بالشعير، التمر بالتمر، الملح بالملح.

فعلة الربا عند الإمام مالك - العلة الجامعة بين هذه الربويات الأربعة وغيرها - كونه قوتاً مدخراً، فما كان قوتاً مدخراً، حرم فيه التفاضل والنساء في الصنف الواحد، وحل التفاضل بين الصنفين، وحرم النساء^(٢).

والعلة عند الإمام أبي حنيفة، والإمام أحمد والزيدية.

(١) انظر المجموع: ١٠٨/١٠ ومابعدا - المغني لابن قدامة ١٦٤/٤ - فقه سعيد: ٥٨/٣.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٠٨/٢.

الكيل أو الوزن والجنس، هذان الوصفان إن عدا حل التفاضل والنساء، وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر، حل التفاضل وحرم النساء، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة النساء بأحدهما. وعند الظاهرية^(١)، الحكم مقصور على الأصناف الأربعة ولا يقاس عليها غيرها. يقول ابن حزم: "وجائز بيع القمح بدقيق القمح وسويق القمح، متفاضلاً ومتماثلاً والتين بالتين، والزبيب بالزبيب، متفاضلاً ومتماثلاً، ولا ربا ولا حرام إلا في الأصناف الستة"^(٢) بزيادة الذهب والفضة. إذا علم هذا وحصل تباع بين الأصناف الربوية، على خلاف فيها، هل يشترط القبض لصحة ذلك البيع أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك، ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أنه لا يصح العقد إذا تفرقا قبل القبض، لأن الحديث الذي ذكر هذه الأصناف لم يفرق بين الصرف الذي أجمع أهل العلم على شرط التقابض في المجلس وبين غيره، كلهم قال: "يداً بيد، هاء وهاء"^(٣) "ولا تبيعوا غائباً منها بناجز"^(٤) إلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية^(٥).

(١) شرح فتح القدير ١١/٧ - المغني لابن قدامة ٤/١٢٥ - البحر الزخار ٣/٣٣١.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم ٨/٢٠٥.

(٣) سبق تخريجه ص ١٧٥. ؟؟؟؟

(٤) سبق تخريجه ص ١٧٣. ؟؟؟

(٥) المجموع ١٠/٦٩ - المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٨/٤٨٩ - البحر الزخار: ٣/٣٣٤،

مواهب الجليل من أدلة خليل ٣/٣٦٤، المغني لابن قدامة ٤/٣٤١.

وقالوا إن إطلاق اليد لا يفهم منها بالعرف إلا التقبض، وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى مالك بن أوس عن مفارقة طلحة بن عبيد الله لما تصارفاً، وقال، لا تفارقه حتى تقبض، مستدلاً على ذلك بقوله ﷺ: "إلا هاء وهاء" وأنه فهم منه التقبض لا مجرد الحلول، وأنه أخذ من قاعدة الربا لا من قاعدة التعيين.

الاتجاه الثاني: يرى أنه لا يشترط التقبض في بيع الربوي بجنسه، بل يكفي فيه التعيين، وبه قال الحنفية^(١) فقد قالوا: التعيين في الجميع هو الواجب لا القبض، لكن في الصرف لا يحصل التعيين إلا بالقبض فقلنا به، لأن النقود لا نتعين بالتعيين، بل نتعين بالقبض، لكن نقض هذا ببيع إناء ذهب بمثله، فهو معين مع شرط القبض فيه بغير خلاف، ودفع هذا الاعتراض، بأنه كان ثماً لحقه، فحصل فيه شبهة عدم التعيين، والشبهة في الربا كالحقيقة، فاشتراط القبض دفعاً لها وأجاب الحنفية عن استدلال الجمهور بالأحاديث التي تصرح ظواهرها باشتراط القبض "يداً بيد" وعن حملهم ذلك على التعيين.

بأن الحديث ورد بروايتين، إحداهما مجملة والأخرى مفسرة، فيحمل المجمع على المفسر، إحدى الروايتين تقول "يداً بيد".

ويحتمل أن يراد القبض، لأن اليد آتته، ويحتمل أن يكون المراد التعيين، لأنه إنما يكون بالإشارة باليد، فهذه مجملة، والرواية الأخرى برواية مسلم: "إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربا"^(٢).

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ١٨٨/٥ ط ٣، ١٩٨٤، طبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٢) صحيح مسلم ٤٤/٥ - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ط محمد علي صبيح، الأزهر بمصر.

فهذا محكم لا يَحْتَمِلُ غيره، فيحمل المحتمل على المحكم^(١)، فعيناً بعين، تفسير: "يداً بيد". والذي أُرجه من الاتجاهين هو الاتجاه الثاني لوجود نص يفسر نصاً.



المطلب الثالث القبض في السلم

يرى بعض الفقهاء أن قبض الثمن في المجلس شرط لصحة السلم، فلا بد من تسليمه في مجلس العقد قبل التفرق ولو طال المجلس، وإذا قاما من المجلس يمشيان ثم قبض المسلم إليه رأس المال بعد مسافة، فإنه يصح إن لم يتفرقا، وكذا إذا تعاقدّا، ثم قام رب السلم - المشتري - ليحضر الثمن من داره، فإن لم يغب شخصه عن المسلم إليه - البائع - يصح وإلا فلا^(٢).

وخالف فيه الظاهرية حيث أوجبوا التسليم حالة العقد، فإن تأخر طرفه عين بعد العقد، لأن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد، لكان التسليم في معنى مبادلة الدين بالدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ^(٣) هذا إذا كان رأس المال من النقود وإن

(١) شرح فتح القدير ١٨/٧، ١٩ - شرح العناية ١٨/٧، ١٩، ٢٠ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ١٨/٧، ١٩ - مطبوعان مع فتح القدير.

(٢) مواهب الجليل من أدلة خليل ٣٤٣/٣ مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، ١٩٨٦م، رد المختار ٢٠٨/٤، المغنى لابن قدامة ٣١٤/٤.

(٣) سبق تخريجه ص ١٨٦.؟؟؟

كان عيناً، فلان السلم أخذ عاجلاً بآجل^(١)، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل، والمسلم فيه آجل، فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً، ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة، وأيضاً السلم فيه غرر، أي تعرض للهلاك أو على خطر الوجود، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال.

ولهذا لا يصح فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما، وخيار الرؤية لأنه يمنع من تمام القبض، لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك، أو لأن الملك متزلزل لأنه معرض للفسخ من جهة من له الخيار، فلا يتم القبض وتتمام السلم مبني على تمام الملك في المقبوض^(٢).

وقال الحنابلة: يقوم مقام القبض ما كان في معناه، كما إذا كان رأس مال السلم عند المسلم إليه أمانة أو عين مغصوبة، فإنه يصح أن يجعلها صاحب السلم رأس مال مادامت ملكاً له، لأن ذلك في معنى القبض^(٣).

واشترط الشافعية أن يكون قبض رأس المال في المجلس قبضاً حقيقياً، فلا تنفع فيه الحوالة ولو قبضه من المحال عليه في المجلس وعدم صحة الحوالة قول الحنابلة^(٤)، لأن الحوالة تصح على دين مستقر، وأما السلم فعرض للفسخ، والحنفية أجازوا الحوالة برأس مال السلم بشرط القبض في المجلس^(٥).

(١) شرح العناية ٩٧/٧ - ٩٨، المغني لابن قدامة ٣٣٤/٤ وما بعدها، البحر الزخار ٣/٣٩٨،

المحلى لابن حزم الظاهري ١٠٩/٩ - ١١٠.

(٢) شرح العناية ٩٧/٧، ٩٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٤٠/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٤١/٤.

(٥) حاشية رد المحتار على الدر المختار: ٢٠٨/٤.

ومذهب المالكية اشتراط قبض رأس المال كله، ويجوز تأخير قبضه إلى ثلاثة أيام فأقل، ولو بشرط في العقد سواء أكان رأس المال عينا أم ديناً، لأن السلم معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس المال عن أن يكون سلماً، فأشبهه ما لو تأخر إلى آخر المجلس، وكل ما قارب الشيء يعطي حكمه، ولا يكون له بذلك حكم الكالي، فإن أخر رأس المال زيادة عن ثلاثة أيام بشرط، فسد السلم اتفاقاً، وإن كان التأخير بلا شرط فقولان: الفساد وعدم الفساد، سواء أكان التأخير كثيراً جداً أم لا والمعتمد الفساد بالزيادة عن ثلاثة الأيام، ولو قلت الزيادة بغير شرط^(١).

ويقولون: لا بأس بالخيار في السلم إلى آن قريب يجوز تأخير العقد إلى مثله كيومين أو ثلاثة^(٢).

وقد رد الجمهور على جواز الإمام مالك التأخير، فإنه صار من بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز بالإجماع، وأيضاً السلم عقد معاوضة، فلا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق، فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف، ولا يصح قياسه على المجلس، بدليل الصرف، أي فكما أن الصرف لا يجوز فيه التفرق فكذا السلم^(٣).

والذي يبدو لي رجحان مذهب الجمهور للحديث الصريح وللإجماع في المنع من بيع الدين بالدين.

(١) انظر: الكافي ص ٣٣٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٦٩/٢ - مواهب الجليل على مختصر

خليل ٥٧١/٤، ٥١٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل على مختصر خليل ٥١٥/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٤١/٤.

المبحث الثالث عقود يشترط القبض في لزومها عقود التبرعات

تمهيد وتقسيم:

يجدر بنا في معرض الحديث عن العقود التي يشترط القبض في لزومها أن نبين بادي ذي بدء حقيقة العقد اللازم وغير اللازم مع بيان أقسام العقد اللازم ثم نتناول بعد ذلك العقود محل البحث .

العقد اللازم هو: ما لا يكون لأحد العاقلين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر. والعقد غير اللازم عكس العقد اللازم وهو: ما يكون لأحد المتعاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر^(١).

وقد قسم الفقهاء العقد باعتبار الزوم والجواز قال الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر: العقود بين اثنين على أقسام:

القسم الأول: عقد لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والصرف والسلم والحالة والإجارة والمساقاة والهبة للأجنبي بعد القبض، والصدّاق، وعوض الخلع بشرط أن لا يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه في الحال.

القسم الثاني: جائز من الطرفين قطعاً: كالشركة والوكالة والقراض والوصية والعارية والوديعة والقرض والجعالة، والقضاء، والوصايا وسائر الولايات غير الإمامة.

(١) الدر المنثور للزركشي ٤٠٠/٢.

القسم الثالث: ما فيه خلاف والأصح أنه لازم كالمسابقة والمناضلة، بناء على أنهما كالأجار.

القسم الرابع: ما هو جائز ويؤول إلى اللزوم وهو الهبة والرهن قبل القبض والوصية قبل الموت.

القسم الخامس: ما هو لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن بعد القبض والضمان والكفالة وعقد الأمان والإمامة العظمى^(١).

والعقود التي يشترط القبض في لزومها عقود التبرعات تنقسم إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: الرهن.

المطلب الثاني: الهبة والصدقة.

المطلب الثالث: العارية.

المطلب الرابع: القرض.



(١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين السيوطي، ص ٤٦٩، المكتبة التوفيقية، القاهرة. الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٦، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

المطلب الأول

عقد الرهن

الرهن لغة: ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك، ج رهان - رهون ورهن بضمتين، ورهين رهنة - عنده الشيء، كمنع وأرهنه: جعله رهنا وارتهن منه: أخذه^(١) رهن الشيء يرهن رهوناً: ثبت وداوم، فهو راهن، ورهنت المتاع بالين رهناً: حبسته به فهو مرهون.^(٢)

أما الرهن في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه المالكية بأنه: مال قبل توثقا به في دين فلا يصح في معين ولا في منفعة العين.^(٣)

الشافعية بقولهم: جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه^(٤).

وسأعرض لذلك على النحو التالي:

من المعلوم أن عقد الرهن يقوم على أركان أربعة هي الراهن، المرتهن، الشيء المرهون، الصيغة، فإذا تم العقد وجب على الراهن تسليم المرهون إلى المرتهن، وقد اتفق الفقهاء على أن قبض المرهون شرط في عقد الرهن، بيد أنهم اختلفوا في نوعيته فقال قوم: إنه شرط صحة وبعضهم قال: شرط لزوم، والقائلون باللزوم اختلفوا في تحديد نوع اللزوم، فقال البعض الشرط شرط

(١) القاموس المحيط، فصل الرء، باب النون.

(٢) الصباح المنير. مادة رهن

(٣) الفواكه الدواني ٢/٢٣١ الطبعة الثالثة، ١٩٥٥، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٤) فتح الوهاب ١/٩٣

لزوم، والبعض الآخر شرط تمام وكمال، فنخلص من هذا أن الاتجاهات حول شرطية القبض للرهن ثلاثة:

الاتجاه الأول: يرى أن الرهن لا يصح ولا يجوز إلا بالقبض، فلا ينعقد العقد إلا بالإيجاب والقبول والقبض. هذا ما ذهب إليه الظاهرية حيث قال ابن حزم: "ولا يجوز الرهن إلا مقبوضاً في نفس العقد"^(١) وبه قال زفر من الحنفية^(٢) وعلى هذا يكون القبض ركناً في العقد - وهو رواية عن الحنابلة^(٣)، وبه قال ابن أبي ليلى^(٤).

حجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فوصف الرهن بالقبض، وهذا الوصف لا يلغى وهو معطوف على الشهود ووصفهم بالعدالة، فكما أن الشهود يشترط فيهم العدالة، فكذا الرهن يشترط لصحته القبض، وأيضا الآية أجازته بهذه الصفة، فغير جائز إجازته على غيرها. لكن قياس القبض على العدالة في الشهود غير مسلم، وذلك لأن دلالة ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] على اشتراط العدالة واضحة من الآية، بل هي موجهة إلى وجود هذا الوصف بل بدونه لا تكون شهادة، لأن الغرض منها كشف الحقيقة وبيان الصدق فيها، وذلك لا يتحقق إلا مع وجود العدالة، فالآية دالة على كون الرهن مقبوضاً. ومن جانب آخر لا يستلزم من هذا الوصف في الآية

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ٣٦٤/٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٨/٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٤٨/٦، دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

كون القبض ركناً أو شرطاً للصحة، بدليل أن الآية نفسها قد علقت الرهن على السفر مع أن الرهن جائز في الحضر بالاتفاق ماعدا مجاهد.

ولهذا يقول الكاساني: "ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن،

فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه: مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن...." ^(١) ووصف الله الرهن بكونه مقبوضاً، يقتضي أن يكون القبض شرط صيانة لخبره تعالى عن الخلف، ويقول: "إنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات" ^(٢).

وعلى هذا فلا يسلم قولهم إنه ركن لصحة الرهن.

الاتجاه الثاني: يرى أن الرهن يتم ويلزم مجرد العقد - الإيجاب والقبول - ثم يجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة، حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت، فيبطل الرهن حينئذ إلى هذا ذهب المالكية ^(٣) والأوزاعي، وبعض الزيدية وأبو ثور ^(٤)، الإمام أحمد في رواية عنه في غير المكيل والموزون ^(٥).

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

(٢) المصدر السابق، نفس الموضع.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢٣٠/٢.

(٤) البحر الزخار: ١١٢/٤ - حيث نسب هذا إلى الأوزاعي والناصر وأبي ثور.

(٥) المغني لابن قدامة ١٦٨/٤ - الشرح الكبير: ٣٨٧/٤، انظر الموسوعة الفقهية: ٢٢٠/١١

مادة تسليم.

والمعقول أما الكتاب فقله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة:

أن الرهن من سائر العقود اللازمة بالقول ونحن مأمورون بالوفاء به بدون القبض.

وقوله تعالى: ﴿فَرِهَنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] هو يدل على أنها رهان قبل القبض، ولا تدل على أن الرهن قبل القبض لا يلزم، وإن كان هو دليل الخطاب، لكنه ترك بآية... ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

أما قولهم بأن دلالة الآية على أنها رهان قبل القبض، فإن الآية تدل على الجواز، فمن أين يكون اللزوم، وهو إجبار الراهن بتسليم الرهن.

لكنه رد على هذا بأن انصراف الإطلاقات إلى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير ما يتعلق بنفسها، وليست الإطلاقات كذلك قطعاً فلا عموم فيها أصلاً^(١).

أما السنة: فقله ﷺ "المسلمون عند شروطهم"^(٢).

وجه الدلالة:

الحديث يدل على جواز الرهن من غير تقييد يكون مقبوضاً.

(١) انظر الرهن في الشريعة الإسلامية - بحث مقارن للأستاذ فرج توفيق الوليد ص ٢٧٩،

٢٨٠ ط القضاء، النجف ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة، ٣٥/٢.

وقد نوقش ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه بما يأتي:

١- أن المالكية يقولون بأن المرتهن إذا تراخي عن المطالبة حتى أفلس الراهن أو مات، فإن الرهن يبطل يقول الخطاب: "يشترط في اختصاص المرتهن أن يقبضه هو أو وكيله، قبل موت الراهن أو إفلاسه، فإن مات الراهن، أو أفلس قبل قبض المرتهن أو وكيله بطل الرهن ولو وجد فيه"^(١).

لكن يرد على ذلك من وجهين:

الأول: هذا الكلام يقتضي بطلان العقد لعدم القبض، والكلام بأن القبض ليس بشرط يقتضي عدم البطلان، لأن الرهن يلزم بمجرد العقد.

فإن قلتم بالأول، كان القبض شرطاً، وأن تمسكتم بالثاني لزمكم أن تقولوا لا يبطل، وإن تأخر المرتهن عن القبض، فبأيهما تقولون^(٢).

الثاني: تقولون إن القبض شرط تمام، يلزم بالعقد فقط، ثم ذهبتم واشترطتم استدامة القبض، بعد قبض الراهن، فإذا أنتم لا تشترطون القبض في الابتداء، فالأولى بكم أن لا تشترطون الاستدامة في البقاء^(٣)، لأن كل شرط يعد في الاستدامة يعد في الابتداء، وقد يعد في الابتداء ما لا يعد في الاستدامة^(٤).

(١) مواهب الجليل على مختصر سيدي خليل للخطاب ٣/٥.

(٢) الرهن في الشريعة الإسلامية، للأستاذ فرج توفيق الوليد، ص ٢٨٠.

(٣) المصدر نفسه ص ٢٨١.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٧١/٤.

يقول صاحب الشرح الكبير "فإن قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن، فاستدامة القبض شرط، لأنها إحدى حالتي الرهن، فأشبهت الابتداء، وإن قلنا أن الابتداء ليس بشرط في اللزوم، فكذلك الاستدامة"^(١).

٢- إن الطوسي، قال: الرهن يلزم بالعقد كقول المالكية، ولكنه يقول: إذا أصاب الراهن خرس، فإن المرتهن لم يجوز له قبض المرهون. فإن مات الراهن فلا يبطل الرهن، والخرس أخف من عارض الموت.

فإذا لم يبطل بالموت، فالخرس أولى، لأنه يستطيع أن يفهم إذنه بالإشارة أو الكتابة^(٢)، فالرهن لا يبطل بموت الراهن في المذهب الإمامي في المسائل المنتخبة: "لا تبطل الرهان بموت الراهن أو المرتهن"^(٣)، وكذلك عند الإمام أحمد لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فلم يبطل^(٤).

وأما القياس: فقالوا: الرهن كالبيع، فكما أن البيع لا يشترط فيه القبض ويلزم بنفس العقد، فكذا الرهن.

يناقش هذا: بأن هذا القياس لا يسلم لأن هناك فارقاً بين العقدين - عقد البيع، وعقد الرهن - فالأول، عقد معاوضة، والثاني عقد إرفاق أي تبرع ونفع، يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض كالقرض، لهذا إذا لم يتم الإقباض في الرهن بعد العقد حتى مات الراهن، لم يلزم الورثة إقباض المرتهن، بخلاف البيع.

(١) الشرح الكبير للحنابلة ٣٨٧/٤.

(٢) الرهن في الشريعة الإسلامية ص ٢٨٢ مرجع سابق.

(٣) المسائل المنتخبة ص ٣٠٠.

(٤) المغني: ٣٦٩/٤ - انظر القواعد ص ٣٤٤ - قاعدة رقم ١٤٤.

الاتجاه الثالث: يرى أن الرهن ينعقد بالعقد، لكنه لا يصبح لازماً إلا بالقبض.

فالقبض شرط لزوم بالنسبة إلى الرهن، والفرق بينه وبين الرأي الثاني القائل أن القبض شرط كمال لرهن فالقائلون بشرط اللزوم قالوا: للراهن الرجوع قبل القبض، وأما القائلون بشرط الكمال فقالوا: ليس له الرجوع بعد العقد، لأنه أصبح لازماً، هذا هو الفرق بين شرط الكمال واللزوم.

ولهذا الاتجاه ذهب إليه الحنفية - ماعدا زفر - والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، في المكيل والموزون وغيرهما سواء، والزيدية والإمامية^(١)، وفي الشرح الكبير: "لا يلزم الرهن إلا بالقبض، وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره، وقال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع، وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني"^(٢)، وقد ذكر ابن رجب رواية في المذهب أن الرهن لا يشترط للزومه القبض إلا في المبهم غير المتميز فقط كقفيز من صبرة^(٣).

أدلة أصحاب هذا الاتجاه:

استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالكاتب والمعقول.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦ - مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب ١٢٨/٢ - المغني

لابن قدامة ١٦٨/٤ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٧٢/٣ - البحر الزخار

١١٢/٤ - جامع الأحكام الشرعية ص ٣١٢.

(٢) الشرح الكبير: ٣٨٧/٤.

(٣) القواعد ص ٧٠ - قاعدة (٤٩).

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنْ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة:

٢٨٣].

وجه الدلالة: أن الفاء في جواب الشرط والمقرون بها يراد به الأمر، والأمر بالشيء الموصوف، يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه، إذ المشروط بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة.

نظيره: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحَرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢] الآية... أي فليحرر رقبة مؤمنة.

وأما المعقول فاستدلوا به فقالوا: إن الرهن عقد تبرع، ولا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهذا لا يجبر عليه، فلا بد من الإمضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة، والإمضاء يكون بالقبض^(١).

والذي أراه راجحاً من هذه الاتجاهات، هو الاتجاه القائل بلزوم الرهن بالقبض، لأن عقد الرهن عقد إرفاق، بدلالة أن الإنسان لم يجبر عليه، فلا يتعلق به استحقاق إلا بمعنى ينضم إليه كالوصية^(٢)، والمعنى هو القبض.

يقول الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: "فلما كان معقولاً أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع، ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة، لم يجوز أن يكون رهناً إلا بما أجاز به الله ﷻ، ويقول المزني

(١) تبين الحقائق: ٦/٦٣.

(٢) الرهن في الشريعة الإسلامية ص ٢٨٤.

(٣) الأم ١٣٩/٣ - ط دار المعرفة، بيروت - لبنان.

في مختصره: "ولامعنى للرهن حتى يكون مقبوضاً من جائز الأمر، حين رهن وحين أقبض"^(١).

الرهن في القانون:

يعرف القانون نوعين من الرهن، هما الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ولقد تصدى المشرع المصري بتعريف توعى الرهن في القانون المدني، فعرف الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٠ من القانون المدني بأنه "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العاقر في أى يد يكون." وبينت المادة ١٠٣١ انعقاد الرهن الرسمي حيث نصت على انه "(١) لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية.

(٢) ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.

وعرف الرهن الحيازي في المادة ١٠٩٦ من ذات القانون بأنه "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً الدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أى يد يكون".

ويتبين من خلال الوضع السابق في القانون ان القبض لا يتم الا في الرهن الحيازي دون الرهن الرسمي، فهل معنى ذلك ان الرهن الرسمي مخالف للفقه

(١) مختصر المزي ص ٩٣، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

الاسلامى، وان الفقهاء المسلمين لم يعرفوا ذا النوع من الرهن ؟
ذهب البعض الى الاجابة عن التساؤل السابق بالايجاب، مستندين فى ذلك الى نص المادة ٧٠٦ من مجلة الاحكام العدلية التى تجعل القبض ضروريا لتام الرهن ونفاذه فى حين ان الرهن الرسمى يتم ويلزم بغير قبض
الا ان الراى الراجح - وبحق - يرى ان الفقه الاسلامى عرف هذا النوع من الرهن حيث جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع المعاملات المدنية فى جمهورية مصر العربية ان " الفقه الاسلامى وان كان لا يتحدث الا عن الرهن الحيازى الا انه يقبل الرهن الرسمى فى ضوء التنظيم المقرر له، وذلك ان هذا التنظيم بما ورد فيه من شهر ورسمية يتفق مع ما يذهب اليه الفقه الاسلامى من تامين الدين وضمان الوفاء به، اذا ان توثيق الدين وتأمينه من شأنه ان يوفر الثقة بين الدائن والمدين وقد اشار الى ذلك الزيلعى، فقال ان الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المستندين قلما يجد من يدينه بلا رهن والدائن يامن بالرهن من القوى بالحدود او باسراف المدين فى ماله يبحث لم يبق له منه شئ او او بمحاصة غيره من الغرماء فكأن فيه نفع لهما"^(١).



(١) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المعاملات المدنية فى مصر ص ٤١٧.

المطلب الثاني الهبة والصدقة

الهبة والصدقة في اللغة: إعطاء الشيء إلى الغير بلا عوض، سواء كان مالاً أو غير مال، فيقال وهب لي مالاً وهبا وهبة، كما يقال وهب الله فلاناً ولداً صالحاً، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ﴾ [مريم: ٥-٦].

ويقال وهبه مالاً، ولا يقال وهب منه، والأكثر على وهب منه. والصدقة: لغة العطية، يقال: تصدقت بكذا أي أعطيته صدقة^(١).

الهبة في اصطلاح الفقهاء: التملك بلا عوض في الحال^(٢).

والصدقة في اصطلاح الفقهاء: تملك مال بلا عوض طلباً لثواب الآخرة.

والصلة بين الهبة والصدقة: أن الهبة تكون للتودد والمحبة غالباً والصدقة تكون طلباً لثواب الآخرة، وأن الهبة يلزم فيها القبول وأما الصدقة فلا يلزم فيها القبول عند بعض الفقهاء.

(١) لسان العرب لابن منظور فصل الواو حرف الباء في مادة «وهب» والمصباح المنير،

والقاموس المحيط للفيروزآبادي مادة «وهب» مادة «صدق».

(٢) فتح القدير ١١٣/٧، الخرشبي ١٠١/٧، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح

الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام: أبي زكريا ابن شرف النووي، ٥٣٧/٢.

مشروعية الهبة والصدقة

والأصل فيها الكتاب، والسنة، والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤]، وقوله: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ [البقرة: ١٧٧]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِنِحْيَةٍ﴾ [النساء: ٨٦]، قيل المراد منها الهبة.

وأما السنة: ما روى في الصحيحين عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: "يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة"^(١) أي ظلفها.

وأما الإجماع: انعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها.

واختلف الفقهاء إزاء عقد الهبة والصدقة، هل يلزم بمجرد العقد أم لا بد من القبض، ونتج عن ذلك ظهور ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أن القبض شرط للزوم الهبة، فلا تلزم إلا بالقبض، وعلى هذا يكون الموهوب قبل القبض على ملك الواهب، يتصرف فيه كيف شاء، إلى هذا ذهب الحنفية والشافعية في وجهه هو الأصح عندهم والإمامية، وقيد الحنابلة فيما يكال أو يوزن أو يعد أو يذرع وقد خصه المتأخرون بما ليس بمعين، كالقفيز من الصبرة، لكن الراجح في المذهب في كل مكيل وموزون، وهو قول الخلفاء الراشدين، وأيضاً مذهب الزيدية، وهو قول الثوري، ورواية عن الإمام أحمد حكاها في القواعد، أن القبض معتبر للزومها واستمرارها

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة، باب فضلها والتحريض عليها، ٨٧/٢.

لانعقادها، وصرح ابن عقيل أن القبض ركن من أركان الهبة، وهو مروي في قول عن زفر أنه ركن أيضاً، وهو قول النخعي والحسن بن صالح، والعنبري، وسواء كانت الهبة عيناً أو ديناً، وهبة الدين تعد إبراء، ولكن يهب لغير المدين، فأصحاب هذا الاتجاه لا يجيزون عقد الهبة بدون القبض^(١).

أدلة أصحاب هذا الاتجاه:

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع، وآثار الصحابة:

أما السنة: فقد روى البخاري في صحيحه، قال ابن عمر: كنت على بكر صعب، فاشتراه النبي ﷺ قال: هو لك يا عبد الله^(٢).

وجه الاستدلال: أن الإمام البخاري ساق هذا الحديث في باب كيف يقبض العبد المتاع؟، فيه الإشارة إلى قول من يشترط في الهبة القبض دون التولية، ويقول ابن حجر: قال بعض العلماء يشترط في الهبة وقوع القبض الحقيقي^(٣)، وابن عمر، كان قد قبض الهدية، وفعل النبي ﷺ يدل على أن الهبة لا تكون إلا مقبوضة..

(١) الهداية: ١٢٤/٣ - بدائع الصنائع للكاساني ١١٥/٦ - نهاية المحتاج ٤١١/٥ - المغني لابن قدامة ٢٤٦/٦، ٢٥١، منتهى الإرادات ٥١٩/٢ - الروض النضير ٣٨٢/٣ - المسائل المنتخبة ص ٢٥٤ - انظر فقه المعاملات ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب من اهدي له هدية وعنده جلساؤه.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب الهبة، باب كيف يقبض العبد المتاع ١٥٠/٦، ١٥٣.

يقول العلامة القسطلاني: فاكتمنى في القبض بكونه في يده، ولم يحتج إلي قبض آخر لأجل الهبة، ويؤيد هذا قوله رحمته الله "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة"^(١).

وأما الإجماع: فقد نقل صاحب المغني والکاساني إجماع الصحابة على أن القبض شرط في السنة لأنه نقل عن سيدنا أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً، وروي أيضاً عن سيدنا عثمان وعن سيدنا علي وعن سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة"^(٢).

وأما الآثار:

١- عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نخلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحدا أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك وإني كنت نخلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاققسموه علي كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية"^(٣).

(١) المصدر السابق

(٢) بدائع الصنائع للکاساني ١٢٣/٦ - المغني لابن قدامة ٢٤٧/٦.

(٣) رواه مالك في الموطأ، عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة: ٢/٢٢٣، رقم (٤٠)

بهامش تنوير الحوالك، ط دار الندوة الجديدة.

وجه الدلالة: دل هذا الأثر على أن الهبة تملك بالقبض؛ لقوله: لو كنت جدديته واحتزتيه فلم يحصل القبض رجعت الهبة إلى مال الوارث يقتسمه الورثة بينهم، فالصديق اعتبر القبض في الهبة لثبوت الملك.

٢- روى الإمام مالك في الموطأ بسنده أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال يخلون أبناءهم نخلًا ثم يمسونها فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه من نخل نخلة فلم يجزها الذي نخلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل^(١).

وجه الدلالة:

دل الأثر على إن الحيابة هنا المراد بها القبض، لأنه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار، فالهبة لا تملك إلا بالقبض والقسمة ويقول ﷺ "الأنحال ميراث ما لم تقبض"^(٢).

٣- عن سيدنا عثمان وابن عمر وابن عباس ﷺ أنهم قالوا "لا تجوز صدقة حتى تقبض" وفي رواية: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة"^(٣).

٤- عن سيدنا علي ﷺ قال: "لا تجوز هبة ولا صدقة إلا معلومة مقسومة مقبوضة".

(١) الموطأ شرحه تنوير الحوالك، ص ٦٢٠ كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، رقم ٤١ - الروض النضير ٣/٣٨٣ - أخرجه البيهقي.

(٢) الروض النضير ٣/٣٨٣.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، ١٧٠/٦، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٥- وعن سيدنا معاذ بن جبل وشريح، أنهما لا يجيزان الصدقة حتى تقبض^(١) والأثار في ذلك كثيرة، وروي عبد الرزاق عن شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز وابن شبرمه وعثمان، أنهم كانوا لا يجوزون الهبة ولا يجعلونها لازمة إلا بعد القبض^(٢)، فكل هذه الآثار تدل على أن السلف الصالح قد شاع بينهم هذا الحكم. حتى أصبح مجعاً عليه، كما قال ابن قدامة والكاساني^(٣).

وأما الرأي والتعليل: فهو ما عبر عنه الكاساني بقوله: "ولأنها عقد تبرع، فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان"^(٤).

الاتجاه الثاني:

هو أن القبض يتم ويلزم بالعقد - أي بالإيجاب والقبول - وإذا امتنع بعد ذلك يجبر الواهب والمتصدق على إقباض الهبة والصدقة، وهو ما ذهب إليه الإمام مالك، والشافعي في القديم وابن أبي ليلى ورواية عن الإمام أحمد، والموهوب له لا يتأخر عن طلب الموهوب بدون سبب، فإن تأخر حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة، وكذا إذا أهداها لثان فقبضها، أو أرسلها إلى الموهوب، فمات الواهب قبل وصولها إلى الموهوب إليه لعدم القبض، هذا إذا لم يشهد، أما إذا أشهد في هذه الأحوال عند الإيجاب والقبول فإنها لا تبطل.

(١) الأخبار في المصدر السابق نفسه، بإسناد البيهقي.

(٢) المصنف: ١٠٣/٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٣/٦ - المغني لابن قدامة ٢٤٧/٦.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٣/٦.

ولالإمام أحمد روايتان، رواية مع الجمهور أن القبض شرط لزوم، ورواية مع هذا الاتجاه، أي القبض شرط تمام، وأرى من ظاهر كلام البهوتي في كشف القناع ومنتهى الإرادات^(١)، ترجيح الرواية القائلة بأن القبض شرط لزوم، وأن البهوتي لم يفرق بين المكيلات والموزنات وغيرها، كما فرق صاحب المغني، ولهذا يقول: وتصح وتملك بعقد فيصح تصرف قبل القبض.

وهو الذي قدمه في الإنصاف ونقل عن المجد في شرح الهداية أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض.

وكلام الخرقى يدل عليه أيضاً قال ذلك في القاعدة التاسعة والأربعين. وقيل يقع الملك في الهبة مراعي، فإن وجد القبض: تبينا أنه كان للموهوب بقبوله، وإلا فهو للواهب^(٢).

ويقول البهوتي - وهو وجه حسن، ويتابع قوله: وتلزم الهبة بقبضها بإذن الواهب ولا تلزم قبل القبض والإذن ولو كانت الهبة غير مكيل ونحوه^(٣).

فهذا يدل على أن القبض في مذهب أحمد شرط لزوم، وهي التي يرى رجحانها الإمام البهوتي، ولا سيما أنه هو الذي يعتبر محرراً لمذهب الإمام أحمد، ولهذا يعترض على صاحب المتن إذ يقول: "فيصح التصرف قبل القبض أي يصح تصرف الموهوب له قبل القبض" ويقول البهوتي وفيه نظر: إذ المبيع بخيار

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٥٣/٤ - منتهى الإرادات: ٥١٩/٢.

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للإمام علاء الدين أبي الحسن المرداوي الحنبلي

١٢١/٧، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

(٣) المصدران السابقان: الجزء نفسه والصفحة نفسها.

لا يصح التصرف فيه زمنه، فهذا أولى لعدم تمام الملك^(١)، ويقول أيضاً وللواهب الرجوع في هبته قبل القبض ولو بعد تصرف الموهوب له^(٢)، برهن أو بيع أو ما شابه ذلك، قبل قبض الهبة، فكيف يصح له الرجوع إذا كان ملزماً بدفع ما ترتب بذمته بالعقد، إذا لم يكن القبض شرط لزوم؟ وهذا هو مضمون الرواية الأولى، وبنفس تصريح ابن عقيل بأن القبض ركن، وهذا ما يدل على ما قلناه.

وأما حجة هذا الاتجاه:

بالسنة والآثار، والقياس:

أما السنة: فقوله ﷺ: "العائد في هبته كالعائد في قيئه"، وقال النبي ﷺ: "ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه"^(٣).

وجه الاستدلال: أن الحديثين يدلان على حرمة الرجوع في الهبة، فكما أن الشيء المحرم لا يجوز أكله فكذا الهبة، ويقول الحافظ بن حجر: لا ينبغي لنا معشر المؤمنين أن نتصف بصفه ذميمة، يشابهنا فيها أخس الحيوانات في أخس أحوالها، ولعل هذا أبلغ في الزجر عن ذلك وأدل على التحريم مما لو قال مثلاً لا تعودا في الهبة^(٤) وهذه الأحاديث مطلقة، ليس فيها ذكر القبض، فتبقى علي إطلاقها، وحينئذ تكون الهبة ملزمة بمجرد العقد دون الحاجة إلى القبض.

(١) منتهى الإرادات: ٥١٩/٢، ٥٢٠.

(٢) منتهى الإرادات: ٥١٩/٢، ٥٢٠.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، مع الفتح: ١٦٢/٦، ١٦٣.

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ١٦٣/٦.

وأما الآثار:

١- روي عن سيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالاً: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض.

٢- روي عن سيدنا الحسين بن علي رضي الله عنهما أنه ورث ميراث فتصدق بها قبل أن تقسم^(١)، وهناك آثار أخرى عن الصحابة والتابعين^(٢).

وأما القياس: فاستدلوا به فقالوا: الهبة عقد تبرع، فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف، ولأنه عقد لازم ينقل الملك، فلم يقف لزومه على القبض كالبيع^(٣).

الاتجاه الثالث:

يرى أنه لا عبرة بالقبض أصلاً، فإذا تم العقد، فقد تملك الواهب الهبة، إلى هذا ذهب أهل الظاهر يقول ابن حزم: من وهب هبة سالمة من شرط الثراء أو غيره أو أعطى عطية كذلك، أو تصدق به فقد تملك باللفظ، ولا يعني بجيازتها وبقائها، ولا يبطلها تملك الواهب لها أو المتصدق بها، وسواء بإذن الموهوب له أو المتصدق عليه، كان ذلك أو بغير إذن^(٤) ولهذا لا يجوز الرجوع فيها متى لفظ بها إلا الوالد والأم^(٥) وغاية من استدل على هذه المسألة أن العقد ناقل للملكية، فإذا

(١) هذا الأثران، في الروض النضير ٣/٣٨٣.

(٢) المصدر السابق، الجزء نفسه، والصفحة نفسها.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٧.

(٤) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٩/١٢٠.

(٥) المصدر السابق ٩/١٢٧.

تم العقد وجب الوفاء به، بدون حاجة إلى ذكر قبض أو إذن أو غيره.

ولكن لا مانع إذا اختل شرط من شروط العقد، فيكون مانعاً من موانع الوفاء، ولم يوجد شيء يدل على هذا الإطلاق، ولا سيما وقد ورد خبر عن النبي ﷺ وآثار عن الصحابة تضيف إلى العقد شرطاً، فإذا توفر الشرط وجب الوفاء به في ذلك العقد.

المناقشة:

مناقشة أدلة الجمهور:

لقد استدل الجمهور بالإجماع، فلقد نقل صاحب المغني والكاساني إجماع الصحابة على أن القبض شرط في السنة لأنه نقل عن سيدنا أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً - وهو غير مسلم - وذلك للخلاف بين الصحابة والتابعين كما مر ذكره، وبين المذاهب، فكيف يعقد الإجماع مع خلاف هؤلاء الفقهاء؟

وأما الآثار:

أما الآثار الواردة عن الصحابة فمادامت المسألة خلافية بينهم، فأقوال الصحابة والتابعين لا يكون بعضها حجة على الآخر، بل الحجة في كتاب الله وسنة رسوله والإجماع.

وأما القياس:

فليس فيه تغيير المشروع للعقد من التبرع إلى الضمان، إذا قلنا الهبة بأن تلزم بالعقد لأن الواهب أصبح ملزماً بالتزامه بمجرد صدور الإيجاب منه وقبول الآخر.

مناقشة أصحاب الاتجاه الثاني:

وهم يرون هو أن القبض يتم ويلزم بالعقد - أي بالإيجاب والقبول - وإذا امتنع بعد ذلك يجبر الواهب والمتصدق على إقباض الهبة والصدقة، أن الأحاديث التي ذكروها لاتدل على الدعوى المطلوبة، وذلك لأن محل النزاع في مدى لزوم الهبة قبل القبض، في حين أن دلالة تلك الأحاديث ليست ظاهرة في حرمة الرجوع قبل القبض، بل سياقها يدل بوضوح على أنها في الرجوع بعد القبض، فقول الرسول ﷺ: "العائد في هبته كالعائد في قيئه" ظاهر في أن المراد به الهبة بعد القبض، وذلك لأن التملك الذي ذكره يدل على ذلك، فالقيء سواء كان من إنسان أو من غيره خرج من وقع على الأرض - مثلاً - فالعودة إليه محرم بالنسبة إلى الإنسان. وكذلك الحديث يدل على أن هذه البشاعة إنما تتحقق إذا رجع الواهب أو المتصدق بعد القبض، وأما إذا قيل بأن العقد قد تم بالإيجاب والقبول، وإذا تم العقد وجب الوفاء به بدلالة قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والقبض ليس مذكوراً، أوجب عن ذلك بأن ذكر الحديث الشريف، أما قبل القبض وأن كان مستنكراً لكنه لا يصل إلى هذه الدرجة عرفاً وشرعاً، ويدل على هذا الفهم أن الخلفاء الراشدين وأكثر الصحابة، ذهبوا إلى أن الهبة لاتلزم إلا بالقبض، فلو كان المراد بالحديث السابق الهبة قبل القبض، لما قالوا مثل هذا.

ومن جانب آخر فإن الرسول ﷺ بين بشاعة هذا العمل من خلال تلك الصورة المجسمة المقززة التي لا يرضى بها كل ذي ذوق سليم.

كل ذلك للزجر من الرجوع، وبيان أن ذلك لا يتناسب مع أخلاق

المؤمن وسموه وعزته وكرامته، لكنه لو رجع قبل القبض أو بعد القبض عند بعض العلماء^(١)، لما ترتب عليه حكم قضائي ملزم، بالإضافة إلى هذا لا يفهم من هذا الحديث التحريم، بل التغليظ في الكراهية، يقول الحافظ ابن حجر: "الزيادة في الرواية الأخرى وهي قوله: كالكلب، تدل على عدم التحريم لأن الكلب غير معتبر فالقيء ليس حراماً عليه، والمراد التعزيز عن فعل يشبه فعل الكلب.. وأن عرف الشرع في مثل هذه الأشياء، يريد به المبالغة في الزجر، كقوله ﷺ "من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه"^(٢).

أما قياس الهبة والصدقة على الوصية فلا يستقيم، لأن الوصية عقد تمليك بعد الموت، وهما من عقود الحياة. وأيضاً الوصية قبل الموت غير ملزمة، إذ للموصي له حق الرجوع، ومن هنا كان قياسهم في هذه المسألة في جزء منها، وليس في جميعها، ويمكن القول بأن في قياسهم الهبة على الوصية قياساً مقلوباً عليهم فيصبح دليلاً للجمهور، وليس لهم.. وذلك لأن الهبة مثل الوصية قبل الموت في عدم اللزوم، فالفقهاء، متفقون على أن الموصي وإن صدر منه إيجاب، له حق الرجوع وإنما تلزم بالموت وأيضاً الوصية تلزم في حق الوارث، فلا يصح القياس عليها^(٣).

والذي يبدو لي أن الهبة وصدقة التطوع تتعقد بالإيجاب والقبول، لكنها لا تلزم إلا بالقبض، ماعدا هبة الوالد لولده حيث له الرجوع حتى بعد القبض

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ١٦٣/٦.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الشعر، تحريم اللعب بالنردشير رقم الحديث ٥٨٤٨ ج ١٥.

(٣) الشرح الكبير ٢٥١/٦.

عند جمهور العلماء لورود النص به، لكن إذا تم العقد، فإن الواجب عليه ديانة أن يفني بقوله والأى يأثم، فإذا تم العقد والقبض، فهل للواهب أن يبطل العقد ويرجع في هبته؟

فنقول: الهبة إما أن تكون للمحارم أو لغيرهم، فإذا كانت للمحارم، فقد نقل ابن قدامة الاتفاق على أنه لارجوع فيها، إلا الأب للحديث "اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم"^(١)، وهناك رواية عن الإمام أحمد أن الأب ليس له الرجوع^(٢)، والشافعية ألحقوا الأصول بالأب، حيث لهم الرجوع في المشهور من مذهبهم، مقابل المشهور أن الحكم خاص بالأب فقط.

وإذا كانت لغير المحارم، فللعلماء في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أن الواهب له الرجوع في هبته حتى بعد القبض وبه قال الحنفية والزيدية والإمامية^(٣)، لقوله ﷺ: "الواهب أحق بهبته مالم يثب فيها"^(٤).

(١) اخرج البخاري في صحيحه عن النعمان بن بشير: «أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة لأرضي حتى تشهد رسول الله ﷺ. فأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله. قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟» قال: لا. قال: «فاتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم». قال. فرجع فرد عطيته». صحيح البخاري بشرح فتح الباري الجزء السابع، كتاب الهبة، باب الإشهاد في الهبة رقم الحديث ٢٥٨٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٧٣/٨.

(٣) الهداية: ٢٧٧/٣ - الروض النضير ٣٨٤/٣ - منهاج الصالحين للسنوروي ص ٢٣٨.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي، الجزء التاسع، كتاب جماع أبواب عطية الرجل لولده، باب المكافأة في الهبة.

وجه الاستدلال: أن الواهب له حق الرجوع إذا لم تكن الهبة بعوض، حيث تصبح حينئذ بيعاً أي إذا كانت بعوض.

الاتجاه الثاني:

يرى أن الواهب ليس له الرجوع في ذلك. قال بذلك المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وأصحاب الاتجاه الأول، في الصدقة وفي الهبة إذا خرجت من يد الموهوب له ببيع أو غيره أو إذا أخذ بدلها عوضاً أو زادت في يده أو مات أحد المتعاقدين^(١).

واستدلوا بقوله ﷺ: "العائد في هبته كالعائد في قيئه"^(٢).

وجه الاستدلال: الحديث يدل على حرمة الرجوع في الشيء الموهوب، لأنه شبهه بشيء محرم. يقول قتادة: لانعلم القيء إلا حراماً وهو مؤكد بحديث صريح لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده. والذي يبدو لي راجحاً هو ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني، وذلك لقوة الدليل الذي اعتمده، يقول ابن قدامة: أحاديثنا أصح من أحاديثهم وأولى والحديث الذي استدل به الحنفية ومن وافقهم، في سنده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع فيه مقال^(٣)، وهو لا يعارض الذي اتفق على إخرجه

(١) المصادر الفقهية السابقة في الاتجاه الأول - انظر الخرشني: ١٠٧/٦ - نهاية المحتاج: ٤٢٢/٥ -

المغني لابن قدامة ٢٧٠/٦، وما بعدها - المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ١٢٧/٩.

(٢) صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، الجزء الثاني، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته أو صدقته.

(٣) الروض النضير: ٣٨٥/٣.

الإمامان البخاري، ومسلم.

الهبة في القانون:

نظم القانون المدني المصري الهبة في عدة مواد فعرفت المادة ٤٨٦ الهبة بانها " (١) الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض.

(٢) ويجوز للواهب، دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين" ونظمت المادة ٤٨٨ انعقاد الهبة حيث نصت على أن " (١) تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

(٢) ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض، دون حاجة إلى ورقة رسمية" ومن النصوص القانونية السابقة، نلاحظ ان المشرع الوضعي اشترط القبض فقط في المنقول بعكس العقار فلا تنعقد فيه الهبة الا بعقد رسمي، وهنا اتفاق بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي.



المطلب الثالث

العارية

العارية لغة: من التعاور، وهو التداول والتناوب مع الرد، والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشيء المعار، وتجمع على العواري بالتشديد والتخفيف: لغة هي اسم لما يعار، وكأنها منسوبة إلى العار، لان طلبها عار وعيب.

وقد قيل: مستعار بمعنى: متعاور، أي متداول بالأيدي.
وفي الحديث: "فتعاوروه بأيديهم"، أي تناولوه وتداولوه.
ويقال: عار الفرس: انفلت وذهب هاهنا وهاهنا منه مرحلة ونشاطه^(١).
العارية اصطلاحاً:

فقد عرفها الشافعية: بأنها إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه^(٢).
وعرفها المالكية: بأنها تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض^(٣).
والأصل في ثبوتها: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس:
أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وفي العارية
إعانة، وقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ﴾ ٤ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴿٥﴾ الَّذِينَ هُمْ
يُرَاءُونَ ﴿٦﴾ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿٧﴾ [الماعون: ٤-٧].
قال ابن مسعود: الماعون: إعارة الدلو، والقدر، والميزان.
وروي عن سيدنا علي، وابن عمر: (أن الماعون الزكاة).
وأما السنة: فروى أبو أمامة: أن النبي ﷺ قال: "العارية مؤداة، والمنحة
مردودة"^(٤).

(١) تاج العروس مادة (عور) الزاهر للأزهري ص ٣٣٨.
(٢) الشرح الصغير ٥٧٠/٣، والزرقاني ١٢٦/٦.
(٣) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ٢٠٥/٤.
(٤) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ماجاء في أن العارية مؤداة، وابن ماجه في
كتاب الصدقات، باب العارية.

وأجمع المسلمون: على جواز العارية

وأما القياس: فلأنه لما جاز هبة الأعيان - جاز هبة منافعها^(١).

واختلف الفقهاء في جعل القبض معتبراً لانعقاد العارية ولإنشائها وصحتها، أو أنه شرط تمامها واستمرارها، أو أنه أثر من آثار الإعارة ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن القبض شرط للزوم الإعارة، وعليه فالعارية لا تلزم إلا بقبض المستعير. إلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد من مذهبهم.

يقول الكاساني: "إن من الشروط التي يصير الركن بها إعارة القبض من المستعير، لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة"^(٢).

ويقول ابن قاسم العبادي الشافعي: "شرط تحقيق الإعارة كونها بيد المستعير"^(٣).

ويقول الماوردي: "وتمام العارية أن يكون بطلب من المستعير، وإجابة المعير ثم بإقباض منه أو إذن بقبضه، فتكون موافقة للهبة في إنها لا تتم إلا بالقبض"^(٤).

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي، تأليف أبي الحسين العمراني الشافعي، المجلد السادس، دار المنهج، ص ٥٠٥ - ٥٠٧.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢١٤/٦ تبين الحقائق للزيلعي ٨٤/٥.

(٣) حواشي الشرواني على تحفة المحتاج: ٤١١/٥.

(٤) الحاوي للفتاوى للإمام جلال الدين السيوطي ١٩/٩.

ويقول ابن رجب الحنبلي في قواعده: "وأما العارية فعقد تملك القبض على قول أنها هبة منفعة"^(١) وهو مذهب الإمامية والزيدية^(٢).

فالإيجاب والقبول وان كانا يقرران حقاً للمستعير، لكن هذا الحق لا يستقر ولا يتأكد إلا بالقبض لأنه تبرع، والتبرعات لا تلزم إلا بالقبض وعلى هذا فإن المستعير إذا قبض العارية بعد تمام العقد، فإنه يكون قد وضع يده على ملك الغير مستنداً إلى سبب صحيح، فلا يكون متعدياً، وسواء أكان هذا القبض في مجلس العقد أم بعده، وعليه فإذا كان العقد مضافاً إلى المستقبل، فإذا أخذ المستعير الإعارة في الوقت المحدد له، فإنه يكون قد أخذها بسبب صحيح وهو الإيجاب والقبول^(٣). وأورد ابن رجب رواية عن ابن تيمية - مفادها - أن القبض شرط صحة، فلا صحة للعارية بدون القبض.

يقول ابن رجب: قال تقي الدين: "التحقيق أن يقال في هذه العقود إذا لم يحصل القبض فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد، فكما إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب، فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ماتم".

ويدلل ابن رجب على هذا - حيث يقول: "ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول، كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة"^(٤).

(١) القواعد لابن رجب ص ٧١ قاعدة رقم ٤٩.

(٢) نسبه إليهما الدكتور محمد رضا في بحثه نظرية ملك المنفعة ص ٢٤٢.

(٣) نظرية ملك المنفعة للدكتور/ محمد رضا ص ٢٤٣.

(٤) القواعد لابن رجب ص ٧٢، قاعدة (٤٩).

وهذا النقل فيه وجهة نظر^(١).

الاتجاه الثاني:

يرى أن القبض ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الإعارة، فالعقد يتم بالإيجاب والقبول، وبمجرد الإيجاب والقبول يقوم المعير بإقباض المستعير العارية، فالقبض أثر من أثار عقد الإعارة. وبه قال المالكية وبعض الحنابلة.

جاء في الخرشي ولزمت المقيدة بعمل أو بأجل لانقضائها، وإلا فالمعتاد فالمالكية يفرقون بين العارية المقيدة والمطلقة، فالمقيدة بعمل - كزراع أرض - أو بأجل كسكنى دار شهراً مثلاً، أو بما ينتفع به في العادة، كأعرتك هذه الثياب أو الدابة ولم يقيد له وقتاً، فإنه ينتفع فيها بمثلها في العادة، لأن العادة كالشرط، فهذه يلزم المعير تسليم العارية إلى المستعير.

(١) تتبع الإسناد في رسالته كتب بن تيمية، فوجد إن ابن تيمية لا يذهب إلى بطلان العقد بدون القبض، بينما يرى أن القبض شرط تمام ولزوم لاشتراط صحة وانعقاد إلا أن يكون لابن تيمية قولان - وهذا لم يكن في الكتب المتيسرة لدينا، وأنا بتبعي لكتب ابن تيمية أؤيد وجهة النظر هذه لأنه يقول في الفتاوى الكبرى ٢٧١/٣، دار الفكر بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، وأن وقع في الرسالة: ٤١١/٣ - لعل أخرى العقود تتم بالتراضي في البيع في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّمًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وبطبيب النفس في التبرع في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤] فتلك الآية في جنس المعاوضات، وهذه من جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً معيناً ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعن طبيعة النفس. ويقول في صفحة (٢٧٤) من الجزء نفسه والمقصود من العقود إنما هو القبض والاستيفاء، فإن المعاقدات تفيد وجوب القبض أو جوازه بمنزلة إيجاب الشارع ثم التقابض ونحوه وفاء بالعقد بمنزلة فعل المأمور به في الشرعيات أ. هـ فهذه عبارات ابن تيمية، وليس فيها دلالة على أن القبض شرط صحة (انظر نظرية عقد المنفعة: ص ٢٤٤).

وأما المطلقة، غير المقيدة بالعمل أو الأجل أو العادة، فالمعير بالخيار بين تسليم العارية وإمساكها، وإذا اقبضها فله استردادها، وأن قرب التسليم وقيل يلزمه القدر الذي يرى أنه أعار لمثله^(١)، ومع هذا، فالمعير ملزم بإقباض المستعير للعارية، كأثر من آثار العقد إلا إذا مات المعير قبل القبض، لأن ملكية العارية انتقلت إلى الورثة قبل تمام ملك المستعير وحالة فلس المعير، لأن حاجته للعارية صارت أشد من حاجة المستعير، فلا يجب على المعير تسليم العارية إلى المستعير دفعا للضرر وعنه.

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل وجود العارية في يد المستعير يجزئ عن القبض؟

إذا كانت العارية في يد المستعير بسبب قبل استعارتها، فإنها لا تحتاج إلى قبض جديد، سواء كانت مضمونة، بأن كانت مغصوبة، أو يده يد أمانة كوديعة عند من يرى أن العارية أمانة لا تضمن إلا بالتفريط. وأما من يرى أنها مضمونة فإنه يقول بأنه لا بد من قبض جديد^(٢).

ويذكر ابن رجب وجهاً آخر بالنسبة للعارية، فيقول: من يقول أنها إباحة منفعة، فلا يحصل ملك للمستعير، بل يستوفي منافع العارية على ملك المالك كتقديم الطعام للضيف^(٣)، فإن الضيف يأكل على الإباحة لا على أنه تملك الطعام.

(١) الخرشي وحاشية العدوي عليه ١٢٦/٥، الحاوي ١٩/٩، والمطلقة مثل: اعتركت الأرض.

(٢) انظر: نظرية ملك المنفعة للدكتور محمد رضا ص ٢٤٦.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٧٢ - قاعدة رقم (٤٩).

والذي أراه راجحاً:

هو عدم توقف انعقاد الإعارة على القبض، بل الإيجاب والقبول،
الكاشفين عن الرضا والاتفاق، كافرين في انعقاد الإعارة، وأن القبض أثر من
آثار الإعارة، لأنه لا بد من استيفاء المستعير المنافع التي ملكها بالعقد.

وهذا هو الذي ينسجم مع قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

[المائدة: ١].

ومن الوفاء بالعقد تسليم العين المعارة إلى المستعير، ويتوقف العقد في
العارية على القبض، قد يفوت على المستعير حاجته التي كان يبتغيها من
الإعارة، فيلحقه الإحباط والخرج، وقد تكون الإعارة طريقاً لتلبية حاجة
المحتاجين، كاستعارة الباحثين للكتب والمراجع وجعل المعير في حل من
التزامه، أي الرجوع في أي وقت شاء يلحق المستعير ضرر، فلذا قرر جمهور
الفقهاء، أن المستعير إذا كان يلحقه ضرر برجوع المعير فليس له ذلك^(١).

العارية في القانون:

نظم القانون المدني المصري العارية في المواد من ٦٣٥ الى ٦٤٤ فعرفت
المادة ٦٣٥ العارية بأنها " العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير
قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة او في غرض معين على أن
يرده بعد الاستعمال ".

(١) نظرية ملك المنفعة للدكتور محمد رضا، ص ٢٤٧.

واوضحت المادة ٦٣٦ من ذات القانون ان القبض شرط اساسى لنفاذ العارية حيث نصت على انه " يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التى يكون عليها وقت انعقاد العارية وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية " ونتنق احكام فى القانون الوضعى من ما يذهب اليه الفقه الاسلامى.

* * *

المطلب الرابع القرض

تعريف القرض لغةً: مصدر قرض الشيء يقرضه: إذا قَطَعَه.

والقرض: اسم مصدر بمعنى الإقراض، يقال: قَرَضْتُ الشيء بالمقراض، والقَرْضُ: ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه، وكأنه شيء قد قطعته من مالك، ويقال: إن فلاناً وفلاناً يتقارضان الشيء، إذا أثنى كل واحد منهما على صاحبه، وكأن معنى هذا أن كل واحد منهما أقرض صاحبه كقرض المال^(١).

ويقال قرضت الشيء بالمقراض والقرض ما تعطيه لإنسان من مالك لتقضاه.

ومنه قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الْمُضِدِّينَ وَالْمُضِدِّاتِ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يَضَعُفُ لَهُمْ وَلَهُمْ أَجْرٌ كَرِيمٌ ﴾ [الحديد: ١٨].

والقرض فى الاصطلاح: دفع مال ارفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله^(٢).

(١) المعجم المحيط، فصل القاف، باب الضاد.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ١٧١/٤، كفاية الطالب الربانى ١٥٠/٢، وتحفة المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ٣٦/٥، وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى ٢٩٨/٣.

واختلفت عبارات الفقهاء، في تحديد مفهوم القرض، تبعاً للضوابط التي حددوا فيها المال الذي يجوز إقراضه، أو الممنوع أن يجري عليه عقد القرض.

فالحنفية: الذين لا يجيزون قرض القيميات، وخصوه بالمثلثات، قالوا: "هو عقد مخصوص يرد علي دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله"^(١).

المالكية والشافعية قالوا: كل ما يجوز السلم فيه، يجوز فيه القرض، على اختلاف بينهم فيما يجوز فيه السلم، وما لا يجوز، وعرفوا القرض بأنه: "دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً"^(٢)، وزاد الخرشبي في التعريف تفضلاً^(٣)، أي من المقرض للمقترض منه، فإن قال لهما أو للمقترض أو لأجنبي فذلك يثبت.

أما الحنابلة: فأجازوه في كل ما يجوز بيعه، كما أجازوه في قول. وفي قول لا يجوز القرض فيها كالذي يجري بين الفلاحين، ويحص يوماً ويوماً عند آخره، وقالوا في تعريفه هو: "دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله"^(٤).

فإذا ما تم العقد بين المقرض والمستقرض، فهل يكون للقبض أثر في انتقال الملكية إلى المستقرض، أم بمجرد العقد؟

والقرض بهذا المعنى عند الفقهاء هو القرض الحقيقي، وقد تفرد الشافعية فجعلوا له قسماً سموه: القرض الحكمي، ووضعوا له أحكاماً تخصه، ومثلوا له

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ١٧١/٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي ٢٢٢/٣.

(٣) الخرشبي على مختصر سيدي خليل بهامش حاشية الشيخ على العدوى ٢٢٩/٥.

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٥٧/٣.

بالإنفاق على اللقيط المحتاج، وإطعام الجائع، وكسوة العاري، إذا لم يكونوا فقراء، بنية القرض، وبمن أمر غيره بإعطاء مال لغرض الأمر كإعطاء شاعر أو ظالم، أو إطعام فقير أو فداء أسير، وتبع هذا وأنفقه على نفسك بنية القرض^(١).

مشروعية القرض:

وقد ثبت مشروعية القرض بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضْعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [البقرة: ٢٤٥].

ومن السنة:

ما رواه البخاري ومسلم في صحيحهما عن أبي رافع أن النبي ﷺ استلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال: يا رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رباعيات فقال: "أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء"^(٢).

اختلف الفقهاء إزاء ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

(١) تحفة المحتاج وعليه حاشية الشرواني ٣٧/٥ - ٤٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٢١٨/٤.

(٢) البخاري كتاب الاستقراض باب استقراض الإبل وباب حسن القضاء، ومسلم في المساقاة، باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه.

الاتجاه الأول:

يرى أن القبض سبب ثبوت الملك في ذمة المقترض، فإذا قبض المقترض المال، فلا يحق له الرجوع، وذهب إلى ذلك الحنفية^(١)، إلا الإمام أبا يوسف، ووجهه عند الشافعية^(٢)، ورواية عند الإمام أحمد^(٣)، وقول الزيدية^(٤)، والإمامية^(٥).

يقول ابن عابدين الحنفي: "ويملك المستقرض القرض بنفس القبض"^(٦)

ويقول القفال الشافعي: "الوقت الذي يحصل فيه الملك للمقترض هو القبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوق الملك فيه على القبض كالهبة" وهناك رأي للشافعية لم أره عند غيرهم، بأن القرض إذا كان في الذمة بأن أوقعا العقد على غير معين كخطة مثلاً، فإن القبض يشترط فيه أن يكون في المجلس، أو بعد المجلس لكن على الفور فإذا تأخر بطل العقد^(٧).

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٧٣/٤.

(٢) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال ٣٩٣/٤، مع تحقیقات د/ياسين أحمد درادكه

- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٢٣٢/٤.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٥٧/٣، ٣٥٨.

(٤) البحر الزخار ٣٩٢/٣، ٣٩٣.

(٥) جامع الأحكام الشرعية ص ٤٠٣.

(٦) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ١٧٣/٤.

(٧) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال ٣٩٣/٤، مع تحقیقات د/ ياسين أحمد

دراوكة - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٢٣٢/٤.

ويقول البهوتي الحنبلي: "والقبض شرط لازم، عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك عليه كيلاً كان القرض أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً أو غير ذلك"، وتكاد تتفق عبارات هؤلاء الفقهاء في أن الملك لا يلزم إلا بالقبض^(١).

الاتجاه الثاني:

يرى أن الملك لا يثبت إلا باستهلاك الشيء المقرض أو خروجه عن ملك المقرض ببيع أو هبة أو غيرهما، فلو قبض المستقرض وبقي على حاله فهو على ملك المقرض فعلى هذا إذا كان القرض حيواناً، فنفقته بعد القبض على المقرض فإن اقترض إياه وقبضه، عتق عليه.

به قال الإمام أبو يوسف^(٢)، وعند الشافعية، وقول للزيدية^(٣).

وعلى هذا فإن استقرض كيلاً معلوماً وقبضه، فعلى الاتجاه الأول، يكون ملكاً له، وله حق حبسه ورد مثله وإن طلب المقرض العين، لأنه خرج عن ملك المقرض وثبت له في ذمة المستقرض مثله لا عينه ولو كان قائماً.

وعلى الاتجاه الثاني فإذا كان قائماً بعينه فهو على ملك المقرض فيجب عليه رد عينه إن طلبه وعند الشافعية يرجع فيما قرضه، وهو المنصوص عن الشافعي وهو الأصح، وفي مقابل الأصح أنه لا يحق له الرجوع في عين المستقرض^(٤).

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٣/٢٥٧، ٣٥٨.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤/١٧٣.

(٣) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال ٤/٣٩٣ - البحر الزخار ٣/٣٩٢.

(٤) حلية العلماء، المصدر السابق، الجزء نفسه ص ٢٩٤ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملی

الاتجاه الثالث:

يرى أن القرض يملكه المقرض بمجرد عقد القرض، وإن لم يقبضه المستقرض، ويصير مالاً من أمواله ويقضى له به. بهذا قال المالكية^(١)، والظاهرية^(٢)، يقول ابن حزم: من استقرض شيئاً فقد ملكه وله بيعه إن شاء، وهبته، والتصرف فيه كسائر ملكه.

يفهم من كلام ابن حزم، أن القرض يملك بالعقد، ولهذا أتى بالفاء التي تفيد التعقيب والترتيب، واتفق الفقهاء على أنه إذا تخلل عقد القرض شرط فاسد فإنه يفسد العقد، فإذا اشترط على أن يوفيه في بلد آخر، لا يجوز لأن فيه نفعاً في الجملة وكل قرض جر نفعاً حرام.

وكذا لو اشترط رد زيادة في القدر أو الصفة، أو اشترط أجلاً فيه نفع للمقرض كزمن نهب فالعقد فاسد، أما إذا رد المقرض أحسن بلا شرط ففسن، لخبر أنه ﷺ اقترض بكراً^(٣)، ورد رباعياً^(٤)، وقال: إن خياركم أحسنكم قضاءً^(٥).

(١) الخرشي على مختصر سيدي خليل ٢٣٢/٥.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٧٩/٨.

(٣) هو ما دخل في السنة السادسة.

(٤) بفتح الراء وتخفيف الياء (على وزن مفاض) وهو ما دخل السنة السابعة.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: كان لرجل على النبي ﷺ سن من الإبل فجاءه يتقاضاه فقال ﷺ: «أعطوه» فطلبوه سنة فلم يجدوا إلا سناً فوقها، فقال: «أعطوه» فقال: أوفيتني أوفى الله بك، فقال النبي: «إن خياركم أحسنكم قضاءً». صحيح البخاري، الجزء الثاني، كتاب الاستقراض وإداء الديون والحجر والتفليس، باب حسن القضاء، حديث رقم ٢٣٥٢.

ولا يجوز أن يفعل المقرض شيئاً مما فيه نفع للمقرض قبل الوفاء إلا أن تكون العادة جارية به قبل القرض، لحديث "إذا أقرض أحدكم قرضاً، فأهدى إليه أو حمّله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك" (١).

والذي أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الجمهور: لأنه اتجه وسط بين الاتجاهين اللذين معه، كما أن فيه مراعاة لحق المقرض، ولا سيما في هذا الزمان الذي فسدت فيه الطبائع وكثر المحتالون لأكل المال بالباطل، فيجعل للمقرض فرصة التروي بعد العقد، فإذا ألزمناه بالوفاء بالعقد، فلربما يقع فيما لا تحمد عقباه، ولا نقول بالاتجاه الثاني مراعاة لحق المستقرض لأنه لا يستقرض إلا المحتاج، فإذا تم العقد وقبض بإذن المقرض، فلماذا نلاحقه حتى يستهلك ما في يده وهو يريد التروي في ضوء ما احتاجه، فإذا لم يملك المال بالقبض فربما يأتي المقرض ويأخذ ما أعطاه إياه فيقع في العسر والحرج فقول الجمهور فيما أراه أعدل الاتجاهين.

القرض في القانون:

عرف القانون المدني القرض في المادة ٥٣٨ بأنه "القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، الجزء الثاني، كتاب الصدقات، باب القرض.

وبينت المادة ٥٣٩ ضرورة التسليم في عقد القرض حيث نصت على أنه
"(١) يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المفترض، ولا
يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند إنهاء القرض.

(٢) وإذا هلك الشيء قبل تسليمه إلى المفترض كان الهلاك على
المقرض" فمن خلال النص القانوني السابق يتبين لنا اتفاق القانون الوضعي من
الفقه الاسلامي.



المبحث الرابع عقود يشترط القبض في استقرارها

الاستقرار لغة بمعنى: ثبت وسكن^(١).

وفي الاصطلاح: "الأمن من الانفساخ في المبيع إذا تلف، انفسخ البيع"^(٢)، أي لا يستقر الملك في المبيع إلا بعد قبضه من المشتري، وهناك عقود يشترط القبض في استقرارها، وهي عقود: البيع، الإجارة، الصلح، الهبة بشرط العوض، وعقد النكاح بالنسبة للصدّاق، عقد السلم بالنسبة للمسلم فيه.

وسأتكلم عن معنى استقرار العقد بالقبض بصورة مجملة عن هذه العقود ومعنى اشتراط القبض في هذه العقود لاستقرارها.

أن ملكية العاقدین للعقد عليه لا تستقر تماماً إلا بالقبض، فالعقد يتم بالإيجاب والقبول مع توافر الشروط المطلوبة، وينتقل الملك بموجبه ولكنه يحتاج في استقراره إلى القبض.

فإذا تم العقد - مثلاً - ولم يتم القبض فإنه يترتب عليه عدة آثار من أهمها الضمان:

فإذا تم عقد البيع مثلاً - ولم يتم التسليم حتى هلك المبيع، فإنه يترتب على ذلك العقد، الضمان، فعلى من يكون الضمان. اختلفت آراء الفقهاء في ذلك ويمكن حصرها في ثلاثة اتجاهات:

(١) المعجم المحيط، فصل القاف، باب الراء.

(٢) الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف: الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الباز العربي، القاهرة، ص ٥٤١، القول في الملك.

الاتجاه الأول:

يرى أن المبيع يكون من ضمان البائع ويسترجع المشتري ثمنه الذي دفعه إلى البائع، إليه ذهب الحنفية - واستثنى أبو حنيفة وأبو يوسف الأرضين والدور المأمونة من الهلاك، حيث جعلوا ضمانها على المشتري - والشافعية^(١)، والزيدية^(٢).

وقد استدلووا على ما ذهبوا إليه بما روي عن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله إني ابتاع هذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم علي، قال يا ابن أخي، لا تبعن شيئاً حتى تقبضه"^(٣).

وجه الاستدلال: أن رسول الله ﷺ نهى أن يشتري سلعة ثم يبيعها قبل أن يقبضها، وله شاهد آخر من حديث مروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: "نهى رسول الله ﷺ وعن بيع ما لم يقبض"^(٤). ودلالة هذا كدلالة الأول.

الاتجاه الثاني:

وهو للمالكية، والحنابلة في المعتمد حيث عندهم فرقوا بين مبيع وآخر، واتفقوا في الجملة على أن الضمان يترتب على المشتري بنفس العقد، واستثنى الإمام مالك أكثر من خمسة مواضع يكون فيها الضمان قبل القبض على البائع^(٥).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٤٤/٧، السراج الوهاب ص ١٩١.

(٢) الروض النضير ٢٤٣/٣.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، الجزء الثامن، كتاب جماع أبواب الربا، باب النهي عن بيع ما لم يقبض.

(٤) المصدر السابق

(٥) انظر أحكام العيب في الفقه الإسلامي - د/ إسماعيل كاظم ص ١٠١.

الموضع الأول: ما يبيع من الثمار قبل كمال طيبيها وبعد بدو الصلاح^(١)، أما قبل البدو فإنه محل للعقد إلا أن يشترط القطع، وإذا لقاه بعد الشرط، فإنه مفسد أيضاً على الراجح، فالثمرة بعد بدو الصلاح من ضمان البائع إلا أن يتكامل طيبيها فحينئذ تأمن من الجائحة، فإذا تناهت في الطيب، انتقل الضمان إلى المشتري^(٢).

الموضع الثاني: المبيع الغائب على الصفة أو على الرؤية المتقدمة على العقد، فإنه لا ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري إلا بالقبض^(٣).

الموضع الثالث: ما فيه حق توفية، وهو ما حصره كيل أو وزن أو عد، فإذا قبض المشتري انتقل الضمان إليه.

وهذه المواضع الثلاثة وافق أحمد فيها مالكاً، وانفرد مالك بالباقي.

الموضع الرابع: المبيع في البيع الفاسد، فاعتبار القبض في البيع الفاسد حتى ينتقل الضمان فيه إلى المشتري^(٤).

(١) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٩/٥ - الشرح الكبير: ١٤٦/٣ - المغني لابن قدامة ٢٠٢/٤، ٢٠٤، ٢٠٥... وبد الصلاح في الثمرة إن كان يتغير لونها كصفر الثمر والسواد في العنب وماشابه ذلك فبد وصلاحه بظهور علامة نضجه وأما أن كان لا يتلون فبحلاوته وطيبته وأن كان لا يتغير ويؤكل طيباً ببلوغه أن يؤكل عادة وهكذا المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤.

(٢) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٩/٥ - المغني لابن قدامة ٢٠٧/٤ أما الجائحة: فهي كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والعطش والسيل (انظر المغني لابن قدامة ٣١٦/٤ - الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٣٩/٥).

(٣) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٩/٥ - المغني لابن قدامة ٣١٩/٤.

(٤) الخرشي على مختصر سيدي خليل المصدر نفسه، بذات الصفحة.

الموضع الخامس: المبيع على الخيار، فمضيبة المبيع زمن الخيار من البائع، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار لهما أو لأحدهما ونقل ابن رشد قولاً في ضمان المبيع زمن الخيار مفاده أنه: إن هلك المبيع في يد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه، وإن هلك بيد المشتري فحكمه أنه إن كان مما يغاب على البائع، فضمانه على المشتري، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع^(١).

الموضع السادس: المبيع في عهده الثلاث والسنة^(٢). الموضع السابع: المبيع المحبوس للثمن أو للإشهاد^(٣)، فإذا تم العقد ولم يسلم

المشتري الثمن، فذهب للإتيان بالثمن الحال، وكذا إذا حبسها لأجل أن يشهد البائع على تسليم المبيع للمشتري، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، فالضمان في هذه الحالة إن كان المبيع مما لا يغاب عليه، لا ضمان عليه إذا ادعى هلاكه إلا أن يظهر كذبه، وإن كان مما يغاب عليه فهو في ضمانه إلا إذا أقام البينة أنه تلف بغير سببه.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٧٥/٢.

(٢) المراد بعهدة الثلاث والسنة - وهو خاص بالريق - فعهدة الثلاث المبيع من ضمان البائع إلى ثلاثة أيام. أما عهدة السنة إذا حدث في المبيع ثلاثة عيوب:

١ - الجذام.

٢ - البرص.

٣ - الجنون. خلال السنة، فإنه من ضمان البائع ابتداء السنة بعد عهدة الثلاث (الخرشي على

مختصر سيدي خليل ١٥٥/٥).

(٣) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٨/٥.

الموضع الثامن: المواطئة فإذا باع أمه وقد وطئها - بإقراره - فإنها تكون من ضمانه إلى أن ترى الدم - فينئذ تدخل في ضمان المشتري وفي ملكه، ويجوز له الاستمتاع.

الموضع التاسع: إذا اشترى بين مأتين من عشر ثباه معينات، فإنه على ضمان البائع حتى يقبض المشتري المبيع^(١).

في هذه المواضع يكون المبيع في ضمان البائع قبل القبض، فإذا تلفت بآفة سماوية فالمشتري يفسخ البيع، وله الثمن وإن كان بفعل البائع أو أجنبي فله المشتري غرم قيمة المقوم، أو مثل المثل.

والإمام أحمد - كان موافقاً للإمام مالك في الثلاثة الأولى، والباقي أنه يتم الضمان على المشتري بنفس العقد، في الرواية الراجحة من مذهبه^(٢).

ويرى ابن حزم أن في بيع صح وتم فهلك المبيع أثر تسلم البائع قسمته من المبتاع - ولا رجوع له على البائع وكذلك مارض فيه من بيع أو نفر وهو ماذهب إليه الظاهرية^(٣).

(١) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٩/٥، ١٦٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٣١٩/٤.

(٣) المحلى بالآثار لابن حزم ٣٧٩/٨.

الباب الثاني

سلطة القبض فيما يملك من أموال

وفيه فصلان:

الفصل الأول: التصرف في المملوك الذي سببه عقد.

الفصل الثاني: أثر القبض في تصرف المالك بملك

من غير عقد.

الفصل الأول

التصرف في المملوك الذي سببه عقد

وبه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: بيع المبيع قبل قبضه.

المبحث الثاني: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقد معاوضة.

المبحث الثالث: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقود التبرعات.

* * *

المبحث الأول

بيع المبيع قبل قبضه

نتاول فيما يلي القاعدة الأساسية في بيع المبيع قبل قبضه ونوضح في المبحث الثاني شرح تفصيلي لذلك لدى الفقهاء .

فالأصل أن الشرع قد نهى عن بيع المبيع قبل قبضه، والدليل على ذلك:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه"^(١).

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا

(١) أخرجه ابن ماجه ٧٤٩/٢، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض، حديث رقم (٢٢٢٦) وأبو داود ٢٨١/٣، حديث رقم (٣٤٩٢).

يبيعه حتى يستوفيه" (١).

٣- عن جابر بن عبد الله قال: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان - صاع البائع وصاع المشتري" (٢).

٤- عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ: "نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوز التجار إلى رحالهم" (٣).

٥- عن حكيم بن حزام قلت: يا رسول الله إني اشتري بيوعاً فما يحل منها وما يحرم منه؟ قال: "إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه" (٤).

والحكمة من هذا النهي:

ذهب فريق من العلماء إلى أن النهي عن بيع المبيع قبل القبض، تعبدى غير معقول المعنى (٥).

(١) أخرجه ابن ماجه ٧٤٩/٢، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض، حديث رقم (٢٢٢٧) والترمذي وتحفة الأحوذى ٥١٢/٤، حديث رقم (١٣٠٩) وأبو داود ٢٨٢/٣، حديث رقم (٣٤٩٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه ٧٥٠/٢، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض، حديث رقم (٢٢٢٨).

(٣) أخرجه أبو داود السنن ٢٨٣/٣، باب الطعام قبل أن يستوفي حديث رقم (٣٥٠٢).

(٤) أخرجه الترمذي (تحفة الأحوذى ٥١٢/٤)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب جماع أبواب الربا، باب النهي عن بيع ما لم يقبض.

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٤٤/٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة ١٥١/٣ - الفواكه الدواني: ١١٧/٢.

وذهب فريق آخر إلى أنه معقول المعنى، ولهم في تبيان وجهات نظرهم ما يمكن إجماله في الآتي:

أولاً: سداً لباب الربا، ويظهر ذلك في كلام ابن عباس، فقد أخرجه البخاري عن طاووس قال: قلت لابن عباس كيف ذلك؟ قال: ذاك دراهم بدرهم، والطعام مرجأ، فاستفهم عن سبب النهي، فأجابه، إذا باعه المشتري قبل القبض، فكأنه باع دراهم بدرهم^(١). ويبين ذلك أكثر ما أخرجه مسلم عن ابن عباس أنه لماسأله طاووس: ألا تراهم يتاعون بالذهب والطعام مرجأ، أي مؤخرأ، وذلك لأنه إذا اشترى طعاماً بمائة دينار ودفعها إلى البائع، ولم يقبض منه الطعام، ثم باع الطعام إلى آخر بمائة وعشرين مثلاً - فكأنه اشترى بذهبه ذهباً أكثر.

وهذا هو وجه تعميم ابن عباس النهي في سائر المبيعات، ولم يقصره على الطعام حيث يقول: ولا أحسب كل شيء إلا مثله، ولمسلم وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام^(٢).

ولهذا علل المالكية النهي عن بيع الطعام قبل قبضه بأنه يتخذ للتوصل إلى الربا، فهو عندهم من باب سد الذرائع، وذلك كما يقول ابن رشد: أن يقول

(١) فتح الباري لشرح صحيح البخاري: ٣٥٠/٦ كتاب البيوع، باب ما ينكره في بيع الطعام والحكرة طبعة دار أبي حيان، القاهرة.

(٢) أخرج مسلم في صحيحه عن ابن عباس: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» قال ابن عباس: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام»، الجزء العاشر، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم ٣٧٩٣.

رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها، فيقول له هذا لا يصلح، ولكن أبيعك سلعة، يسميها ليست عنده، بهذا العدد، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما، وكانت السلعة قيمتها قريباً مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرصاً، فيرد عليه ضعفها^(١).

ثانياً: علل آخرون من المالكية الحرمة بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام ليتوصل إليه القوي والضعيف، ولو جاز البيع قبل القبض - لربما - أخفي مكان شرائه من مالكه وبيعه خفية فلم يتوصل إلى الفقير ولأجل تقع نحو الكيال والجمال^(٢).

ولأجل أن يظهر للفقراء فتقوى به قلوب الناس، ولا سيما في زمن الشدة، ولأجل نفع نحو الكيال والوزان والجمال، من أجل ذلك كله، منع الشارع بيع المبيع قبل القبض.

ثالثاً: علل الأحناف، لإمكان انعدام القبض على التمام، بالكيل أو الوزن، وذلك أنه كما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلاً، لا يجوز بدون قبضه بتمامه.

ووجهوا قولهم بأن الكيل والوزن في المكيل والموزون الذي وقع مكيلاً وموازنة من تمام القبض، أن القدر في المكيل والموزون معقود عليه؛ لأنه لو كيل فازداد، لاتطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن، لاحتمال الزيادة

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٢٢/٢.

(٢) الفواكه الدواني، الشيخ أحمد النفراوي المالكي الأزهري ١١٧/٢ طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثالثة، ١٩٥٥ م.

والنقصان، فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل والوزن، فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض، ولا يجوز بيع المنقول قبل قبضه إلا بتمامه، كما لا يجوز قبل قبضه أصلاً ورأساً - بخلاف المذروعات - لأن القدر فيها ليس معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والأوصاف لا تكون معقوداً عليه بل هو جار مجرى الوصف والأوصاف لا تكون معقوداً عليها، ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن، وفي النقصان يسقط عنه شيء من الثمن، فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكفي بها في جواز التصرف قبل الذرع، بخلاف المكيلات والموزونات، إذ إنه يخرج ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله، والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصف الكمال، فأما جواز التصرف فيه فيستدعي قبضاً كاملاً، لورود النهي عن بيع ما لم يقبض، والقبض المطلق، هو القبض الكامل^(١).

رابعاً: وعلى الحنفية أيضاً - بأن البيع على غرر انفساخ العقد الأول - على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، وإذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد، فتبين أنه باع ما لا يملك والغرر حرام غير جائز، ولم يفرقوا بين الطعام وغيره من المنقولات^(٢)، وورد عن النبي ﷺ أنه "نهى عن بيع الغرر، وعن بيع الحصة"^(٣).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢٣٨/٧ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٢) المصدر السابق ٢٢٥/٧.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر، حديث رقم ٢٢٥٧.

وعلى الشافعية النهي لتوالي الضمانين، وبيان ذلك أن المبيع مضموناً في حالة واحدة لا اثنين لأن هذا مستحيل، لأنه إذا صح البيع قبل القبض، لكان مضموناً للمشتري الأول على البائع الأول، ومضموناً للمشتري الثاني على المشتري الأول سواء باعه المشتري للبائع نفسه أو لغيره.

وقالت طائفة بجواز بيعه لبائعه تفريعاً عن العلة الثانية: وهو توالي الضمان، فإنه لا يتوالى إذا كان المشتري هو البائع، لأنه لا يصير في الحال مقبوضاً بخلاف الأجنبي، وهذا الوجه يقول عنه النووي: شاذ ضعيف، والمذهب بطلانه كالأجنبي^(١).

وعلى الحنابلة - على الرواية التي اختارها ابن عقيل، أن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم، فلا يرد عليه قيد آخر قبل إبرامه^(٢).

ويعلل الزيدية أن النهي لضعف الملك قبل التسليم^(٣).

بينما يعلل ابن تيمية: بعدم القدرة على التسليم، لأن البائع الأول قد يسلم البائع الثاني المبيع، وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رآه قد ربح، فيسعى في البيع، إما بحجود أو باحتيال في الفسخ^(٤).

إلا أن ذلك يرجع إلى علتين في الواقع:

(١) المجموع ٢٩٠/٩.

(٢) القواعد لابن رجب ص ٧٨ قاعدة ٢٥.

(٣) البحر الزخار ٣/٣١٢.

(٤) الاختيارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوى ص ٧٥.

إحدهما: الربا وهو ما يراه المالكية، وما ذهب إليه ابن عباس.

ثانيهما: الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وهو رأي سائر الأئمة غير أن عدم القدرة على التسليم، بينهما احتمال هلاك المحل، عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وضعفاً للملك عند الزيدية، واحتمال عدم تسليم البائع الأول عند ابن تيمية، وكلا العلتين متحققتان في عقد البيع.



المبحث الثاني

أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقد معاوضة

تمهيد وتقسيم:

نتناول في هذا المبحث عدة مسائل هي: مسألة بيع العين بالنقد، ومسألة التصرف في الشيء قبل القبض في غير البيع، ومسألة عقد للصرف، وأخيراً مسألة بيع المال الربوي بالربوي ونقوم بعرض كل مسألة من المسائل السابقة في مطلب مستقل، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: بيع العين بالنقد.

المطلب الثاني: التصرف في الشيء قبل القبض في غير البيع.

المطلب الثالث: الصرف.

المطلب الرابع: المال الربوي بالربوي.

المطلب الأول

بيع العين بالنقد

تبرم العقود وتترتب عليها أحكامها، وقد يتأخر القبض عن وقت العقد، وربما يرغب من وجب له القبض أن يتصرف في الشيء قبل قبضه، فهل له ذلك؟ ماهي التصرفات التي يمكن أن يجريها؟

يقول ابن المنذر أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه^(١). وما عدا الطعام اختلف الفقهاء فيه على خمسة أقوال وها هي أقوالهم:

القول الأول:

يرى أنصاره المنع مطلقاً، سواء كان طعاماً أو عقاراً أو منقولاً أو غيره.

به قال الشافعية، ومحمد بن الحسن، والطحاوي، والقول الأول لأبي يوسف من الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد والزيدية، والظاهرية وقال به من الصحابة، جابر بن عبد الله، وعمر بن الخطاب، وابن عباس رضي الله عنه، ومن التابعين سفيان الثوري، وقال به أيضاً الحسن وابن شبرمة^(٢).

القول الثاني:

يرى أنصاره: الجواز مطلقاً في كل مبيع وإلى هذا ذهب عثمان البتي، وعطاء بن أبي رباح^(٣)، وهو مذهب الحنفية كذلك، لكنهم خصوا المكيل والموزون إذا بيع بـسراً مال أو بائع، ولغيره مكروه^(٤).

(١) المجموع ٢٩٥/٩ - حاشية السندي على النسائي ٢٨٥/٧ - السراج المنير شرح الجامع

الصغير ٤٢٩/١ ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م - الشرح الكبير ١١٦/٤.

(٢) نهاية المحتاج ٨٤/٤، ٨٥ - مختصر الطحاوي ص ٨٤ - القواعد لابن رجب نص ٧٨ قاعدة ٥٢

- البحر الزخار ٣/٣٦٩، ٣٧١ - الروض النضير ٣/٢٤٣ الشرح الكبير فقه حنبلي ١٦٦/٤ -

الحلى بالآثار لابن حزم الاندلسي ٥١٨/٨ وما بعدها مسائل في الفقه المقارن ٢/٢٠.

(٣) الشرح الكبير: ١٦٦/٤ - السراج المنير شرح الجامع الصغير: ٤٢٩٨/٣ - بداية المجتهد

ونهاية المجتهد لابن رشد ١٢٠/٢م.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٧/ ٤١.

القول الثالث:

يرى أنصاره: الجواز في العقار وما في معناه: والمنع في غيره، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً^(١).

القول الرابع:

يرى أنه لا يجوز في الطعام ويجوز فيما سواه. وإلى هذا ذهب الإمام مالك، ورواية عن الإمام أحمد وبعض الإمامية، وأبي ثور^(٢).

القول الخامس:

ويرى أنصاره عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه أما سواه فيجوز؛ وبه قال الإمام أحمد في رواية المذهب، وبه قال عثمان بن عفان، أبو عبيد، إسحاق، ابن المسيب، الحسن البصري، الأوزاعي، الحكم، ابن حبيب، عبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة^(٣).

(١) المصدر السابق، مع مختصر الطحاوي: ٨٤.

(٢) المصادر الفقهية السابقة مع مسائل في الفقه المقارن: ٢/٢٠ - المجموع: ٩/٢٩٥ - المحلى: ٨/٤٨٩. والإمام مالك ورد عنه في الطعام المكيل والموزون روايتان - الأولى، خصته في الربوي فقط والثانية: عامة في كل مطعوم. أما الجواز فإن مالكا أجازه، ووافقه الأوزاعي (بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/١٢٠، ١٢١).

(٣) صحيح مسلم شرح النووي: ١٠/١٦٨ - ١٧٠ - فتح الباري: ٥/٣٣٨ كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٣/١٩٦، ١٩٧ مع المصادر الفقهية السابقة.

الأدلة ومناقشتها:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من القول بعدم جواز التصرف في الشيء قبل قبضه مطلقاً سواء كان طعاماً أو عقاراً أو منقولاً بأدلة من السنة والمعقول:

أما السنة: فأحاديث كثيرة منها:

- ١- أن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه" قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله.
- ٢- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه" قال ابن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام^(١).
- ٣- عن عبد الله بن عمرو بن العاص، رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم تضمن"^(٢).

جهة الدلالة من الأحاديث:

تتمثل في قوله "ولا ربح مالم تضمن" معناه ربح مبيع قبل القبض، مثل أن يشتري متاعاً ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل، ورجحه

(١) وهذه الأحاديث رواها مسلم في صحيحه، الجزء العاشر، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٢) رواه أبو داود (السنن: ٢٨٣/٣، كتاب الاجارة، باب في الرجل يبيع ماليس عنده حديث رقم ٣٥٠٥).

لا يجوز، لأن المبيع في ضمان البائع الأول، وليس في ضمان المشتري منه لعدم القبض^(١).

وكذا فسر محمد بن الحسن في كتابه الآثار، حيث قال: "وأما ربح مالم يضمن" فالرجل يشتري الشيء، فيبيعه قبل أن يقبضه^(٢).

وكذلك فعل البهوتي بقوله - لما استدل بالحديث - والمراد به ربح ما بيع قبل القبض^(٣).

ويقول الصنعاني: أن المشتري الثاني جعل للمشتري الأول الذي باع السلعة منه قبل قبضه لها، ربحاً، وهذا الربح لا يطيب للمشتري الأول، لأنه ربح سلعة لا يضمنها لعدم قبضها، إذ لو تلفت فهي من مال البائع الأول^(٤).

٥- حديث حكيم بن حزام، قال: قلت يارسول الله، إني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم؟ فقال: "يا ابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه"^(٥)، وهذا الحديث يشمل بعمومه كل مبيع سواء كان طعاماً أو غيره

(١) نيل الأوطار للشوكاني ١٨٠/٥.

(٢) الموسوعة الفقهية: ١٣٤/٩، حيث نقل هذا عن نصب الراية ١٩/٤.

(٣) كشف القناع: ١٩٨/٣.

(٤) الروض النضير: ٢٣٤/٣.

(٥) رواه البيهقي: انظر الهداية تخریج أحاديث البداية: ٢٣٣/٧، ورواه أحمد - انظر نيل الأوطار:

١٥٧/٥، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠ - انظر المجموع: ٢٨٨/٩ حيث نسب اسناده إلى البيهقي بأنه

حسن متصل، حديث حكيم بن حزام - فيه كما يقول ابن عبد البر يوسف بن ماهك وعبد الله

بن عصمة لم يرو عنهما إلا رجل واحد، في الحقيقة هذا ليس بجرحة وأن كرهه جماعة من

المحدثين، ولكن الثابت خلاف ما يقوله ابن عبد البر فإن يوسف بن ماهك من رجال

فلا يجوز أن يتصرف فيه قبل القبض.

٦- حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ: "نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"^(١).

جهة الدلالة:

الحديث يدل على النهي عن بيع السلع قبل الحوز، والحوز وجود القبض، كما يدل حديث "ولاربح ما لم يضمن" وحديث حكيم وزيد، لم يخصصوا طعاماً من غيره، فكل المبيعات تأخذ حكماً واحداً.

الصحيحين، وقد روي عنه نحو خمسة عشر رجلاً فأكثر، من مشاهيرهم، عطاء بن أبي رباح، وأيوب السخيتاني، وحيد الطويل وابن جويج، وأبو بشير وإبراهيم بن مهاجر، وعمر بن مرة، ويعلي بن حكيم، وعبد الملك بن ميسرة وآخرون - قد روي عنه هذا الحديث بخصوصه - أبو بشر جعفر بن إياس وأيوب السخيتاني، ويونس، ويعلي بن حكيم وعطاء.

هذا عن يوسف بن ماهك، وأما عبد الله بن عصمة، فقد روى عنه عطاء بن أبي رباح، ويوسف بن ماهك، وصفوان بن وهب، وذكره ابن حبان في الثقات - ووهب ابن حزم حيث قال: أنه متروك، وكأنه اشتبه عليه بآخر، لأن في الرواة ثلاثة، كلهم، عبد الله بن عصمة، وفيهم من هو متروك منكر الحديث، أو مجهول لا يعرف، أ. هـ الهداية بتخريج أحاديث البداية: ٢٣٢/٧، ٢٣٣ وأيضاً في إسناده العلاء بن خالد الواسطي - وثقة ابن حبان - نيل الأوطار: ١٥٨/٥.

(١) رواه أبو داود - السنن: ٢٨٣/٣ - باب بيع الطعام قبل أن يستوفي وإسناده صحيح عنده إلا أن رواية محمد بن إسحاق ابن يسار عن أبي الزناد، وابن إسحاق مختلف في الاحتجاج به وهو مدلس.

وقد قال عن أبي الزناد والمدلس إذا قال: عن لا يحتج به، ولكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث وإن لم يضعفه فهو حجة عنده، فعله اعتضد عنده، أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له من أبي الزناد: أ. هـ المجموع: ٢٩٦/٩.

أما المعقول: فاستدلوا به فقالوا: إن المبيع قبل القبض، ملكه ضعيف، لاحتمال فسخ العقد، وهذا هو المعنى الذي علل به الشافعية وموافقوهم، النهي عن البيع قبل القبض^(١).

أدلة القول الثاني:

الذي يرى الجواز مطلقاً في كل مبيع.

وهذا المذهب نقله الأئمة عن عثمان البتي، ولم يخل من تعليق عليه، قال النووي: "أما مذهب عثمان البتي فحكاه المازري والقاضي، ولم يحكه الأكثرون، بل نقلوه بالإجماع على بطلان بيع الطعام المبيع قبل قبضه، قالوا وإنما الخلاف فيما سواه، فهو شاذ متروك".

وقال الحافظ ابن حجر قال القرطبي: "هذه الأحاديث حجة على عثمان الليثي حيث أجاز بيع كل شيء قبل قبضه"^(٢).

وقال: ابن قدامة في الشرح الكبير: "ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً إلا ماحكي عن الليثي أنه قال: لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه".

ونقل عن ابن عبد البر أن هذا القول مردود بالسنة، والحجة المجمع على الطعام، وأظنه لم يبلغه هذا الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه^(٣).

(١) انظر كفاية الأخبار: ٢٤٧/١ - ط عيسى البابي الحلبي.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٦٧/٦ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، الطبعة الأولى، دار أبي حيان، القاهرة.

(٣) الشرح الكبير، لابن قدامة: ١٦٦/٤.

ويؤخذ من هذا أن إسناد هذا القول إلى عثمان البتي صحيح، أما استدلاله على مذهبه، فبعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فهو يفيد لعمومه جواز بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض وبعده ونرد على استدلاله بالآية: فإن المطلق يقيد وهي مقيدة بالأحاديث التي استدلت بها جمهور الفقهاء.

أدلة أصحاب القول الثالث:

وهم الذين فرقوا بين المنقول والعقار:

قال في درر الحكام: والأظهر الموافق لقواعد الأصول، ما ذكر في العناية، وهو أن الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لكن خُصَّ منه الربا بدليل مستقل مقارن، وهو قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد^(١)، وهو ما روي أنه عليه السلام: "نهى عن بيع ما لم يقبض" ثم لا يخلو: إما أن يكون معللاً بغرر الانفساخ أو لا، فإن كان يثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار، وإن لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي عن أبي هريرة، أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الغرر"^(٢)

(١) يقول علاء الدين السمرقندي في كتاب ميزان الأصول: وبعض مشايخنا فرقوا بين عام خص وعام لم يخص، فجوزوا تخصيص المخصوص بعضه به، ولم يجوزوا تخصيص غير المخصوص به - أ. هـ يقول المحقق د/عبد الملك - لأن دلالة العام على ما تبقى من أفرادها بعد تخصيصه أصبحت ظنية أهـ ميزان الأصول: ٤٧٣/١ - تحقيق د/ عبد الملك السعدي ط - الخلود، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، طبعة أولى.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام، على حيدر ١٨٣/٤ - الحديث رواه مسلم بلفظ نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر ١٠ / ١٥٧ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر.

وبينه وبين أدلة الجواز تعارض، وذلك يستلزم الترك، وجعله معلولاً بذلك إعمالاً لثبوت التوفيق حينئذ والإعمال متعين لا محالة فيكون مختصاً بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، وهذا المذهب موافق لمذهب الشافعي، إلا في العقار المأمون الهلاك، لأنه لا غرر فيه وذلك لندرة هلاكه، ويمكن تسليمه^(١).

أما إذا لم يكن مأمون الهلاك، بأن كان في مكان تغلب فيه الرمال، أو على حافة نهر، أو كان في العلو، أو كان في حالة حرب، وهو معرض لقصف جوي أو صاروخي، فهو كالمنقول لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وهؤلاء لا يفرقون بين الطعام وغيره من المنقولات، وذلك للأحاديث التي مرت في أدلة الاتجاه قبله، والعقار أجاز بيعه أبو حنيفة وأبو يوسف، استحساناً، وقياساً على التصرف في المهر وبدل الخلع والعنق، وبدل الصلح عن دم العمد، لأن المطلق للتصرف - وهو الملك - وقد وجد، لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر وهو المبيع المنقول لا العقار^(٢)، وأيضاً حديث زيد بن ثابت الذي تقدم^(٣)، لا يتناول غير المنقول.

أدلة أصحاب الاتجاه الرابع:

وهم الذين قصرُوا المنع على الطعام، وهم المالكية ومن وافقهم.

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين: ١٦٢/١ - تبين الحقائق: ٨٠/٤ - شرح العناية على

الهداية: ١٣٥/٦، ١٣٦.

(٢) النظر الموسوعة الفقهية: ١٢٥/٩.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٤١.؟؟؟؟

وقد استدلووا بأدلة كثيرة منها:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه"^(١).

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: كما في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام "فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه"^(٢).

فهذه الأحاديث تخصص النهي عن بيع الطعام قبل قبضه دون غيره من المبيعات، لأنه ورد في حديث ابن عباس، القصر على الطعام فقط، حيث يقول:

٣- وأما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام حتى يقبض^(٣).

٤- حديث ابن عمر يبيع الإبل بالدنانير ويستوفي بالفضة وبالعكس.

(١) سبق تخريجه ص ٢٣٢. ٢٢٢٢

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١ / ٢٦٢، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ط دار الكتب العلمية، بيروت.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٢ / ٧٥١، كتاب البيوع باب الطعام قبل أن يقبض، يقول في الرسالة - ابن أبي زيد القيرواني: ومن ابتاع طعاماً فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا كان شراؤه ذلك على وزن أو كيل أو عد بخلاف الجزاف وكذلك كل طعام أو إدام أو شراب إلا الماء. وحده وما يكون من الأدوية والزراريع لا يعتصر منها زيت، فلا يدخل ذلك فيما يحرم، ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفيه ولا بأس بالشركة والتولية والإقالة في الطعام والمكيل، وكل عقد بيع أو أجارة أو اكرام بخطر أو غرر في ثمن أو مضمون أو إلى أجل مجهول - الرسالة - ص ١١٨.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز بيع الثمن الذي وقع به العقد قبل القبض فيفيد أن النهي مقصور على الطعام وحده.

٥- حديث ابن عمر وفيه أن النبي ﷺ اشترى البكر من عمر ثم وهبه لابن عمر قبل القبض^(١).

جهة الدلالة: فيه دلالة على جواز التصرف في المبيع قبل القبض غير الطعام.

واشترطوا لفساد بيع الطعام قبل قبضه شرطين:

(أ) أن يكون الطعام مأخوذاً بطريقة المعاوضة أي في مقابلة شيء بإجارة، أو شراء أو صلح أو شراء جناية، أو آل لامرأة في صداقها أو غير ذلك من المعاوضات، فهذا الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وأما لو صار إليه الطعام بهبة أو ميراث، مما ليس أخذه بعوض فيجوز بيعه قبل قبضه.

(ب) وأن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العد، فيشتريه بكيل ويبيعه قبل القبض، سواء أباع جزافاً أم على الكيل، أما لو اشتراه جزافاً، ثم باعه قبل قبضه، فيكون بيعه جائزاً سواء أباعه جزافاً أم على الكيل^(٢).

(١) حديث ابن عمر لفظه في البخاري، قال: كما مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر بعنيه: قال هو لك يا رسول الله قال: بعنيه، فباعه من رسول الله ﷺ قال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت» أ. هـ (صحيح البخاري، كتاب: الهبة، باب: من أهدي إليه هدية وعنده جلساؤه، ج ٢، حديث رقم ٢٥٥٩).

(٢) انظر الخرشي: ١٦٣/٥، ١٦٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٥٢/٣.

وعلى هذا، فلو اشترى طعاماً كيلاً لم يجز له بيعه قبل قبضه، لا جزافاً ولا كيلاً.

ولو اشترى جزافاً، جاز له بيعه قبل قبضه مطلقاً جزافاً أو كيلاً، ولكن يستثنى من الجزاف، بيع لبن الأغنام بأعيانها، أو لبن الإبل بأعيانها، أو لبن البقر بأعيانها أو ثمر غائب اشترى بصفة جزافاً، فلا يجوز بيعه قبل قبضه وإن كان جزافاً، في قول ابن القاسم: وأجازه أشهب نظراً إلى كونه جزافاً.

وكذلك لا يجوز أن يقبض من نفسه بناء على قبض سابق.

مثال ذلك: ما إذا كان عنده طعام وديعة وشبهها فاشترى من مالكه، فإنه لا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء، لأنه قبض غير تام، لأن المالك له أن يمنعه من التصرف ويزيله من يده، إلا إذا كان القبض قوياً، كما في حق ولديه الصغيرين.

فإنه إذا باع طعام أحدهما من الآخر، وتولى البيع والشراء عليهما، كان له أن يبيع ذلك الطعام على من اشترى له قبل أن يقبضه^(١).

أدلة أصحاب الاتجاه الخامس:

استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الأحاديث التي نهت عن بيع طعام قبل قبضه، وكان الطعام يومئذ غالباً في مايكال ويوزن وقيس عليها المعداد والمذروع لاحتياجهما إلى حق التوفية^(٢).

(١) انظر الخرشي: ١٦٤/٥ - الموسوعة الفقهية: ١٢٦/٩.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٧/٣.

وقد ربط الخرق في مختصره بين مايجوز بيعه قبل قبضه وما لايجوز وبين ممايحتاج إلى قبض ومالايتحتاج إلى قبض فقال: ومن اشترى ممايحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه ثم بين مايتحتاج إلى قبض، فقال: وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه، فهو من مال البائع ولم يجز بيعه قبل قبضه^(١)، وأما ماعدا المكيل والموزون ونحوهما، فيجوز التصرف فيه قبل القبض، وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما في بيعه الإبل بالدنانير وأخذ بدلها الدراهم وبالعكس، قالوا: هذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين، وقد تعددت الروايات عن الإمام أحمد في هذا الخصوص وهذه رواية المذهب.

وفي رواية ثانية، أنه في الطعام مطلقاً، فكل مطعم سواء أكان ميكلاً أم موزوناً أم لم يكن كذلك، لايجوز التصرف فيه قبل قبضه.

لقول الأثرم: سألت أبا عبد الله عن نهيه ﷺ عن: "عن ربح مالم يضمن" قال في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه، ولقول ابن عبد البر، الأصح أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام، وذلك لأن النبي ﷺ "نهى عن بيع الطعام قبل قبضه"^(٢) ففهموه إباحة ماسواه قبل قبضه، ولقول ابن عمر رضي الله عنهما: رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى يؤووه إلى رحالهم^(٣).

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/١١٥، ١١٦، ١١٧.

(٢) سبق تخريجه ص ٢٣٩. ٢٢٢٢

(٣) سبق تخريجه ص ٤٧. ٢٢٢٢

ولقول ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه، حتى يستوفيه^(١).

وفي رواية ثالثة، أن ما كان متعيناً - كالصبرة تباع من غير كيل - يجوز بيعها قبل قبضها وماليس بمتعين، كقفيز من صبرة، ورطل زبرة^(٢)، من حديد فإنه لا يجوز فيه البيع قبل القبض.

وجه هذه الرواية:

عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: مضت السنة، أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً، فهو من مال المبتاع^(٣).

وجه الدلالة:

دل الأثر على أنه إذا أدرك العقد مبيعاً لم يتغير عن حالته، فهو من مال المشتري، حتى إذا هلك عند البائع فهو من ضمان المبتاع^(٤).

لما جعله من ضمان المشتري مع أنه لم يقبضه، فدل على أن البيع قبل القبض في المتعين^(٥)، ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال

(١) الإجماع لابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ، ص ٥٤ طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٢) المرجع السابق - والزبرة - القطعة من الحديد - وتجمع علي زبر كغرفة وغرف - انظر المصباح المنير - مادة (زبر).

(٣) رواه البخاري مع فتح الباري: ٦/ ١٧١، ١٧٠، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة، الطبعة الأولى، دار إبي حيان، القاهرة.

(٤) المصدر نفسه وقوله حياً، بمهملة وتحتانية مثقلة، وقوله مجموعاً أي لم يغير عن حالته.

(٥) الشرح الكبير: ٤/ ١١٥ - انظر الموسوعة الفقهية: ١٢٦/٩ وما بعدها.

المشتري، كغير المكيل والموزون، وفي رواية أخرى، موافقة لمذهب الشافعي في أنه لا يجوز بيع شيء قبل قبضه.

المناقشة والترجيح: استدلال الحنفية لمذهبهم بأمرين:

الأول: حديث زيد بن ثابت، بأنه خاص في المنقول ولا يتناول غيره

أجيب عن هذا: بأن غير المنقول إذا لم يتناوله هذا الحديث، فإن عموم حديث حكيم بن حزام يتناول المنقول وغيره.

الثاني: علة النهي، غرر انفساخ العقد بالهلاك، ولا يتصور في العقار المأمون الهلاك، فإذا لم يؤمن هلاكه فإنه يلتحق بالمنقول.

أجيب عن هذا: بأن الحديث الوارد فيه النهي عن بيع المبيع قبل القبض لم يفرق بين العقار والمنقول وأيضاً يجب عنه بما قال النووي: إن القول بعدم تصور الهلاك والتلف منتقض بالحديد الكثير^(١).

وأما الذين يخصون النهي بالطعام فقولهم إن النهي عن البيع قبل القبض، قد صرح فيه الطعام دون غيره، وهو يخص النص العام الذي لم يرد فيه شيء معين، أجيب عنه بأن الأحاديث التي ذكر فيها الطعام لا تصلح أن تخصص حديث زيد بن ثابت وحكيم بن حزام، وذلك لأن الخاص يتضمن الحكم نفسه الذي تضمنه العام، ومن المعلوم أن أفراد بعض أفراد العام بدليل لا يخالف حكمه حكم العام، لا يعد تخصيصاً، وإنما يمكن عده تأكيداً، فكأن

(١) المجموع: ٢٩٧/٩ - وحاصل هذا أن السلعة المباعة لو كانت كتلة كبيرة من الحديد فإن هلاكها نادر، ومع ذلك فإن بيعها قبل القبض غير جائز بالاتفاق، فكذا العقار.

الشارع نهى عن بيع المبيع قبل قبضه، لاسيما الطعام إذا اشترى مقدراً^(١).
وحديث زيد وحكيم، وإن كان فيهما مقال، إلا أن القياس الصحيح،
حيث فيهما كلمة (بيع) و(السلع) عامة تشمل الطعام وغيره، فيقاس عليه
غيره، وقول ابن عباس يقوى الأخذ بهما.

وأيضاً لم يرد معنى يقتضي اختصاص النهي به دون سواه، كما لا يصح
تقديم حديث النهي عن بيع الطعام على هذين الحديثين، لأنه لا تعارض بينهما،
إذ لا مانع من ذكر الشيء بحكم، وذكر بعضه بذلك الحكم، فالعمل ممكن بكل
هذه الأحاديث فوجب الأخذ بها كلها^(٢).

ولهذا أرى، أن ذكر الطعام لم يقصد به التخصيص، وإنما خرج مخرج
الغالب، لأنه أكثر ما يتعامل فيه الناس، فالنهي إذا تناول الطعام وغيره
منقولاً أو عقاراً.

وأما استدلالهم بحديث ابن عمر، حيث تصرف بالثمن قبل القبض.
أجيب عنه بأن هناك فرقاً بين الدراهم والدنانير إذا كانت أثماناً، وبين
غيرها، إذ معنى النهي أن يقصد بالتصرف بالسلعة، الربح، وقد "نهى ﷺ عن
ربح ما لم يضمن"، ومن اقتضى الدراهم عن الدنانير لا يقصد الربح، بل مجرد
الاقتضاء والعدول إلى غير المسمى، لكونه مساوياً له، والنقود مخالفة لغيرها
من الأشياء، لأن بعضها ينوب عن بعض^(٣).

(١) أحكام العيب في الفقه الإسلامي ص ١٠٦.

(٢) انظر: الروض النضير ٣/٢٤٣.

(٣) المصدر نفسه ص ٣٤٤.

وأما استدلالهم، بتصرف النبي ﷺ بالمبيع حيث وهبه لابن عمر قبل القبض.

أجيب عنه بأن هذا خارج عن محل النزاع، لأن البيع معاوضة بعوض، وكذا الهبة، إذ كانت بعوض، وهذا الواقعة من النبي ﷺ ليست على عوض، غاية ما في الحديث، جواز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة بغير عوض، ولا يصح الإلحاق للمبيع وسائر التصرفات بذلك، لأنه قياس مع الفارق، لأنهما مختلفان في الصفة هذا بغير عوض وذلك بعوض.

وأيضاً تقرر في الأصول، أن النبي ﷺ إذا أمر الأمة أو نهاها أمراً أو نهياً خاصاً بها، ثم فعل ما يخالف ذلك لم يقم دليل يقوم على فعل ذلك الفعل في خصوصه، كان مختصاً به، لأن الأمر أو النهي الخاصين بالأمة في مسألة مخصوصة، هما أخص من أدلة التأسّي العامة مطلقاً، فبني العام على الخاص^(١)، وأيضاً يحتمل أن يكون ابن عمر كان وكيلاً بالقبض قبل الهبة^(٢)، وهو اختيار البغوي ويجاب عن بقية الأدلة بما أجيب عن هذه الأدلة.

ومما سبق فالذي يبدو لي راجحاً، هو عدم جواز بيع مالم يقض أياً كان الشيء المبيع وهو ما ذهب إليه الشافعية وموافقوهم وأية ذلك.

١. ترجم البخاري باب بيع الطعام قبل القبض وبيع ماليس عندك، ولم يكن في الأحاديث التي أدرجت تحت هذا الباب بيع ماليس عندك يقول

(١) نيل الأطار للشوكاني: ١٥٨/٥، وما بعدها.

(٢) فتح الباري: ٢٣٨/٥.

النووي: استنبطه من النهي عن البيع قبل القبض ويؤيده قول ابن عباس: "وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام" والصحابة أعراف بمقاصد الرسول ﷺ فالنهي عن البيع قبل القبض يتعدي إلى كل مبيع. والإمام السندي، يفسر النهي عن بيع ما ليس عندك، لبيع الآبق، ومال الغير، والبيع قبل القبض، ونضيف إلى هذا أن في النهي عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل، وذلك لأن في بيع السلع قبل قبضها حرماناً لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل، فإن التاجر يفضل أن يبيع السلعة وهي في مكانها مادام في ذلك ربحاً، ثم إننا لو أبجنا للتجار بيع السلع قبل قبضها، فإن أسعارها ترتفع وهي في مكانها، فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجار ولا ينال العامل فائدة من هذه العمليات، في حين أنه يناله ضرر ارتفاع السعر، وفي هذه مصلحة للتجار، وضرر للعامل، وأما منع بيع السلع قبل قبضها، فإن فيه مصلحة للعمال، ولا ضرر على التجار.

٢. قد تراجع البائع في بيعه لاسيما في حالة استفادته من الشيء المبيع بثن أكبر من الثمن الذي باع به للمشتري وهذا أمر لا يستبعد هذه الأيام لفساد الذمم وخراب الضمائر.

موقف القانون:

يأخذ المشرع الوضعي في مصر وعمان بمبدأ رضائية العقود، وعلى ذلك فلا يشترط أن يتم القبض سواء كركن من الأركان أو شرط من شروط الصحة أو النفاذ اللهم الا في العقود العينية الا يشترط القانون فيها التسليم كركن من

أركان هذه العقود وهذه العقود محصورة في العارية^(١) والقرض^(٢) والوديعة^(٣) والرهن الحيازي^(٤) أما ما دون هذه العقود فلا يشترط القانون التسليم (القبض) خصوصاً في عقود البيع وهذه لا ينفي أن يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدين على شرط القبض حيث أنه عدم القبض لا يتعلق بالنظام العام.



(١) المادة ٦٣٥ مدني مصري حيث نصت على «العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة وفي غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال».

(٢) المادة ٥٣٨ مدني مصري ونصت على أن «القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثل آخر، على أن يرده اليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته».

(٣) المادة ٧١٨ مدني مصري ونصت على أن «الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ على أن يرده عيناً».

(٤) المادة ٩٦ مدني مصري ونصت على أن «الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم الدائن أو الى أجنبي بعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استبقاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في الرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ في أي يد يكون أن يكون».

المطلب الثاني

التصرف في الشيء قبل القبض في غير البيع

بيننا سابقاً قاعدة عدم بيع ما ليس لدى الانسان والسؤال الذي يثور هنا في حالة تصرف في المبيع بغير البيع قبل القبض، كإجارة أو رهن أو هبة أو جعله مهراً، أو قرضاً أو إقالة أو غيرها من التصرفات، فما مدى صحة هذه التصرفات، للفقهاء في ذلك اتجاهات، أعرضها كالآتي:

الاتجاه الأول: وهو للحنفية: يقولون النهي خاص ببيع المبيع قبل قبضه، أما غيره من التصرفات فليس في الأحاديث ما يدل على المنع منها، ولهذا يصح هبة المبيع والتصدق به وإقراضه ورهنه وإعارته وجعله مهراً أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو غيرها من التصرفات. قبل قبضه.

وأبو يوسف يقول: لا يصح التصرف كالبيع، لأنه عقد تمليك، فالملك فيه ضعيف على اعتبار انفساخ العقد بالهلاك، والغرر حرام. واستثنى الحنفية من الجواز الصرف والسلم، أما الصرف فلائن كل واحد من بدلي الصرف مبيع من وجه وثن من وجه. والبيع لا بد له من مبيع، إذ هو من الأسماء الإضافية، وليس أحدهما مبيعاً أولى من الآخر، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثناً من وجه، فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الأثمان، ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجنا جانب الحرمة احتياطاً. أما السلم، فلائن المسلم فيه مبيع بالنص، والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، ورأس مال السلم بالمبيع المعين في حق حرمة الاستبدال شرعاً فمن ادعى

الإلحاق في سائر الأموال فعليه الدليل^(١).

الاتجاه الثاني: وهو للمالكية^(٢): فقد خصوا النهي في الطعام، إذا بيع قبل القبض، لكن هل هذا النهي عند المالكية يسري على جميع التصرفات غير البيع، أو هو خاص بالبيع؟

يعني إذا اشترى طعاماً، فقد علمنا أن مذهبهم لا يجيز بيع الطعام قبل القبض، لكن إذا تصرف المشتري بغير البيع، كما إذا وهبه مثلاً أو جعله رهناً، أو جعله صداقاً أو غير ذلك من التصرفات، فهل يجوز ذلك؟

وقبل البدء بالجواب أقول: إن ما جاء من الطعام عن طريق ثمن إجارة أو عن صلح من دم عمد، أو خلع، والطعام معين أو مضمون على كيل أو وزن، فهو كالمشتري لا يباع إلا بعد القبض، وما جاء عن طريق هبة أو صدقة أو ميراث فإنه يجوز التصرف فيه قبل القبض، لأنه جاء عن غير عوض، فالجواب عن التصرفات في المبيع عن غير البيع: يقول عنه صاحب الفروق:

"لا يتوقف شيء من التصرفات على القبض إلا البيع، فيمتنع بيع الطعام ومافيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد... وذلك في غير المعاوضة، كالقرض أو البدل"^(٣) فيجوز قرضه أو جعله بدلاً.

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٤٠/٧.

(٢) انظر التاج والإكليل - بهامش مواهب الجليل: ٤٨٢/٤ - انظر مجلة الشريعة والقانون من بحث في القبض د/محمد رضا.

(٣) الفروق للقرافي ٢٧٩/٣، ٢٨٠ - الفرق ١٩٨.

ويجعل الخرشبي - ضابطاً - أن لا يتوالى عقد تام بيع لم يتخلله قبض، فالطعام لا يصح أن يتصرف فيه قبل القبض بشيء فيه عوض، ولهذا جاز إقراضه أو جعله وفاءً عن قرض، وإقالة من الجميع، أما من بعضه فلا يجوزون، والتولية والشركة كل هذه التصرفات تجوز في الطعام قبل القبض^(١).

الاتجاه الثالث: وهو للشافعية: فكما لا يصح التصرف في المبيع قبل القبض، لا يصح التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات، وهو مذهب الظاهرية، فلا يصح رهنه ولا إجارته ولا قرضه ولا جعله صداقاً ولا غيرها، وذلك لعموم الأدلة التي فيها النهي عن البيع قبل القبض، فتقاس هذه التصرفات على البيع قبل القبض، فكما لا يجوز البيع قبل القبض، لا يجوز التصرف في المبيع بمثل هذه التصرفات، وهذا على القول الأصح في المذهب الشافعي، إلا الإعتاق فإنه يصح العتق قبل القبض، على الأصح لتشوف الشارع له، ويقابله الصحيح، أنه يجوز التصرف في المبيع قبل القبض، غير المبيع^(٢).

الاتجاه الرابع: وهو للحنابلة^(٣): فهم يقولون، المبيع الذي يحتاج إلى قبض^(٤)، لا

(١) انظر: الخرشبي على مختصر سيدي خليل ١٦٣/٥ وما بعدها دار صادر، بيروت، لبنان - الخطاب ٤٨٢/٤ وما بعدها - الفروق ٢٧٩/٢.

(٢) نهاية المحتاج للرمل ٨٤/٤، ٨٥ - المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري ٥٨/٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٢٢٣/٤ وما بعدها.

(٤) الذي يحتاج إلى قبض، المكيل والموزون والمعدود والمذروع (انظر المغني لابن قدامة

٢١٧/٤ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٧/٣). الشركة، بيع بعض المبيع بقسط

من ثمنه. التولية: يبعه بمثل ثمنه (المغني لابن قدامة ٢٢٣/٤).

تجوز الشركة فيه ولا التولية، ولا الحوالة به ولا عاريتها ولا هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة ولا مأشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض، لأنه غير مقبوض، فلا سبيل إلى إقباضه ولهذا يقول البهوتي: "ولا يصح من المشتري تصرفه فيه قبل قبضه، ولو من بائعه ببيع ولا بإجارة ولا بهبة ولو بلا عوض ولا رهن ولو بعد قبض ثمنه ولا الحوالة عليه ولا غير ذلك من التصرفات حتى يقبضه المشتري، قياساً على البيع"^(١).

وهذا موافق لمذهب الشافعية فيما الذي يحتاج إلى قبض في مذهبهم، أما ما لا يحتاج إلى قبض فيأتي تفصيله أن شاء الله تعالى في الفرع بعد هذا. أما الإقالة، فالمذهب أنها فسخ، فتجوز قبل القبض، وفي رواية أنها بيع، فلا تجوز فيما يعتبر فيه القبض، لأن بيعه من بائعه لا يجوز، كما لا يجوز من غيره^(٢).

ومثل الذي يحتاج إلى قبض، ولا يصح التصرف فيه قبل القبض، ما بيع بصفة أو رؤية سابقة^(٣).

أما الثمن: فإذا باع البائع السلعة ولم يستلم الثمن، فهل له أن يتصرف في الثمن بأي تصرف من التصرفات؟

(١) المغني لابن قدامة ٢١٩/٤، ٢٢، ٢٢٣ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٧/٣ وما بعدها.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٢٥/٤.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٦/٣.

لقد اختلف الفقهاء في ذلك، ونتج عن ذلك ظهور اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه يصح التصرف في الثمن قبل قبض البائع له. بهذا قال الحنفية، والمالكية، والزيدية، وخصه الخابلة في المبهم إلا الصرف والسلم، حيث لا يجوز هذان العقدان إلا بالقبض، فإذا تخلف القبض، فسد العقد، والتصرف فيهما قبل القبض من باب أولى^(١).

جرتهم في ذلك، حديث ابن عمر رضي الله عنهما حيث يقتضي بدل الذهب وهو الثمن، فضة، وهو الثمن أو بالعكس.

وجه الاستدلال: أنه تصرف بالثمن قبل قبضه بالاستبدال، وهو نوع تصرف، فقيس عليه غيره.

الاتجاه الثاني: يرى عدم جواز التصرف في الثمن قبل قبض البائع له وبه قال الشافعية، وقول للخابلة في المبهم، فلا يجوز للبائع أن يبيعه من المشتري ولا من غيره قبل القبض ويجعل الشافعية ضابطاً لمنع التصرف في الأثمان فيقولون كل عين مضمونة في عقد معاوضة، فلا يصح جعله أجره أو عوض خلع وصلاً عن مال أو دم أو صداق، أو سلم أو غير ذلك^(٢).



(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٤٠/٧، الخرشي على مختصر سيدي خليل

١٦٣/٥، الخطاب ٤٨٢/٤، كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٩٧/٣ ومابعداها.

(٢) الروضة: ٥٠٧/٣ - نهاية المحتاج للرملي ٨/٤ - بحيرتي على الخطيب ١٩/٢ - القواعد:

المطلب الثالث

الصرف

القاعدة انه لا يجوز لأحد المتصارفين أن يتصرف في الصرف قبل القبض، لأن التقابض في المجلس شرط لصحة العقد، فإذا تصرف فيه قبل القبض فهو أولى بالبطلان يقول ابن المنذر: "وأجمعوا على أن المتصارفين إذا تفرقاً قبل أن يتقابضا، أن الصرف فاسد". وكذا السلم، لا يصح بيعه قبل القبض من بائعه أو من غيره، يقول ابن قدامة: "فلانعلم في تحريمه خلافاً وكذا التولية والشركة عند أكثر أهل العلم"^(١).

إلا أن الإمام مالكا، قد جوزها في السلم في التولية والشركة للحديث الذي تقدم ولكن رد هذا بأنها داخلة في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وأنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض، وأيضاً، أنهما نوعا بيع فلم يجوزاً في السلم قبل قبضه كالبيع.

ويقول ابن قدامة: عن الحديث الذي استدل به مالك: "لانعرفه وأيضاً هو حجة لنا، لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه" والشركة والتولية بيع، فيدخلان في النهي، ويحمل قوله: وأرخص في الشركة والتولية، على أنه أرخص فيهما في الجملة لا في هذا الموضوع، كأن يهب في الشركة، والإقالة في السلم فيه قبل القبض^(٢).

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١١٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ١١١/٥ - الزيلعي على الكنز: ٨٢/٤، الدر المختار: ١٦٥/٤ - المغني:

٣٤١/٤ وما بعدها. كشف القناع: ٢٠٢/٣ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع بهامش

البحيري: ١٩٢ - المجموع: ٢٩٧/٩ - البحر الزخار: ٣٩٤/٣.

يقول ابن المنذر: كما نقله ابن قدامة: أجمع كل من نحفظه عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة، لأن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله وليست بيعاً لكن هذا فيه نظر، لأنه ورد عن بعض الفقهاء أنها بيع فلذا لا تجوز^(١).

فالأولى فيما أرى القبول، فإن كانت فسخاً جازت قبل القبض، وإلا فهي كالبيع^(٢).



المطلب الرابع المال الربوي بالربوي

وهذا أتكلم فيه عن بيع الطعام قبل القبض - معلوماً - وعن بيعه جزافاً مطلقاً، فإذا بيع طعام بطعام قبل القبض، فهذا لا يصح، لأن التقابض في المجلس شرط لصحة العقد بين المتبايعين، فمن باب أولى الفساد يسري على العقد، إذا تصرف أحد المتعاقدين بما في ذمة الذي يثبت عليه الحق قبل القبض، إلا أن الحنفية يقيمون التعيين في المجلس مقام القبض كما سبق تفصيله^(٣) وهناك صورة في التصرف في بيع الطعام بطعام قبل القبض، اختلف فيها الفقهاء، وهي:

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤٣.

(٢) البحر الزخار ٣/٣٧١.

(٣) فتح القدير ١١/٧ وما بعدها، المجموع ٩/٤٥٩، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/١٠٨.

رجل باع طعاماً بثلث مؤجل فلها حل الأجل أخذ بالثلث طعاماً، فهذه الصورة أجازها الشافعية، والثوري، والأوزاعي، وجماعة، حجتهم أنه أخذ منه الطعام بالثلث الذي له عليه لا بالطعام، وهو يشبه الاستبدال عن الثمن، ومنعها أبو حنيفة ومالك وجماعة.

حجتهم أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء^(١).

أما الجزاف: فبعد اتفاق الجمهور على جواز البيع جزافاً^(٢)، بشرط أن يكون مع غير جنسه، أما مع جنسه فلا يجوز - إجماعاً، كما نقله صاحب المغني عن ابن المنذر، وأورد أيضاً رواية عن الإمام أحمد، أنه يكره ذلك إذا بيع ميكلاً بمكيل أو موزوناً بموزون، ووافقه ابن أبي موسى والقاضي والشافعية أبو جعفر، لنهي عليه الصلاة والسلام "عن بيع الطعام بالطعام مجازفة"^(٣).

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يجوز التصرف في المبيع جزافاً قبل القبض؟
للفقهاء في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أنه يجوز التصرف في المبيع الجزاف قبل القبض. وبه قال المالكية^(٤).

(١) انظر: بداية المجتهد: ١١٨/٢ - المجموع: ٣٠٠/٩.

(٢) الاختيار لتعليل المختار: ٥/٢ - بداية المجتهد: ١١٢/٢، ١٢٢ - الروضة: ٣٨٣/٣ - شرح جلال الدين المحلي علي المنهاج بحاشيتي العلامتين، قليوبي وعميرة: ١٧٠/٢ - المغني لابن قدامة: ١٣٤/٤ - البحر الزخار: ٣٢٠/٣ - المحلي: ٤٨٩/٨.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٤٦.؟؟؟؟

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٠٨/٢، فتح الوهاب للشيخ زكريا الأنصاري ٣٠٢/١.

وقالوا في استدلالهم على ما ذهبوا إليه: إن الجزاف ليس فيه حق توفية، فهو عندهم من ضمان المشتري بالعقد نفسه، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة.

وإلى هذا الاتجاه ذهب الظاهرية، بيد أنهم استثنوا من الجواز الأصناف الربوية غير الحنطة إلا إذا ملكت بغير البيع، فإذا ملكت بغير البيع، كأن ملكها عن طريق القرض أو السلم أو الصداق وغير ذلك، فله حق التصرف قبل القبض جزافاً.

أما الحنطة، فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض مطلقاً^(١)، ودليلهم على جواز البيع جزافاً بغير الجنس: قوله ﷺ: "إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد..."^(٢).

وأما إذا ملكت بعقد البيع فهذا لا يجوز، لأنه لا يجوز التصرف بالمبيع قبل القبض. ودليلهم على جواز التصرف قبل القبض: أن النهي ورد خاصاً بالمبيع، فلا يدخل غير البيع في هذا الحكم، بل يبقى على الحكم الأصلي، لأن القبض عندهم هو التخلية كما مر.

الاتجاه الثاني: يرى أنه لا يجوز التصرف في المبيع جزافاً قبل القبض وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية^(٣).

(١) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم الأندلسي ٤٥٩/، ٥١٨.

(٢) سبق تخريجه ص ١٧٤. ٢٢٢٢

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٥/٢ - الروضة: ٣٨٣/٣ - شرح جلال الدين المحلي على المنهاج بحاشيتي العلامتين، قليوبي وعميرة: ١٧٠/٢.

حجتهم في ذلك:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه" قال: وكنا نشترى الطعام من الركان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه^(١).

جهة الدلالة: الحديث يدل دلالة واضحة على عدم جواز التصرف في الطعام قبل القبض، وإن كان جزافاً.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: "رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعه في مكانهم وذلك حتى يؤووه إلى رحالهم"^(٢).

جهة الدلالة: دل هذا الحديث على ما دل عليه الحديث الأول، وفيه تأكيد أنهم يضربون إذا باعوه قبل قبضه. والأحاديث التي تخصه بالكيل، مثل حديث ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ: "نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه"^(٣) فتخصيصه بكيل خرج مخرج الغالب المعتاد، فلامفهوم له فوافق أحاديث الإطلاق وأحاديث الجزاف.

إضافة إلى الأحاديث التي تقدمت والتي تفيد، أن التقابض شرط لصحة

(١) رواهما مسلم (مسلم بشرح النووي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع البيوع قبل القبض ١٧٠/١٠، ١٧١).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) رواه النسائي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما اشتراه من الطعام بكيل حتى يستوفي: ٢٧٦/٧، السندي.

العقد. يقول صاحب المغني^(١): "كل جنسين يجري فيهما الربا بعلّة واحدة... فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء" بغير خلاف نعلمه"، وذلك لقوله ﷺ: "فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم"^(٢) وفي رواية: "وأما نسيئته فلا"^(٣).

ومن هذا العرض يتبين لي:

قوة الدليل على أن التصرف ممنوع قبل القبض في الطعام الجزاف، إذا بيع بطعام أو بغير طعام.

وللفائدة، أذكر الضوابط التي تمنع التصرف في المبيع قبل القبض.

فإن الفقهاء قد اختلفت ضوابطهم في التصرفات الممنوعة شرعاً قبل قبض المبيع.

لذا سأذكر ضوابط كل مذهب تفصيلاً كالتالي:

ضابط الحنفية والحنابلة:

ضابطهم: أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض، لم يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

مثاله، المبيع، والأجرة إذا كانت عيناً في الإجارة، وبديل الصلح عن الدين إذا كان عيناً، عند الحنفية.

(١) المغني لابن قدامة ١٣٠/٤.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع والمساواة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً

(٣) سبق تخريجه ص ١٧٦. ٢٢٢٢

أو المكيل أو الموزون أو المعدود عند الخنابلة، وألحقوا به المذروع وكل عوض لا ينفسخ العقد بهلاكه، جاز التصرف فيه قبل قبضه.

ومثاله - أيضاً - المهر إذا كان عينا، وبذل الخلع والعتق على مال، وبذل الصلح عن دم العمد، كل ذلك إذا كان عينا، عند الحنفية.

وأرش الجناية، وقيمة المتلف، إذا كان عينا عند الخنابلة.

فكل ذلك يجوز بيعه وإجارته، وسائر التصرفات. ومعلوم أن الخنابلة عندهم المكيل والموزون والمعدود والمذروع، ولا يجوز فيه التصرف في البيع، ماعدا ذلك فالملك يكون بمجرد العقد.

وهو ضابط الحنفية عند الإمام أبي يوسف^(١).

وأما الضابط الذي وضعه محمد بن الحسن، فهو كل تصرف لا يتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض والإعارة ونحوها، ويجوز التصرف فيه قبل القبض.

وكل تصرف يتم قبل القبض، كالبيع والإجارة، ويدل الصلح عن الدين، إذا كان عينا، ونحوها، لا يجوز التصرف فيه قبل القبض.

ويعمل ذلك، أن الهبة مثلاً، لما كانت لا تتم إلا بالقبض، صار الموهوب له نائباً عن الواهب، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه، ثم يصير قابضاً

(١) انظر للحنفية: الدر المختار بحاشية رد المختار لابن عابدين ١٦٢/٤، ١٦٣ - فتح القدير

١٣٦/٦، ١٣٧ - وانظر للخنابلة، المغني لابن قدامة ٢٢١/٤ - الشرح الكبير في ذيله

١١٨/٤ - كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٠/٣.

لنفسه فتم الهبة بعد القبض، بخلاف البيع - مثلاً - ونحوه مما يتم قبل القبض، فإنه لا يجوز، لأنه إذا قبضه المشتري الثاني لا يكون قابضاً عن الأول، لعدم توقف البيع على القبض، فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه، وهو لا يصح^(١)، وأشار التمرتاشي، إلى أن الأصح ما ذهب إليه الإمام محمد^(٢).

وعلى الحنابلة هذا الضابط بقولهم: إن المقتضى للتصرف هو الملك، وقد وجد، ولكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ باحتمال هلاك المعقود عليه، لا يجوز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر، انتفى عنه المانع، فجاز بناء العقد الآخر عليه^(٣).

وأما ضابط الملكية:

فإنهم يقولون: إن عقود المعاوضات التي يقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملك بها قبل القبض، كالبيع، والإجارة، والمهر، والصلح، ونحو ذلك، وأن عقود المعاوضات التي لا يقصد بها المغابنة، وإنما تكون على وجهة الرفق، فإنه يجوز التصرف فيها قبل القبض، وهذا القسم هو القرض فقط.

وإن عقود المعاوضات التي تتردد بين قصد المغابنة، والرفق، وهي الشركة، والتولية، والإقالة، يجوز بيع ما ملك به قبل القبض، إذا لم تدخل هذه العقود زيادة أو نقصاناً، وذلك للأثر الذي رواه مالك: أن رسول الله ﷺ قال: "من

(١) حاشية رد المختار على در المختار: ١٦٢/٤، ١٦٣.

(٢) الدر المختار مع الحاشية: ١٦٢/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٢٢١/٤ - الشرح الكبير في ذيلة: ١١٨/٤.

اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، إلا ما كان من شركة، أو تولية أو إقالة^(١)، ولأن هذه العقود إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان فإنما يراد منها الرفق لا المغالبة^(٢).

فاتفت العلة التي من أجلها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وهي مشابهة للعينة. وهذا الكلام عند المالكية فيما يشترط فيه القبض، وهو مخصوص بالطعام، وأما غير الطعام، فإنهم لا يمنعون التصرف فيه قبل القبض، لأن الملك ينتقل بمجرد العقد، ولالإمام الباقي تفصيل في ذلك، حيث يقول: العقود على ضربين: معاوضة وغير معاوضة، فأما المعاوضة - كالبيع وما في معناه الإجارة والمصالحة والمناخة وكأرزاق القضاء والمؤذنين، وأصحاب السوق - فإن هذا يؤخذ على وجه المعاوضة، وهذه العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- ١- قسم يختص بالمغالبة والمكايسة، كالإجارة والبيع، وما كان في حكمها.
- ٢- وقسم يصح أن يقع على وجه المغالبة، ويصح أن يقع على وجه الرفق، كالإقالة والشركة والتولية.
- ٣- وقسم لا يكون إلا على وجه الرفق كالقرض.

فالقسم الأول لا خلاف في أنه لا يجوز أن يتوالى فيه عقدان من جنس واحد أو من جنسين مختلفين على معين ثابت في الذمة لا يتخللها قبض.

(١) قال ابن رشد، رواه مالك، من حديث ابن المسيب مرسلًا، ويقول الحافظ الغماري وليس كذلك، بل سحنون في المدونة - الهداية تخرج أحاديث البداية: ٢٣٧/٧ - المدونة الكبرى: ١٦٢/٣ - كتاب السلم - في الذي يبتاع السلعة أو الطعام كيلا بنقد.

(٢) انظر بداية المجتهد: ١٢١/٢ - المنتقى: ٢٨٠/٤، ٢٨٢.

ولا يصح في ذلك الحديث الذي ورد عن النبي ﷺ: "أنه نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي"^(١).

ومن جهة المعنى، الوقاية من الربا، ولئلا يتوصل أهل العينة بذلك إلى بيع الدنانير بأكثر منها، وهذه العقود لا يصح التصرف فيها قبل القبض.

أما القسم الثاني: وهو ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الإرفاق ووجه المغالبة كالإقالة والشركة والتولية، فإن وقع على وجه الرفق، فإنه يصح البيع قبل القبض^(٢)، ووجه وقوعه على الرفق، أن يكون على حسب ماوقع عليه البيع فيه، فإن تغير عنه لزيادة ثمن أو صفة أو نقصه أو مخالفة في جنس الثمن أو أجل، خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذي لا يجوز.

الدليل على جواز ذلك، أن رسول الله ﷺ قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة"^(٣).

ومن جهة المعنى: أن هذه عقود مبنية على المعروف والمواصلة، دون المغالبة والمكايسة التي لمشابتها منع بيع الطعام قبل استيفائه.

أما القسم الثالث: وهو ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض، فإنه يجوز فيه البيع قبل القبض بلا خلاف.

وأما ما كان غير معاوضة، وهو ما يلزم في الذمة من الطعام بغير عقد

(١) سبق تخريجه ص ٢٦٠. ٢٢٢٢

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك ٤/٢٨٠، ٢٨٢.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٦٣. ٢٢٢٢

كالغصب والتعدي، قيل إنه كالقرض، وحكي القاضي أنه كالبيع، وسيأتي هذا في المبحث القادم إن شاء الله تعالى.

وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضة كالهبة والصدقة والعطية فلا بأس أن يبيعها قبل قبضها، ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها منع بيع الطعام قبل استيفائه.

وأما ضابط الشافعية:

فهو أن كل عين مضمونة في عقد معاوضة - أي ممالك بعقد من عقود المعاوضات - لا يصح التصرف فيه قبل القبض.

كالإجارة والكتابة، والعوض المصالح عليه على المال، والصداق بناء على أنه مضمون على الزوج ضمان العقد، وهو الأظهر، وكذا بدل الخلع.

ويعلل الشيرازي لذلك بقوله: "ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه، كبيع الأعيان والمملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات"، وعلى هذا التعليل فهو ك رأي الأحناف.

فالشافعية لم يضعوا ضابطاً معيناً في هذا الصدد، فعندهم تعليل المنع كل عقد يقصد به تمليك المال في الحال فهو يشبه البيع، وتعليل آخر العلة في المنع: توالي ضمانين، وتعليل آخر: كل عين مضمونة في عقد معاوضة^(١) ولتعدد

(١) انظر هذه التعليقات في النهاية للرمل: قال الأذري: لو نفذنا البيع قبل القبض لكان مضموناً عليه للمشتري الثاني ومضموناً له على بائعه وقد يتلف قبل القبض، فقدّر انقلابه من ملك المشتري الثاني إلى المشتري الأول، ومنه إلى البائع قبل التلف ويستحيل ملك شخصين في زمن واحد - النهاية: ٨٦/٤، ٨٧.

أسباب المنع - ألحقوا - في الأصح من مذهبهم - بالبيع عقوداً من حيث البطلان قبل القبض.

فنصوا على أن الإجارة والرهن^(١)، والهبة ولو من البائع باطلة، فلا تصح لوجود المعنى المعلن به النهي فيها، وهو ضعف الملك، وكذا الصدقة والهبة، والقرض والكفاية.

ولذلك فإن العلامة قليوبي ذكر أن الشركة والقراض، لا يصح التصرف فيهما قبل القبض، وتبعته الموسوعة الفقهية في ذلك كما قرر وأكد على ما في شرح المحلى من أن الشركة والقراض، يصح التصرف فيهما في الشركة قبل القسمة غير الرد، أما قسمة الرد فلا يصح التصرف والقراض يصح التصرف فيه لكامله، سواء قسم الربح أولاً، وسواء حصل ربح أو لا^(٢).

ولعل القول الأول على غير المعتمد في القراض، وعلى قسمة الرد في الشركة، وأن الإمام الشوكاني ذكر ضابطاً وهو أن التصرفات التي تكون بعوض تلتحق بالمبيع، فيكون فعلها قبل القبض غير جائز.

والتصرفات التي لا عوض فيها، تلتحق بالهبة فيكون فعلها قبل القبض جائزاً ورجح هذا الرأي، واستشهد له باجماعهم على صحة الوقف والعق قبل

(١) أي قبل انفكاكه، أما بعده فإنه يصح التصرف فيه قبل القبض.

(قليوبي: ٢/٢١٣ - النهاية للرملي: ٤/٨٥ - قليوبي وعميرة ٢/٢١٣ - الموسوعة الفقهية:

٩/١٣٠، ١٣٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٩/٢، ١٠).

(٢) قليوبي وعميرة ٢/٢١٣.

القبض، وبما علل به النبي عن بيع ما لم يقبض، وهو شبه الربا^(١).

أما الظاهرية فلهم تفصيل في ذلك حيث قالوا: المملوكات إما أن تكون حنطة أو غير حنطة، فالحنطة لا يصح التصرف فيها من أي وجه ملكها قبل القبض وغير الحنطة أن ملكها، بالبيع لا يصح فيه التصرف قبل القبض، وإن ملكها بغير البيع، كأن يكون قد ملكها عن طريق "قرض أو الصداق أو السلم أو الأجرة في الإجارة أو غير ذلك، فله حق التصرف فيها قبل القبض"^(٢).



(١) انظر نيل الأوطار للشوكاني ١٦٠/٥ - الموسوعة الفقهية: ١٣١/٩.

(٢) المحلى بالآثار لابن حزم الأندلسي ٤٨٩/٨، ٥١٨.

المبحث الثالث

أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقود التبرعات

إذا حصل الملك بعقد من عقود التبرعات - الصدقة، والهبة، والرهن، والقرض، والإعارة - فلا يصح التصرف فيه قبل القبض، لأن القبض شرط في مثل هذه العقود، ويعتبر العقد قبله عديم الأثر^(١).

فالم تقبض لاتلزم، ولاتنفيد الملك، فلا يجوز بيعها قبل قبضها هذا هو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة، وفي رواية عن الحنابلة أن ذلك خاص فيما يكال ويوزن ويعد ويذرع^(٢).

وقد وضع الإمام الزبيدي ضابطاً للمملوك بعقد بيع وغيره، في صحة التصرف فيه قبل القبض، حيث يقول: المال المستحق للإنسان عند غيره قسماً عين في يده، دين في ذمته.

فالقسم الأول: فماله في يد الغير أما أن يكون أمانة، أو مضموناً، فالأمانات يجوز للمالك بيعها لتمام الملك فيها وحصول القدرة على التسليم كالوديعة في يد المودع، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل والمال في يد الوكيل بالبيع ونحوه، وفي يد المرتهن بعد فكك الرهن، والمال في يد

(١) الموسوعة الفقهية: ١٣٥/٩.

(٢) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ١٥٧/٥، كشف القناع عن متن الإقناع ٢٩٩/٤، الأنصاف للمرداوي ٩/٧، شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبي عليه: ١١٢/٣.

المستأجر بعد انقضاء المدة، والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيداً بالنسبة للصبي، وما اكتسبه العبد قبل أن يأخذه السيد.

وأما الضمانات:

فهي قسمان: ضمان يد و ضمان عقد.

فالأول: يصح بيعه قبل القبض، ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره، مثل المال المستعار وهو في يد المستعير، والمتب في الشراء والهبة الفاسدين، والمال المغصوب من الغاصب.

والصدق للمرأة في يد الرجل قبل القبض، فعلى القول بأنه مضمون، أنه مضمون على الزوج ضمان يد فلها بيعه قبل القبض، وعلى القول أنه ضمان عقد فلا يصح أن يتصرف فيه.

والثاني: مضمون بعوض في عقد معاوضة، فلا يصح بيعه قبل القبض، لتوهم الانفساخ كالبيع والإجارة، والعوض المصالح عليه على المال^(١).

وقد "نهى النبي ﷺ عن شراء الصدقات حتى تقبض"^(٢).

وقال ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك"^(٣).

(١) اتحاف السادة المتقين، بشرح أحياء علوم الدين: ٤٣٩/٥، ٤٤٠ - للإمام محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، الشهير بالمرتضى.

(٢) أخرجه ابن ماجة (سنن ابن ماجة ٧٤٠/٢، كُتاب التجارات، باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها، ط إحياء التراث العربي حديث رقم (٢١٩٦).

(٣) تقديم تخريجه ص ٢٨٣ من هذا البحث. ؟؟؟؟

فقد دل الحديث الأول على نهي شراء الصدقة قبل أن يقبضها المتصدق إليه وكذلك دل الحديث الثاني على عدم جواز بيع ما لا يملك، وماملك بعقد التبرع يتوقف الملك فيه على القبض ولهذا يقول المرغيناني في فصل الصدقة: "والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، لأنه (أي التصديق) تبرع كالهبة"^(١).

ويقول الكاساني: القبض شرط جواز الصدقة لا تملك قبل القبض عند عامة العلماء واستدل لذلك بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال مخبراً عن الله سبحانه وتعالى: "يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك يا ابن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفريت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت"^(٢).

فاعتبر الله سبحانه وتعالى الإمضاء في الصدقة، والإمضاء هو التسليم، فدل على أنه شرط^(٣)، إلا إذا كان الموهوب له وديعة أو عارية فوهب منه، جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد، ووقع العقد والقبض معاً، فلا يحتاج إلى تجديد للقبض بعد العقد، لأنهما عقدان متماثلان، إذ الوديعة والعارية عقد تبرع، والهبة عقد تبرع أيضاً^(٤).

وكذلك جاءت نصوص الشافعية بهذا، حيث قالوا: لا يملك موهوب (بالمعنى الأعم الشامل للصدقة والهبة - إلا إذا قبض بإذن الواهب)^(٥).

(١) الهداية وشرح العناية ٥١٥/٧.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرفائق، الباب الأول.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٢٣/٦.

(٤) المصدر السابق، نفس المكان.

(٥) شرح المحلى على المنهاج وحاشية قليوبي عليه: ١١٢/٣ - شرح المنهاج وحاشية الجمل عليه:

وقالوا: إذا حلف لايهب به، فوهب له ولم يقبل، أو قبل ولم يقبض لا يحنث في الأصح^(١).

ويقول المرداوي الحنبلي: "فقد صرحوا بأن أنواع الهبة، صدقة وهدية ونحلة ومعانيها متقاربة، وكلها تملك في الحياة بلا عوض"^(٢).

وقالوا - أي الحنابلة - وتلزم الهبة بقبضها بإذن الواهب، ولا تلزم قبله، أي قبل القبض بإذن الواهب، ولو كانت الهبة في غير مكمل ونحوه، ففي جمعها لا تلزم إلا بالقبض^(٣).

ورتبوا على اشتراط القبض جواز رجوع الواهب في هبته، وكذا الصدقة قبل القبض لعدم تمام العقد^(٤) وأما مذهب المالكية فالمشهور من مذهبهم، جواز التصرف في عقود التبرعات قبل القبض، وبهذا جاءت نصوصهم: لو قال: داري صدقة أو هبة أو حبس على الفقراء، لا يقضى عليه لعدم التعيين، ولو قال: داري صدقة أو هبة أو حبس على زيد، فإنه يقضى عليه بذلك (أي بالقول) لأنه قصد البر والقربة حينئذ، وهناك قول يقابل المشهور عبر عنه الدسوقي المالكي بقوله: "وقيل إنما تملك بالقبض"^(٥). وهذا النص وإن ورد في

(١) شرح المحلى على المنهاج ٢٨٧/٤.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع ٢٩٩/٤، الأنصاف للمرداوي ٩/٧.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١١٩/٧، ١٢٠ - الشرح الكبير ٢٥٠/٦ - وفيه وفي المغني: ٢٥١/٦.

وراية بالتفريق بين المكمل والموزون وبين غيرها.

(٤) المراجع السابقة، نفس المواضع المشار إليها.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١٠١/٤.

الهبة، لكن تعريفهم الصدقة يفيد التعميم في الهبة والصدقة.
فالقبض عند المالكية وفي رواية عن أحمد في غير المكيلات والموزونات
شرط تمام لا شرط صحة، والانعقاد واللزوم بالقول، ولذلك يجوز بيعها قبل
القبض لثبوت الملك فيها^(١).

(١) الموسوعة الفقهية: ٩/١٦١.

الفصل الثاني

أثر القبض في تصرف المالك بملك من غير عقد

تمهيد وتقسيم:

هناك بعض المقبوضات تملك دون عقد، وما يملك من غير عقد مثل الغنيمة، والإرث، وسواء ملكه من مباح أو غير ذلك، وعليه فهل يصح تصرفه في ذلك قبل القبض؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا أن نتعرض لهذه الصور في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: بيع السهم في الغنيمة قبل أن تقسم

المبحث الثاني: أثر القبض فيما تملك عن طريق الإرث.

المبحث الثالث: أثر القبض فيما ملك بسبب مباح.



المبحث الأول

بيع السهم من الغنيمة قبل أن تقسم

وردت نصوص كثيرة تنهى عن بيع المجاهد نصيبه من الغنيمة قبل القسم ويعلل الفقهاء ذلك بأنه بيع مالم يملك^(١)، لأنه غير مقبوض أما النصوص فهي:

١- حديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: "نهى النبي ﷺ عن شراء مافي بطون الأنعام، وعن شراء المغنم حتى تقسم"^(٢).

٢- حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: "نهى النبي ﷺ عن بيع الغنائم حتى تقسم"^(٣).

فالفقهاء يرون الإباحة في أخذ الأطعمة ونحوها من الأقوات من الغنائم قبل قسمتها للحاجة بوجه عام، ولم يبيحوا تملكها ولا تحولها.

فجاء نص الحنفية، على أنه لا يجوز بيع شيء من المذكورات (أي الأطعمة، ونحوها من الأقوات) قبل القسمة أصلاً، ولو كان للحاجة، وذلك لعدم الملك، لأن الغنائم لا تملك قبل القسمة، وإنما أبيع الانتفاع بها للحاجة،

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٢٣/٦ - الجمل علي شرح المنهاج ٥٩٨/٣ - الإنصاف للرداوى ١١٩/٧.

(٢) رواه ابن ماجة ٧٤٠/٢ كتاب التجارات، باب نهى النبي عن شراء مافي بطون الأنعام وضروعهما.

(٣) أخرجه النسائي (النسائي بشرح السيوطي ٣٠١/٧).

والمباح لا يملك بالبيع، وهذا نص المرغيناني صاحب الهداية في بداية المبتدى للتمرتاشي، ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب^(١).

فلو باع شيئاً من المذكورات المباحة له، كان يبعه فضولياً عندهم، فإن أجازته الإمام رد ثمنه إلى المغنم، فإن كانت المغنم قد قسمت تصدق بالثمن إن كان غير فقير، لأنه لا يملك قسمته فتعذر إيصاله إلى مستحقه، فيتصدق به كاللقطة، وإن كان فقيراً أكله^(٢).

والمالكية قالوا: يجوز من غير كراهة وهو الصواب مبادلة الطعام بمثله أو غيره ولو بتفاضل أو تأخير في الطعام الربوي المتحد الجنس.

والموسوعة الفقهية عبرت عن الجواز مع الكراهة تبعاً للخرشي، وهو ظاهر كلام الدردير، لكن الدسوقي صاحب الحاشية عليه، يقول بعدم الكراهة، هذا هو الصواب كما عبر به ابن الحاجب، خلافاً لظاهر المؤلف من كراهته ابتداء ومضيه بعد الوقوع^(٣).

ويقول العدوي: القول بالكراهية قول ضعيف^(٤) ويقول الدسوقي - أيضاً - عن التفاضل والنساء: أن الربا مغتفر للغزاة فيما بينهم، ولأنها ليست معاوضة حقيقية، ومحل الجواز إذا كان بين الغزاة فيما استغني عنه من صنف واحتيج لغيره، وأما أن لم يكن عند كل واحد إلا ما يحتاج إليه، فلا يجوز فيه الربا،

(١) الهداية ٤٨٤/٥، ٤٨٥ - وانظر الدر المختار ورد المحتار: ٢٣٣/٣.

(٢) المراجع السابقة، الجزء نفسه والصفحة نفسها، انظر الموسوعة الفقهية ١٦٢/٩.

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٨٠/٢ - العدوي عليه.

(٤) شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه ١١٧/٣.

بل يمنع وبهذا قيد الجواز أبو الحسن، ويقول الدسوقي في ظاهر كلام عبد السلام، عدم اعتماد هذا التقييد أي الجواز مطلقاً^(١).

والشافعية قرروا أنه ليس له صرف الطعام إلى حاجة أخرى بدلاً عن طعامه وأنه لا يجوز له إلا أكله فقط، لأنه على سبيل الإباحة لا للتملك^(٢).

وهذا كالنص على عدم جواز البيع، وهذا ما قاله الشافعية في مبحث المغام، لكن في مبحث حكم بيع المبيع قبل قبضه، قرروا خلافه.

قال النووي في المنهاج، أن الشخص له بيع ماله في يد غيره أمانة، كوديعة ومشارك، ومرهون بعد انفكاكه.

وقد علق القليوبي على قوله (كوديعة) بما نصه: "ومثله غلة وقف، وغنيمة فلا أحد المستحقين أو الغائمين بيع حصته قبل إفرازها، قاله شيخنا، بخلاف حصته من بيت المال فلا يصح بيعها قبل إفرازها ورؤيتها، واكتفى بعض مشايخنا بالإفراز فقط ولو مع غيره"^(٣).

فكلام القليوبي هنا - نقلاً عن شيخه - يخالف ماتقدم، من أن له الأخذ على سبيل الإباحة لا التملك، فيبدوا أن هذا بناء على أحد أقوال ثلاثة عند الشافعية في ملك الغنيمة قبل القسمة.

أولها، أنها لا تملك إلا بالقسمة، لكن لا بمجرداها، بل أن قبل ما أحرز له

(١) حاشية الدسوقي، المصدر السابق، نفس المكان.

(٢) شرح المحلى على المنهاج - وحاشية قليوبي عليه ٢/٢١٣، ط المكتبة التوفيقية.

(٣) المرجع السابق ٢/٢١٣.

أو رضي به لأن المعتبر هو اختيار التملك، ولا بد من اللفظ، بأن يقول اخترت ملك نصيبي، وهذا هو القول المعتمد عندهم.

الثاني: وقيل يملك قبل القسمة بالاستيلاء ملكاً ضعيفاً يقسط بالإعراض لأن الملك عن الكفار قد زال، وبعيد بقاؤه بلا ملك.

الثالث: إن سلمت الغنيمة من القسمة بأن ظهر ملكهم بالاستيلاء، وإلا بأن تلفت أو أعرضوا فلا ملك لهم^(١).

فيبدو أن صحة البيع قبل القسمة، كما ذكر الشيخ القليوبي، بناء على غير المعتمد عندهم.

أما الحنابلة: فقد نص الخرقى على أن من تعاف فضلاً عما يحتاج إليه رده على المسلمين، فإن باعه رد ثمنه في المقسم^(٢).

وعملوا وجوب رد من فضل معه طعام كثير من الغنائم إلى مقسم تلك الغزوة بأنه: أخذ ما لا يحتاج إليه، فيلزمه رده، لأن الأصل تحريمه لكونه مشتركاً بين الغانمين، كسائر المال، وإنما أبيح منه مادعت الحاجة إليه، فما زاد يبقى على أصل التحريم ولهذا لم يبيح بيعه^(٣)، ورووا في ذلك أثراً، وهو: "أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه أنا أصبنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف وكرهت أن أتقدم في شيء، فكتب إليه دع الناس يعلفون ويأكلون،

(١) المرجع السابق مع حاشية عميرة: ٢١٣/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٨٧/١٠.

(٣) المرجع السابق ٤٨٧/١٠، والشرح الكبير في ذيله: ٤٧٢/١٠.

فمن باع منهم شيئاً بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام المسلمين^(١).

وفصل القاضي من أتمتهم تفصيلاً دقيقاً في هذه المسألة، فقال: لا يخلوا أما أن يبيعه من غاز أو من غيره، فإن باعه لغيره، فالبيع باطل لأنه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة، فيجب رد المبيع ونقض البيع، فإن تعذر رده، رد قيمته أو ثمنه إن كان أكثر من قيمته إلى المغنم.

قال ابن قدامة: وعلى هذا الوجه يحل كلام الخرقى.

وإن باعه لغاز لم يحل إلا أن يبد له بطعام أو علف، مما له الانتفاع به أو بغيره على النحو التالي:

فإن باع بمثله فليس هذا بيعاً في الحقيقة، إنما سلم إليه مباحاً وأخذ مثله مباحاً، ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذ، وصار أحق به لثبوت يده عليه، فعلى هذا لو باع صاعاً بصاعين، واقتربا قبل القبض جاز، لأنه ليس ببيع، وإن باعه به، أو أقرضه إياه فأخذه، فهو أحق به، ولا يلزمه إيفاءه، فإن وفاه أو رده إليه عادت اليد إليه، وإن باعه بغير الطعام والعلف، فالبيع أيضاً غير صحيح ويصير المشتري حقه لثبوت يده عليه، وإن أخذ منه وجب رده إليه^(٢).

ومن هذا يتضح أن الاتجاه العام في الفقه، بغض النظر عما روي من قول للشافعية وعن حال مبادلة الطعام بالمثل وغيره عند المالكية والحنابلة، هو

(١) سنن سعيد بن منصور: ج ٢/٢٧٤، ٢٧٥ كتاب الجهاد، باب ما يبيع من مناح العدد من ذهب أو فضة، رقم ٢٧٥٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٨٩/١٠ - والشرح الكبير في ذيله: ٤٦٩/١٠.

عدم جواز بيع المغنم قبل القسم، كما هو نص الحديث الشريف الذي نهى عن شراء المغنم حتى تقسم، وفي هذا يقول الشوكاني: مقتضى النهي عدم صحة بيعها قبل القسمة؛ لأنه لا ملك على ما هو الأظهر من قول الشافعي وغيره، لأحد من الغانمين قبلها، فيكون ذلك من أكل أموال الناس بالباطل^(١).

هذا حكم بيع الغزاة الغانمين أنصبتهم وما يأخذونه من الغنائم قبل القسمة.

أما حكم بيع الإمام الغنائم قبل القسمة، فقد عرض له الحنفية، قال صاحب العناية "أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم لا حاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فإنه لا يصح عندنا لعدم الملك، لأن الملك لا يثبت للقائمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا"^(٢)، كما عرض له المالكية أيضاً، ولهم فيه قولان.

الأول: وجوب بيع الإمام أربعة الأنحاس من الغنائم ليقسمها بين المجاهدين لأن قسمة الأثمان أقرب إلى المساواة، لما يدخل التقويم من الخطأ.

الثاني: عدم الوجوب، بل الإمام مخير، فإن شاء باع وقسم الثمن، وإن شاء قسم الأعيان بحسب ما يراه من المصلحة^(٣).

ويقول الصنعاني: إذا باع الإمام قبل قبضه وحيازته وهذا بعد القسمة وأما قبلها فكذا أيضاً، إذ هو جزء مشاع غير معلوم، وهكذا الغانمون، أي

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، كتاب البيوع، باب بيع الغرر، ١٦٨/٥ - ١٦٩، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

(٢) شرح العناية على الهداية: ٤٨٤/٥.

(٣) شرح الخرشني: ١١٧/٣ - الشرح الكبير للدردير: ١٨٠/٢.

قبل القسمة، أما بعدها فيقول: نعم يصح في قدر حصته على الأشعة إن علم ذلك.

وأما بيع الغنيمة بعد القسمة وقبل القبض، فيرى الفقهاء جوازه، بالأخص إذا تعين سهم الجندي، فله أن يتصرف فيه قبل القبض، ولهذا جاءت نصوصهم تؤكد ذلك.

يقول ابن قدامة: أما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه، فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه، لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض... وينقل عدم العلم بخلاف هذا، وهو ما قال به الحنفية والشافعية^(١).

ويقول الزبيدي: بيع أحد الغانمين نصيبه على الإشاعة قبل القبض صحيح، إذا كان معيناً^(٢).



(١) المغني لابن قدامة ٢٢٢/٤ الكافي ٢٧/٢٠ - الفروق ١٣٩٤/٢ - شرح المحلي على المنهاج - وحاشية قليوبي عليه ٢١٣/٢، ط المكتبة التوفيقية - الهداية على شرح العناية ٤٨٤/٥.

(٢) إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين: ٤٤٠/٥.

المبحث الثاني

أثر القبض فيما تملك عن طريق الإرث

جعل الله تعالى الإرث سبباً للملك للوارث جبراً عليه، على سبيل الخلافة لوارثه، فإذا مات المورث وترك الميراث، فهل للقبض تأثير في الملك أم لا؟ أي لا يتصرف فيه الوارث حتى يقبضه.

ينقل ابن قدامة: جواز تصرف من ملك إرثاً، من غير حاجة إلى قبض، ويقول: لأعلم خلافاً في ذلك^(١).

وبهذا جاءت نصوص الفقهاء.

قال الحنفية: ولو أوصى بالمبيع قبل القبض، ثم مات قبل القبض، صحت الوصية بالإجماع، لأن الوصية أخت الميراث^(٢) شبه الوصية في جواز التصرف قبل القبض بالإرث، ففهوم منه أن الإرث يجوز للوارث أن يتصرف فيه قبل أن يتسلمه، ولأن العلة في المنع من ذلك منتفية، وهو الغرر إذ لا غرر في الإرث، وأما الملكية، فقد نصوا على أن كل شيء يجوز بيعه قبل قبضه إلا مطلق الطعام، واشتروا في الطعام شرطين:

١- أن يكون ميكلاً في معاوضة.

٢- أن لا يتوالى عقداً بيع لم يتخللها قبض.

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٢/٤.

(٢) العناية شرح الهداية بذيّل فتح القدير ٥١٢/٦.

وهذان الشرطان منتفیان في الإرث إذا كان طعاماً، لأنهم نصوا على طعام الصدقة فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، لعدم موالاة عقدين في شيء لم يتخللهما قبض، وكذا طعام القرض كذلك، لأنه عقد إرفاق محض، وعلى هذا فإنه يجوز التصرف في الإرث قبل القبض^(١).

وأما الشافعية فقد قالوا: لو ورث مالا فله بيعه قبل أخذه، إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضاً مثل: ما إذا اشتراه فمات ولم يقبضه^(٢).

والزيدية قالوا: يجوز في الميراث إجماعاً، أي يجوز التصرف فيه قبل القبض، والنذر كالوصية عندهم^(٣).

والظاهرية قالوا: من ملك شيئاً بغير البيع كأن ملك بميراث أو هبة أو قرض أو صداق أو سلم أو أرش أو غير ذلك، جاز له التصرف بأي وجه من أوجه التصرفات حاشا القمح، فمن أي وجه ملكها لا يتصرف فيها قبل القبض^(٤).

(١) الخرشبي ١٦٣/٥، ١٦٥.

(٢) نهاية المحتاج ٨٨/٤ - إتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين: ٤٤٠/٥.

(٣) الوصية عندهم فيها قولان: صح القاضي زيد بن محمد الجبلي - القول في التصرف الموصي له قبل القبض، والنذر على هذين القولين (انظر البحر الزخار: ٣/٣١٣).

(٤) المحلى بالآثار لابن حزم ٥١٨/٨.

المبحث الثالث

أثر القبض فيما ملك بسبب مباح

وسأتكلم هنا عن تعريف المباح، وعن شروطه، وعن أثر القبض فيه.

المباح: هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم ولا يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منابعه والكلاً في منابته والأشجار في البراري غير المملوكة وصيد البر والبحر وإحياء الموات إلى آخره..^(١).

شرط تملك المباح:

لكل إنسان أن يستولي على ما يستطيع من هذه المباحات، وما استولى بقصد التملك، فقد ملكه وأصبح له دون سائر الناس، وهذا الاستيلاء بقصد التملك هو الإحراز، فلكية المباحات بالإحراز تتوقف على شرطين:

الأول: أن لا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق.

فالقاعدة تقرر ذلك: "من سبق إلى مباح فقد ملكه".

الثانية: قصد التملك، فلو حصل المباح في حوزة الإنسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه^(٢).

(١) المدخل الفقهي العام ٢/٢٤٤، ٢٤٥.

(٢) المصدر نفسه بذات الجزء والصفحة.

انظر رد المختار حاشية على الدر المختار: ٢٩٨/٥ - المغني لابن قدامة ٢٨٣/٤ - قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ٨١/٢.

إذا حصل للإنسان ملك بسبب مباح، فهل له حق التصرف فيه قبل قبضه؟

الإنسان يملك المباح بالاستيلاء، فإذا استولى عليه فقد ملكه، وله التصرف في ملكه كيف شاء من غير حاجة إلى شيء آخر يبيح له التصرف، وكيفية الاستيلاء تختلف من مباح إلى آخر، ولهذا يضرب الفقهاء مثلاً للاستيلاء على المباح.

إذا أعد بكرة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك، فحصل فيها سمك، فقد ملكه، لأن هذا معد للإصطياد، وكذا لو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارها للإصطياد، فاحصل فيهما ملكه، ومتى نصب شبكة أو شركاً أو نصب نخاً أو حبلاً ملك ما وقع فيها من الصيد لأنها بمنزلة يده.

وكذا لو نصب المناجل، وسمى فقتلت صيداً، ملكه وحل أكله، وكان كذبيحة لأنه لو وقع في شبكته شيء، كان مضموناً عليه، فعلم بذلك أنه كيده، ولو أعد لماء الأمطار حفراً أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه، بحصوله فيها، لأنها في باب الإعداد كالشباك للإصطياد.

وكذا لو أعد سفينة للإصطياد، ويضرب في أواني الصفر ليثب السمك فيها كان حصوله فيها ملكاً له.

ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحاً ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً، كالأرض التي على ساحل البحر ليجعل إليها طريقاً للماء، فإذا امتلأت قطعه عنها أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء، أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً، ملكه بذلك لأنها معدة له.

ولو رمى طيراً فوق في دار قوم له يملكه لأن ملكه للصائد إلا إذا وقع
ممتنعاً فصاده أهل الدار، فهم يملكه بالاصطياد، وهذه المسألة تشبه مالو
أطارت الريح ثوب إنسان فألقته في دارهم، فهم لا يملكونه بل هو على ملك
صاحبه، فهذه لا تحتاج إلى قبض حتى تدل على الملك، بل بالاستيلاء.



الباب الثالث

تطبيق الضوابط الشرعية والقانونية على صور القبض المستجدة

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: المعاملات البنكية (الشيك البنكي).

الفصل الثاني: التجارة الإلكترونية (القبض بطريق
الإنترنت)

الفصل الثالث: تطبيق وسائل القبض الحديثة على
بطاقات الائتمان.

الفصل الأول

المعاملات البنكية (الشيك البنكي) ^(١)

بات الشيك يؤدي دورا هاما في الحياة الاقتصادية، فأصبح هو الأداة المستعملة في المعاملات التجارية، وعلى وجه الخصوص المعاملات الكبرى، نظرا لأنه يؤدي إلى سهولة في التعامل من ناحية، وأكثر أمانا من ناحية أخرى.

وقبل الحكم على أي معاملة أو صورة من الصور المعاصرة، لابد من تحديد نوعها والنظر بعين فاحصة إلى أي العقود تنتمي، والأحكام المتعلقة بهذا العقد، ومن ثم تكييف المعاملة المستجدة في ضوء ما أورده الفقهاء من النصوص العامة، وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من جلب للمصالح ودرء

(١) لن يتسع المقام في هذه الدراسة لدراسة الشيك دراسة وافية، حيث يخرج ذلك من نطاق البحث والهدف المبتغى من وراءه، فالدراسة أساسها قبض الأموال، وتناول الشيك باعتباره صورة من صور القبض الحكمي التي اقرها الفقهاء في الفقه الاسلامي او القانون الوضعي، وللمزيد عن الشيك تراجع المؤلفات الآتية، د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١ ص ٢٢٧ وما بعدها د. على البارودي القانون التجاري العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ط ١٩٩٨ ص ٦٥٢، د. حسين إبراهيم خليل الشيك مدنيا وجنائيا في ضوء آراء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية ط ٢٠٠٩ د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الاذني والشيك مكتبة النهضة المصرية ط ٢ - ١٩٥٤ ص ٤٢٥، د. على جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، السند الاذني - الكمبيالة - الشيك، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٥ ص ١٥٩ وما بعدها د/ رضا السيد، عبد الحميد الشيك ط ٢٠٠٦.

للمفاسد، وأن الباحث يشعر حين الكتابة عن صور القبض في هذا العصر بشيء من الحرج والحذر، ولا سيما فيما يتعلق بقبض الصكوك والأوراق التجارية الأخرى وتظهيرها، والقيد على الحساب ولا سيما إذا كان العوضان ربويين وعلى اختلاف الآراء في التخلية هل هي قبض أم لا؟

تخرج الصورة الموجودة في الأسواق من حيث الصحة وعدمها في ضوء اختلافهم فيما يعد فيه، هل هو في العقار خاصة، أو كل شيء إلا الربويات، أو أنها تكفي في الربويات غير الصرف؟

ومن هذه الصور التي نتناولها - ملخصاً - الشيك لكثرة استعماله بل غلبة قبضه في معاملاتنا المعاصرة، وهل قبضه قبض لمحتواه أم لا.

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:-

المبحث الأول:- ماهية الشيك

المبحث الثاني:- القبض في الشيك



المبحث الأول ماهية الشيك

تعريف الشيك:

لم يقم المشرع المصري - سواء في قانون التجارة الملغى او الحالي - بتعريف الشيك تاركاً ذلك للفقهاء.

لذلك تعددت تعريفات الفقه للشيك، وهذه التعريفات لم تخرج عن أن الشيك عبارة عن ورقة تتضمن أمر يصدر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه (البنك) بأن يدفع لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد مبلغاً من معيناً من المال بمجرد الإطلاع^(١).

وعلى ذلك فالشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان^(٢) ولا ينقضي الالتزام به الا بصرفه^(٣).

(١) في ذات المعنى د. على البارودي القانون التجاري العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ط ١٩٩٨ ص ٦٥٢، د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري تأصيل وتحليل لقواعد الكبيالة والسند الاذني والشيك مكتبة النهضة المصرية ط ٢ - ١٩٥٤ ص ٤٢٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد، وانظر د. على جمال الدين عوض، الشيك في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، دار النهضة العربية ط ٢٠٠٠ ص ١٣.

(٣) نقض رقم ٣٢٤ لسنة ٢٠٠٦ تجارى عليا عماني جلسة ٢٢/١١/٢٠٠٦ مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ١/١٠/٢٠٠٦ حتى ٣١/٦/٢٠٠٧، وزارة العدل سلطنة عمان السنة القضائية السابعة، ص ٦٨٩، وكذا نقض رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠٠٦ تجارى عليا عمان جلسة ١٣/١٢/٢٠٠٦ المرجع السابق ص ٧٠٠.

أنشاء الشيك ^(١): يخضع أنشاء الشيك لشروط شكلية وأخرى موضوعية وتتناول كلا الشروط فيما يلي:-

١-الشروط الشكلية:

تمثل الشروط الشكلية في أمرين اولهما أن يكون الشيك مكتوبا وثانيهما أن يتضمن الشيك بيانات معينة (إلزامية) وتناولهما- بإيجاز فيما يلي:-

أ - أن يكون الشيك مكتوبا:

يشترط القانون إن يكون الشيك مكتوبا، مثله في ذلك كسائر الأوراق التجارية بوجه عام، ولا يلزم استنادا لذلك أن تكون جميع بيانات الشيك مكتوبة بخط الساحب بل يكفي توقيعه ^(٢) فقط على الشيك وطبقا لقانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فان الشيك لا يكون كذلك ألا إذا كان محرر على النموذج ^(٣) المعد سلفا بذلك وصادر من بنك معتمد طبقا لنص المادة ٤٧٥ من

(١) للزيد يراجع، د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ مرجع سابق ص ٢٤٠ وما بعدها، د. حسين إبراهيم خليل الشيك مدنيا وجنائيا في ضوء آراء الفقه وأحكام محكمة النقض مرجع سابق ص ٤٠، د. على جمال الدين عوض، الشيك في قانون التجارة مرجع سابق ص ٣٧ ولقد نظم قانون التجارة العماني انشاء الشيك وذلك في المواد من ٥٢٢ الى ٥٧٠ من قانون التجارة رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ وتعديلاته.

(٢) نقض جنائى جلسة ١٩٧٣/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٥٥.

(٣) وتلزم المادة ١/٥٣٠ من قانون التجارة البنك ان يسلم كل عميل دفترا يشتمل على نماذج شيكات على بياض للدفع بموجبها من خزائنه ان يكتب على كل نموذج منها رقم الشيك واسم البنك أو احد فروع واسم العميل الذى تسلم الدفتر ورقم حسابه.

قانون التجارة التي نصت على أن " الشيك الصادر في مصر والمستحق الوفاء فيها لا يجوز سحبه ألا على بنك. والصك المسحوب في صورة شيك على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعتبر شيكا".

وتنص على ذلك المعنى المادة ٥٢٥ من قانون التجارة العماني حيث نصت على ان " الشيكات الصادرة في السلطنة والمستحقة الوفاء فيها لا يجوز سحبها الا على بنك، والصكوك المسحوبة في صورة شيكات على بنك لا تعتبر شيكات صحيحة".

فمن المادة السابقة يتبين لنا جليا أن الشيك الخطي لا يعد في ضوء القانون التجارى شيكا بمعنى الكلمة - كما كان الوضع في القانون السابق^(١) - وعليه لا يتمتع بالحماية القانونية باعتباره شيكا وان كان يتمتع بالحماية الجنائية^(٢).

ب- البيانات الإلزامية^(٣).

(١) نقض جنائي جلسة ١٩٦٩/١/٢٠ الطعن رقم ١٩٣٠ لسنة ٣٨ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٥٢، نقض جنائي جلسة ١٩٥٧/٦/١٩ الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٢٧ ق المجموعة السابقة السنة ٨ ص ٦٩٢.

(٢) حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض جلسة ١٩٩٩/٧/١٠ الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ ق، انظر دراسة تفصيلية لهذا الحكم لدى د. حسين إبراهيم خليل الشيك مدنيا وجنائيا، مرجع سابق ص ١٠ وما بعدها.

(٣) من الجدير بالإشارة ان التقنين التجارى المصرى السابق لم يعنى بالنص على البيانات الإلزامية وإنما ترك ذلك للعرف التجارى ولن يتسع المقام هنا لدراسة هذه البيانات دراسة وافية، حيث يخرج ذلك من نطاق البحث، للمزيد عن هذه البيانات تراجع المؤلفات الآتية، د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ مرجع سابق ص ٢٣٤ وما بعدها، د. حسين إبراهيم خليل الشيك مدنيا وجنائيا،

نصت المادة ٤٧٣ من قانون التجارة المصرى على عدة بيانات إلزامية يجب أن يشتمل عليها الشيك وإلا ترتب على ذلك بطلان الشيك وهذه البيانات هي:-

- كلمة شيك مكتوبة فى متن الصك وباللغة التى كتب بها
- أمر غير معلق على شرط بالوفاء لمبلغ مكتوب بالحروف والأرقام
- اسم البنك المسحوب عليه
- مكان الوفاء
- تاريخ ومكان إصدار الشيك
- اسم وتوقيع من أصدر الشيك
- ٢- الشروط الموضوعية.

يشترط فى التزام الساحب ما يشترط فى أى التزام إرادى من ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب^(١).

مرجع سابق ص ٢٥، المعنى د. على البارودى القانون التجارى العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس، مرجع سابق ص ٦٥٢، د. عادل على المقدادى، الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة العماني، جامعة السلطان قابوس، مجلس النشر العلمى، سلطنة عمان ج ٣ ط ٢٠٠٨ ص ٣٣٣ وما بعدها

(١) لليزيد يراجع، د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ مرجع سابق ص ٢٤٠ وما بعدها، د. حسين إبراهيم خليل الشيك مدنيا وجنائيا فى ضوء آراء الفقه وأحكام محكمة النقض مرجع سابق ص ٤٠ د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية فى التشريع المصرى تأصيل وتحليل لقواعد الكبيالة والسند الاذنى والشيك مرجع سابق ص ٤٦٨.

المبحث الثاني القبض في الشيك

تعد الصكوك في نظر الناس وعرفهم بمثابة النقود الورقية، حيث يجري تداولها بينهم كالنقود تظهيراً وتحويلاً^(١)، وهي محمية في قوانين جميع الدول، من حيث أن سحب الصك على مصرف ليس للساحب فيه رصيد يفني بقيمة الصك المحسوب، يعد جريمة شديدة تعاقب عليها قوانين العقوبات في الدول جميعاً وعلى وجه الخصوص الدول العربية^(٢) - فمثلاً تنص المادة ٣٧٣ من

(١) وعلى ذلك نصت المادة ٥٢٦ من قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ على أنه «لا يجوز اصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه وقت انشاء الشيك نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيك طبقاً لاتفاق صريح أو ضمني، وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الانكار إن من سحب عليه الشيك كان لديه مقابل وفائه وقت إنشائه فإذا لم يثبت ذلك كان ضامناً لوفائه ولو عمل احتجاجاً بعدم الوفاء» «البروتستو بعد المواعيد المقررة» ونصت المادة ٥٣٢ من ذات القانون على أن «يضمن الساحب وفاء الشيك وكل شرط يعفي الساحب نفسه من هذا الضمان يعتبر كأن لم يكن» ونصت المادة ٥٣٨ من القانون نفسه «على ان يضمن الساحب وفاء الشيك ما لم يشترط غير ذلك».

فمن خلال المواد سالفة الذكر يتضح جلياً مدى الحماية التي يصبغها المشرع التجاري العماني للشيك باعتباره بديلاً عن النقود الورقية.

(٢) المادة ٤٨٨ من قانون التجارة اللبناني، المادة ٤٦٤ من قانون العقوبات الليبي، المادة ٣٦٢ من قانون العقوبات السوداني، المادة ١٩ من نظام الأوراق التجارية في المملكة العربية السعودية حيث نصت على أنه «مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة ريال ولا تزيد على ألفي ريال كل مسحوب عليه رفض بسوء قصد وفاء شيك مسحوب سحباً صحيحاً وله مقابل وفاء لم تقدم بشأنه أية معارضة مع عدم الإخلال بالتعويض المستحق للساحب عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء».

قانون العقوبات المصري^(١) على أنه " يحكم بهذه العقوبات على كل من أعطى بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب او كان الرصيد اقل من قيمة الشيك او سحب بعد إعطاء الشيك كل الرصيد او بعضه بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك او أمر المسحوب عليه الشيك بعدم الدفع "

وتنص المادة ٥٣٤ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على انه " ١- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عمدا احد الأفعال الآتية: أ- إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.

ب- استرداد كل الرصيد او بعضه او التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.

ج- إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانونا

د- تحرير شيك او التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه " وعلى ذات النهج سار المشرع العماني وذلك بموجب المادتين ٢٩٠، ٢٩١ من قانون الجزائي العماني رقم ٧ لسنة ١٩٧٤ وتعديلاته فنصت المادة ٢٩٠ على ان " يعاقب بالسجن من ثلاثة اشهر الى سنتين

(١) الغي نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات اعتبارا من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠ طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ١٧/٥/١٩٩٩.

وبالغرامة من عشرة ريالات الى خمسمائة كل من اقدم عن سوء نية على سحب شيك بدون مقابل سابق ومعد للدفع، او بمقابل غير كاف او على استرجاع كل مقابل او بعضه بعد سحب الشيك او على اصدار منع عن الدفع للمسحوب عليه

يقضى بالاضافة الى العقوبة الزام الساحب بدفع قيمة الشيك والنفقات التي لحقت بحامله "

وايذا هذه الاعتبارات، يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط صكاً بقيمة ما قبض من طالب التحويل، يعد بمثابة دفع بدل الصك في المجلس، أي أن قبض ورقة الصك كقبض مضمونه، فيكون الصرف قد استوفي شريطته الشرعية في القبض^(١).

وقد اشترط في كون قبض الصك قبضاً محتواه، أن يكون مؤرخاً للسحب في اليوم نفسه، وأن يكون محدداً المبلغ^(٢).

وقد وردت عدة اعتراضات على القول: بأن قبض الصك قبض محتواه، منها:

(أ) قد يسحب الصك على مصرف، لا رصيد للساحب فيه، أو يكون الرصيد غير كاف لقيمة الصك، فلا يتم القبض أو يتأخر، ومعلوم اشتراط

(١) العقود الشرعية الحاكمة د. عيسى عبده ص ٢٤٨ على احمد السالوس، النقود استبدال العملات دراسة وحوار مكتبة الفلاح، الكويت ط ١٩٨٧ ص ٩٦.

(٢) استبدال النقود، السالوس، ص ٤٢.

التقاضي في الصرف.

(ب) قد يلغى الصك بعد كتابته أو يسترد مقابله.

(ج) قد يعلق الصك أمر مكتوب، بإخطار من صاحب الرصيد، فيتأخر القبض، أو يمتنع المسحوب عليه من الوفاء.

وعلى الرغم من أن هذه الاعتراضات واردة على الصك، لكن هذه المخاطر لا تنقل من حيث الخطورة عن مخاطر النقود التي قد تكون مزيفة، وغالباً لا يعرف من زيفها، والقانون لا يحمي حامل النقود المزيفة، أما حامل الصك فمحمي، إذ يعد سحب الصك بدون رصيد من الجرائم التي تعاقب عليها الدول أشد العقوبات^(١).

ولقد قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من الفترة من يوم الأحد ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩ م، وبعد البحث والدراسة قرر الإجماع مايلي:

أولاً: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف.

(١) أصول الاجراءات الجنائية، د. حسن صادق المرصفاوى منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧ م، ص ١٠٠، ١٢٦، وأنظر بعض جنائي رقم ٥١٩ لسنة ٤٠٠ ق الجلسة ١٩٧١/١/٣١ س ٢٢ ص ١١٦ وكذا نقض جنائي رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤٢ جلسة ١٩٧٣/٢/١٩ س ٢٤ ص ٢٢٠

وقد صاغ القرار صوراً من القبض الحكمي المستجدة، وهي معتبرة شرعاً وعرفاً، منها القيد المصرفي لمبلغ من المال لحساب العميل في الحالات التالية:
إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.
إذا عقد العميل عقد صرف ناجزاً بينه وبين المصرف في حالة شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية، ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي تمكن المستفيد بها من التسليم الفعلي، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة، إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي^(١).



(١) راجع ما سبق ص ٢٨٦، ؟؟؟؟ قرار رقم ٦/٤/٥٥ - الدورة السادسة المنعقدة بجدة من

١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ.

الفصل الثاني

التجارة الإلكترونية القبض بطريق الإنترنت

أنعم الله ﷻ على الإنسانية بنعم كثيرة بما فتحه على العقل الإنساني من وسائل حضارية تيسر سبل الحياة مقارنة بما سبق من دهور، كان التعب والكد عماد كل عمل أو تجارة وغير ذلك ومن هذه النعم - التي لا تحصى - ما يسره الله ﷻ من وسائل النقل الحديثة - سيارات طائرات وسفن ضخمة تحمل فيها جبال من البضائع - وهو ما نبأنا به المولى ﷻ بقوله تعالى: ﴿وَلَيَحْمِلُنَّ أَثْقَالًا ثِقَلًا﴾ [النحل: ٨].

وقد جاء الزمن الذي فيه الطائرات فائقة الصوت والصواريخ عابرة للقارات وقد قص علينا المولى سبحانه صوراً من المشاق في التجارة من الشام إلى اليمن والعكس في رحلتين عدهما القرآن بقوله: ﴿لَا يَلْفُتْ فُتًى﴾ (١) إلى لفهم رحلة الشتاء والصيف ﴿[فرش: ٢-١]﴾ (١) فكان للعرب رحلة إلى الشام في فصل الصيف، وإلى اليمن في فصل الشتاء القارص.

ورحلة أخوة يوسف من باديتهم إلى مصر أيضاً في القرآن الكريم، كل ذلك تأكيداً على أن رحلات السفر في القديم كانت شاقة ومتعبة ومن ثم فإن التشريع الحكيم قد رخص للمسلمين الأوائل في قيام الليل، لأنهم كانوا

(١) يراجع تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للعلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ص ٨٩٤ (بيروت: مؤسسة الرسالة سنة ٢٠٠٠).

يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ، وَقَدْ بَيَّنَّ الْقُرْآنُ الْكَرِيمُ هَذَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضًى وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] ^(١).

أما اليوم فإن هذه المسافات قد قصرت واختصرت حتى يستطيع الإنسان في اليوم الواحد أن يتصل بالعالم كله ويقوم بالتالي بعمل صفقات عن طريق الهاتف أو عن طريق الشبكة الدولية العالمية (الإنترنت) دون أن يقوم من مقامه أو يشعر بتعب.

ولكي نحدد مفهوم القبض في التجارة الإلكترونية - التبائع عبر النت - في ضوء قواعد الفقه الإسلامي يلزم منا أن نستظهر مفهوم التجارة في الإسلام وبيان ما يحكمها من قواعد ثم نعقبه ببيان ماهية التجارة الإلكترونية وتكييفها الشرعي والقانوني للقبض أو التسليم، وذلك في محاولة منا للحكم على مدى شرعيتها، ليتسنى لنا القول باستمرارها أو البعد عنها بوضع ضوابط حاكمة لها.

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم التعامل المالي وقواعده في الإسلام.

المبحث الثاني: عملية البيع من خلال الشبكة الدولية العالمية (الانترنت)

المبحث الثالث: اشكالية القبض في التجارة الإلكترونية.

المبحث الرابع: ضوابط القبض عبر شبكة الانترنت.

المبحث الخامس: التقدم العصري وأثره على القبض في الفقه العقابي.

(١) وانظر تفسير المظهري للعلامة الكبير القاضي المظهري، باكستان، جزء ١٠، ص ١٠٤ سنة

المبحث الأول

مفهوم التعامل المالي وقواعده في الإسلام

تمهيد وتقسيم:

تعتبر التعاملات المالية التجارية من أهم الأنشطة التي تقوم عليها الدولة، ومن ثم فقد أولتها الدول الكبرى عناية خاصة، لما لها من قدرة على تقدمها، ولما كانت الشريعة الإسلامية من أول من نبه لقيمتها، وكانت المهنة الأولى للعرب قبل الإسلام قبل انتشار الزراعة والصناعة، فرأينا أن نحدد مفهومها ومدى مشروعيتها والمبادئ التي تحكمها في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم التعامل المالي.

المطلب الثاني: مفهوم التجارة والمال في الإسلام.

المطلب الثالث: مدى مشروعية التجارة في الإسلام.

المطلب الأول

مفهوم التعامل المالي

يعتبر علماء المسلمين التجارة مظهراً من مظاهر الإنتاج، نظراً لما يقوم به التجار من خدمات لازمه، وما يؤدونه من مصالح ضرورية للمجتمع، ومن ثم فإن الشريعة قد أولت عناية خاصة من حيث تنظيمه والعناية به وتوجيهه الوجهة السليمة، وهو ما يؤدي إلى قيام مجتمع الكفاية والوفرة، ويساهم مساهمة بناءة في تحقيق التنمية الاقتصادية، لأنه يعد أهم عواملها وشروطها، إن لم يكن أهمها على الإطلاق.

ولما كانت التجارة من أهم جوانب النشاط الاقتصادي للدولة، فقد أحاطتها الشريعة الإسلامية بسياج من الضوابط والضمانات، ما يجعلها نافعة نفعا خالصا للأفراد والجماعات.

ويقصد به تلك المتعلقة بأعمال الإنسان وتصرفاته التي يقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية على النطاق المحلي أو الداخلي.

والمعاملات بذلك تعني تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات على وجه يحقق المنفعة الخاصة لكل فرد، والمنفعة الجماعية لأفراد الأمة في ذات الوقت مع تغليب المنفعة العامة إذا تعارضت مع المصالح الخاصة^(١).

والمتبع لفلسفة التشريع الإسلامي من زاوية العقود والتصرفات أو ما نطلق عليه "فقه المعاملات" ليجد فيه من الأصول والقواعد الكلية ما يحكم التعامل داخل المجتمع وخارجة بما يميز ذلك الفقه ويبرز ذاتيته واستقلاله على نحو يجعله المصدر العام للمعرفة على وجه الأرض.

والتجارة صفة لا تلحق إلا بعض الناس ممن توافرت فيهم شروط هذا العمل، وقد عبر الرسول ﷺ عن هذا المعنى حينما قال: "أيها الناس إن التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"^(٢).

(١) صبري حسانين، الوظائف الاقتصادية للعقود المطبقة في المصارف الإسلامية ص ١٧، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

(٢) أخرجه الدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب في التاجر الصدوق، حديث رقم ٢٤٢٧، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التاجر الصدوق، حديث رقم ١١٣٠، وسنن ابن

فالتاجر هو من لازم مكان تجارته على وجه الاستمرار بما يعني الاحتراف^(١) وبمفهوم المخالفة يجب ان يمارس التاجر عمله لحسابه الشخصي، (م ١٠/١) قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٥ لسنة ١٩٩٩ فإذا كان

ماجه في التجارات، باب الحث على المكاسب، ويراجع الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر العسقلاني ٢٤٤/٢ طبعة ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م.

(١) يقصد بالاحتراف في القانون التجاري المصري كما يذهب شراح القانون التجاري إلى انه الاعتياد علي ممارسة النشاط، بتكراره علي نحو منتظم، ولو كان الشخص يعتاد العمل مرة واحدة في السنة، وهذا ما يطلق عليه العنصر المادي كما يشترطون وجود العنصر النفسي للركن المادي -السالف ذكره-، وهو الظهور بمظهر صاحب الحرفة الذي يكسب رزقه من اعتياده القيام بهذا العمل، سواء تحقق كسب أم لا، كما يضيفون - أيضا - ضرورة الاستقلالية في مباشرة النشاط، وأن تكون الأعمال محل هذا النشاط أعمالاً تجارية مما نص القانون التجاري المصري عليها في المادة ٤٦ تجاري وأخيراً يري الشراح أن يكون للتاجر ذمة تضمن ديون الحرفة أي تسع ذمته المالية لتضمن كل ديونه في كل أمواله بما فيها تلك الأموال التي لاعلاقة لها بالتجارة كأرضه ومزرعته وعقاره وأسهمه، وليس المحل الذي به النشاط التجاري وما فيه من آلات يراجع في ذلك د. سميحة القلبوبى القانون التجارى، دار النهضة العربية ٢٠٠٨ بند ٨٦، د. محسن شفيق الموجز في القانون التجارى ج ١ دار النهضة العربية ١٩٦٦ ص ٢٩، د. سامى عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال مقدمة - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجارى - النظرية العامة للشركات - شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ ص ٢٣٠ د. محمود مختار بربرى، قانون المعاملات التجارية ج ١، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ د. فاروق أحمد زاهر - القانون التجاري المصري ص ٢١٢، الكتاب الأول، نشر دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٥، د. محمد فريد العرينى، د. جلال وفاء محمد، القانون التجارى - الاعمال التجارية - المحل التجارى، دار المطبوعات الجامعية ط ٢٠٠٩ ص ٢٤١.

يمارس العمل بالتبعية - لحساب الغير - فانه لا يعد تاجر^(١)، ويجب ان يكون مستقلا في عمله بأن يكون في سوق أو دكان، أو غير ذلك من الأماكن التي تمارس فيها الأعمال التجارية^(٢).

وعلى هذا فعرض السلع على شبكة الإنترنت من قبيل التجارة، فهو بيع بقصد حصول شراء وهو للجميع، فيتحقق فيه وصف التجارة في الفقه الإسلامي؟ ويعني هذا احتراف العمل أي تكرار مباشرته بصفة منتظمة - غير متقطعة - بهدف الارتزاق منه.

ولا يشترط لقيام الاحتراف أن تكون الأعمال التجارية على قدر معين من الجسامة والإتساع، فهناك التاجر الكبير والمتوسط والصغير، كما لا يشترط في الأعمال التجارية شكلاً معيناً.

(١) حكم محكمة استئناف مصر جلسة ١٩٣١/٨/١ مجلة المحاماة السنة ١٢ رقم ٢٧٠ ص ٥٤٤، وقضى بأنه «ليس في القانون لن الوكيل الذي يعمل لحساب التاجر يعتبر تاجراً أسوة بموكله» حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية الأولى جلسة ١٩٥٢/١/١٥ رقم ٢١٣ لسنة ٦٦ ق عبد المعين لطفى جمعة موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ١٩٦٨ ص ٧٨.

(٢) اشترط القانون التجاري المصري لكي يكون الشخص تاجراً أن يكون عمله مقصوداً لذاته، أي يتحقق به قصد الربح وهو المقصد الجوهري من التجارة، وأن يباشره باسمه وحسابه د. فاروق أحمد زاهر - القانون التجاري المصري، المرجع السابق ص ٢١٢، سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال مقدمة - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - النظرية العامة للشركات - شركات الأشخاص، مرجع سابق ص ٢٣٢ د. محمد فريد العريني، د. جلال وفاء محمد، القانون التجاري - الأعمال التجارية - المحل التجاري، مرجع سابق ص ٢٤٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

مفهوم التجارة والمال في الإسلام

ذهب البيضاوي إلى أن التجارة: طلب الربح بالبيع والشراء^(١)، أو شراء شيء لبيعه بالربح^(٢).

وذهب الفخر الرازي إلى أن التجارة: عبارة عن التصرف في المال^(٣).

(١) القاضي ناصر الدين البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، طبع المطبعة الميمنية بمصر ص ١١٤.

(٢) الجرجاني، التعريفات مطبعة الحلبي ١٩٦٩ م - ١٣٥٧ هـ مكتبة لبنان.

(٣) فقد عملت الشريعة الإسلامية الغراء على توجيه المال الوجهة الصحيحة وذلك على النحو الآتي:

رواجه: والمعنى: دوران المال بين أيدي كثيرة - في حدود الشرع - والتدب إلى توثيق المال في انتقاله من يد إلى أخرى، ومن ذلك شرعت عقود التعاملات الشرعية، ولو اشتملت على غرر يسير مثل السلم والاستصناع والمزارعة والقراض ولتحقيق هذا المعنى لم تضع الشريعة حداً أقصى لتملك المال، ليحق لكل شخص التمتع به، ومن ثم أباحت لمالك المال في مدة حياته تصرفه فيه واختصاصه به، وهو ما يحقق في النهاية ثروة للأمة.

وضوحه والعدل فيه: والمعنى ثباته وهو إبعاد المال عن مواطن الغرر لتقلل المشاحنات قدرماً ما أمكن، ومن ثم شرع لذلك الإشهاد والرهن في التداين.

حفظه: ويعني حرمة التعدي عليه وأكله بالباطل، وحدد بذلك وسيلة كسبه، وهي بطيب النفس وشرع لأجله بقاءه تحت يد صاحبه وقطع يد آخذه خفية.

وعلي هذا فإن الشريعة بينت أوجه حفظه ببيان أوجه تحصيله، إذ يجب أن يحصل بطريقة المشروعة من عمل أو عوض أو تبرع أو إرث، وأهدرت في سبيل ذلك الطرق الملتوية لتحصيله، ومن ذلك الربا وشبهاته على ما سيأتي بيانه.

سواء كان حاضراً أو في الذمة لطلب الربح^(١).

ويقول الدردير في تعريفها: التجرة: التصرف بالبيع والشراء لتحصيل ربح^(٢).

وقد سئل بعض الشيوخ من التجار عن حقيقة التجارة، فقال أنا أعلمها لك في كلمتين: "اشتر الرخص وبع الغالي"^(٣)، بينما يذهب فقهاء العصر بتعريف التجارة، بأنها عبارة عن التصرف في رأس المال بالبيع والشراء والأخذ والعطاء، طلباً للربح والزيادة في رأس المال^(٤).

ونستطيع أن نستنتج أوصاف العمل التجاري في شيئين^(٥):
(أ) أن يكون هناك شراء بقصد البيع^(٦).

(١) الفخر الرازي، مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير، المطبعة الخيرية بمصر ط ١، ١٣٠٨هـ، ٧٧/٢.

(٢) الدردير، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي عليه ٥١٧/٣، مطبعة السعادة ط ١، ١٣٢٨هـ - ١٩٠٩م.

(٣) ابن خلدون، المقدمة ٩١٥/٣، تحقيق علي عبد الواحد وافي، طبع لجنة البيان العربي ط ١، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م.

(٤) عبد الغني الراحي، التجارة في ضوء القرآن والسنة ص ١٥، العدد ٩٦، سلسلة كتب إسلامية، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(٥) د/أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، نشر مكتبة وهبة ط ١، ١٩٥٦م. ص ٧٦، ٧٧.

(٦) وهو تطبيقاً لنص المادة ٤/أ من قانون التجارة المصري حيث نصت على أنه «يعد عملاً تجارياً»:-

(ب) القصد إلى تحقيق الربح من وراء عملية البيع والشراء^(١).

المطلب الثالث

مدى مشروعية التجارة في الإسلام

تعد التجارة وبحق من المهن الشريفة التي لها أثرها وفعاليتها في المجتمع، وهي من قم الحرف التي يقوم عليها نظام الكون وحياة الناس^(٢).

وقد دل على ذلك كثير من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾

[النساء: ٢٩].

وقد بينت الآية طرق اكتساب المال بطريقه الصحيح، وهو التجارة التي عمادها الرضائية - على ما سيأتي - وقد عمل الرسول ﷺ بالتجارة في مال السيدة خديجة رضي الله عنها قبل البعثة، وكذلك كثير من الصحابة وكانت لهم منها أموالاً طائلة.

يقول شمس الأئمة السرخسي بياناً لمشروعية التجارة: أن الله - سبحانه وتعالى - جعل المال سبباً لإقامة مصالح العباد في الدنيا وشرع طريق التجارة،

أ- شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات.

ب- استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات.

(١) المرجع السابق د/ فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري المرجع السابق. ص ٢١٤

(٢) عبد الغني الراجحي، التجارة في ضوء القرآن والسنة ص ٧ مرجع سابق.

لأن ما يحتاج إليه كل أحد لا يوجد مباحاً في كل موضع، وفي الأخذ على سبيل التغالب فساداً، والله لا يحب الفساد^(١).

ولم تقف الشريعة عند حد مشروعية التجارة، بل قد دعت إليها والتكسب بسببها ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الجمعة: ١٠]^(٢).

وفي آية أخرى يقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]^(٣).

ومن الحديث ما روي عن رسول الله مبيناً أن أعظم طرق الكسب من التجارة وأنها أوسع أبواب الرزق، فقد روي عنه ﷺ: "عليكم بالتجارة فإن فيها

(١) السرخسي، المبسوط ١٠٨/١٢، مطبعة السعادة بمصر ط ١، ١٣٢٤هـ.

(٢) يقول القرطبي في تفسير هذه الآية: «هذا أمر بإباحة كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة:

٢] يقول: إذا فرغتم من الصلاة فانتشروا في الأرض للتجارة والتصرف في حوائجكم». (راجع

القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٠٨/١٨، مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٦٦هـ -

١٩٤٧م).

(٣) معنى الآية أي مسافرون في الأرض يبتغون من فضل الله في المكاسب والمتاجرة... وقد

ساوت هذه الآية الكريمة في قراءة ما تيسر من القرآن مع من يضربون في الأرض يبتغون

من فضل الله وبين من يقاتل في سبيل الله، إذ يقول المولى تبارك وتعالى: ﴿عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ

مِنْكُمْ مَرْجِيٌّ وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَأَخْرُونَ يَقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَقْرَأُوا مَا يَشَاءُ مِنْهُ﴾

[المزمل: ٢٠] فأعطت الآية للضرب في الأرض والابتغاء من فضل الله بالتجارة والعمل حكم

الجهاد، وهو من أعظم العبادات، ولا شك أن في ذلك دعوى للإسلام وحثاً له على مباشرة

العمل والتكسب عن طريق التجارة (راجع تفسير ابن كثير ٤/٣٩٩، تفسير القرآن العظيم

لحافظ ابن كثير، طبع دار إحياء الكتب العربية).

تسعة أعشار الرزق" (١).

وقد وضع الرسول الكريم التاجر الصدوق الأمين في منزلة رفيعة ومكانة عالية حيث قال ﷺ: "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء" (٢).

فهذه الأحاديث صريحة في الحض على التجارة، ولم يكن ذلك إلا لكونها جائزة وأنها من أطيب طرق الكسب.

ونستخلص من ذلك أن التعامل التجاري، هو المعاملة بين الأفراد داخل المجتمع أو خارجه التي تستلزم - بحكم الغالب - وجود تاجر ومشتري منه، وقد يكون هذا الأخير من ماليزيا أو مصر مثلاً، وقد يكون تاجراً مثله، فأحد أفراد التعامل على الأقل هو تاجر، ومن هنا فإن الأسس والإرشادات إنما لتحكم تلك العلائق في داخل وخارج المجتمع على نسق فيه ألفه، وفي إطار الصبغة الدينية التي يلزم أن يراعيها كل من البائع والمشتري بغض النظر عن كون الأول أم الثاني أم كلاهما ممن ينطبق عليهم صفة التاجرية، أو كون أحدهما من جنسية والآخر من جنسية أخرى، وهو الغالب في التجارة الإلكترونية.

(١) أورده الإمام الغزالي والعهد عليه في إحياء علوم الدين: ٦٤/٢ - مكتبة ومطبعة مصطفى

البابي الحلبي ١٣٥٨ هـ - ١٩٣٩ م

(٢) رواه الترمذي وحسنه (يراجع الجامع الصحيح سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ماجاء في

التاجر الصدوق، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون).

المبحث الثاني عملية البيع من خلال الشبكة الدولية العالمية (الإنترنت)

تمهيد وتقسيم:

كان من نتيجة تطور التعاملات التجارية بسبب انتشار العلائق الدولية إن ظهر على الساحة نوع جديد من التجارات تجوب البحار والمحيطات^(١)، وأمكن للمشتري عرض بضائعهم على النطاق الدولي في سوق لا تغلق أبوابه أبداً، يستطيع كل عاقد أن يفعل ما يراه صالحاً ومناسباً للتعاقد، وأمكن فعلاً تحقيق رغبة الكثيرين في تحقيق عرض أفضل البضائع بأنسب الأسعار، وذلك من خلال شبكة الإنترنت، وهي عبارة عن شبكة من الشبكات الحاسوبية المتصلة بعضها ببعض، وهي عبارة عن خطوط اتصال متشابكة تربط ملايين أجهزة الحاسب الآلي (الكمبيوتر) باستخدام خطوط الهاتف بواسطة كوابل عن طريق الأقمار الصناعية^(٢).

(١) ويتم ذلك عن طريق الإعلان على شبكة الانترنت وعليه يجب أن يكون هذا الإعلان حقيقياً وغير مضلل وغير مخادع، للزيد عن حدود الإعلان المشروع بصفة عامة وعلى المتجر بصفة خاصة يراجع د. حسين عثمان، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك دون ناشر ودون نشر خصوصاً ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) يرجع ميلاد هذه الشبكة بدأ من عام ١٩٨٣ م (يراجع إبراهيم أحمد إبراهيم الحماية الدولية لحق المؤلف، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٢ م) بينما يرى البعض أن نواة شبكة الإنترنت قد ظهرت في الستينات، وبسبب حاجة المؤسسة العسكرية الأمريكية لوسائل آمنة لتحريك

إلا أن هناك ثمة عوائق قد تقضي على مدى مصداقية هذه التجارة، لما يكتنف الكثير من أركانها من غموض قد يقضي على تلك التجارة الوليدة، منها إمكانية القبض وكيفيته ومكانه، ومدى تطابق السلعة مع المواصفات المعلن عنها، وهو ما يرتب مدى إمكانية الرد بالعيب عند مخالفة الوصف للحقيقة بعد القبض وبعد دفع الثمن، وهو ما يجعلنا أن نرجع لكتابات الفقهاء القدامى، نقوم بتخريج هذا النوع من التجارة على أقوالهم، ومن ثم نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

معلوماتها عبر العالم، وأعدت لذلك سلسلة من المواصلات الحاسوبية تعرف بـ Arba Net جعلها تعتمد على أكثر من طريق لاستعلاماتها أو استخبارتها، فضمنت بذلك عدم تعطل الاستخبارات الدفاعية، ثم تبناها الأكاديميون لكي يتمكنوا من الاتصال ببعضهم البعض ويتبادلوا الأبحاث والأفكار، ثم بعد ذلك هواه استعمال الحواسيب، وقد اتم احتكار شبكة الإنترنت مدة ٢٠ سنة من جانب المؤسسة العسكرية والمراكز العلمية وهواه استعمال الحواسيب، ثم بدأ استعمالها في الثمانينات من الشركات الكبرى، وفي التسعينات الشركات التجارية الصناعية، والآن يستطيع أي شخص يملك جهاز كمبيوتر استخدام الإنترنت فقد أصبح الدخول إلى الشبكة متاحاً للجميع، سواء للمساعدة في أعمالهم أو في المنزل، أو لإشباع هوايتهم أو الإتصال بالآخرين.. إلخ. يراجع: د. شبيب بن ناصر البوسعيدى، وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، مركز الغندور القاهرة ط ٢٠١٠ ص ١٥ وما بعدها، د. عزرة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٩٤ ص ١٨ - هلاي عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي سنة ١٩٨٨ ص ١٥، هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الآلي ص ٢٢ طبعة ١٩٩٢ دار النهضة العربية د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الانترنت دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين دون ناشر طبعة ٢٠١٠، ص ١٨ وما بعدها.

المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية.

المطلب الثاني: جوهر المشكلة في التجارة الالكترونية.

المطلب الثالث: كيفية البيع خلال الانترنت.

المطلب الرابع: وصف عملية البيع خلال الانترنت.

المطلب الأول

تعريف التجارة الإلكترونية^(١)

لم تعد الحاسبات وسيلة للطباعة أو الإتصال وتبادل المعلومات والحصول عليها فقط، بل أصبحت وسيلة هامة للاتصال الفوري للتعامل وإبرام العقود، دون عناء أو ضياع وقت أو حتى تكلفة مادية، مما جعلها مقبولة في المعاملات بدلاً من وسائل الاتصال التقليدية.

وأبرز ما فيها أنه في الاتصالات التقليدية يتم الاتصال عن بعد^(٢) ويظهر ذلك في صورة بيانات رقمية ومعلومات معالجة إلكترونياً تنتقل من خلال حاسب ألي إلى حاسب آخر، فحلت الدعامة الإلكترونية محل الدعامة الورقية^(٣).

(١) من الجدير بالذكر ان التجارة الاليكترونية ظهرت قبل ظهور شبكة الويب الدولية بفترة طويلة انظر

د. حسين إبراهيم خليل، التجارة الدولية دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٨ ص ١١، د. شبيب بن

ناصر البوسعيدى، وسائل الدفع في التجارة الاليكترونية، مرجع سابق ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مطبعة النسر الذهبي ص ٣.

(٣) حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت،

طبعة دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ م ص ١١.

وترتب على ذلك ازدياد حجم التعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت^(١)، وأصبح من الضروري وضع ضوابط شرعية وقانونية لهذا النوع من التعاملات الإلكترونية، لأنه من الأهمية بمكان أن تتخذ القواعد الشرعية وغيرها، ولا تسير التطور التكنولوجي الذي يعايشه المجتمع، فلزم وضع ضوابط تحمي المتعاملين عبر تلك الشبكة الخطيرة التي يختلط فيها الحابل بالنابل، ولا تحكها ثمة قواعد تلزم المتبايعين بنظرية العقد وما يرتبه من آثار، ومنها القبض للسلعة (خاصة) للمشتري^(٢).

أما تعريف تلك المعاملة، فيمكن الوصول إلى ذلك من إلقاء الضوء على أبرز ما قيل عنها.

ف قيل في وصف الإنترنت: أنها ديمقراطية وفوضوية في الوقت ذاته، بحيث يمكن سماع صوت أي شخص عليها^(٣) كما أن هناك أسباباً تجعل الإنترنت جدياً، وهو قابليتها للتغيير الثقافي مع ازدياد تورط رجال الأعمال والمصالح فيها وانتقاء المعلومات.

(١) كلمة الإنترنت كلمة انجليزية تتكون من مقطعين الأول هو Inter وهي اختصار لكلمة International ومعناها (الدولية) والثانية كلمة Net وهي اختصار لكلمة Network ومعناها (شبكة المعلومات).

(٢) لأن البائع يقبض السعر مقدماً فيكون القبض في جانبه، قد تحقق في صورة سداد الثمن، فيبقى القبض المقابل، وهو السلعة.

(٣) التجارة على الإنترنت في أسبوع ترجمة إلى العربية مركز التعريب والترجمة بأمريكا ٦٦ سنة

١٩٩٧ - ١٤١٨ هـ.

أما ماهية هذه التجارة، فهي لا تخرج عن كونها بيع لسلعة أو خدمة، والمعلوم أن البيع لا يفترق مفهومه من دولة لأخرى أو من تشريع لآخر.

ورغم أن البيع عبر الإنترنت يختلف عن البيع التقليدي نظراً لما للبيع عبر النت من خصوصية، إلا أنه لا يخرج عن كونه إتفاق بين بائع (التاجر) ومشتري (المستهلك) بمقتضاه يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين عبر شبكة الإنترنت.

فهو عقد بيع عن بعد، يتم بوسائل الاتصال الحديثة، كالبيع الذي يتم بالفاكس والتلكس.. إلخ، وقد جاء في المادة (٢) من التوجيه الأوروبي لسنة ١٩٩٧، أن عقد البيع عن بعد هو: كل عقد يتم بين المهني والمستهلك بواسطة أحد فنون الاتصال عن بعد مهما كانت التقنية المستعملة^(١).

وهو بذلك لا يختلف عن البيع التقليدي، سواء في تقنية نقل الإيجاب والقبول وما يترتب عليه من آثار وهو التقابض بين الطرفين ومن ثم فهو عقد يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين ويسمى البائع أن ينقل إلى الطرف الآخر ويسمى المشتري، ملكية شيء (سلعة أو خدمة) مقابل ثمن نقدي^(٢).

(١) يراجع محمود عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون ص ٩٣ مطبعة النسر الذهبي، المرجع السابق.

(٢) تراجع المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران، عبد الجليل القرنشاي، دراسات في الشريعة الإسلامية ص ٣٨١، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، والمادة ٤١٨ من القانون المدني المصري، تراجع الوسيط لعبد الرزاق السنهوري ج ٤ (البيع والمقايضة) ط دار النهضة العربية هامش ص ٢٥، ومحمود جمال الدين زكي، عقد البيع في القانون المدني ص ٦ هامش ٥٦ =

ويمكن القول أن التجارة الإلكترونية، هي تبادل السلع والخدمات والمنافع عن طريق الاتصالات الحديثة (شبكة الإنترنت) ^(١) فهي واسطة تسويق جديدة مليئة بالوعود المستقبلية في هذا المجال، ولكن يجب التعامل مع هذه الواسطة بحذر وأنه من الحكمة مراقبة خبرات وتجارب وأخطاء الآخرين في هذا المجال والتعلم منها.

وإذا كان التسويق عبر المجموعات الإخبارية (News) (Groups) لكن يبقى هذا التسويق محدوداً، ويجب استخدامه بحفظ وانضباط ^(٢)

ومن جانبه فلم يضع العماني تعريفاً للتجارة الإلكترونية حين أصدر قانون المعاملات الإلكترونية بموجب المرسوم السلطاني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨.

فالتجارة الإلكترونية صورة حديثة للتجارة الدولية، وليدة التقدم التقني الحديث، وعلى ذلك يمكن تحديد ثمة مواصفات تحكم هذا النوع من التجارة ^(٣).

ط الكويت ١٩٧٤، عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة مقارنة بالفقه الإسلامي ص ١١٠ سنة ١٩٨٤، عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مكتبة سيد عبد الله وهبه ط ١ ص ١٣.

(١) أو كما يعرفها البعض بأنها «التجارة التي تتم عبر وسيط إلكتروني» د. حسين إبراهيم خليل التجارة الدولية مرجع سلبق ص ١١.

(٢) التجارة علي الإنترنت في أسبوع ترجمة إلي العربية، مركز التعريب والترجمة بأمريكا ٧٧ سنة، ١٩٩٧ - ١٤١٨هـ.

Bob Norton and kathy smith, understanding Business on the Internet in A week

(٣) Ravi kalakota, Electronic Commerce, An Imprint of Addison welsley, Inc. (california, USA), P.

١- الإعلان عن المبيع يكون - غالبا - عن طريق الاتصالات الحديثة من طرف البائع.

٢- ليست هناك مقابلة شخصية بين المتعاقدين، فجلس العقد صوري.

٣- تسليم البضاعة يكون متراجياً عن مجلس العقد.

وتمتاز التجارة الإلكترونية^(١) بإمكانية الوصول إلى جمهور واسع عريض، مما يحصل بواسطة الهاتف أو الرسائل البريدية أو المعارض وغير ذلك، فهي سوق غير مقيدة بقيود الوقت أو المكان والكلفة.

إلا أن ذلك لا ينسينا حصول أعمال سرقات واختلاسات تعيق إجراءات الصفقات المالية عبر الإنترنت^(٢) وهو ما يظهر لنا مشكلة القبض في تلك التعاملات الحيوية.

ومن ثم توجد اليوم اختبارات كثيرة للتبادل النقدي عبر الإنترنت بمراحل مختلفة من التقدم، فعلى سبيل المثال تعمل شركة ميكروسوفت بالتعاون مع شركة فيزا (Visa) لصياغة نظام آمن للدفع بواسطة بطاقات الائتمانية المصرفية، أيضا تعمل شركة سيتي كورب (City Corp) على صياغة نظام نقدي إلكتروني على شكل نقود إلكترونية يمكن للمصارف إصدارها وسيتم صياغة نظام لبطاقة الائتمان التي تستعمل في البريد الإلكتروني، والتي تجعل

(١) نفس المرجع ص ٨٥.

(٢) وهذا عيب كبير يفصح عنه الغرب بأنفسهم، وسنعود إلى تقييم التجارة على الإنترنت من الوجهة الشرعية في نهاية البحث.

الزبائن يستخدمون هذه البطاقات على الإنترنت، بتخزين أرقامها في حاسوب، يخضع للحماية الصارمة، بحيث لا تتمر الأرقام على الإنترنت عند استعمالها.

وهذه الاختبارات وغيرها لا تزال قيد التجربة، ويتوقع من المستهلكين الذين يشترون السلع عبر الإنترنت، أن يدركوا مع الوقت أن النقد الإلكتروني أو تبادل النقد الإلكتروني يوفر لهم المزيد من الخصوصية والسرية أكثر من بطاقات الائتمان المصرفية.

وقد يثبت أن استعمال النقد الإلكتروني أقل كلفة من التبادل النقدي التقليدي.

* * *

المطلب الثاني

جوهر المشكلة في التجارة الإلكترونية

إن إبرام العقد عن بعد يشير العديد من المشكلات وتختلف هذه المشكلات باختلاف الزاوية التي ينظر إليها من خلالها.

يمكن حصر هذه المشاكل في:

أولاً: في تحديد شخص المتعاقد، وسواء أكان مقدم السلعة أم المشتري.

ثانياً: كيفية التقابض بين الطرفين.

ثالثاً: كيفية تبادل الإيجاب والقبول.

رابعاً: كيفية انعقاد العقد ببيان زمانه ومكانه.

خامساً: كيفية الضمان والإثبات.

إلا أننا سوف نركز دراستنا في كيفية القبض وزمانه ومكانه وشروط التسليم إنلخ.

نفقات القبض:

ومعنى نفقات القبض أي نفقات الوفاء وهي ماتكون على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك المادة ٣٤٨ مدنى مصرى.

والأصل في تحديد من يجب عليه نفقات القبض، هو الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين، فإن لم يوجد اتفاق، فالبايع هو الذي يلتزم بالنفقات، لأنه هو المدين بالالتزام بالتسليم.

فيتحمل البائع نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم ونفقات فرزه ووزنه وقياسه، ويلتزم المشتري بنفقات التحقق من المبيع ونفقات نقله من مكان التسليم إلى المكان الذي يريد هو أن يحفظه فيه^(١)

(١) تنص المادة ٤٤٦ من القانون المدنى المصرى على أن «نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرفاً أو اتفاق يقضى بغير ذلك» ويستفاد من هذه المادة أن التزام المشتري يكون في التسلم فقط للمزيد يراجع د. عبد الرزاق أحمد السهنورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، ج ٤، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مرجع سابق ٦٠٢ وما بعدها وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج ٤، ص ١٦٢، حيث جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد «أما ما يقتضيه التسلم من نفقات- في النقل والشحن وغير ذلك- فهو على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، ونفقات نقل المبيع الى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع».

الحالة التي يتم القبض عليها:

يلتزم البائع أن يقوم بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي وصف بها المبيع عبر شبكة الانترنت، قضت محكمة النقض المصرية بان "مقتضى بيع البضاعة "فوب" F.O.B أن تسليم البضاعة لا يتم ألا بشحنها على ظهر السفينة، ولا يغني عن ذلك مجرد أعدادها للشحن، ومن ثم فلا يحصل التحدي من جانب البائع بما تنص عليه المادة ١/٤٣٥ من القانون المدني من أن التسليم يحصل على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع " ^(١) وهو ما يوحي بأن البائع يلتزم بشيء آخر، وهو المحافظة على المبيع إلى حين قبضه من المشتري، وبنفس الجودة التي اتفق عليها والتي ورد بها الوصف عبر النت.

وإذا كان القانون المدني المصري ينص في المادة (١٣٣) مدني على أنه: "إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط" فإنه من الصعوبة بمكان أن يقاس ذلك على مبيع المنقولات عبر الإنترنت، لأن البائع يجب أن يسلم نفس الشيء بنفس الماركة وبلد الصنع، كما في الآلات أو الأجهزة الكهربائية كما هو الغالب.

ولاجمال للكلام عن الجودة، هنا، اللهم إذا كان الشيء يتدرج من الرديء إلى المتوسط إلى الأعلى جودة، وهو ما يمكن قبوله في المأكولات أو

(١) الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ج ٢ ص ٦٦٥.

الزراعات، وهي غالباً ما تكون سلعة تسوق عبر الإنترنت.

ما لم يوجد إنفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك، ونفقات النقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري وإذا كان المشتري في مكان البائع واشترط التسليم خالص الأجر، ويجب على البائع أن ينقله المبيع إلى مكان المشتري ونفقة النقل عليه.



المطلب الثالث

كيفية البيع خلال الإنترنت

بداية فإنه يمكن تسويق أي شيء عبر الإنترنت بدءاً من الأزهار حتى خدمات الشركات المهنية والبرمجيات الحاسوبية، وقد أدركت المؤسسات التجارية إمكانية الإنترنت في التسعينات، وتأتي نسبة ٧٠% إلى ٨٠% من إجمالي الاشتراكات الجديدة من هذه المؤسسات^(١).

(١) لم تكن شبكة الإنترنت للتجارة، إذ كانت تعمل وفقاً لمبدأ المساعدة المتبادلة دون كسب تجاري، وواجهت المحاولات الأولى لعالم التجارة بيع السلع والخدمات على الإنترنت غضباً شديداً وعداء من مجتمع الإنترنت، حتى إن إحدى المؤسسات التجارية أبعدت في البداية عن الشبكة، وشيئاً فشيئاً أصبح من السهل للمؤسسات التجارية ممارسة نشاط التسويق على الإنترنت، وأصبح هذا التسويق مقبولا أكثر (راجع ١٧، ٢٠ من التجارة على الإنترنت، المرجع السابق).

وقد قامت مكتبة أمازون في مدينة ستايل الأمريكية، والتي تملك أكثر من خمسة ملايين كتاب قد بلغت مبيعاتها عام ١٩٩٦ ستة ملايين كتاب، وأن ذلك كله قد تم بواسطة حاسوب لا يتجاوز حجمه ثلاثة منزل عادية.

كما حققت شركة مايكروسوفت لبرامج الكمبيوتر أعلى مبيعات، مما جعل رئيس شركتها بيل غيت (BILL GATES) من القول إن الإنترنت سوف توسع دائرة السوق الإلكتروني، وتصبح السمسار العالمي لتجارة المستقبل^(١). وقد تزايد هذا الاهتمام بفعل نمو استخدام الإنترنت، الذي تعزز بفعل ثلاثة عناصر أساسية^(٢).

١- ارتفاع مبيعات الحاسبات الشخصية.

٢- تطور شبكة الوب العالمية (World Wide Web) أو WWW.

٣- الترويج للإنترنت عبر وسائل الإعلام؟ وإدراك مجتمع الأعمال وجود سوق جماعي يمكن الوصول إليه عبر الإنترنت.

ومن الشركات العملاقة التي تعرض سلعها على الإنترنت:

١- شركة أمازون (Amazon)^(٣).

٢- شركة مايكروسوفت (Microsoft)^(٤).

(١) تراجع مجلة النور الكويتية، العدد ١٥٢ جمادي الآخر ١٤١٨ هـ.

(٢) المرجع السابق، التجارة على الإنترنت ص ١٧.

(٣) الموقع الإلكتروني: <http://www.amazon.com>

(٤) الموقع الإلكتروني: <http://www.microsoft.com>

ومن المؤسسات التربوية كلية لإدارة الأعمال التابعة لجامعة بأوهايو وهي تعطي المساعدة والنصائح لطلاب الدراسات العليا^(١).

ومن المؤسسات الحكومية، وكالة ناسا الأميركية التي تعرض صوراً فضائية.

ومن المؤسسات الصحفية، مجلة الإيكونومست (Economist)^(٢)، وجريدة الفايننشال تايمز^(٣)، وهيئة الإذاعة البريطانية (BBC)^(٤)، وغير ذلك من الهيئات والمؤسسات التجارية أو الحكومية.



(١) الموقع الإلكتروني <http://cob.ohio-state.edu/dept/fin/mba.htm>

(٢) الموقع الإلكتروني <http://www.economist.com>

(٣) الموقع الإلكتروني <http://www.ft.com>

(٤) الموقع الإلكتروني <http://www.bbcnc.org.uk/bbc>

المطلب الرابع

وصف عملية البيع خلال الإنترنت

تدور عملية الإعلان على شبكة الإنترنت، بأن يقوم البائع بعرض منتجاته بشروط ومواصفات واضحة - غالباً - فيقوم المشتري بالتعرف على هذه المواصفات التي تجد موافقة لديه^(١)، فيقوم عن طريقة الشبكة نفسها بملء طلب مرفق بنهاية صورة الإعلان عن عرض السلعة، ويلزم بالتالي من أن يحمل المشتري بطاقة أئتمانية، فيدخل رقمها وبعض ما يطلب منه، فيقوم البائع في الحال بتحويل الثمن الذي يدخل في حسابه الشخصي مباشرة.

ويفهم من ذلك أنه ليست هناك علاقة أو ثمة مقابلة شخصية بين البائع أو المشتري، فجلس العقد صوري إذا، وليس بهام أن يعرف كل من البائع والمشتري هوية الآخر أو مكانه.

فجوهر البيع عن طريق شبكة الإنترنت، هو تبادل العوضين بغض النظر عن مكان أو وصف المتعاقدين بل الأهم من ذلك كله وصف السلعة وماهيتها، ومدى تناسب ثمنها وموعد ومكان قبضها.

(١) راجع في أساليب حماية المستهلك من آثار الاعلان المضلل، د. حسين فتحي حدود مشروعية الاعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، مرجع سابق ص ٥٥ وما بعدها، ومن الناحية التشريعية يرجى الرجوع للقانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون حماية المستهلك المصري، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ مقرر في ٢٠ مايو ٢٠٠٦، وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ سنة ٢٠٠٥ الجريدة الرسمية العدد ٦ مكرر في ١٥ فبراير ٢٠٠٥ المعدل بالقانون ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية للعدد ٢٥، مكرر أ، ٢٢ يونيه ٢٠٠٨.

كما أنه ليس هناك طريق للمماكسة بين المتعاقدين، بطلب خفض ثمن السلعة، فالعقد إذا عقد إذعاناً، فإما أن يقبل العرض كله أو يرفض كله ولذلك فعلي المشرع الوطني أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف بالزام الطرف المدعن بالنصير والاعلان للطرف الضعيف^(١)

كما أن عرض السلعة لا يتقيد بمكان أو زمان أو أنه موجه لشخص بعينه، فالإنترنت شبكة مفتوحة ليلاً ونهاراً أي ٢٤ ساعة.

وبهذا نستنتج للوهلة الأولى أن التجارة الإلكترونية عن طريق الشبكة تختلف تماماً عن التجارة العادية في صفة مجلس العقد بين العاقدين.



(١) انظر نص المادة ١/٥ من قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في ١١/١/١٩٧٨ المعدل بالقانون ٩٢-١٦٠ في ١٨/١/١٩٩٢، وللهمزيد يراجع د/ نزيه محمد صادق المهدي الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ط ٩٨٢ أ، د/ سهير منتصر، الالتزام بالإفصاح دار النهضة العربية ١٩٩٥، د/ محمد السعيد رشدي التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون مطبوعات جامعة الكويت ط ١٩٩٨ ص ١٥ وما بعدها.

المبحث الثالث

إشكالية القبض في التجارة الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

من يتبع قواعد ونظرية العقد التقليدية في الفقه الإسلامي، يذهب إلى منع صور التعاقد عن طريق الإنترنت، لأنها وسيلة يسهل فيها الغرر بين العاقدين لإمكان التدليس بما يحقق أكل أموال الناس بالباطل. ومما يؤيد مانذهب إليه أن التعاقد يتم بين غائبين في دول عدة تكون السلعة من طرف في دولة، والثن من الآخر في دولة أخرى، وقد يكون دفع ثمن السلعة للبائع في بلد على أن تصل السلعة للمشتري من بلد آخر، بناءً على طلب من البائع وعلى هذا فوسيلة تحقق مجلس العقد صورية ومشكوك فيها، وهذا يعني تزايد إمكانية أكل أموال الناس بالباطل.

بأن يدفع المشتري الثمن، ولا يتمكن البائع من إرسال السلعة لوجود عوائق في قوانين بلد البائع أو المشتري، أو حدوث تدليس من المشتري بعدم دفع الثمن بعد أخذ السلعة (وهو نادراً)^(١) أو امتناع البائع من تسليم السلعة بعد أخذ ثمنها عن طريق بطاقة الائتمان، وهذه كلها فروض جائزة الحدوث وممكنة. وهو

(١) وهذا مجرد افتراض نادر الحدوث ذلك أن كل العروض تأتي من الباعين على شبكة الإنترنت ودور المشتري مقابلة هذا العرض بالقبول، بأن يترجم ذلك بإدخال رقم بطاقته الائتمانية، وهو ما يعني ضرورة تسليم الثمن أولاً حتى يتحقق للبائع إرسال السلعة، وهذا ما تقوم عليه التجارة الإلكترونية من أن العرض دائماً (الإيجاب) من البائع.

ما عملت الشريعة الإسلامية من منعه نظراً لما يفضي إليه من خلاف وتسهيل أكل أموال الناس بالباطل.

هذا وسأعرض لهذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: قبض المنتجات عبر الإنترنت.

المطلب الثاني: مجلس العقد وطبيعته في العقود الالكترونية.

المطلب الثالث: ماهية القبض وكيفية في التجارة الالكترونية.

المطلب الأول

قبض المنتجات عبر الإنترنت

إحدى المشاكل التي تواجه الإنترنت، تكمن في صعوبة تسليم المنتج للعميل خلال السنوات القليلة الماضية أدخلت الشركات طرقاً آلياً بارعة لميكنة عمليات التسوق المحددة بطريقة غير استعراض الكالوج بالهاتف من قبل العميل وحسب، بل يطلب المنتج والدفع مقابلة بأمان عبر الإنترنت.

إنه من السهل إرسال محتويات كتاب أو مجلة أو جريدة عبر الإنترنت، فمن السهل تحويلها إلى ملف نصوص أو على شكل وثائق مصممة، تسمح للعميل بنسخها إلى جهاز الكمبيوتر لديه، وهي بدورها توفر نفقات الإرسال بالبريد^(١).

(١) Doing Business on the Internet, Simon Collin، التجارة على الإنترنت ترجم إلى

العربية فريق بيت الأفكار الدولية بأمريكا وأشرف على نقله إلى العربية يحيى مصلح سنة

١٩٩٩ ص ٢٠٣، ٢٠٤.

المطلب الثاني

مجلس العقد وطبيعته في البيوع الإلكترونية

إن التعاقد بين المتعاقدين بواسطة الإنترنت ليس تعاقداً بين حاضرين من كل وجه ولا بين غائبين من كل وجه، فالمتعاقدين لا يجمع بينهما مجلس واحد، وليس ثمة فاصل زمني بين القبول والعلم.

وإذا كنا نعلم تماماً أن أركان العقد ثلاثة عاقدان، ومعقودٌ عليه، وصيغةٌ، فالعاقدان هما البائع والمشتري أو وكيل عنهما، والمعقود عليه وهو الثمن والسلعة المعروضة على شاشة الإنترنت.

فإن ذلك يمكن تلسمه في التجارة الإلكترونية بسهولة، غير أن الركن الثالث وهو الصيغة^(١) وتعني الإيجاب والقبول، وقد يكون كل منهما كتابةً أو لفظاً أو إشارة، وأن الإخلال بركن من الأركان السابقة يؤثر سلباً على النشاط التجاري ومدى صحته، وما قد يعتريه من غرر يفسد التعامل التجاري كله.

(١) ويذهب جمهور الفقهاء من الملكية والشافعية والحنابلة إلى إن الإيجاب هو التعبير الذي يصدر من المملك وإن جاء آخرًا، أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣، المجموع شرح المذهب، ج ٩، ص ١٥٣، كشف القناع ج ٧، ص ٢٩٥، فيما ذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو كلام أو فعل أول من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء العقد، فالمتقدم من كلام المتعاقدين إيجاب سواء أكان من المملك أم من الممتلك والمتأخر منها قبولاً، أنظر حاشية رد المختار على الدر المختار ج ٥، ص ١٠، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٠١ بقولها: «الإيجاب أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف» وهذا ما نأخذ به في هذه الدراسة.

ولذا فإن الصيغة في التجارة الإلكترونية تأخذ شكلاً خاصاً يتفق وطبيعة البيع عن طريق الشبكة^(١).

فإن التجارة الإلكترونية حقيقة قد أخلت - نظرياً - بركن الظرف والمكان الذي تتم فيه الصيغة، فجلس العقد في التجارة الإلكترونية هو المكان والزمان الذي يتعلق القبول بالإيجاب أي يتصل به فإذا كان المتعاقدان مجتمعين في مكان واحد، فكانهما هو المجلس وإن كانا متباعدين فكان القابل هو مجلس العقد الذي هو به.

ويتحقق مجلس العقد بمجرد أن يدخل المشتري بطاقته الائتمانية معلناً قبوله على العرض بكل شروطه المعلن عنها صراحة.

ومن الطبيعي أن المشتري لا يملك حق الخيار في أخذ السلعة أو ردها أو طلب تخفيض ثمنها لعبأصحابها، سواء كان عيباً جديداً أم قديماً.

(١) ولقد نصت العديد من التشريعات العربية على أن التعاقد عبر الانترنت يأخذ بشأن الصياغة وضعية خاصة فنصت المادة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه:

«١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة الرسالة الإلكترونية.

٢- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر ونصت المادة ١٣ من القانون رقم ٥٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن المعاملات الإلكترونية على أن «تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لقصد إنشاء التزام تعاقدى»....».

أما طبيعة مجلس العقد في التجارة الإلكترونية^(١):

الاصل في الرضا المزدوج أن يكون أحد الرضائيين متصلاً بالآخر ومقارناً له، إلا أنه في التجارة الإلكترونية هو تعاقد بين غائبين لتأخر القبول كثيراً عن الإيجاب.

فالتعاقد في التجارة الإلكترونية، هو إيجاب مفتوح من جانب البائع، يقابله قبول من المشتري متى علم واقتنع بشروط العرض ومواصفات السلعة المقدمة من البائع على شاشات الإنترنت.

وعلى هذا فمجلس العقد هنا إعلان القبول من قبل المشتري، وهو ما يشير إليه المرغيناني بقوله: "والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة"^(٢).

أما الكاساني فقال: "فبلغه الكتاب، فقال في مجلسه اشتريت، لأنه خطاب الغائب كتابه فكأنه حضر بنفسه وخاطبه بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس"^(٣). وهذا يعني أن العقد ينعقد بقبول القابل في مجلس وصول الخبر إليه، ويتحقق هنا باطلاعه على شروط العقد الموجودة على شبكة الإنترنت، ودفعه للثمن عن طريق البطاقة الائتمانية.

(١) راجع بالتفصيل الأوفى، د. محمد الدين محمد إسماعيل السوسو، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص ٤٣٣ وما بعدها.

(٢) المرغيناني، الهداية مع فتح القدير ٧٩/٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ١٣٨/٥، مرجع سابق.

ويؤكد هذا المعنى الكمال ابن الهمام حيث يقول "البيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا سمع كل كلام الآخر"^(١) ويقول في موضع آخر "فلما بلغه الكتاب وفهم مافيه قال: قبلت في المجلس انعقد"^(٢).

ومجمل كلام الحنفية أن العقد بين الغائبين يتم بمجرد أن يقول المرسل إليه أو المكتوب إليه قبلت في مجلس الوصول، دون اشتراط شيء آخر.

ويذهب المالكية بأن البيع ونحوه ينعقد بمجرد القبول^(٣) وهو عين ماذهب إليه الشافعية فيقول النووي "ولو قال بعث داري لفلان وهو غائب، فبلغه الخبر قال: قبلت انعقد البيع"^(٤).

ويدلل على هذا البيع بأنه قد تحققت فيه شروط انعقاده واستوفت أركانه ولذلك يقول الإمام النووي في المجموع في موضع آخر: "وإذا صححنا البيع بالمكاتبة إليه، فقبل المكتوب إليه، ثبت الخيار مادام في مجلس القبول"^(٥).

ويقول الرافعي: فالشرط أن يقبل المكتوب إليه عندما يطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان^(٦).

(١) الكمال بن الهمام، فتح القدير ج ٥ ص ٧٤، ٧٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الدردير، الشرح الكبير علي الدسوقي ج ٣ ص ٣ (أبي البركات سيدي أحمد الدردير ط عيسى الحلبي بالقاهرة، النفراوي، الفواكه الدواني ج ٢ ص ١٧٥) (الشيخ أحمد غنيم بن سالم النفراوي المالكي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ط مصطفى الحلبي ١٩٥٥ م).

(٤) النووي، المجموع ١٦٧/٩ ط شركة العلماء.

(٥) النووي، المجموع ١٦٨/٩.

(٦) الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز (الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي) ج ٨ ص ١٠٣ مطبوع بهامش المجموع ط شركة العلماء بالقاهرة.

ويعني كلام الشافعية أن مجلس التعاقد فيما بين الغائبين هو مجلس اطلاع المكتوب إليه والمرسل إليه على الإيجاب، ومثل ذلك يظهر من كلام السادة الحنابلة أن العقد يتم بالإيجاب والقبول مطلقاً دون اشتراط علم الموجب بالقبول^(١).

وخلاصة القول أن طبيعة مجلس العقد في التجارة الإلكترونية أن القواعد التي يعتد بها عرفاً لتدل على الرضا بين الغائبين من تلاقي الإرادتين على وجه لا تشوبه شائبة تتعلق بالإرادة، صح العقد مع الأخذ في الاعتبار ضرورة البحث حول المحل وطريقة تسليمه وزمان ومكان ذلك درءاً للغرر.

وجدير بالذكر أن وسيلة نقل القبول إلى الموجب، إما أن تكون بوسيلة جامعة للصوت والصورة معاً، كما في الهاتف المثبت به كاميرا أو جهاز كمبيوتر به كاميرا، كان ذلك أبلغ في تحقق الإيجاب والقبول وتحقق مجلس العقد بالتالي.

كما أن الوسيلة الثانية هي الصوت فقط، ذلك عن طريق الهاتف، أما الوسيلة الثالثة فهي الكتابة عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني، فالصورة الأولى هي أعلى الوسائل في تحقق الإيجاب والقبول.

(١) ابن قدامة، المغني ج٣ ص ٥٦١ (أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي) ج٣ ص ٥٦١ ط مكتب - الرياض - المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (العلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ج٤ ص ٢٦٠ ط السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ بتحقيق محمد حامد الفقي).

المطلب الثالث

ماهية القبض وكيفية في التجارة الإلكترونية

يجب أن تسود التجارة الإلكترونية روح الأمانة، بأن يكون القبض صحيحاً خالياً من عيوب الإرادة، مثل الغلط والتدليس والغش، إذ أن سلامة القبض في تلك التجارة الوليدة، هو المحك لإظهار مصداقيتها وتحقيق نجاحها.

فالمقصود بالقبض هنا هو: وضع الشيء محل التعاقد تحت يد وسيطرة المشتري بإرساله براً أو بحراً أو جواً عند طلبه.

والواجب على البائع تحقق شحن السلعة باسم المشتري على محل إقامته المتفق عليه سلفاً.

ويحصل القبض على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء ذاته، وعادة ما يتحقق ذلك بالذهاب لمصلحة البريد الكائن في دائرتها محل إقامة المشتري لاستلامها، أو يكون تسلمه للسلعة من أمام منزله.

وعلى هذا يفهم أن محل التجارة الإلكترونية هو المنقولات فقط، لعدم تصور ذلك في العقارات، وقد رتب الفقهاء جملة من المبادئ تناسب وتسليم تلك المنقولات ومن ذلك:

يقول الأحناف: أن القبض في المنقول مثل القبض في العقار يكون بالتخلية، إلا في المكيل والموزون ونحوهما، فإن قبضها يكون باستيفاء قدره^(١).

(١) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ج ١١ ص ١١ مطبعة بولاق.

والمشهور عن المالكية: أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية^(١) وإن كان مقدراً فباستيفاء قدره، وإن كان حيواناً أو ثياباً أو دراهم ونحوها، فالمرجع فيه إلى العرف^(٢)، وكذا ذهب الشافعية إلا أنهم قالوا، إن كان الشيء - محل التعاقد - منقولاً، فقبضه يتحقق بنقله إلى مكان لا اختصاص للبائع به، وما جرت العادة بتناوله كالدراهم والثوب والكتاب ونحوهما، فقبضه بالتناول^(٣).

أما الحنابلة: فقبض كل شيء بحسبه فما ينقل ويحول إن كان جزافاً فقبضه بنقله، وإن كان ميكلاً ونحوه فقبضه بكيّله، وإن كان دراهم ونحوها فقبضه بتناول اليد، وذلك لأن القبض ورد مطلقاً في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعرف جرى بقبض هذه الأشياء بهذه الصفة.

روى أبو الخطاب عن أحمد: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز، لأنه مادام البائع قد خلى بين المشتري والمبيع من غير حائل، فإن المشتري يعتبر قابضاً للمبيع كما في العقار^(٤).

والقبض عند الزيدية، والإمامية، يكون بالتخلية، فلا فرق عندهم بين العقار والمنقول، لأن الاستيلاء يحصل بالتخلية، وفي مذهب الإمامية قول بأن

(١) والرواية الأخرى أن الجزاف قبضه بنقله من مكانه.

(٢) الدسوقي والشرح الكبير ١٢٦/٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

(٣) النووي، المجموع شرح المذهب ٢٧٥/٩ مطبعة التضامن الأخوي.

(٤) أبو البركات، المحرر في الفقه - الشيخ محمد مجد الدين أبو البركات (٦٥٢هـ) ص ٣٢٣

مطبعة السنة - المغني ج ١١ ص ١١ ط دار المنار ١٣٦٧هـ.

القبض في القماش هو الإمساك باليد وفي الحيوان بنقله^(١).

ويفرق الظاهرية بين الطعام وغيره، والطعام عندهم هو القمح خاصة، فالقبض في غير الطعام يكون بأن يطلق البائع يد المبتاع عليه بألا يحول بينه وبين ما اشتراه، أي التخلية، وأما الطعام فلا يتم قبضه إلا إذا نقل من مكانه الذي هو فيه إلى مكان آخر، إن بيع جزافاً، إلا إذا كاله المبتاع إن بيع على الكيل^(٢).

ومما تقدم نرى أن المنقول إن كان مقدراً، فقبضه يكون باستيفاء قدره، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، أما الجزاف فقبضه بنقله من مكانه، وهو مذهب الحنابلة ورواية عن المالكية، وفيما عدا الجزاف والمقدر يكون القبض ما يعتبره العرف قبضاً، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل، والأحاديث المصرحة بالنهي عن بيع الجزاف حتى ينقل، وعملاً بالعرف فيما لم يرد فيه نص. وهذه القواعد التي أوردها الفقهاء، تعني إزالة كل لبس أو غرر يتعلق بالسلعة محل العقد.

وهذه هي القواعد التي بحثها الفقهاء، وهي في الغالب تدور في وصف كل سلعة بما يناسبها من تسليم.

(١) المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ج ١١ ص ١١ طبعة القاهرة ١٩٤٨ م - الحلي، المختصر النافع (أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلي الحلي ٦٧٦هـ).

(٢) بن حزم، المحلى ج ١١ ص ١١ ط ٢ وزارة الأوقاف.

والواقع الذي نراه هنا أن القبض على الصورة التي اتفق عليها الطرفان إن تحقق كان تسليمًا صحيحاً، يتفق وروح تلك القواعد التي بحثها الفقهاء، إلا أن المشكلة ليست في كيفية القبض بل في مدى تحققه أولاً، ثم تحققه بكل المواصفات المتفق عليها سلفاً.

ومن هنا فإننا نرى أن التجارة الإلكترونية من حيث تكيفها تشبه - لحد ما - عقد السلم الذي يتحقق من ضرورة تسليم الثمن في مجلس العقد، بينما السلعة تأتي متراخياً تسليمها.

إلا أن السلم لا يكتنفه غموض حول شخصية المتعاقدين كما في التجارة الإلكترونية، وأنه من أسلم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، إن قيل أنه متحقق في التجارة الإلكترونية، يبقى أماناً كيفية تسليم تلك البضائع إلى المشتري الذي سدد ثمنها ومدى جدية ذلك من البائع.

فإننا نرى أن احتمالية الغرر قائمة في التجارة الإلكترونية، وأن القدرة على القبض يكتنفها كثير من المشاكل منها قوانين كل بلد.

فقد تكون بلد المشتري تستلزم تحصيل جمارك على هذه السلع وتعرثر تسليمها بذلك مايؤدي إلى ضياع حق المشتري خاصة، إذا لم يكن هناك اتفاق سابق من يتحمل دفعها، أو خضوع المبيع لإجراءات فحص من قبل دولة المشتري ماقد يمنع تسليمها، أو أن البائع نفسه يمتنع عن تسليمها، أو تسليم سلعة أخرى، مشابهة أقل جودة وسعراً بما اتفق عليه، إذ ليس هناك من ثمة خيار للمشتري، إذ يحمد الله أن السلعة وصلت إليه بأي صورة كانت.

والغرب أنفسهم يفصحون عن مدى المخاطر التي تواجه السلعة عند

القبض، فيقولون إنه يجب التعامل مع سوق الإنترنت بحذر^(١) وأن سوق الإنترنت ديمقراطية فوضوية^(٢).

ويقولون أيضاً: إحدى المشاكل التي تواجه الإنترنت، تكمن في صعوبة تسليم المنتج للعميل^(٣).

وحصيلة ذلك كله يجعلنا نقول بتحقيق الغرر في البيوع الإلكترونية، ذلك أن هدف الشرع الحكيم إقامة مجتمع آمن خال من الكره والبغض وأكل أموال الناس بالباطل، ومن ثم سدت الشريعة الإسلامية كل باب يفضي إلى النزاع، فنعت بيوع المنازعة والحصة وحبل الحبلية وغير ذلك من البيوع التي تنفضي إلى النزاع بين الأفراد داخل المجتمع.

ويدل على ذلك أن الرسول ﷺ قال لحكيم بن حزام، حينما سأله يارسول الله يأتييني الرجل يبتاع مني شيئاً أخذ منه ثم أبتاع له من السوق، فنع قائلاً: "لا تبع ما ليس عندك"^(٤) والسبب واضح هو سد باب النزاع بين الناس، وظهر من هذا الحديث أن حكيم بن حزام يقبض الثمن أولاً، ثم يبدأ في شراء السلعة، ورغم أن التعاقد بين حاضرين على مواصفات متفق عليها، لم يجز ذلك رسول الله ﷺ سداً لباب الغرر أو الغش، فبالك بتجارة تجوب المحيطات لا يعرف البائع فيها المشتري، يدفع الأخير الثمن مقدماً ثم ينتظر استلام السلعة

(١) بوب نورتون، التجارة علي الإنترنت ص ٧٧.

(٢) نفس المرجع ص ٦٦.

(٣) سيمون كولن، التجارة علي الإنترنت ص ٢٠٣.

(٤) سبق تخريجه ص ٢٢٨. ٢٢٢؟

التي تكون في ذمة البائع فهل يمكن منطقاً القول بصحة هذه البيوع عبر شبكة الإنترنت بين غائبين لا يعرف أحدهما الآخر، ولذلك لزم القول بوجود ضوابط تكفل إيصال لكل ذي حق حقه، وهو ما سيأتي.



المبحث الرابع

ضوابط القبض عبر شبكة الإنترنت

إن احتمالية الغرر وسهولته في التجارة الإلكترونية، ليس مبرراً للقول بمنعه ذلك أن ما لا يدرك كله لا يترك جله، فإن للتجارة الإلكترونية منافع ومصالح كثيرة لا يمكن حصرها.

وأن الأصل في المعاملات المالية الإباحة لا الحظر، ومن ثم يلزم وضع ضوابط تكفل عدم تعثر مثل هذه البيوع وتفادي الغرر، فيلتزم البائع تسليم السلعة التي أُنْفِقَ عليها والاتفاق على نفقات القبض وأجرة الشحن، وغير ذلك كما يقولون (Door To Door) أي من الباب إلى الباب.

أما المشتري فيلزم منه ضرورة الوفاء بالثمن كاملاً، وبالعملة التي اتفق عليها شاملة لكل ما اتفق عليه من مصاريف إضافية كرسوم النقل أو الشحن أو الحفظ.

أما السلعة فيلزم أن تأتي على الصفة والوصف التي أُنْفِقَ عليها من حيث الوزن أو الطول أو الكيل واللون والرائحة وغير ذلك.

ولكي يمكن تفادي الغرر في التجارة الإلكترونية، يلزم التأكد من ضرورة القبض للسلعة بعد قبض الثمن عن طريق المكتب التجاري لنفس الشركة في بلد المشتري أو أي ممثل عنه أو بضمان بنك أو مؤسسة مالية تستطيع رد الثمن عند عدم الوفاء أو تعثره.

ومن ثم فإن الغرر ينتفي وتصبح التجارة الإلكترونية وجهاً جديداً آمناً للتجارة الحديثة مما يقبله الإسلام الذي حض على الأمان وحفظ أموال الناس.

خلاصة ما مضى:

الشريعة الإسلامية قد حضت على التجارة، وجعلتها من المهن الشريفة التي تهدف إلى نماء المجتمع ووضعت لها ضوابط تمنع باب الغش والخداع وتسد باب الغرر.

والتجارة الإلكترونية وإن كانت صورة جديدة للتعامل، فإن الإسلام قد وضع ضوابط التثبت من جدية كل من البائع والمشتري وجدية قبض السلعة، وجعلت التعاملات تسير في وضوح وجلاء، وأغلقت كل ما يعكر صفو التعاملات التجارية من الغش والخداع والحيلة والغرر.

وأن التعامل عن طريق الإنترنت بشراء سلعة منه، تشبه عقد السلم أو هي من جنسه مما يمنع القول بحرمته.

ويلزم لكي تتحقق الجدية والصدق في التعامل وتحقق القبض، أن يكون للشركة المعلنة على شبكة الإنترنت وكيل داخل البلد الذي يتم دفع ثمن السلعة فيه، ويكون بالتالي مسؤولاً عن القبض، وهو ما يغلق باب الغش والغرر للذان يواجهان القول بجرمة هذه البيوع.

وأن التعاملات متى اتسمت بالجدية والوضوح صحت، وأن القول بغير ذلك يجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً لجمود المعاملات، ويقضى على القول بصلاحياتها لكل زمان ومكان.

فمرحباً بكل أصناف التعامل التجاري متى روعيت في ذلك ضوابط العاقلين والسلعة وجدية التعامل على وجه يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء على ماسلف ذكره.

والبحث في مصداقية التجارة الإلكترونية ومدى ملاءمتها للسوق
العصري يستدعي مزيد بحث وإضفاء ثمة ضوابط تكفل نجاح هذه البيوع وإلا
حكمنا بحرمتها وعدها لوناً من ألوان أكل أموال الناس بالباطل.

ولا يخفى أن الحكم بجرمة هذه البيوع سوف يستتبع فشل التجارة
الإلكترونية عند المسلمين خاصة وعدم ملاءمتها لجمهور المنتفعين عامة، وذلك
تأكيداً من مبدأ حفظ أموال الناس من الضياع، بسبب الفوضى التي تسيطر
على التجارة العالمية عبر النت وتفشي عدم الثقة التي يجب أن تسود تلك
التجارة الوليدة.



المبحث الخامس

التقدم العصري وأثره على القبض في الفقه العقابي

تمهيد وتقسيم:

إذا كان مقتضى رسالتى تدور في فلك التعاملات المدنية، إلا أن القبض قد يرتب شقاً جنائياً، وذلك في بعض الجرائم كما في خيانة الأمانة، وذلك لأن القبض ليس محصوراً فقط في مناوله صاحب الأمانة بل وجد من الآلات مايقوم مقام البشر في القبض، الأمر الذي يدعونا إلى بيان موقف المال المسلم من الآلات الكهربية أو الإلكترونية، وهو ما يقتضينا أن نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: القبض الحاصل من الأجهزة الإلكترونية الكمبيوتر أو الأتوماتيكية.

المطلب الثاني: مفهوم جرائم الحاسب الآلى.

المطلب الثالث: علاقة جرائم الحاسب الآلى بخيانة الأمانة.



المطلب الأول

القبض الحاصل من الأجهزة الإلكترونية

الحاسب الآلي أو الأوتوماتيكية

ظهر في العقدین الأخيرین من القرن الحالی، نوعاً جدیداً من الجرائم يستخدم فيه الكمبيوتر للأغراض الدنيئة، أطلق عليه اسم جرائم الكمبيوتر Copmuter Crimes وقد بلغت الخسائر التي ترتبت على تلك الجرائم في بريطانيا وحدها ٥٠٠ مليون وبليوني جنيه استرليني، وأن الخسارة السنوية للولايات المتحدة الأمريكية تقدر بنحو ثلاثة أو خمسة بلايين دولار، وبالرغم من ضخامة هذه الأرقام، فإن بعض الخبراء يعتقدون أنها لا تمثل إلا جزءاً متواضعاً من الخسائر الفعلية.

ذلك أن الشركات والمؤسسات التي تتعرض لمثل هذه الجرائم تؤثر عدم التبليغ عنها، مخافة أن يؤثر ذلك على سمعتها فتفقد ثقة زبائنها فيها، وغالبا ماتكون المصارف هي الهدف الرئيسي لتلك الجرائم، وفي معظم الحالات يكون الجناة من موظفي البنك أنفسهم، وقد رفع من نسبة هذا النوع من الجرائم الاعتماد على تحويل الأموال إلكترونياً P Electronic Funds Transfer، إذ يكفي أن يعرف المجرم الرموز المستخدمة في عملية تحويل الأموال إلكترونياً، حتى يستطيع أن يختلس ملايين الدولارات خلال ثوان^(١).

(١) من أشهر الجرائم التي حدثت بهذه الطريقة، بالجريمة التي قام بها ستانلي مارك رفكين وهو خبير كمبيوتر يعمل في مصرف Security Pacific National Bank في الولايات المتحدة الأمريكية (مهندس بييس فرعون، جرائم الكمبيوتر، مقالة بجملة العربي العدد ٤٠٩ / ١٩٩٢م).

المطلب الثاني

مفهوم جرائم الحاسب الآلي^(١)

جرائم الحاسب الآلي^(٢): هي أفعال إجرامية ترتكب باستخدام الكمبيوتر كأداة أساسية، والتكليف الفقهي والقانوني يتوقف على نوع الركن المادي لتلك الجرائم.

فالأجهزة الأتوماتيكية أو الكمبيوتر التي تحوي بعض السلع والحاجات كالحلويات والمشروبات الغازية، تقدم السلعة لطلبها إذا ما وضع قطعة معينة من النقود فيها، فإذا تمكن شخص من أن يحصل على تلك السلعة دون أن يدفع الثمن المقابل فالتكليف هذا الفعل؟

من المعلوم أنه إذا كسر الشخص الجهاز واستولى على السلعة، فإن عمله هذا يعتبر محققاً لجريمة السرقة، لأنه نقل حيازة السلعة دون رضا صاحبها وهو المالك للجهاز.

ولكن قد لا يقوم الجاني بالكسر، بل يتمكن من جعله يسقط له ما يريد من سلعة بطريقة الحيلة، دون أن يدفع الثمن، كما لو وضع في المحل المعين

(١) استجاب المشرع العماني للتطورات الحديثة فقام بتعديل قانون الجزاء العماني رقم ٧ لسنة ١٩٧٤ بموجب المرسوم السلطاني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠١ بإضافة الفصل الثاني مكرر الى الباب السابع تحت عنوان «جرائم الحاسب الآلي» ولقد اشتمل هذا الفصل على خمس مواد هي المواد ٢٧٦ مكرر، ٢٧٦ مكرر (١) ٢٧٦ مكرر (٢) ٢٧٦ مكرر (٣) ٢٧٦ مكرر (٤).

(٢) للمزيد عن هذا الموضوع يراجع مؤلف د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٢

للقود قطعة من النحاس أو معدن آخر أو قطعة من عملة أجنبية أو غيرها قيمتها أقل من قيمة العملة المطلوب وضعها، مما جعل الجهاز يسقط له السلعة المطلوبة، أو أن يعطي الكمبيوتر معلومات معينة، فيؤدي ذلك إلى القبض، فهنا يدق البحث في تكييف هذا الفعل.

وقد ذهب البعض إلى أن المعلومات المصطنعة التي تؤدي إلى فتح الخز هي سرقة^(١).

والواقع أن القبض الصادر من الكمبيوتر، بناء على هذه المعلومات قد يبدو للوهلة الأولى أنه تسليم ناتج عن غش، إلا أن المدقق للنظر يجد أنه تسليم ناتج من آلة صماء لا إرادة لها، فهو تسليم منعدم، وبالتالي فهو سرقة إذا توافرت كامل شروطها.



(١) أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص - القاهرة ١٩٢٤، ص ٦١٤.

المطلب الثالث

علاقة جرائم الحاسب الآلي بجريمة خيانة الأمانة^(١)

يمكن إيجاد علاقة ما فيما إذا كان من قام بهذا الفعل هو من أوكل إليه الحفظ كأن تسلم إليه المفاتيح أو المعلومات التي يعرف كيف يعطي الرموز، أو ما يسمى بـ PASSWORD الخاص بالكمبيوتر فيحدث القبض، فهنا الفعل خيانة أمانة، ذلك لأنه أؤتمن على هذه الأسرار بموجب وظيفته، وهذه الطريقة من أحدث طرق الاستيلاء على المال في العالم، فكل مافي الأمر هو إعطاء أمر ما بتحويل مبلغ من حساب إلى آخر^(٢).

وتتوافر أركان جريمة خيانة الأمانة في هذا الفعل، وذلك بتوافر ركن القبض بإمداده بالأرقام السرية عن طريق وظيفته، ووقع الفعل عن قصد، بخلاف ما إن قام بالفعل شخص آخر ممن لم يؤتمن على أسرار الكمبيوتر، فيكيف الفعل بأنه "سرقة عصرية" توافرت فيه الخفية، أما الحرز فيختلف حرز كل شيء بحسبه وزمنه، ولو أن فقهاء الشريعة الإسلامية الذين بحثوا السرقة، كانوا في زماننا لأوجبوا قطع يد من يستولي على مال دون أن يؤتمن عليه بطريق الكمبيوتر، بل الأولى قطع يد السارق من البيت أو المصنع، حيث إن

(١) راجع في ذلك المادة ١/٣١٤ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

(٢) د محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٠، ص ١٤٨ وما بعدها، د عماد خليل، التكييف القانوني لإساءة استخدام أرقام البطاقات عبر شبكة الانترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الامارات العربية المتحدة عام ٢٠٠٠

الأول يتمتع بالهدوء والرؤية، وتخطيط لهدفه، بخلاف الثاني الذي يقفز من نافذة أو يتسور ثم يعتمد على السرعة، وغالباً عدم التروي، فسارق الكمبيوتر أشد خطراً. ولكم سمعنا عن سرقات بالملايين، وغيرها أشد مما لم يبلغ عنها خوف الفضيحة.

جريمة خيانة الأمانة ذات صلة وثيقة بجرائم الكمبيوتر متى عهدت إلى الخائن المعلومات والأرقام السرية التي يستطيع أن يحصل بها على الأموال بحكم عمله، فهو مثل الأجير الخاص في الفقه الإسلامي على النحو الذي سيأتي عند الكلام في عقد الإجارة.

المسئولية العقدية وعقود الأمانة في الشريعة الإسلامية:

التعرف على العقد، وكونه سبباً للإلتزام، هو الأساس الذي على هديه نستطيع أن نكيف وجه الخيانة، لذا فقد عرضنا لكل مارأيناه موجباً للأمانة، وتحدد على أساسه مساءلة الخائن عن فعله. وتنقسم العقود قسمين: أولاً: عقود تقليدية. ثانياً: عقود معاصرة.

أما العقود التقليدية: فهي ما كان الناس يتعاملون بها كالبيع والشراء والرهن والكفالة، وغير ذلك من العقود التي تعارفوا عليها، وكانت صحيحة متى توفرت شروطها.

ثانياً: العقود المعاصرة: وهي عقود ظهرت حديثاً، مثل عقد التوريد، وعقد النقل البحري، وعقد النقل الجوي، وعقد الصيانة.

فكل عقد نتوصل إليه البشرية في الحال أو في الاستقبال، يمكن وضعه في ميزان الشريعة من التراخي وخلوه من الظلم وأكل أموال الناس بالباطل.

ولقد بحث شراح القانون كافة ما أفرزته المعاملات من عقود آنذاك وقسموها لكل قسم ما يناسبه ومهما تباينت تلك التقسيمات إلا أنها تدور في فلك واحد^(١) لا يختلف في جوهره عما جرى عليه الفقه الإسلامي الحديث أو القانون المدني^(٢)، وذلك كله في محاولة للخروج بنظرية حاکمة لها، لتضحي المسؤولية العقدية وأوجه الخيانة واضحة المعالم، وطيدة الأساس، مبرأة عن الغموض والثغرات، وهي في سبيل ذلك لا تنحس أي طرف حقه، إنما تقيم توازناً يكفل لكل ذي حق حقه^(٣).

(١) فتقسم العقود إلى ستة أقسام: الأول عقد لازم يقصد منه العوض، وهو البيع وما في معناها، والعقود في هذا القسم قد يثبت فيها الخيار كالبيع والإجارة في الذمة، والصلح بمعني البيع، ومنها ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم والبيع الربوي. القسم الثاني: عقد لازم لا يقصد به العوض، كالنكاح والخلع والوقف والهبة. والقسم الثالث: عقد لازم من أحد الطرفين دون الآخر، كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن، وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما. والقسم الرابع: عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية. القسم الخامس: عقد متردد بين الجواز وال لزوم كالمساقاة والمزارعة والسبق والرمي. القسم السادس: عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحالة والأخذ بالشفعة (المغني لابن قدامة ٥٩٤/٣ وما بعدها مكتبة الكليات الأزهرية).

(٢) أما تقسيمات العلماء المعاصرين في الفقه الحديث: فالعقد قد يرد على الدين، أو العين، أو المنفعة، أو العمل (قدري باشا في المواد ٢٦٣ - ٢٦٥) وهو مأخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٧٤) حيث تنص على أنه: يصح أن يرد العقد على: النقود، والالتزام بالعين، هو الذي يكون محله عين من الأعيان منقولة كانت أو عقاراً، والالتزام بالمنفعة هو الذي يكون محله منافع الأعيان للإنتفاع بها بعوض إجارة، أو بغير عوض كالإعارة، والالتزام بالعمل، هو الذي يكون محله عملاً معيناً من الأعمال، أو الذي يكون على خدمة معينة.

(٣) ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية د/محمد الشحات الجندي ص ٦٠ طبعة سنة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م دار النهضة العربية بمصر.

ووصف العقد بكونه "عقد أمانة" إنما يطلق على العقد "بالمفهوم الواسع" في الفقه الإسلامي، فيشمل التصرفات التي تتعقد بارتباط ارادتين، على وجه يظهر أثره في المحل، مثل البيع والإيجار والصرف والسلم والرهن والشركة والمساقاة، وهي ما تتطلب التراضي لانعقادها، وهذا ما يطلق عليه العقد بمعناه العام، لا بمعناه الخاص.

كذلك يشمل التصرفات القانونية التي تنطوي على إلزام شخص نفسه شيئاً من الإحسان، من غير تعليق على شيء مثل القرض والهبة والعارية، وهذه التصرفات تتم بإرادة واحدة هي إرادة الملتزم، وأن الركن فيها يتم بالإيجاب فقط، وأن القبول فيها ليس بركن.

كما أنه بالإضافة إلى ماتقدم من كون العقد "أمانة" شاملاً العقد الملزم لجانين، وكذا الإرادة المنفردة، أي للتصرف القانوني بمعناه الواسع.

وإذا كان الفعل المادي يصح أن يكون سبباً للخيانة، وهو واضح في لاقط الشيء "اللقطة" فإن العمل القانوني كتصرف الوكيل فيما يجاوز حدود وكرالته أيضاً سبباً من أسباب الخيانة متى توافرت شروط ذلك. العمل المادي الصادر من الخائن، سواء كان سببه المسؤولية العقدية أم التقصيرية يكونان الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - أيضاً - هما الأسباب المكونة لجريمة خيانة الأمانة، رغم وجود فارق جوهري بين تلك المسؤوليتين^(١). وبذلك

(١) الفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في القانون:

الاعذار: واجب لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية، ويعفى الدائن منه في المسؤولية التقصيرية. الأهلية: شرط لقيام المسؤولية العقدية، ويكفي التمييز لتحمل المسؤولية التقصيرية.

تكون المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(١) معاً صورة تماثل جريمة خيانة الأمانة في الشريعة الإسلامية، أي التعدي بناء على وجود عقد سابق بين المتعاقدين.

التعويض في المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المتوقع وقت التعاقد، ماعدا حالتي الغش والخطأ الجسيم، بينما التعويض في المسؤولية التقصيرية، يكون عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع أن التضامن لا يتأتى في المسؤولية العقدية، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بذلك، بينما التضامن مفترض بحكم القانون في المسؤولية التقصيرية. الإعفاء من المسؤولية: يجوز الإعفاء من المسؤولية في المسؤولية العقدية، ولا يجوز الإعفاء من الأخطاء من المسؤولية في المسؤولية التقصيرية. التقادم تخضع المسؤولية العقدية للقاعدة العامة في التقادم، فتسقط بمضي خمس عشرة سنة، أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم، في القاعدة العامة بثلاث سنوات واستثناء بخمس عشرة سنة، ولا تتقادم إذا كان الفعل الضار جريمة، إلا بسقوط الدعوى الجنائية. (د/محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات ص ٤٤٩ وما بعدها ط ٣ سنة ١٩٨٧ مطبعة جامعة القاهرة).

(١) المسؤولية العقدية: تجب جزاء لعدم تنفيذ العقد، كمسؤولية الناقل في عقد النقل عند عدم تنفيذ التزامه بالنقل، ومسؤولية المدين بعدم الوفاء بالدين في عقد القرض، فالمسؤولية العقدية، تنشأ بسبب عدم تنفيذ التزامه بالنقل، الواجب بمقتضى العقد. أما المسؤولية التقصيرية فإنها تجب جزاء العمل غير المشروع، الذي يترتب الضرر مثل إخلال الطبيب بالتزامه في علاج المريض، ومسؤولية الشخص الذي أتلّف مال الغير، فالفارق بين نوعي المسؤولية، أن المسؤولية العقدية تنشأ عن الإخلال بإلتزام فرضه العقد، بينما المسؤولية التقصيرية تنشأ عن الإخلال بإلتزام فرضه القانون.

الفصل الثالث

تطبيق وسائل القبض الحديثة على بطاقات الائتمان^(١)

تمهيد وتقسيم:

أن بطاقات الائتمان^(٢) هي من الأمور المستحدثة في هذه الأيام دعت إليها الحاجة لموكبة العصر بعد ان أصبح قرية صغيرة من جهة ولعدم ملل الأفراد الكثير من الأموال في جيوبهم خشية السرقة، وحيث ان التعامل عن طريق بطاقات الائتمان من الأمور المستجدة في حياتنا اليومية فكان لزاما علينا ان نبين ماهيتها وتطورها وكيفية القبض فيها وأنواع هذه البطاقات وأطرافها ومنافعها كل ذلك من خلال نظرة الفقه الاسلامي لها.

وهذا بما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية بطاقات الائتمان.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لبطاقة الائتمان

المبحث الثالث: كيفية القبض في بطاقات الائتمان

(١) لن يتسع المقام في هذه الفصل لدراسة بطاقات الائتمان دراسة وافية، حيث يخرج ذلك من نطاق البحث والهدف المبتغى من وراءه، فالدراسة أساسها قبض الأموال، وتتناول بطاقات الائتمان باعتبارها صورة من صور القبض الحكمي التي اقرها الفقهاء في الفقه الاسلامي أو القانون الوضعي.

(٢) لم يصدر في سلطنة عمان قانون خاص ينظم عملية اصدار واستخدام بطاقات الائتمان ولكنه اكتفى بتعديل بعض نصوص الجزاء العماني سابق الاشارة.

المبحث الرابع: أنواع وصور بطاقات الائتمان

المبحث الخامس: أطراف بطاقة الائتمان.

المبحث السادس: منافع بطاقة الائتمان.

المبحث السابع: بطاقات الائتمان في منظور الفقه الإسلامي.



المبحث الأول

ماهية بطاقات الائتمان^(١)

ليان تعريف بطاقات الائتمان يجدر بنا ان نتناول تعريفها لغة واصطلاحاً
ثم نبين بعد ذلك مشروعيتها وأخيراً كيفية الشرعي.
أولاً: معنى بطاقات الائتمان لغة واصطلاحاً
١- بطاقات الائتمان لغة:-

لا يوجد معنى لغوي لبطاقات الائتمان حيث انه مصطلح حديث النشأة
فهو مصطلح مكون من كلمتين هما بطاقات، ائتمان، لذلك نتناول تعريف كلا
الكلمتين فيما يلي:-

أ- البطاقات: جمع بطاقة، وهي تطلق على الرقعة الصغيرة من الورق أو
غيره، يدون فيها رقم ثمن ما تعلق عليه^(٢)

(١) للدراسة المستفيضة عن بطاقات الائتمان يرجى مراجعة المؤلفات الآتية د. حماد مصطفى
عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط
١٩٩١، كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان رسالة دكتوراه
جامعة أسيوط، منشورة لدى دار النهضة العربية ١٩٩٨، د. حسين إبراهيم خليل، بطاقات
الدفع الإلكتروني من منظور اسلامي، دار الكتاب الحديث ٢٠٠٩، عبد الفتاح محمود
إدريس، بطاقات الائتمان أ. شبيب بن ناصر البوسعيدى المرجع السابق ص ٦٣ وما بعدها.
(٢) بطرس البستاني، معجم محيط المحيط مكتبة لبنان ط ١٩٨٧ ص ٤٤، د. عبد الفتاح محمود
إدريس، بطاقات الائتمان ص ١.

ب- الائتمان: أى الثقة وعدم الخيانة يقال آمنه وأمنه تأميناً، وأئتمنه واستأمنه بمعنى واحد وقد امن فهو أمين وأمان مأمون به ثقة والامنة، الذى يثق بكل احد^(١).

٢- بطاقات الائتمان اصطلاحاً:-

لدى الاقتصاديين:- عرفت فى معجم أكسفورد بأنها " البطاقة الصادرة من بنك أو غيره، تخول حاملها الحصول على حاجياته من البضائع ديناً" وهذا هو معنى مركب كلمة Credit card التى أطلقت كمصطلح انجليزى على بطاقات الائتمان فكلمة card تعنى "البطاقة التى تكون من ورق سميك مسطح أو بلاستيكي يصدرها بنك أو غيره لحاملها وعليها بعض البيانات الخاصة بحاملها" فإذا كانت من قبيل فأنها تصدر بقصد الحصول على نقد أو دين^(٢) وفي بيان حقيقة الائتمان لدى الاقتصاديين، فانه "منح دائن لمدين مهلة من الوقت، يلتزم المدين بانتهاؤها دفع قيمة الدين"^(٣).

والائتمان فى الشؤون المالية، يعنى عادة قرضاً، أو حساباً على المكشوف يمنحه البنك لشخص ما، كمايعنى حجم الائتمان: "المقدار الكلى للقروض، والسلف التى يمنحها النظام المصرفي".

(١) القاموس المحيط للفيروز ابادى ج ٣ ص ٢٢١، مختار الصحاح، للرازى ص ٣٤٠.

(٢) The concise Oxford Dictionary Eng...، U. S. A 1990 p272

مشار إليه لدى د. عبد الفتاح محمود إدريس، بطاقات الائتمان مرجع سابق ص ٢ وفى ذات المعنى د. عبد الجواد خلف، قضايا الفقه المعاصر فى المعاملات دار البيان للطباعة والنشر ط ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ص ٢٣٠.

(٣) موسوعة المصطلحات الاقتصادية (ص ٣).

وتصدي مجمع الفقه الاسلامي^(١) وعرف بطاقات الائتمان بأنها "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري - بناء على عقد بينهما - يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف"^(٢).

ومن الملاحظ على هذا التعريف أنها - بطاقة الائتمان - عقد مركب من عقدين متلازمين فيهما طرف من الإذعان، وهما:

أحدهما: عقد بين المصدر، وبين حاملها، يتضمن سقفاً - حداً أقصى - للائتمان، وشروط العلاقة.

ثانيهما: عقد بين المصدر، وبين من يعتمدها من مؤسسات، وشركات، ومصارف ومن أهم محتويات هذا العقد، العمولة التي يأخذها المصدر من الذين يتعاملون بهذه البطاقة من أصحاب المحلات والخدمات^(٣).

(١) وقد كتب في هذه النازلة كثير من الفقهاء نذكر منهم د. محمد علي القري داغي، بطاقات الائتمان، وبجته هذا عمده في بحثها، د. عبد الستار أبو غدة بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، بحث عن بطاقات الائتمان، دراسة شرعية عملية موجزة، د. رفيق المصري بحث عن بطاقات الائتمان المعدنية. إعداد بيت التمويل الكويتي - ندوة البحرين عن الأسواق المالية وفيها بحث عن بطاقات الائتمان ورقة عمل عن السوق المالية، وفيها بحث عن بطاقات الائتمان - مناقشات حول بطاقة الائتمان: ٦٥١/٧ - ٦٨٢ لعدد من أعضاء المجمع قرار المجمع رقم (٧/١/٦٥) الائتمان. المولد على شكل بطاقة... محمد علي القري داغي: ٥٧٦/ - ٦٠١ - مناقشات المجمع حولها: ٦٣٩/٨ - ٦٧٠ قرار المجمع رقم (٨٥/٩/٨٢).

(٢) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ٧١٧/١ لسنة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ العدد ٧.

(٣) المصدر السابق: ٥٦٠/٧، ٦٥٥.

هذا هو التعريف العام للبطاقة الائتمانية، ولكن لا ينطبق على كل بطاقة^(١) ائتمانية، نظراً لاختلاف الشروط، والمواصفات، من مصدر إلى آخر، لهذا فإن الحكم لا بد أن يلحق كل بطاقة بعينها، بما لها من شروط، ومواصفات، فضلاً عن الحكم على مجموعة الشروط.

ثانياً:- مشروعية بطاقات الائتمان^(٢)

هذه "العقود الائتمانية" قد تكون جارية على الأصل الشرعي: "الحل في المعاملات والشروط" وقد نتعدى دائرة الحل إلى الحرمة لاشتغالها على ما حرمه الشرع المطهر من المعاملات الدائر تحريمها في ظلم الطرفين أو أحدهما أكلاً لأموال الناس بالباطل، ومعلوم أن كل معاملة محرمة في الشريعة قد تعود إلى تحريم الربا أو تحريم الغرر كالعجز عن تسليمه كالجمل الشارد أو لعدمه حين العقد، كجل الحبل، أو لجهالته كلياً، أو جهالة الجنس، أو جهالة المقدار.

ولما كانت هذه العقود الائتمانية ناشئة في "البنوك الربوية" القائمة على الربا غير مراعية الشريعة الإسلامية، داخل بعضها من الأوصاف والشروط، ما يعلم قطعاً بجرمة بعضها، أو دخول شائبة في البعض الآخر، فكان إذا متعيناً على فقهاء المسلمين النظر في هذه المعاملات وتصورها ثم تكييفها، والحكم عليها بما يصل إليه نظر الفقيه شرعاً حسب الدليل وقواعد الشريعة الكلية مع تحرير

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٣٧٧/٧ - ٣٧٨.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، بحث عن بطاقات الائتمان، دراسة شرعية عملية مرجع سابق ص ٢٥، د. حسين إبراهيم خليل، بطاقات الدفع الإلكتروني من منظور إسلامي، مرجع سابق ص ٢٣.

مآخذ التحريم، والبحث عن البديل أو التعديل في صيغ العقود والشروط،
تصحيحاً لمعاملات المسلمين، وابتعاداً بهم عما حرمه الله ورسوله ﷺ.

ثالثاً:- تكيفها الشرعي^(١):

لاشك أن تحديد التكيف الشرعي للبطاقة يتوقف عليه تحديد كيفية
القبض فحقيقة هذه البطاقة، وعد بقرض بفائدة معجلة وفوائد تأخير متعاقبة،
عرفت أنه لاوجه لتكييفها لدى بعض الباحثين بأنها عقد وكالة أو ضمان أو
كفالة أو حوالة... وإنما هي: "وعد بقرض" فكما اقترض اقتصت الفائدة منه
عن طريق التاجر، فلسان حال البنك يقول: لا تكن أيها التاجر شريكاً في البيع
على حاملي البطاقة إلا بشرط أن تدفع عنه فائدة القرض، ولسان حال حاملها
يقول للتاجر: أنا أشتري منك وأحيلك بالثمن على البنك، بشرط أن تدفع فائدة
القرض للبنك، فاتضح الصورة تماماً أنه لايقع "درهم واحد" في يد حاملها
إلا بفائدته في يد البنك، فهذا: "القرض بفائدة" وحالاً في يد البنك، "القرض
بفائدة" وهو عين الربا.

حينئذ صار حاملها في قبضة البنك، لينفذ فيه الوعيد بالغرامة، إذا تأخر
عن التسديد، ثم مضاعفتها كلها تأخر عن التسديد. ثم سحبه إلى دائرة الحقوق
للتنفيذ، فإن سدد، وإلا فإلى مأوى الغارمين.

ثم فيها: "غرر وجهالة" إذ في حال عدم استعمالها يفوت عليه هذا المبلغ

(١) أنظر المزيد د. حسين حسين شحاته، بطاقات الائتمان المصرفية بين التكيف والشرعي
والضرورة المالية.

بدون جدوى.

وعليه: فلاوجه لتكليف هذه الرسوم والبحث عن تخريجها، بأنها مقابل التكاليف الإدارية.

أن: "بطاقة الائتمان" بأنواعها: فيزا، أمريكان إكسبريس، ماستر كارد، أو غيرها، جميعاً في حقيقتها عقد ربوي، مبني على الاستتار بالبطاقة التي اتفقت أطرافها الثلاثة أو الأربعة على التعاون على الإثم والعدوان وأكل الربا والله سبحانه يقول: ﴿وَإِنْ يُرِيدُوا إِخْيَانَكَ فَقَدْ خَانُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ﴾ [الأنفال: ٧١] وهنا خانوه من قبل بالقرض بالفائدة علناً دون تغليفها: "بطاقة ائتمان" ثم غفوه بما يسمى: "بطاقة الائتمان" وكلاهما تحايل على انتهاك محارم الله، وقد صب الله غضبه ولعنته على من استحل محارمه بالحيل من اليهود فقال سبحانه: ﴿فِيمَا نَقُصُّهُمْ مَيِّتَتْهُمْ لَعْنُهُمْ وَجَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ وَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ وَلَا نُزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ﴾ [المائدة: ١٣].

وإذا كان الحال كذلك، وأن نظام منظمات الخدمات المصرفية لا تعارض البنك العضو فيها من إصدار البطاقة الائتمانية، بما لا يتعارض مع نظامه الداخلي، فإن الفرصة مفتوحة للمصارف الإسلامية في إصدار "بطاقة ائتمان" تتفق عليها جميعاً بفتوى علماء الشريعة الموثوق بعلمهم ودينهم وخبرتهم وبصيرتهم، وفي هذا أجر عظيم وخير كثير في تصحيح معاملات المسلمين، وحمايتهم من الوقوع فيما حرمه الله ورسوله ﷺ.

المبحث الثاني

التطور التاريخي لبطاقة الائتمان^(١)

المتتبع لأحوال الناس في التعامل على مدى القرون، يجد وسائل التبادل والتعامل بينهم، تختلف من زمان إلى آخر، آخذة بأطوار من التطور والارتقاء والنقلة من حال إلى أخرى^(٢)، لاسيما في هذه الأزمان المتأخرة، بعد نشأة المصارف، وتطور التقنية في الاختراع، واتصال العالم بعضه ببعض فلقد كانت: "المقايضة" هي وسيلة التبادل بين الناس، ثم تدرجت بهم الحال إلى اختراع: "النقود السلعية" فكانت رقاعاً، وكانت ملحاً، وكانت طعاماً، ثم كانت في الجوهري (الذهب، والفضة)^(٣) ثم تدرجت إلى: "النقود الائتمانية" وأشهرها: "العملات الورقية" لكل حكومة، مع صرف النظر عن كونها مغطاة بذهب أو فضة، أو غير مغطاة، والاعتماد على قوتها الاعتبارية، والثقة بالحكومة المصدرة لها. وصارت هي مرتكز الائتمان^(٤). وفي دور نشأة: "المصارف" - البنوك - والتي من أهم مواردها: قبول الودائع، والقروض، اتخذت وسائل دفع جاهزة هي: "الشيكات" بدلاً من حمل: "النقود الائتمانية" العملة الورقية، فصارت خطوة ثانية.

(١) د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، الكيبالة - السند الاذني - الشيك - النقود الاليكترونية - الأوراق التجارية الاليكترونية - بطاقات الوفاء والائتمان، دار الفكر الجامعي ط ٢٠٠٧ ص ٣٥٠ وما بعدها.

(٢) مجلة المجمع: ٣٧٥/٧، ٣٧٧، ٤٤٥، ٤٤٧، ٦٥٥، ٥٧٧/٨، ٥٨٠، ٦٣٩.

(٣) د. محمد زكي شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، ص ١٩٨ وما بعدها.

(٤) د. محمد حافظ الرهوان، النقود والبنوك، مؤسسة البيان التجارية، دبي ١٩٨٨، ص ٢٥ وما بعدها.

وفي دور تنامي السوق المالي والتطور المطرد لشئون الحياة، جاءت النقلة والخطوة الثالثة باختراع وسيلة دفع جاهزة أسرع فعالية وأكثر من "الشيك"، هي: "البطاقة الائتمانية" عن طريق الصراف الآلي.

وهنا يأتي البحث عن تاريخ نشأة: "البطاقة" والتطورات التي مرت بها في مطلع القرن العشرين الميلادي، ويحدده بعضهم بعام ١٩١٤م^(١)، حيث بادرت بعض الفنادق الكبرى بإصدارها إلى صفوة العملاء والتميزين بالتعامل معهم في سكنى الفنادق، وذلك لتسهيل معاملاتهم، واختصار الوقت لهم إضافة إلى مافياها من تميز بمهلة زمنية لدفع الالتزامات المترتبة عليهم، ومافياها من مباهاة، فهي بمثابة "مرتبة الشرف" أيضاً^(٢).

ثم قامت بإصدارها بعض المحلات التجارية وبعض محلات الوقود، واستمر العمل بها حتى خلال الحرب العالمية الثانية، بسبب القيود التي ضربت على الائتمان.

ثم رفعت تلك القيود، فعاد مصدر البطاقات إلى نشاطهم في إصدارها، وفي عام ١٩٤٩م راجت سوق البطاقات، فتكونت أول شركة متخصصة في إصدارها، وهي: "شركة داينرز كلوب" واقتصرت في نشاطها على إصدار بطاقة لرواد المطاعم.

(١) د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، مرجع سابق ص ٣٥٣ ويرى أن إصدارها كان من خلال إحدى شركات البترول.
(٢) د. رفعت نغرى أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مكتبة سعيد رأفت، ط ١٩٨٤، ص ٨.

ثم ظهرت "بطاقة أمريكيان إكسبريس" و"بطاقة كارد بلانش"، وفي عام ١٩٥١م، انتقلت فكرة البطاقات إلى: "البنوك التجارية" في أمريكا، حتى بلغت البنوك المصدرة للبطاقات مائة بنك.

ثم أخذت البنوك في تطويرها وتنويعها، لأنها صارت لها جواداً رابحاً، وكان من إصدارتها: "ضمان الشيك" بمعنى: أن البنك يضمن للمستفيد دفع المبلغ الذي يحمله الشيك المحرر من قبل حامل البطاقة^(١).

ثم ظهرت فكرة "بطاقة الائتمان" في السبعينات (١٩٧٠م) ونشط نشاطاً كبيراً، لأنها تؤدي فكرة: "القرض بفائدة" الذي قامت عليه البنوك.

ثم تأسست جمعية بنكية بإصدار بطاقة منافسة لها، ثم تكونت جمعية تعاونية فأصدرت البنوك بواسطتها "بطاقة فيزا" وهي مع سابقتها أكثر البطاقات إنتشاراً.

وكلمة: "فيزا" منحوتة من الجمعية أو المنظمة المنشئة لخدمة الأنشطة المصرفية، تضم في عضويتها البنوك الملتزمة بلوائحها وأنظمتها، وهي في أكثر من مائة وستين دولة في العالم، فتسعى هذه المنظمة لخدمة البنوك المصدرة لهذه البطاقة، مع عدم التعارض مع النظام الداخلي للبنك العضو المشترك، مقابل أجور عضوية، وأجور خدمات، وهذا التعريف ينطبق على المنظمات الأخرى مثل: "أمريكان إكسبريس" والتي تصدر البطاقات الائتمانية من البنوك باسمها، وهكذا انتشرت البطاقات، وصارت عملاً أساسياً لعمل البنوك القائمة على:

(١) د. فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٩، ص ٦.

"القرض بفائدة"، وتسابق الناس إلى الحصول عليها خاصة في الدول الصناعية: أمريكا، وأوروبا، واليابان. حتى بلغ عدد البطاقات الصادرة في بريطانيا عام ١٩٨٧م نحو (٣١) مليون بطاقة، وفي اليابان عام ١٩٨٥م (٨٥) مليون بطاقة، وعلى مستوى العالم نحو: (٨٠٠) ثمانمائة مليون بطاقة، كما تقدر أرباح البطاقات للبنوك المصدرة لها في أمريكا نحو (٢٧٥) بليون دولار لعام ١٩٨٦م.

وفي عام ١٩٨٩م حققت شركة بطاقة "أمريكان إكسبريس" ربحاً إضافياً يقدر بمبلغ (٥٠٠) مليون دولار.

ثم كان زحفها إلى العالم الإسلامي، وانتشرت في السنوات الأخيرة خاصة بعد عام ١٩٩٠م انتشاراً رهيباً، حتى صارت محلات عرضها تنافس أي محل تجاري^(١).



(١) د. محمد توفيق سعودي، بطاقات الائتمان والأسس القانونية، للعلاقات الناشئة عن استخدامهما، دار الأمين للنشر والتوزيع، ط ٢٠٠١، ص ١٨.

المبحث الثالث

كيفية القبض في بطاقات الائتمان

لكي يمكن تحديد طبيعة القبض في بطاقات الائتمان لابد من معرفة أولاً من له حق إصدار البطاقة ومن له الحق في استعمالها.

١ - جهة إصدار البطاقة:-

فالبطاقة بأنواعها المختلفة، سواء كانت: بطاقة صرف فوري، أم شهري، أم ائتماني بأنواعها أيضاً، لا يصدرها إلا بنك معتمد فقط^(١)، ويكون إصداره لها من طريقتين^(٢)، مباشرة أو من خلال عضويته في منظمة البنوك، وأن إصدار البنك لها يخضع لنظامه الداخلي، سواء كان إصداره لها مباشرة أم بواسطة إحدى المنظمات، المهم أن إصدارها وشروطها ومواصفاتها، تعتمد سياسة البنك الراغب لإصدارها.

ولهذا كانت البطاقة تصدر بواسطة المنظمة - الفيزا مثلاً - فتختلف شروطها من بنك إلى آخر، وتصدرها منظمات بنكية متعددة^(٣).

(١) يوجد استثناء من الأصل العام وهو إن تقوم المحلات التجارية الكبرى بإصدار بطاقات لصالح عملائها وذلك لضمان إخلاصهم ووفائهم لها تشجيعهم على شراء منتجاتها وسهولة التسويق، ويطلق عليها البطاقات السالبة:

Alfandari, Droit des affaires et fitec 1993 p 125

(٢) مجلة المجمع: ٣٩٤/٧، ٤٤٧، ٤٥٢، ٤٥٥.

(٣) «منظمة الأمريكان إكسبريس» و«منظمة الفيزا» و«منظمة الماستر كارد» و«منظمة اليورو كارد» و«منظمة الداينرز كلوب».

وإن البطاقة يصدرها البنك مباشرة أو بواسطة المنظمة، وهي على درجات حسب حدودها الائتمانية المنخفضة، أو العالية المرتفعة، وقد جعل لهذا أوصاف مميزة، وهي على سبيل التعليل: الفضية، ثم الذهبية، ثم الماسية وقد تأتي بوصف مميز آخر مثل: "الخضراء".

فهذه المنظمات تباشر الأنشطة المصرفية، ومن نشاطاتها العمل على خدمة البنك العضو في المنظمة، بإصدار البنك بطاقة من أي نوع يرغب، وعلى أي درجة ومستوي، وفي "المنظمة" التي ترعاها، فيقال مثلاً: "بطاقة الفيزا".

وإصدار البطاقة الائتمانية في جمهورية مصر العربية^(١) بدء منذ عام ١٩٨٤ ورغم مرور هذه الفترة الطويلة ألا أن عدد حاملي هذه البطاقات لا زال يتسم بالضعف الشديد، فحسب إحصائية صادرة عام ٢٠٠١ بلغ عدد حاملي هذه البطاقة يتراوح ما بين ٣٠٠ ألف إلى ٣٥٠ ألف شخص^(٢) ومرجع ذلك إلى غياب الوعي المصرفي وطبيعة التعامل داخل السوق المصرفية^(٣) من جهة ومن جهة أخرى فإن إغفال القانون التجاري الصادر عام ١٩٩٩ لتنظيم ذلك من وجهة نظرنا اثر بالسلب على انتشار هذه البطاقات^(٤) ومن جانب ثالث

(١) د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، مرجع سابق ص ٣٥٤ وكان بنك مصر العربي الأفريقي الدولي أول من أصدر هذه البطاقة تحت مسمى Egypt card وبعد ذلك طرح بطاقات فيزا كارد وماستر كارد واقتفى أثره بنك قناة السويس حيث بدء في إصدار هذه البطاقات بدء من ١٩٩٦.

(٢) جريدة العالم اليوم، بحث بعنوان بطاقات الائتمان، تاريخ قصير ونجاح سريع العدد ٤١ الأحد ٢٠٠١/٣/١١.

(٣) المرجع السابق ذات الإشارة.

(٤) د. محمد بهجت قايد، عمليات البنوك والإفلاس ط ٢-٢٠٠٠ ص ١٦٩.

يرى البعض أن مرجع ذلك يرجع إلى عدم قدرة الأكثرية العظمى من الأفراد على تقديم الضمانات اللازمة لإصدار مثل هذه البطاقات.

٢- الاستفادة من البطاقة:-

يستفيد من هذه البطاقات عملاء البنوك، فهولا يعمل البنك التابعين له في تحقيق اكبر قدر من الراحة إليهم ولكي يسهل عليهم إنجاز أعمالهم المختلفة

٣- كيفية القبض في بطاقات الائتمان:

القبض كما يكون حقيقي، فانه أيضا يكون حكمي وهو القبض التقديري الذي لا يدرك بالحس كالتخلية، وهذا القبض مقبول لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ويقوم مقام القبض الحكمي وينزل منزلته ومرجع ذلك الضرورات العملية^(١).

(١) راجع ما سبق ذكره عن القبض الحكمي.

المبحث الرابع أنواع وصور بطاقات الائتمان

أصبحت: "البطاقات" تشكل ظاهرة متنامية متوسعة الانتشار، إصداراً من البنوك مباشرة، أو بواسطة المنظمات، والجمعيات، واستقبلاً وحملًا لها من الأفراد، حتى يمكن أن يطلق على عصرنا هذا: "عصر البطاقات"^(١).

وبالاستقراء يجد الناظر مجموعة كبيرة من البطاقات العادية، والائتمانية، يمكن تصنيفها في ثلاثة أنواع^(٢):

النوع الأول: البطاقة العادية.. ويقال: بطاقة الصرف أو بطاقة الصرف الآلي، أو بطاقة الخصم الفوري ويقال: البطاقة التقليدية^(٣).

وهي بطاقة يمنحها البنك للعميل الذي له حساب لديه، وذلك للخصم الفوري من حسابه عند استخدامها بواسطة أجهزة الصرف الآلية، أو أنظمة التحويل الإلكتروني وهي تُتصف بمائلي:

١- لا تصدر إلا لمن له رصيد لدى البنك.

٢- ولا تسمح بالصرف من غير رصيد حاملها.

(١) كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان رسالة دكتوراه جامعة

أسيوط، منشورة لدى دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ٤٧ وما بعدها.

(٢) د. عمر سالم، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، د. ن ط ١٩٩٥ ص ٢٤.

(٣) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: ٤٤٨/٧ - ٤٤٩، ٦٥٦.

٣- وبدون مقابل Automated teller machines ATM Bank card

٤- ويتم الخصم فور استخدامها بالاستلام للمبلغ، أو بالتحويل عليه.

٥- وهي محلية في محيط جغرافية الدولة، وقد تسع حسب ربط أجهزة الصرف بدولة أخرى.

٦- ومن خدماتها الاستعلام عن مقدار الرصيد.

٧- ومن خدماتها: أن لحاملها الصرف بها من "شبكة البنوك الأخرى" المشاركة في تأمين (أجهزة الصرف) على الطرقات، لكن هنا حسب نظام شبكات الصرف، إذا كان حامل البطاقة صرف بها من جهاز صرف لغير مصدرها فإن جهة الجهاز تأخذ من مصدر البطاقة عمولة خدمة السحب في حدود "نصف ريال عماني" في الألف تقريباً.

وهذا النوع من البطاقات بهذا الوصف ليس محل بحث، لعدم وجود أي شائبة في حلها، ما لم يحصل لها شرط أو وصف إضافي ينقلها من الحل، ويحولها إلى التحريم، وهي في حال تحويل حاملها للتاجر تكون: "وكالة"، لأن له حساباً لدى المصرف، فوكله بالسداد عنه من حسابه.

النوع الثاني: بطاقة الخصوم ويقال: بطاقة الخصم، أو: البطاقة المدينة^(١) Card Debit

وهي بطاقة مشروط إصدارها بوجود حساب للعميل لدى البنك، لكن ليس لها القدرة على توليد سيولة إضافية عن طريق البطاقة وفائدتها تكمن فيمايلي:

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٧٩/٧.

أن العميل كلها استخدمها لدى محل تجاري أو خطوط طيران ونحوها يقوم البنك - مصدر البطاقة - بالسحب مباشرة من حسابه لسداد قيمة الفاتورة الواردة من التاجر.

وهذا النوع بهذا الوصف جار على الحل، ولا يظهر فيه ما يمنع شرعاً، لأنه لا يدخل تحت مجموعة البطاقات الائتمانية، ما لم يحصل أي شرط أو توصيف إضافي، فينظر في حكمه شرعاً.

ولا أدري - حتى الآن - لماذا أفردتها الاقتصاديون عن سابقتها في: النوع الأول.

النوع الثالث: بطاقات الائتمان credit card، ويقال: "بطاقات الاعتماد" أو "بطاقات الملاءة"^(١).

يصدرها البنك العضو في مجموعة المنظمات، والمؤسسات صاحبة الترخيص، أو الراعية للبطاقات المصرفية ومن أشهر بطاقات هذا النوع:

- "بطاقة الفيزا"^(٢).

- "بطاقة الماستر كارد"^(٣).

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٧٩/٧ - ٣٨٠، ٤٤٥، ٤٤٩، ٤٥١، ٦٥٦، ٥٨٠/٨ - ٥٩٣.

(٢) د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكتروني الحديثة، مرجع سابق ص ٣٥٤.

(٣) المرجع السابق

- "بطاقة الداينرز كلوب"^(١).

- "بطاقة الأمريكان إكسبريس"^(٢).

ثم كل منظمة، أو مؤسسة من المنظمات والمؤسسات المذكورة، تصدر عدداً من البطاقات، تختلف مواصفات وشروط وأغراض كل بطاقة عن الأخرى منها: منظمة: "الفيزا" تمنح تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من بطاقات هي:

١- "بطاقة الفيزا الفضية".

٢- "بطاقة الفيزا الذهبية".

٣- "بطاقة فيزا إلكترون".

ومنظمة: "أمريكان إكسبريس" تمنح تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من البطاقات هي:

١- "بطاقة أمريكان إكسبريس الخضراء".

٢- "بطاقة أمريكان إكسبريس الذهبية".

٣- "بطاقة أمريكان إكسبريس الماسية".

وبطاقات هذا النوع الائتمانية يمكن جعلها في قسمين:

١- بطاقات الائتمان العادية، ويقال: بطاقة الاعتماد الشهري، أو الخصم

(١) المرجع السابق.

(٢) «الأمريكان إكسبريس» هو بنك ومؤسسة مالية كبرى تزاوّل الأنشطة المصرفية، وتشرف على إصدار البطاقات، وتنظم الصلة بين البنك وراغب حمل البطاقة.

الشهري^(١).

وحقيقتها بطاقة محلية ودولية، تصدر برسوم اشتراك ورسوم تجديد، تمكن حاملها من استخدامها في المحلات التجارية للشراء، أو تلقي الخدمات في مكاتب الطيران، أو الفنادق أو المطاعم... ونحوها.

كما يمكن استخدامها على نحو بطاقة الصرف الآلي للسحب بواسطة الصرف الآلي، أو أنظمة التحويل الإلكتروني، ولا يلزم للحصول عليها وجود حساب لحاملها لدى البنك المصدر لها، بل البنك يقرضه مبلغاً له حد أعلى، ويسمى في اصطلاحهم: "الخط الائتماني".

ويطالب البنك - المصدر لها - حاملها بتسديد مسحوباته خلال مدة لاتزيد عن شهر غالباً، وفي حال المماطلة يقوم بالبنك بمطالبته، ويلغي البنك البطاقة، ويرتب عليه فوائد التأخير.

فهذه البطاقة تعتمد العناصر الآتية:

- ١- لا يلزم لإصدارها وجود حساب للعميل في "بطاقة أمريكي إكسبريس" و"الداينرز كلوب" وقد تشترط بعض جهات الإصدار ذلك.
- ٢- يقوم البنك بإقراض العميل - حامل البطاقة - مبلغاً له حد أعلى يسمى: "الخط الائتماني".

- ٣- يلزم حاملها بالتسديد خلال شهر غالباً.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدّة: ٣٧٩/٧، ٣٨٠، ٤٤٩، ٤٥٠، ٦٥٦.

٤- يلزم حاملها بدفعات أربعة: رسم الاشتراك، رسم التحديد، وفوائد الإقراض والتأخير.

٥- في حال عدم التسديد يطالب قضائياً، وتلغى عضوية حاملها أو تسحب منه البطاقة.

٢- بطاقات الائتمان القرضية، ويقال: بطاقة الائتمان، أو بطاقة التسديد بالاقساط^(١).

وهذه أقوى البطاقات انتشاراً، وهي آخرها إصداراً، وأكثرها رواجاً، خاصة في الدول الصناعية والمتحضرة. وينصرف إليها مصطلح: "بطاقة الائتمان" عند الإطلاق.

وحقيقتها مثل: "بطاقة الخصم الشهري" كما تقدم لكن تفتقر عنها بأن هذه البطاقة يكون التسديد فيها غير محدد بشهر مثلاً، لكنه دين متجدد على شكل دفعات، بحيث تعطى العميل - حامل البطاقة - قدرة على استخدامها، مادام منتظماً بتسديد الفوائد المستحقة عليها شهرياً، وهي أكثر "البطاقات" فرضاً للفوائد على حاملها، لهذا فهي تغل ربحاً مجزياً لمصدرها.

وهذه البطاقة تعتمد العناصر الآتية:

- ١- لا يلزم لإصدارها وجود حساب للعميل.
- ٢- يقوم البنك - المصدر لها - بإقراض العميل - حامل البطاقة - مبلغاً له حد أعلى يسمى: "الخط الائتماني".

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٨٠/٧، ٤٥١، ٤٥٢، ٦٥٦، ٦٥٧.

- ٣- التسديد يكون بالتقسيط على شكل دفعات، وليس محددًا بشهر.
- ٤- يلزم حاملها بدفعات أربعة: رسم الاشتراك "العضوية"، ورسوم التجديد، وفوائد الإقراض، وفوائد التأخير.



المبحث الخامس أطراف بطاقة الائتمان

أطراف بطاقة الائتمان أربعة^(١):

١ - مصدرها: وهو البنك مباشرة، أو بواسطة المنظمة من البنوك، مثل: "فيزا" و"الداينرز كلوب"، "الأمريكان إكسبريس"، "الماستر كارد"، "اليورو كارد".

٢ - حاملها: وهو العميل.

٣ - الوسيط بينهما: وهو المؤسسة أو المنظمة.

٤ - التاجر: وهو صاحب السوق التجاري للمبيعات.

ثم العلاقة التعاقدية بين هذه الأطراف الأربعة من أهم المهمات لتصور طبيعة هذا العقد الائتماني للبطاقة، وهي كما يأتي:

١ - العلاقة بين مصدر العلاقة وحاملها^(٢)، علاقة تعاقد، هما طرفاه على

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدّة: ٣٨٩/٧ - ٣٩١، ٦٥٥، ٦٧٧، ٦٥٦/٨، ٦٦٠، ٦٦٣ وعلى الجانب الآخر يذهب البعض إلى أن أطراف بطاقة الائتمان ثلاثة فقط انظر. حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مرجع سابق ص ٦٥، كيلاني عبد الراضى محمود، النظام القانونى لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) انظر بيان هذه العلاقة د/ نزيه محمد الصادق المهدي، نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، بحث منشور في مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الثانى جامعة الامارات ٢٠٠٣، ص ٧٨٦. ويرى سيادته أن العلاقة هى علاقة تعاقدية وأن العقد المبرم بينهما يسمى عقد الانضمام لأن العميل

إصدار البطاقة ومن أهم شروطه بينهما، وضع سقف أعلى الائتمان الممنوح لحاملها من مصدرها، من هنا كانت بعض البطاقات تتنوع، فبعضها عادي، وبعضها ذهبي، وهكذا.

ولهذا كان: "الضمان" من مصدرها لحاملها أساساً فيها، لتحمله الديون المتعلقة بذمة حاملها أمام التجار الذين يتعامل معهم بواسطتها، وعليه فإن حاملها إذا أحال التاجر تحصيل حقه من البنك فلا يرجع إلى حاملها وكذلك مصدر البطاقة إذا لم يتمكن من تحصيل حقه من حاملها لا يرجع على التاجر.

ومن بيان طبيعة هذه العلاقة يتبين أن "رسوم الاشتراك" هي في حقيقتها: "أجور على الضمان" فتؤول العملية إلى الوعد "قرض بزيادة" ولا وجه للقول بأنها علاقة "وكالة" لأنه ليس هناك مال لحاملها لدى البنك حتى يوكله، ويفوضه بالدفع عنه.

٢- العلاقة بين مصدرها والتاجر: علاقة تعاقد آخر، ينفذ فعلاً بعد صدور العقد الأول بين: مصدرها وحاملها^(١)، لكنه متقدم عقداً، أو لاحقاً بين

صاحب البطاقة ينضم الى نظام البطاقة الذي يصدر عن المصرف أو المؤسسة المالية مصدرة البطاقة، وينقضى هذا العقد بانقضاء أجله المتفق عليه أو ب وفاة حامل البطاقة أو لفقدان العقد لأحد أركانه أو بالفسخ وذلك إذا أخل العميل بالتزاماته وينهي عند إذ حق العميل في استخدام بطاقة الائتمان مع الأخذ في الاعتبار أن هذا الانقضاء لا يؤثر على حقوق التاجر الذي اكتسبها قبل الفسخ ويبقى البنك ملزماً بسداد فواتيره السابقة.

(١) وعلى ذلك فيحق لمصدر البطاقة الرجوع على حاملها وقضت محكمة القاهرة الاقتصادية بأن صاحب الصفة هو مانح البطاقة وهي شركة موبينيل والمدعى عليه بدون البنك فلما كان الثابت

المصدر والتاجر.

ومن أهم شروط هذا العقد "المدفوعات" التي يأخذها المصدر من التاجر فهو مثل: "خضم بفاتورة الشراء" فإذا كانت المشتريات بمائة ريال عماني علي حاملها، فإن التاجر يستوفي من البنك - مثلاً - خمسة وتسعين ريال، وخمسة ريالات - مثلاً - تكون للبنك عمولة على التسديد عن حاملها، وعمولة على نشر الدعاية لمحله.

ولهذا كان التاجر في حال مماطلة البنك أو إفلاسه، لا يستطيع قانوناً الرجوع على حامل البطاقة، المشتري، لأن البنك قد استحق في ذمة حاملها نسبة معينة للتسديد عنه وهي: "رسوم الاشتراك" وقد استحق نسبة معينة في ذمة التاجر للتسديد له.

في العلاقة وقعت بين شركة موبينيل والمدعى عليه بدون البنك فلما كان الثابت من مطالعة المحكمة طلب الاصدار للبطاقة سند الدعوة المزيل بتوقيع المدعى عليه الوارد بمقدماته ان المدعى عليه الموقع على طلب الاصدار يطلب من البنك اصدار كارت الفيزا وأن بنك مصر هو المالك لبطاقة الفيزا التي تصدر بعد موافقته على اصدارها وقد اشترط البنك عدة اشتراطات لاصدار البطاقة وقد ارتضى المدعى عليه التوقيع على طلب الاصدار مما يدل على الموافقة الضمنية من طرفي التعاقد الممثلة في طلب المدعى عليه في الدعوى وبين البنك مالك ومصدر البطاقة على اصدار البطاقة سند الدعوة مما يؤكد للمحكمة أن البنك المدعى صاحب صفة في الدعوى وذلك لكونه الجهة المصدرة للبطاقة سند الدعوة ومالكة لها ومن ثم تتوافر صفته في الدعوى... «حكمها في الدعوى رقم ٤٣٤ لسنة ٢٠٠٨ اقتصادي القاهرة الدائرة الرابعة جلسة ٢٩/٣/٢٠٠٩».

٣- العلاقة بين حاملها والتاجر: اتضح من بيان طبيعة العلاقة بين مصدرها وحاملها، وبين مصدرها والتاجر، أن حامل البطاقة سيحيل التاجر بثن المشتريات منه على مصدرها والتاجر، وأنه لاعلاقة بعد بين حاملها والتاجر، فلا يستطيع التاجر عند عدم تحصيل حقه من البنك المصدر لها، أن يرجع على حاملها، الذي أحاله على البنك ومعلوم أن طبيعة: "عقد الحوالة" شرعاً أن للمحال مطالبة المحيل إذا كان المحال عليه غير مليء، وفي عقد الكفالة فالمكفول له، له الخيار بمطالبة أيهما شاء.

لكن يلاحظ في البطاقات الائتمانية أن حامل البطاقة المحيل ليس له "حساب مستقر" لدى البنك حتى يحيل عليه، مقابل عمولة هي باسم: "رسم الاشتراك" وقبل المحل: "التاجر" مقابل عمولة يستوفيه من مجموع الثمن المحال، فيحسم العمولة منه قبل السداد.

لهذا فهذه العلاقة التي ظاهرها: "حوالة" لا تتحقق فيها صفة الحوالة^(١) شرعاً من جهتين:

من جهة أن الحوالة على ذمة، لا على دين مستقر، ومن جهة أن المحال "التاجر" ليس له حق مطالبة حامل البطاقة "المشتري" والمحيل في نفس الوقت.

(١) يرى البعض أن العلاقة ليست علاقة حوالة وإنما علاقة إنابة طبقاً لنص المادة ٣٥٩ من القانون المدني المصري أنظر في شروط الانابة نقض مدني مصري في ١٢/٢/١٩٥٩، مج ١٠، ص ١٤٣.

المبحث السادس

منافع بطاقة الائتمان^(١)

هذا هو المبحث الأم، والأساس في تصوير هذه البطاقات أمام نظر الفقيه وهي منافع وفوائد متعددة الجوانب، تعود إلى خمس جهات:

١ - منافعها للجهة المصدرة لها: "البنك".

٢ - منافعها لحاملها: "العميل".

٣ - منافعها للتاجر.

٤ - منافعها للمنظمة الوسيطة بين البنك المصدر وحامل البطاقة.

٥ - منافعها للعموم.

وقبل الدخول في بيانها، يلاحظ أن جهة التحكم في هذه المنافع هي الجهة المصدرة للبطاقة: "البنك" ويلاحظ أنها تختلف من جهة مصدرة إلى أخرى، ومن بطاقة إلى أخرى، ومن الجائز أن يتولد شروط ومواصفات ومنافع أخرى، يكشف عنها المستقبل، وأن الباب مفتوح أمام المصارف الإسلامية لتكييفها، وصياغتها بما لا يتعارض مع الشرع المطهر، فيلى بيانها بالتفصيل على هذا الترتيب:

(١) د. حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩١ ص ١٧٦ وما بعدها، كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٨٥ وما بعدها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٥٩/٧، ٣٧٥، ٣٨١، ٤١٠، ٤٠٨، ٤٥٦، ٥٥٩، ٥٦٠، ٦٥٣، ٦٥٢، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٤١/٨، ٦١٠.

المنافع لمصدر البطاقة: (البنك)^(١):

إن مئات البنوك التجارية تصدر البطاقة الائتمانية، ذلك أن البنوك التجارية التي قامت على: "الربا" لاسيما: "القرض بفائدة"، سعت إلى توسيع حوض السيولة لديها،

لاستقبال تدفق المدفوعات والإيرادات من خلال عمولات الرسوم والمستحقات والفوائد الناجزة والمتأخرة، وإن استحدثتها "البطاقة الائتمانية" تجلب لها قدراً كبيراً من الأرباح، تمتصها - البنوك - من جيب حامل البطاقة من جهة، ومن جيب التاجر من جهة أخرى، فمثلاً تحصلت شركة: "أمريكان إكسپرس" من عمليات إصدار بطاقتها الائتمانية أرباحاً صافية قدرت بمبلغ ٥٠٠ مليون دولار لعام ١٩٨٩م وقد تجتمع هذه المدفوعات في إصدار واحد من البطاقات الائتمانية، وقد يحصل بعضها دون الآخر.

وهذه المنافع والعائدات المدفوعة للبنك هي:

(١) د. حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مرجع سابق ص ١٧٧،
كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٨٥ وما
بعدها مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدد: ٣٦٢/٧ - ٣٦٣، ٣٨١، ٣٨٢، ٤٠٨،
٤٠٩ - ٤١٠، ٤٥٧، ٥٥٩ - ٥٦٠، ٦٥٣، ٦١١/٨ - ٦١٢، ٦٤١.

أولاً: المدفوعات من حامل البطاقة^(١):

١- رسوم الإصدار من حاملها ويقال: رسوم منح البطاقة، أو رسوم العضوية، أو رسوم الاشتراك السنوي، وهي في سلطنة عمان تتراوح من ٣٠ ريالاً إلى ٧٠ ريال.

٢- رسوم تجديدها عند انتهاء مدتها ويقال رسوم البطاقة السنوية.

٣- رسوم تجديدها قبل انتهاء المدة، كأن يريد السفر قبل موعد انتهاء مدتها، فيرغب بالتجديد.

٤- رسوم استبدالها عند فقدانها.

٥- رسوم تكاليف تحصيل الشيكات المسدد بها أو التحويلات.

٦- غرامة التأخير عن التسديد، ويقال: فوائد التأخير، وقد تصل الفوائد على المتأخرات إلى ضعف الفائدة المعتادة على القروض، وقد بلغت في الولايات المتحدة إلى ٢٣%.

٧- تحقيق دخل آخر من حامل البطاقة من خدمات مساندة، مثل بيع بعض السلع بالبريد لحاملي البطاقة، أو التأمين على حياة حامل البطاقة، أو الخدمات المتعلقة بالسفر كقطع التذاكر، وعمل الحجوزات في الفنادق.

(١) حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مرجع سابق ص ١٧٧، كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٨٥ وما بعدها مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٦٢/٧، ٣٨١، ٣٨٢، ٤٥٧، ٦٥٧، ٦١١/٨ - ٦١٢.

٨- الحصول على عائد من قروض سعر العملة الأجنبية عند تسديد بالعملة المحلية.

ثانياً: المدفوعات من التاجر^(١): وهي على نوعين:

١- حسم نسبة من قيمة البضاعة هذا هو الدفع الأساسي والدخل الرئيسي لجهة الإصدار، وهو الذي تقوم عليه بطاقة الائتمان، فإن الجهة المصدرة للبطاقة حينما يشتري حاملها بواسطتها بضاعة، فإن جهة الإصدار لا تدفع للتاجر نفس المبلغ المستحق في الفواتير إلا بعد حسم نسبة منه، كفاءة يدفعها التاجر إلى مصدر البطاقة، وتختلف هذه النسبة من مصدر إلى آخر، ومن بطاقة إلى أخرى، وهي تتراوح من ١% إلى ٨%.

وهو شبيه بما يسمى لدى البنوك باسم: "خصم الفواتير"، وهذا النوع من المدفوعات هو أهم إشكال يرد على شرعية العملية.

٢- هناك رسوم وعمولات يدفعها التاجر - صاحب البضاعة - لمصدر البطاقة لقاء اشتراكهم في الاستفادة من عملاء البطاقة، أو لقاء الأجهزة المقدمة للمحلات، وهي أيضاً خدمة تستحق الأجرة^(٢).

هذه المدفوعات بأنواعها تحمل البنك - المصدر للبطاقة - على توسعه حوض للسيولة، تتدفق عليه من قنوات وجيوب متعددة كما تقدم.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٦٥/٧، ٣٨١، ٤٠٨، ٦٥٧.

(٢) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٦٧/٧.

٣- يستفيد البنك المصدر لها: الانتشار العالمي، وسمعه البنك في الخارج^(١).

ثالثاً: منافعها لحاملها: (العميل)^(٢):

أصبحت البطاقة إحدى الخدمات المصرفية التي تقدمها للعميل، بجانب الشيكات، لكنها تتفوق على الشيكات في عنصر: "الأمان والسهولة" وأنها: "وسيلة دفع جاهزة مأمونة" واستخدام لها محلياً أو دولياً، دون الحاجة إلى حمل النقود أو التحويل، لهذا انتشرت في العالم حتى قدر عدد حاملي البطاقة في العالم بنحو ٨٠٠ مليون فرد.

فهذه من بطاقة تحقق لحاملها عدة منافع كلها معنوية، ثم هي تختلف من بطاقة إلى أخرى منها:

- ١- الأمان على أمواله من أي اعتداء وسطو.
- ٢- الأمان على نفسه من الهجوم عليه لما معه من النقود.
- ٣- التمكن من الشراء أمام أي رغبة للشراء سابقة أو طارئة.
- ٤- التعامل مع الآخرين بأي عملة دون الحاجة إلى حمل العملات المتعددة.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٤٥٧/٧.

(٢) حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، مرجع سابق ص ١٧٧، كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٨٥ وما بعدها مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٥٩/٧، ٣٨٣ - ٣٨٤، ٤٠٨، ٤٥٦، ٥٥٩ - ٥٦٠، ٦٥٣، ٦٥٥.

- ٥- هي وسيلة لضبط المصاريف والحسابات.
- ٦- وهي وسيلة لتوثيق سداد المطالبات لأصحاب البضائع ونحوهم.
- ٧- تعطي حاملها قسطاً من القيمة الأدبية، إذ إن غالباً لا يمنح إلا لذوي الدخل المرتفع، ولذا صارت رمزاً للباهة.
- ٨- السحب الفوري للنقد من أجهزة الصرف الآلي للبنك، أي الحصول على المال نقداً من مصدرها أي "قرضاً من البنك" كلها دعت الحاجة إليه، وفي أي مكان من العالم.
- ٩- يستفيد حامل البطاقة في كثير من الأحيان من الشراء بالتقسيط بموجبها، لأن البنك لا يلزمه بدفع سداد الفواتير جملة واحدة.
- ١٠- الحصول على حماية من البنك في كون السلعة المشتراة مستوفية للمواصفات المطلوبة، ولهذا أعطى القانون في الولايات المتحدة مهلة ستين يوماً للاعتراض على محتويات فواتير المطالبة.
- ١١- "تخفيض في قيمة المشتروات" توفر البطاقة لحاملها، الحصول على حطيطة وتخفيض، خصماً من التاجر عن سعر السوق، بنسبة معينة تتراوح بين ٥% إلى ٣٠% حسب السلعة، والمنشأة التجارية وفي الخدمات الفندقية والمجوزات.
- ١٢- حصول حاملها على ميزة التأمين مجاناً على الحياة حال سفره ضد مخاطر السفر، أو على الحوادث عند شراء تذاكر السفر بتلك البطاقة، وحكم هذا في الشريعة الإسلامية "أن قضية التأمين على الحياة هي من المعاملات

المستحدثة الفاسدة لمشايتها لعقد الميسر حقيقة ومعنى، من باب اجتماع الفرع بالأصل ومساوته له في المعنى والحكم^(١)، وقرر مجمع الفقه الإسلامي في المملكة العربية السعودية في الدورة العاشرة العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤ هـ فقد قرروا بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال^(٢).

١٣- حصوله على خدمات الأولوية الدولية، مثل الحجز للسفر وفي الفنادق.

١٤- استخدام أجهزة الصرف الآلي الدولية، للحصول على المبلغ نقداً.

١٥- التمكن من الشراء البريدي بضمان البنك المصدر.

١٦- وسيلة تعريف بشخص الحامل لها.

١٧- المشاركة في السحب على جوائز يرصدها المصدر لها.

١٨- ضمان الجهة المصدرة لها - البنك - أن لا يخسر حاملها أكثر من مبلغ معين في حال صياغتها أو سرقتها، أو استعمالها من شخص آخر بشكل غير نظامي.

١٩- حصول حاملها على جوائز وهدايا من مصدرها، أو من الطرف الآخر (التاجر).

٢٠- التاجر إذا لم يستطع الحصول على حقه من مصدر البطاقة، فإنه لا يستطيع الرجوع على حاملها، فهو يطالب مصدرها، ومصدرها يطالب حاملها.

(١) المجموع شرح المذهب للتووي، وما بعدها تحقيق/ محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية ١٣/٣٦٤.

(٢) المجموع شرح المذهب للشيرازي، ١٣/٢٥٢.

رابعاً: منافعها للتاجر^(١): منها:

١- تكثير الزبائن عن طريق الحوافز والمنافع التي توفرها جهة الإصدار لحاملها، لتعود بالمرود النافع للتاجر بكثرة المستهلكين، حتى من المفلسين الذين يحملون بطاقة يمكنهم الشراء بواسطتها.

٢- تكثير الزبائن: عن طريق حملات الدعاية التي يقوم بها مصدر البطاقة، بذكر اسمه في حملة الدعاية للشراء منه، وبواسطة الدليل الذي يوزعه المصدر على حاملي البطاقة، فيستقطب بهذا مزيداً من العملاء.

٣- تكثير الزبائن بواسطة البيع بالبطاقة، فهي بمثابة البيع نسيئة، ولهذا صار البيع عن طريق البطاقة، يتفوق على التقسيط من التاجر مباشرة، بسبب انخفاض التكاليف الإدارية، وضمان المدفوعات من قبل المصرف (مصدر البطاقة).

٤- الزيادة في التسويق: فيما أن البطاقة تمنح حاملها الشراء من المتجر، بضمان البنك، فإنها توجد عند حاملها شعوراً بالغنى والقدرة على الشراء، فيدفعه هذا الشعور إلى إشباع رغبته بما تقع عليه يده، ويركز عليه نظرة ورغبته. وهذا في حد ذاته تحريك لسوق التاجر المشارك بالتعامل لدى بطاقات الائتمان.

٥- "توفير النسبة التي يتقاضاها منه البنك" فالتاجر، ربما أضاف النسبة التي يأخذها منه البنك إلى القيمة، على أن هذه هي قيمة السلعة.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٨٥/٧، ٣٨٦، ٤٠٨، ٤١٠، ٤٥٦، ٤٥٧.

٦- أسلم للتاجر من مخاطر الاحتفاظ بالنقود لديه في المحل من السطو والاعتداء عليه.

٧- أسلم لمحله من السطو والاعتداء لسرقة النقود، إذ هي محفوظة لدى البنك.

٨- استحقاق التاجر لقيمة السلع مضمون لدى البنك المصدر للبطاقة، فلا يرجع على حاملها، ومعلوم أن المصرف جهة مليئة.

٩- تميز التاجر القابل للبطاقة على أقرانه من التجار الذين لا يقبلونها، وهذه ميزة التنافس والمباهاة.

خامساً: منافعها للمنظمة الوسيطة بين المصدر وحاملها^(١):

هذه وكالات محلية للشركات العالمية، أو فروع للبنك العالمي لإصدار البطاقات، تستخدم للوساطة بين الشركة العالمية أو البنك، وبين العملاء مثل: "شركة الفيزا الائتمانية" و"شركة أمريكان إكسبريس" منها:

١- رسوم يدفعها البنك المصدر للبطاقة إلى المنظمة الوسيطة التي ترعي البطاقة، وذلك مقابل خدماتها المحدودة، كالقيام بدور الوساطة بين البنك والعميل حامل البطاقة.

٢- رسوم يدفعها البنك للمنظمة مقابل عمليات المقاصة، والتفويض والخدمات الأخرى لرعاية البطاقة.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٧/٤٤٧، ٦٥٧.

سادساً: منافعها للعموم^(١): منها:

- ١- تحرك السوق بتوسع، مما يزيد في معدل النمو الإقتصادي، منسجماً مع العرض للسلع والخدمات.
- ٢- تقليل التعامل بالنقود، وهذا يؤدي إلى توفير قدر أكبر من الأمان للأفراد.

ويعتري هذه البطاقة شبهات منها^(٢):

(أ) وقوع المسلم في هتك ما حرمه الله ورسوله ﷺ، حال اشتمال البطاقة على ما هو محرم كالمدفوعات الربوية والمنافع القرضية، وهذا تلبس بالحرام عن قصد وتعمد، وكسب للإثم وتعاون مع أكله الربا على الإثم والعدوان، بتكثيف نشاطاتهم في نشر الربا وأكله وقد نهوا عنه، والمسلم منهي عن ذلك أشد النهي.

(ب) اتساع الطلب الكاذب في الشراء للسلع، لأن الشراء ليس اعتماداً على الدخل، ولا على رصيده في البنك، ولكن على توقع مستوى الدخل في المستقبل، بحيث يفاجأ الفرد حامل البطاقة بتقليل الادخار، وتراكم الديون

(١) د. حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩١ ص ١٧٦ وما بعدها، كيلاني عبد الراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان مرجع سابق ص ٨٥ وما بعدها.

(٢) د. حسين إبراهيم خليل، بطاقات الدفع الإلكتروني من منظور إسلامي، دار الكتاب الحديث ٢٠٠٩ ص ١٧ وما بعدها، وانظر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٨٧/٧ - ٣٨٨، ٦٤٢ - ٦٥٥/٨، ٦٥٦.

عليه، وعلى أئتمان البنك، فيفاجأ في غده بالمطالبة بالتسديد عبر الفواتير.
(ج) تقليل معدل الادخار للفرد، وهذا مؤذن بعدم الاستقرار، بإشغال
الذمة بالديون.

(د) زيادة حجم الديون على الفرد، كلما تأخر عن التسديد، لتضاعف
غرامة التأخير: "الفوائد الربوية" للبنك مصدر البطاقة.

(هـ) استغلال بعض أصحاب المتاجر للبطاقة، بتحميلها مبالغ لم يتم شراؤها.
(و) من أعظم مخاطرها: احتمال سرقتها، ثم سوء استغلالها من لاقطها.

(ز) ومن أشد هذه المضار على الدول النامية، كدول العالم الإسلامي،
وهي دول استهلاكية، أن استخدام البطاقة الائتمانية، يجر على مستخدميها سيلاً
من الديون، لقاء الغرامات: "فوائد التأخير" المتضاعفة بتضاعف التأخير: "الربا
المركب" ففي وقت يسير يصبح العميل "حامل البطاقة" مثقلاً بالديون المتراكمة
للبنوك، لانتهاء مديونية هذه البطاقة للبنك المصدر لها، وتضاعف غرامات
التأخير عليه.

وأخيراً فهذا الاتجاه يستنفذ دعائم الاقتصاد الوطني، والقطاعات المنتجة
فيه، مما ينعكس سلباً على مستوى حياة الأفراد، والحياة الاقتصادية.



المبحث السابع

بطاقات الائتمان في منظور الفقه الإسلامي^(١)

بادئ ذي بدء وقبل الدخول في بيان حكم بطاقات الائتمان من منظور الفقه الإسلامي لا بد لنا من بيان الآتي:

١- قبل بيان الحكم تفصيلاً ينبغي أن يصدر حكم إجمالي من واقع التصور لها، حلاً أو حرمة، حسب مواصفات البطاقة العامة، وشروطها وجوداً أو عدماً.

٢- ينبغي أن يصدر على كل بطاقة حكم يخصها، حسب شروط ومواصفات إصدارها بكليتها ومجموعها.

٣- يلاحظ أن بعض الباحثين يفكك العقد إلى مراحل وإلى جزئيات، ويخرج في الآخر إلى تسليكه في المباح.

والمتمعن إخراج الحكم على هذه العملية: "بطاقة الائتمان" بجميع شروطها ومواصفاتها ومراحلها، وأنها مترابطة ترابط الروح بالبدن.

٤- على الفقيه أن يأخذ في الاعتبار أموراً:

(أ) أن "القرض الحسن" ليس من خلق البنوك التجارية الربوية، والمتمعن على من نور الله بصيرته أن يكف نفسه عن المغالطة حتى لا تجره إلى الغلط في الحكم.

(١) د. حسين إبراهيم خليل، بطاقات الدفع الإلكتروني من منظور إسلامي مرجع سابق ص ٢٥ وما بعدها.

(ب) أن البنوك التجارية الربوية، إنما قامت على تسمين مواردها بالتعامل بالربا تحت شعار: "الفوائد، الغرامات، الرسوم" وأن البطاقة الائتمانية ولدتها البنوك، كوسيلة مغرية لفتح موارد ربوية جديدة تصب في جيب البنك.

(ج) ليس المراد من بحث الفقيه لهذه النازلة، أن يبحث لها عن وجوه الاعتذار، ويخرجها على الإباحة من أطراف الخلاف وإن كان شاذاً، فإن هذا أقرب إلى مواطن الإثم من الثواب، وإنما المراد أن ينزلها على ما يصح فهمه من الشرع المطهر.

خامساً: لا يغيب عن نظر الفقيه: أن الأصل الشرعي هو الحل في المعاملات والشروط، وهذا من محاسن الشريعة الإسلامية وسعتها ويسرها لعباد الله.

سادساً: أن أي معاملة أو شرط فيها لا تنتقل من هذا الأصل: "الحل" إلا إذا كان فيها ظلم للطرفين أو مضرة لأحدهما، باشتغالها على محرم شرعاً أكلاً لأموال الناس بالباطل، وأن كل معاملة تنقل عن هذا الأصل، وتحوله إلى قلب التحريم، لا بد وأن تعود إلى واحدة من قواعد التحريم الثلاث، وهي:

(أ) تحريم الربا، ومنه كل قرض جر نفعاً فهو ربا.

(ب) تحريم التغرير، ومنه النهي عن تلقي الركبان والنجش وبيع المصرة والمعيب، والتدليس.

(ج) تحريم الغرر، إما بالعجز عن تسليمه، كالشارد والآبق أو لعدمه حين العقد كجبل الحبل، أو لجهالته كلياً، أو جهالة الجنس، أو جهالة المقدار. ومن عقود الغرر: التأمين التجاري بضروبه وأشكاله.

الحكم الكلي:

وهو ما يمكن استنباطه من القواعد الآتية:

القاعدة الحكيمة الأولى:

أن كل بطاقة لها غطاء كامل من مال حاملها، فلا تسمح بالسحب الفوري، ولا التحويل الآلي إلا على حسابه، ورصيده لدى مصدرها، فهي بهذا الوصف جارية على الأصل الشرعي: الحل والجواز.

وهذا حكم النوع الأول من: "البطاقات": "بطاقة الصرف الآلي" وهذا النوع من البطاقات بهذا الوصف، ليس محل بحث هنا، لعدم وجود أي شائبة تعتري الأصل وهو "الحل" مالم يحصل لها شرط، أو وصف إضافي ينقلها من الحل إلى المنعي ويحولها إليه، وقد تقدم بيانه مع التنبيه المتقدم في معرفة تأثير أن البنك يستثمر الرصيد، ويستفيد منه الفوائد الربوية.

القاعدة الحكيمة الثانية:

أن بطاقة الائتمان بوضعها العام المعروف عالمياً والمحتوية على شروط ومواصفات قطعية التحريم، مثل: غرامات التأخير، والخصم الذي يقتضيه البنك - المصدر لها - من فاتورة التاجر الموقعة من العميل، وتوفير قدر من المنافع لحاملها كالتخفيض والخدمات الأخرى هذه "البطاقة الائتمانية" محرمة شرعاً، لا يمكن قبولها ولا تسويغها بالنظر الشرعي^(١).

(١) ويذهب الدكتور/ مصطفى الزرقا إلى أنه «لا شك أن بطاقة الائتمان بوضعها العام المعروف عالمياً، لا يمكن قبولها، وتسويغها بالنظر الشرعي في كل أحكامها المعروفة». مجلة المجمع الفقهي

وحقيقتها: وعد بعقد بيع مركب من ثلاثة أطراف فيه معنى الإدغال يتضمن بيع دراهم بفوائد معجلة وفوائد حال التبادل، وفوائد أخرى للتأخير متضاعفة كلما تضاعف الأجل، فهو عقد ربوي منتهاه: السير على السياسة المالية التي قامت عليها البنوك الربوية: "الإقراض بفوائد" ولايسوغ فكه إلى عقدين، ولا تكييفه بوكالة، أو حوالة، أو كفالة أو جعالة، إذ لا ينطبق عليه أي واحد من حدود هذه العقود.

القاعدة الحكيمة الثالثة:

في حكم المدفوعات المالية في هذا العقد^(١).

وهي أحد عشر نوعاً، منها تصب في جيب البنك - المصدر للبطاقة - وواحد من البنك لوكيله - المؤسسة الوسيطة - في ترويح البطاقة، وإجراء عقدها مع العملاء.

وهذه المدفوعات العشرة إلى البنك، منها ثمانية من حاملها، وهي: خمسة رسوم: رسوم إصدار، وتجديد بعد إنتهاء المدة، وتجديد قبل إنتائها، واستبدال، وتكاليف تحصيل الشيكات المسدد بها.

السادس: فوائد، وهي غرامة التأخير عن التسديد لمدة شهر مثلاً، ثم هي متضاعفة كلما تضاعف التأخير.

السابع: تحقيق دخل آخر من خدمات مساندة لحاملي هذه البطاقة.

الثامن: فروق سعر العملات عند التسديد بالعملية المحلية عن العملة المسجلة.

(١) مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة: ٣٦٥/٧ - ٣٦٨، ٣٨٩ - ٣٩٤.

ودفعان اثنان من التاجر إلى البنك، وهما: حسم نسبة من ثمن فواتير الشراء للبنك، ورسم اشتراك يدفعه التاجر للبنك لقاء تسجيله في دليل خدمة عملاء البطاقة.

وإذا عرف مجمل المدفوعات هذه، وأن البنوك التجارية إنما قامت على "القرض الربوي": "القرض بفائدة" وأن البنوك التجارية، ليس من طبيعتها "القرض الحسن"، وأنه يستحيل أن تنصر أموالها على ملايين البشر مسخرة مجموعة من الأقسام الوظيفية، ومئات من أجهزة الصرف، والتحويل، ليحوز الواحد بطاقة ائتمان "ولارصيد له" ويسحب بها من أموال البنوك، قاصداً مصلحة حاملها، مغفلاً نجاحاً في تدفق السيولة إليها، وأن حقيقة هذه البطاقة إنما هي: "عملية امتصاص" لما في جيب حاملها، بل وسيلة إغراء لسحب أمواله، وإثقال ذمته بديون مستقبلية تقضي على مدخراته لسنين مقبله، ولهذا تجد التنبيه يتلوه التنبيه من اندفاع حاملها بالسحب، لاسيما في بلاد الغربة، إذا عرف هذا فاعلم أن "فوائد التأخير" هي محرمة من ربا الجاهلية: "إما أن تقضي وإما أن تربى" وهذا محل إجماع لا يجوز فيه الخلاف.

وأن "فوائد الحسم من فاتورة التاجر لصالح البنك مصدر الطاقة" هي في حقيقتها: "فوائد ربوية معجلة" مقابل إقراض البنك لحامل البطاقة، مأخوذة من التاجر، فهو: "إقراض ربوي مستتر".

فعادت العملية إلى العنصر الذي قامت عليه البنوك: "القرض بفائدة" لكنها بطريقة ذكية، فيها قلب وإبدال، وإغراء، ومكر، وخداع، ولعب بعقول الأفراد حتى المفلسين، واستحواذ على السوق، وتحيل الناس إلى أبواب البنوك مأسورين بالديون، وثناع التسديد والبنك يضاعف غرامة التأخير.

الخاتمة

الحمد لله الذي أنزل القرآن شريعة ومنهاجاً، وجعل السنة له شرحاً وتبياناً، فاتضحت معالم الأحكام واستبان الحلال والحرام، ثم اكتملت المنّة وتمت النعمة على هذه الأمة ببقاء هذه الشريعة الخالدة، ودوام صلاحيتها لكل زمان ومكان، فلا ينضب معينها، ولا ينفذ عطاؤها، فهي - أبداً - تفي بحاجات كل عصر وبمتطلبات كل دهر، فلا تجد واقعة إلا وللشريعة فيها حكم، فالفقه الإسلامي قادر على استيعاب جميع ما يستجد من مشكلات في الحياة العلمية ووضع لها الحلول المناسبة التي تتفق مع بعضها.

وليس معنى ذلك الموافقة على كل جديد وإيجاد المسوغات له، بل إنه يدرس الوقائع والنوازل المستجدة ويعطيها تكييفاً معيناً، ومن ثم الحكم بالقبول أو الرفض على ضوء الأسس العامة والقواعد الكلية الموجودة في الشريعة الإسلامية.

والمتتبع للفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه وتباين فرقته، يدرك بما لا يدع مجالاً للشك مدى الحاجة في تعامل الناس بالبيع والشراء وغيرهما إلى تحديد طبيعة قبض المال عوضاً عن الأشياء، ببيان تلك النظرية الحيوية التي تظهر في مجملها عظمة الفقه الإسلامي وكماله لكل مناحي الحياة، بإقامة معايير وضوابط تكفل تحقيق معرفة الحقوق وتحديد الالتزامات وهذا ليس بجديد على فقه وصف بكماله ونضجه وأصالته، وذلك لاشتتاله على أحكام شتى في صنوف الحياة المختلفة، ولذا فإن رجوعنا للفقه الإسلامي وجعله أساساً للتشريع في البلاد الإسلامية والعزوف عن القوانين الوضعية التي غدت قاصرة

عن الإمام بالجوانب الخلقية والدينية التي هي عماد صلاح الإنسان واستقامته بدت أمراً ضرورياً لحياتنا، ولا يعنى دراسة القانون الوضعي في هذا البحث تجيداً له وإنما عرض لما هو واقع بما يهيء للعقول السليمة مدى الغفلة في الاعتماد على ما صنع البشر وترك ما أنزله رب البشر، وفي هذا إظهار لمحاسن الشريعة التي تعجز الأقلام عن حصرها.

ونظراً لحاجة الناس الواقعية إلى بيان أحكام قبض الأموال في تبادل المنافع وخاصة في ظل التطور الملحوظ من وقت لآخر، إذ أن أكثر المنازعات تقع فيه نظراً للاختلاف في تحمل تبعة هلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده، فقد قمتُ بحمد الله وتوفيقه في بيان أحكامه والتي تظهر من خلال النتائج التي توصلنا إليها في نهاية هذا الموضوع: "قبض الأموال في عقود المعاوضات بين الحسي والحكمي دراسة مقارنة بالقانون التجاري".

مدى الحاجة إلى بيان معايير واضحة ومنطقية لوضع نظرية القبض في الفقه الإسلامي، بإيجاد دراسة متخصصة تبحث في شتى جوانب الشريعة، لا سيما ما كان منها من أبواب المعاملات.

فقد بينا نظريات الفقه الإسلامي وما فيها من مرونة وسعة، ويجعلها صالحة للحكم على الناس، وفض منازعتهم، وهو ما يهيء حل المشكلات التي تنشأ بين التجار خاصة، وهو ما يعين في إزالة كل لبس عن عدم مسaire الشريعة للحضارات الغربية في كل العصور.

ونظراً لدقة هذا الموضوع واتساع نطاقه وتشابك مسائله، فقد استعنت فيه بكتب الفقهاء القدامى والمحدثين في الفقه الإسلامي حتى خرج البحث بفكرة

متكاملة عن القبض وطبيعته في الفقه الإسلامي، والاستعانة بأحدث المراجع في القانون الوضعي.

وكان من أبرز النتائج التي توصلت إليها هي ما يلي:

- ١- أن القبض في العقار يكون بالتخلية بين البائع وبين المشتري.
- ٢- أن القبض في المنقول إذا لم يكن جزافاً يكون القبض فيه كالقبض في العقار أى بالتخلية تارة، ويكون بما تعارف عليه الناس في ذلك تارة أخرى، هذا إذا كان المنقول من غير الربويات، أما الربويات والصرف فقبضها يكون في مجلس العقد وقبل أن تفرق الأبدان بالتناول باليد أما في الطعام فيكون قبضها بالحيازة والتمكن.
- ٣- أن القبض في المنقول إذا كان جزافاً فقبضه يكون بالتخلية.
- ٤- أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه كالدور والأراضي والأشجار والثمار والطعام والحيوان والسيارات والأجهزة الكهربائية وسائر أنواع السلع المنقولة على السفن والناقلات والطائرات وغيرها ما لم يقبضها المشتري بالتخلية أو بالحيازة أو بالعرف فلا يجوز بيعها قبل قبضها.
- ٥- بأن القبض يحصل بالتخلية، ورفع الموانع، من تصرف المشتري له بكل أنواع التصرفات من غير تحويل ونقل، وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا الاتجاه، أما ماورد عليها من مناقشات، فقد أمكن الرد عليها، كما أن في القول بهذا الاتجاه، رفعاً للحرج عن الناس لكن يستثنى من ذلك الطعام، لأن النصوص قد تضافرت على وجوب نقله، إذا بيع جزافاً، وعلى وزنه أو كيله،

إذا بيع بالوزن أو الكيل، ولأن للطعام شرفاً دون غيره لكونه سبب البنية وعماد الحياة، أما غير الطعام فلا يشترط نقله بل مجرد التخلية تكفي.

٦- أن القبض في المجلس شرط في صحة بيع الأثمان -بعضها ببعض، وعليه فلا يجوز في هذا، القبض بالتخلية، وذلك لورود النهي عن التفرق قبل قبض العوضين، فلا بد فيه من القبض الحقيقي.

٧- أن الغاصب يضمن ما أتلفه بالقيمة يوم التلف، لأن الضمان قبل تلف العين كان يتعلق بالرد والتسليم، فلما أتلفت تعلق الضمان بالقيمة فوق التلف إذ هو الوقت الذي انتقل فيه الضمان إلى القيمة، فتعتبر القيمة يوم التلف.

٨- أن الوكيل بالقبض لا يكون وكيلاً بالمخاصمة، لأن الخصومة غير القبض، فمن وكل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر، ولا فرق بين العين وبين الدين، إذ كلاهما يكون الوكيل أميناً فيه، وكلاهما يقبضه الوكيل وينقله.

٩- أن الوصية لا يشترط فيها القبض والإقرار، فلا يتوقف صحة العقد على القبض، لأن لها - شياً بالميراث - فلا يتوقف الملك على القبض.

١٠- لزوم الرهن بالقبض، لأن عقد الرهن عقد إرفاق، بدلالة أن الإنسان لم يجبر عليه، فلا يتعلق به استحقاق إلا بمعنى ينضم إليه كالوصية، والمعنى هو القبض.

١١- أن الهبة وصدقة التطوع تنعقد بالإيجاب والقبول، لكنها لا تلزم إلا بالقبض، ماعدا هبة الوالد لولده حيث له الرجوع حتى بعد القبض عند جمهور العلماء لورود النص به، لكن إذا تم العقد، فإن الواجب عليه ديانة أن يفني

بقوله والأياً ثم، فإذا تم العقد والقبض، فهل للواهب أن يبطل العقد ويرجع في هبته؟ فنقول: الهبة إما أن تكون للمحارم أو لغيرهم، فإذا كانت للمحارم، فقد نقل ابن قدامة الاتفاق على أنه لا رجوع فيها، إلا الأب للحديث "اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم"، وهناك رواية عن الإمام أحمد أن الأب ليس له الرجوع، والشافعية ألحقوا الأصول بالأب، حيث لهم الرجوع في المشهور من مذهبهم، مقابل المشهور أن الحكم خاص بالأب فقط.

١٢- أن عدم توقف انعقاد الإعارة على القبض، بل الإيجاب والقبول، الكاشفين عن الرضا والاتفاق، كافيين في انعقاد الإعارة، وأن القبض أثر من آثار الإعارة، لأنه لا بد من استيفاء المستعير المنافع التي ملكها بالعقد. وهذا هو الذي ينسجم مع قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. ومن الوفاء بالعقد تسليم العين المعارة إلى المستعير، ويتوقف العقد في العارية على القبض، قد يفوت على المستعير حاجته التي كان يبتغيها من الإعارة، فيلحقه الإحباط والخرج، وقد تكون الإعارة طريقاً لتلبية حاجة المحتاجين، كاستعارة الباحثين للكتب والمراجع وجعل المعير في حل من التزامه، أي الرجوع في أي وقت شاء يلحق المستعير ضرر، فالمستعير إذا كان يلحقه ضرر يرجع المعير فليس له ذلك.

١٣- أنه لا يجوز بيع الدين بالدين بالإجماع، وأيضاً السلم عقد معاوضة، فلا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق، فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف، ولا يصح قياسه على المجلس، بدليل الصرف، أي فكما أن الصرف لا يجوز فيه التفرق فكذا السلم.

١٤- أن عقود المعاوضات التي يقصد بها المغالبة لا يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه.

١٥- أن عقود المعاوضات المتمثلة في الشركة والتولية والإقالة فيجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان خشية من الوقوع في الربا.

١٦- إن التجارة الإلكترونية نسبة السلم أو هي نفسه ولذلك فإن الشريعة الإسلامية قد حضت على التجارة، وجعلتها من المهن الشريفة التي تهدف إلى نماء المجتمع ووضعت لها ضوابط تمنع باب الغش والخداع وتسد باب الغرر، والتجارة الإلكترونية وإن كانت صورة جديدة للتعامل، فإن الإسلام قد وضع ضوابط التثبت من جدية كل من البائع والمشتري وجدية قبض السلعة، وجعلت التعاملات تسير في وضوح وجلاء، وأغلقت كل ما يعكر صفو التعاملات التجارية من الغش والخداع والحيلة والغرر، وأن التعامل عن طريق الإنترنت بشراء سلعة منه، تشبه عقد السلم أو هي من جنسه مما يمنع القول بجرمته، ويلزم لكي تتحقق الجدية والصدق في التعامل وتحقق القبض، أن يكون للشركة المعلنة على شبكة الإنترنت وكيل داخل البلد الذي يتم دفع ثمن السلعة فيه، ويكون بالتالي مسؤولاً عن القبض، وهو ما يغلق باب الغش والغرر اللذان يواجهان القول بجرمة هذه البيوع، وأن التعاملات متى اتسمت بالجدية والوضوح صحت، وأن القول بغير ذلك يجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً لمجمود المعاملات، ويقضى على القول بصلاحياتها لكل زمان ومكان، فرحباً بكل أصناف التعامل التجاري متى روعيت في ذلك ضوابط العاقلين

والسلعة وجدية التعامل على وجه يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء على ما سلف ذكره.

١٧- أن: "بطاقة الائتمان" بأنواعها: فيزا، أمريكان إكسبريس، ماستر كارد، أو غيرها، جميعاً في حقيقتها عقد ربوي، مبني على الاستتار بالبطاقة التي اتفقت أطرافها الثلاثة أو الأربعة على التعاون على الإثم والعدوان وأكل الربا والله سبحانه يقول: ﴿ وَإِنْ يُرِيدُوا خِيَانَتَكَ فَقَدْ خَانُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ ﴾ وهنا خانوه من قبل بالقرض بالفائدة علناً دون تغليفها: "بطاقة ائتمان" ثم غلفوه بما يسمى: "بطاقة الائتمان" وكلاهما تحايل على انتهاك محارم الله، وقد صب الله غضبه ولعنته على من استحل محارمه بالحيل من اليهود فقال سبحانه: ﴿ فِيمَا نَقُضُهُمْ مَيَّنَّاهُمْ لَعْنَهُمْ وَجَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ وَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ وَلَا نَزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ ﴾. وإذا كان الحال كذلك، وأن نظام منظمات الخدمات المصرفية لا تعارض البنك العضو فيها من إصدار البطاقة الائتمانية، بما لا يتعارض مع نظامه الداخلي، فإن الفرصة مفتوحة للمصارف الإسلامية في إصدار "بطاقة ائتمان" تتفق عليها جميعاً بفتوى علماء الشريعة الموثوق بعلمهم ودينهم وخبرتهم وبصيرتهم، وفي هذا أجر عظيم وخير كثير في تصحيح معاملات المسلمين، وحمايتهم من الوقوع فيما حرمه الله ورسوله ﷺ.

١٨- أن بطاقة الائتمان بوضعها العام المعروف عالمياً والمحتوية على شروط ومواصفات قطعية التحريم، مثل: غرامات التأخير، والخصم الذي يقتضيه البنك - المصدر لها - من فاتورة التاجر الموقعة من العميل، وتوفير قدر من المنافع لحاملها كالتخفيض والخدمات الأخرى هذه "البطاقة الائتمانية" محرمة

شرعاً، لا يمكن قبولها ولا تسويغها بالنظر الشرعي. وحقيقتها: وعد بعقد بيع مركب من ثلاثة أطراف فيه معنى الإدغال يتضمن بيع دراهم بفوائد معجلة وفوائد حال التبادل، وفوائد أخرى للتأخير متضاعفة كلها تضاعف الأجل، فهو عقد ربوي منتهاه: السير على السياسة المالية التي قامت عليها البنوك الربوية: "الإقراض بفوائد" ولايسوغ فكه إلى عقدين، ولا تكيفه بوكالة، أو حوالة، أو كفالة أو جعالة، إذ لا ينطبق عليه أي واحد من حدود هذه العقود.

٢٠- من صور البيع الفاسدة المستحدثة هي بيع السلعة وهي في الطريق على ظهر السفينة بناء على تسلم مستند الشحن، إذا كان البيع الأول تم بشرط التسليم في ميناء الوصول، فإن المشتري لا يجوز له أن يبيع السلعة قبل وصولها الميناء وتسليمها، ولو تسلم سند الشحن.

٢١- أن كل بطاقة لها غطاء كامل من مال حاملها، فلا تسمح بالسحب الفوري، ولا التحويل الآلي إلا على حسابه، ورصيده لدى مصدرها، فهي بهذا الوصف جارية على الأصل الشرعي: الحل والجواز. وهذا حكم النوع الأول من: "البطاقات": "بطاقة الصرف الآلي" وهذا النوع من البطاقات بهذا الوصف، ليس محل بحث هنا، لعدم وجود أي شائبة تعتري الأصل وهو "الحل" ما لم يحصل لها شرط، أو وصف إضافي ينقلها من الحل إلى المنع ويحولها إليه، وقد تقدم بيانه مع التنبيه المتقدم في معرفة تأثير أن البنك يستثمر الرصيد، ويستفيد منه الفوائد الربوية.

٢٢- جواز إجراء العقود باللاسلكي والانترنت والراديو والتليفزيون وغيرها من الوسائل الحديثة، فهو إذا كان مما ينقل كلام واضحاً إلى الآخر فهو مثل

التليفون في جميع الأحكام وكذلك إذا كان ينقل الكلام عن طريق الشفرات الواضحة المفهومة المسموعة للطرفين، حيث يتم العقد بشرط الإيجاب والقبول بين المتعاقدين ويكون المجلس من خلال المحادثة بين المتعاقدين وتنتهي بانتهاء المحادثة.

٢٣- أن التعاقد بواسطة الانترنت ونحوها يتمشى مع ما قرره الفقهاء، لأن التعاقد من خلال هذه الوسائل ليس تعاقدًا بين حاضرين من كل وجه ولا بين غائبين من كل وجه، فالمتعاقدان لا يضمهما مجلس واحد وليس ثمة فاصل زمني بين القبول والعلم به، لذا ساد القول بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لعدم الفاصل الزمني وبين غائبين من حيث المكان نظرًا لبعد الشقة بينهما.

هذا والله أسأل أن يجعل هذا العمل لوجهه الكريم، وأن يكتب لنا التوفيق والسداد، ويعصمنا من الخطأ والزلل في القول والعمل، إنه ولى ذلك والقادر عليه صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

التوصيات:

- ١- مراجعة القوانين الحالية لتتفق مع أحكام الفقه الاسلامي.
- ٢- ضرورة تكوين لجنة علمية لتقنين الأمور المستحدثة في مجال وسائل القبض المعاصرة
- ٣- ازالة القصور الذي لحق بقانون المعاملات الاليكترونية العماني رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ وخصوصا فيما يتعلق بابرام العقد الاليكتروني واثاره.

٤- ضرورة اقرار قانون خاص بالاثبات الاليكترونى فى سلطنة عمان على نسق قانون التوقيع الاليكترونى المصرى، لاسيما وان قانون الاثبات الحالى لا يساير المعاملات الاليكترونية.

٥- تعديل نص المادة ٢٧٦ مكرر (٢) من قانون الجزاء العماني المضافة بالمرسوم السلطاني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠١ وذلك باستبدال كلمة مستخدمى الكمبيوتر بعبارة مستخدمى الحاسب الآلي وذلك لاتساق التشريعي لاسيما وان اللفظ الاخير هو المستخدم فى كافة المواد السابقة على هذه المادة.

٦- تعديل نص المادة ٢٧٦ مكرر (٣) من قانون الجزاء العماني المضافة بالمرسوم السلطاني رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠١ وذلك باضافة مصطلح بطاقات الائتمان بالاضافة الى بطاقات الوفاء وذلك لكي ينسجم السياق التشريعي من جانب ولكي يسرى قانون الجزاء من جانب اخر.

٧- ضرورة تعديل التشريعات المصرفية فى سلطنة عمان لتتسق مع المادة ١٨ من قانون حماية المستهلك العماني رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٢ لاسيما فيما يتعلق بالاعفاء من المسؤولية.

٨- ضرورة اضافة بطاقات الائتمان الى جانب بطاقات الوفاء وذلك فى كل المواد الواردة بالقانون المصرفى العماني رقم ١١٤ لسنة ٢٠٠٠ كي تسري أحكامه على بطاقات الائتمان.

٩- ضرورة الاهتمام والاعتناء بالعاملين بسلطنة عمان لمواكبة التطورات التكنولوجية الحديثة فى مجال المعاملات الاليكترونية وذلك بتدريبهم على كيفية استخدام هذه الوسائل المستحدثة.

١٠- نشر الثقافة الاليكترونية لدى جميع فئات الشعب في سلطنة عمان وذلك من خلال وسائل الاعلام والمدارس والجامعات لكي يكون هناك جيل قادر على التحدث بلغة العصر مع الاخذ بالمبادئ الكلية للشريعة الاسلامية.

١١- ضرورة إدخال مادة الحاسب الألى والانترنت في المقررات الدراسية التي تقدم للتلاميذ في المدارس بهدف ازالة الأمية الالكترونية لدى الجيل الجديد وخلق الثقة من خلال لغة العصر الحديث وهي الانترنت

١٢- ضرورة عقد مؤتمرات لفقهاء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى لدراسة ووضع حلول للأمور المستجدة في الحياة المعاصرة وخصوصا المسائل التي لم يعالجها الفقهاء الاقدمون بالدراسة والتحليل.

الباحث

عبد العزيز بن محمد بن صالح العوضي



فهرس المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم وعلومه:

القرآن الكريم.

- ١- أنوار التنزيل وأسرار التأويل: القاضي ناصر الدين البيضاوي، طبع المطبعة الميمنية بمصر.
- ٢- تفسير القرآن العظيم: للحافظ ابن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، طبع دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان.
- ٣- تفسير المظهري: للعلامة الكبير القاضي المظهري، باكستان، سنة ١٢٠٣هـ.
- ٤- تفسير الماوردي للعلامة أبو الحسن الماوردي، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية (الكويت).
- ٥- تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: للعلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، سنة ٢٠٠٠، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.
- ٦- جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، (٢٢٤ - ٣١٠هـ)، الطبعة الثالثة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ٧- الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري

القرطبي، الطبعة الثالثة، ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، مصر.

٨- في ظلال القرآن الكريم: سيد قطب، طبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر.

٩- معالم التنزيل لأبي محمد مسعود ابن الفراء البغوي الشافعي، ط دار طيبة برياض.

١٠- مفاتيح الغيب المشهور بالتفسير الكبير: الفخر الرازي، الطبعة الأولى، ١٣٠٨ هـ، المطبعة الخيرية بمصر.

ب- السنة وشروحها:

١- إرواء الغليل وشفاء العليل، الشيخ ناصر الدين الألباني - ط المكتب الإسلامي الأردن.

٢- تهذيب التهذيب: للإمام الحافظ الشيخ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان.

٣- سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (٢٠٧ - ٢٧٥ هـ)، تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار الحديث، القاهرة، مصر.

٤- سنن الترمذي/ وبهامشه تحفة الأحوزي: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، (ت ٢٩٧ هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥- سنن الدارقطني: للإمام الكبير علي بن عمر الدارقطني، (٣٠٦ - ٣٨٥ هـ)، ١٩٩٦ م، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، مصر.

٦- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٧- شرح الآبي المالكي / علي صحيح مسلم، للآبي المالكي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.

٨- شرح النووي / صحيح مسلم: للإمام يحيى بن شرف النووي الدمشقي الشافعي (٦٣١ - ٦٧٦هـ)، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٩- شرح سنن أبي داود / المطبوع بهامش عون المعبود: لابن القيم، طبعة المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

١٠- شرح معاني الآثار: للإمام أبي جعفر، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المجري الطحاوي الحنفي، (٢٢٩هـ - ٣٢١هـ) حققه وعلق عليه / محمد زهري النجار، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١١- صحيح البخاري / بحاشية السندي: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن المغيرة بن بزوية البخاري الجعفي، (١٩٤ - ٢٥٦هـ)، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

١٢- صحيح مسلم / بشرح النووي: للإمام مسلم بن الحجاج القشيري (٢٠٤ - ٢٦١هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٣- عون المعبود شرح سنن أبي داود: للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق محمد عبد الرحمن عثمان، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، الناشر محمد عبد الله المحسن، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني

١٥- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد/ المطبوع مع سنن ابن ماجه: للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، (ت ٨٠٧هـ) طبعة عيسى الحلبي، القاهرة، مصر.

١٦- المستدرك على الصحيحين/ وبهامشه التلخيص للذهبي: للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٧- مسند الإمام أحمد بن حنبل، (١٦٤ - ٢٤١هـ) حققه: شعيب الأرناؤوط، وآخرون، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

١٨- المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولى، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، المكتب العلمي، والمكتب الإسلامي.

١٩- المنتقى/ شرح موطأ الإمام مالك: لأبي سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، (٤٠٣ - ٤٩٤هـ)، الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر.

٢٠- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار،
للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، كتاب البيوع، الطبعة الأخيرة،
مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

٢١- المسند الجامع للإمام الربيع بن حبيب التيمي، طبعة وزارة التراث
الثقافة سلطنة عمان.

٢٢- شرح مسند الإمام الربيع بن حبيب، للعلامة أبو عبيدة عبد الله بن
حميد السالمي، ط وزارة التراث- سلطنة عمان.

٢٣- شرح سنن النسائي للإمام جلال الدين السيوطي، مكتبة المنظوعات
الإسلامية بحلب، ١٩٨٦م

ج- مصادر اللغة:

١- القاموس المحيط: مجد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي، (٨١٧ -
٩٢٧هـ) مطبعة الحلبي، ١٩٥٢، مصر، القاهرة.

٢- لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين بن محمد بن منظور، (ت
٧١١هـ)، طبعة دار المعارف، القاهرة، مصر.

٣- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة
الأولى ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٤- مختار الصحاح، للجوهري، طبعة المركز العربي للثقافة والعلوم.

٥- المعجم الوسيط: معجم صادر عن مجمع اللغة العربية، نشر دار الدعوة،
تركيا، ١٩٨٩ م.

٦- معجم مقاييس اللغة: تحقيق عبد السلام محمد هارون، طبعة دار الفكر، بيروت، لبنان.

د- مصادر ومراجع الفقه:

١- مصادر ومراجع الفقه الحنفي:

١- الاختيار لتعليل المختار: لأبي عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الطبعة الثالثة، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٢- الأشباه والنظائر على مذهب إلى حنيفة: للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجم، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، (ت ٥٨٧هـ)، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط: الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٤- حاشية رد المختار/ على الدر المختار: لمحمد أمين بن عمر ابن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، (ت ١٢٥٢هـ)، طبعة الشعب، القاهرة، مصر.

٥- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للإمام علاء الدين الحصكفي، مطبوع بحاشية ابن عابدين عليه ط: مصطفى الحلبي الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.

- ٦- الدر المنتقى شرح الملتقى للإمام علاء الدين الحصكفي، مطبوع بهامش مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٧- شرح العناية على الهداية: للإمام أكل الدين محمد بن محمود البابرقي (ت ٧٨٦هـ)، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.
- ٨- شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، المعروف بابن الهمام، (ت ٨٦١هـ)
- ٩- الفتاوى الهندية، للإمام نضر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني (ت ٢٩٥هـ، طبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٠- اللباب في شرح الكتاب: تأليف الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، (ت ١٢٩٨هـ) على متن الكتاب للعلامة القدوري (ت ٤٢٨هـ) حققه محمود أمين النوادي، طبعة دار الحديث للطبع والنشر، بيروت، لبنان.
- ١١- المبسوط: لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، (ت ٤٩٠هـ)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م طبعة دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٢- مصادر ومراجع الفقه المالكي:

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (٥٢٠ - ٥٩٥هـ)
- ٢- حاشية الدسوقي/ على الشرح الكبير: للشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، (ت ١٢٣٠هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان

٣- حاشية الصاوى (بلغة السالك) على الشرح الصغير: للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكي، مطبعة أميرة، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م.

٤- حاشية العدوى/ كفاية الطالب الرباني: للشيخ على الصعدي العدوى المالكي (ت ١١١٢هـ) طبعة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر.

٥- شرح الخرشي/ على مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد الخرشي، (ت ١١٠١هـ)، الطبعة الثانية ١٣١٦هـ، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر.

٦- الفروق: للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، (٦٢٦ - ٦٨٤هـ)، طبعة دار المعرفة، بيروت.

٧- الفواكه الدواني/ على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للشيخ أحمد بن غنيم بن مهنا النفراوى المالكي، (ت ١١٢٠هـ)، الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، مصطفى البابي الحلبي، وأولاده بمصر.

٨- القوانين الفقهية: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ، طبعة فاس ١٩٣٥م).

٩- المدونة الكبرى/ وبهامشها: المقدمات الممهّدات، للإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، (٩٣هـ - ١٧٩هـ)، رواية الإمام سخّون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان.

١٠- المنتقي شرح موطأ الإمام مالك، للإمام الباجي، ط مصورة مطبعة السعادة سنة ١٣٣٢هـ.

١١- مواهب الجليل / مختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف "بالخطاب"، (ت ٩٥٤هـ) الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣- مصادر ومراجع الفقه الشافعي:

١- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ١١٩هـ مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الأخيرة ١٣٨٧هـ - ١٩٥٩م.

٢- الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، (ت ٢٠٤هـ) طبعة دار المعرفة، بيروت - لبنان.

٣- تحفة المحتاج بشرح المنهاج - ابن حجر الهيتمي - عليهما حواشي الشرواني، ط دار الفكر - بيروت، لبنان.

٤- الحاوي للفتاوى، للإمام جلال الدين السيوطي المتوفى ٩١١هـ، تحقيق/ محمد محي الدين عبد الحميد، ١٩٩٠، المكتبة العصرية - بيروت.

٥- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، ط المكتبة الإسلامية ديار بكر، تركيا.

٦- حاشيتا قليوبى وعميرة: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبى، (ت ١٠٦٩هـ)، وشهاب الدين أحمد البرلسى الملقب بعميرة، (ت ٩٥٧هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام أبو زكريا محي الدين النووي، المتوفى ٦٧٦هـ.

٨- شرح منهج الطلاب/ بحاشية الجمل: لشيخ الإسلام زكريا ابن محمد بن أحمد الأنصارى، (٨٢٣هـ - ٩٢٦هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر.

٩- فتح العزيز شرح الوجيز (الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي) مطبوع بهامش المجموع، طبعة شركة العلماء بالقاهرة.

١٠- فتح الوهاب/ شرح منهج الطلاب: لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصارى، (٨٢٣هـ - ٩٢٦هـ)، ومعه الرسائل الذهبية فى المسائل الدقيقة المنهجية، للسيد/ مصطفى بن حنفى الذهبى الشافعى، (ت ١٢٨٠هـ) الطبعة الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١١- كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار: للإمام تقي الدين أبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى الدمشقى الشافعى، طبعة عيسى البابى الحلبي، القاهرة، مصر.

١٢- المجموع / شرح المذهب: لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي (٦٣١ ٠ ٦٧٦هـ) ويليّه: فتح العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، تحقيق محمد نجيب المطيعي، طبعة مكتبة الإرشاد بجدّة، السعودية.

١٣- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للشيخ / شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، (ت ٩٧٧هـ) دراسة وتحقيق / أ. علي أحمد معوض، أ/ عادل أحمد عبد الموجود، طبعة دار الفكر، دمشق، سوريا.

١٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبای الشيرازي، (ت ٤٧٦هـ)، وبهامشه النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، لابن بطلال، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر.

١٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصار الشهير بالشافعي الصغير ت: ١٠٠٤هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر.

مصادر ومراجع الفقه الحنبلي:

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للإمام علاء الدين أبي الحسن المرادوي الحنبلي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

- ٢- الروض المربع / على شرح زاد المستقنع / بحاشية النجدي، لمنصور بن يونس البهوتي، (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ)، الطبعة السادسة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، بدون ناشر.
- ٣- شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر ١٤٢/٢.
- ٤- القواعد في الفقه الإسلامي، لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥ هـ)، الطبعة الأولى، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧١، القاهرة، مصر.
- ٥- كشف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ)، طبعة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، عالم الكتب، بيروت، لبنان.
- ٦- المغني على مختصر الخرق: للعلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (ت ٦٢٠ هـ)، مطبعة دار الفكر، دمشق، سوريا.

مصادر ومراجع الفقه الظاهري:

- ١- المحلى بالآثار: لأبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، (٣٨٤ - ٤٥٦ هـ)، تحقيق: عبد الغفار سليمان البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

مصادر ومراجع الفقه الإباضي:

- ١- إيضاح البيان في أحكام نكاح الصبيان للعلامة عبدالله بن حميد السالمي دراسة وتحقيق/عبدالعزیز بن محمد بن صالح العوضي، دار البيان للطباعة القاهرة
- ٢- شرح النيل وشفاء العليل: لمحمد بن يوسف أطفيش، طبعة دار الفتح - بيروت - لبنان
- ٣- المعاملات المالية والتطبيق المعاصر الشيخ ماجد بن حمد بن سالم الكندي طبعة وزارة التراث الثقافة سلطنة عمان
- ٤- فتاوى المعاملات سماحة الشيخ احمد بن حمد الخليلي طبعة وزارة التراث الثقافة سلطنة عمان.
- ٥- مختصر الخصال للإمام الشاري أبو اسحاق ابراهيم بن قيس الحضرمي، طبعة وزارة التراث الثقافة سلطنة عمان.

مصادر ومراجع الفقه الزيدي:

- ١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - أحمد بن يحيى بن المرتضي، ط أنصار السنة المحمدية سنة ١٩٤٨ م.

مصادر ومراجع الفقه الإمامية:

- ١- المختصر النافع، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهذلي الحلبي، (٦٧٦هـ)، طبعة النعمان، ١٩٦٤، النجف الأشرف، بغداد، العراق.

- ٢- الصراط القويم، للسيد محمد الصدر، طبعة ١٩٩٢، طبعة أولى - بغداد.

متفرقات ورسائل وبحوث:

- ١- اتحاف السادة المتقين، بشرح أحياء علوم الدين: للإمام محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، الشهير بالمرتضي.
- ٢- الإجماع لابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٣- أحكام العيب في الفقه الإسلامي، د/إسماعيل كاظم. غير مطبوع.
- ٤- أحكام المعاملات المالية، في المذهب الحنبلي - د/محمد زكي عبد البر، ط دار الثقافة، قطر، الدوحة سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، طبعة أولى
- ٥- إحياء علوم الدين: الإمام الغزالي مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م
- ٦- أعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ)، تحقيق/ هاني الحاج، طبعة المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر.
- ٧- إغاثة الطالبين للعلامة أبي بكر البكري الدمياطي، طبعة إحياء التراث العربي.
- ٨- الاقتصاد في ضوء الشريعة الإسلامية د/ محمود محمد بابلي.

٩- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته "دراسة مقارنة" د/محمد يوسف موسي، دار الفكر العربي

١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٠- الأموال، د/محمد كامل مرسى، مطبعة الرغائب، الطبعة الأولى

١٣٥٤هـ - ١٩٣٥م.

١١- الأموال في دولة الخلافة، للأستاذ عبد القديم زلوم، طبعة دار العلم

للملايين - لبنان.

١٢- بلوغ المرام، عليه شرح سبل السلام، العلامة أحمد بن علي بن حجر

الكثاني العسقلاني القاهري (٧٧٣ - ٨٥٢هـ)، ط دار إحياء

التراث العربي.

١٣- البيان في مذهب الإمام الشافعي، تأليف أبي الحسين العمراني

الشافعي، دار المناهج، بدون سنة نشر.

١٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين الزيلعي، طبعة الأميرية

ببلاط ١٣١٤هـ، القاهرة، مصر.

١٥- التجارة في ضوء القرآن والسنة: عبد الغني الراحي، العدد ٩٦،

سلسلة كتب إسلامية، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

١٦- تحفة الفقهاء: محمد المنتصر الكثاني، تحقيق د/ وهبة الزحيلي، طبعة

دار الفكر دمشق، سوريا.

١٧- التراضي في عقود المبادلات المالية: د. نشأت إبراهيم الدريني، طبعة دار الشروق، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.

١٨- التشريع الجنائي الإسلامي، عبد القادر عودة، نشر دار الرسالة ١٤٠٤ هـ ١٩٨٥ م.

١٩- التعريفات: للجرجاني، مطبعة الحلبي ١٩٦٩ م - ١٣٥٧ هـ مكتبة لبنان.

٢٠- حاشية الشلبي على تبين الحقائق: للزيلعي، طبعة الكبرى الأميرية - ببولاق سنة ١٣١٤ هـ، القاهرة، مصر.

٢١- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: لسيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، حققه وعلق عليه/ د. ياسين أحمد درادكه، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية.

٢٢- درر الأحكام شرح الأحكام، علي حيدر، دار الجليل، بيروت.

٢٣- دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، د/إسماعيل البدوي، دار الفكر العربي الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.

٢٤- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي مكتبة سعد سنة ١٩٩٠ م، طبعة أولى بغداد.

٢٥- رسائل ابن عابدين رسالة " نشر العرف في بناء بعض الأحكام "، طبعة الأستانة.

٢٦- الرهن في الشريعة الإسلامية - بحث مقارن للأستاذ فرج توفيق الوليد، القضاء، النجف ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م.

٢٧- الزواجر عن اقتراف الكبائر: لابن حجر العسقلاني، طبعة ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م بدون ناشر.

٢٨- السراج المنير شرح الجامع الصغير: ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م.

٢٩- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: تحقيق محمود إبراهيم زايد ط دار الكتب العلمية بيروت.

٣٠- الفتاوى الكبرى: للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية، (٦٦١ - ٧٢٨ هـ) تحقيق وتعليق وتقديم/ محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣١- الفقه الإسلامي "المدخل - والأموال - والحقوق - والملكية - والعقود محمد سلام مذكور، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٥ م مكتبة عبد الله وهبة.

٣٢- الفقه الإسلامي: للدكتور/ محمد سلام مذكور، الطبعة الأولى ١٩٥٤ م مكتبة عبد الله وهبة.

٣٣- القبض، أنواعه وأحكامه في الفقه الإسلامي: أ.د/ محمد رضا عبد الجبار العاني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

٣٤- قواعد الإحكام في مصالح الإنام، ط دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

٣٥- الكافي في فقه أهل المدينة/ المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبد الله النمرى القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٦- كتاب الشروط والوثائق لأبي نصر السمرقندي (ت ٦١٩هـ) - تحقيق/ محمد جاسم الحديثي، ط دار الحرية ببغداد.

٣٧- المال في الإسلام د/ محمد محمد بابلي - دار الكتاب اللبنانية، لبنان.

٣٨- مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس ١٩٩٠ م.

٣٩- مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المملكة العربية السعودية (أعداد متفرقة).

٤٠- المحرر في الفقه: الشيخ محمد مجد الدين أبو البركات (٦٥٢هـ) الطبعة الثالثة، مطبعة السنة.

٤١- المختصر النافع: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلي الحلي (٦٧٦هـ)، طبعة النعمان، ١٩٦٤م النجف الأشرف، العراق.

٤٢- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي: للأستاذ/ محمد مصطفى شلي، طبعة دار التأليف سنة ١٩٩٥م.

٤٣- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور/ عبد الكريم زيدان، دار عمر بن الخطاب ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م

٤٤- المدخل للفقہ الإسلامي: الدكتور/عيسوي أحمد عيسوي، ط دار
الكتاب العربي الطبعة الأولى

٤٥- مرشد الحيران: عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة
الإسلامية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي ١٤٠٩ هـ -
١٩٨٩ م.

٤٦- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح: لعل بن سلطان بن محمد
القاري، طبعة الدار السلفية.

٤٧- مسائل في الفقه المقارن: د. هاشم جميل، طبعة سنة ١٤٠٩ هـ،
١٩٨٩ م، بدون ناشر.

٤٨- المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ط السلفية سنة ١٣٤٥ هـ،

٤٩- الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام، د. محمد عبدالله العربي.

٥٠- مقدمة ابن خلدون، عبد الرحمن بن خلدون وما بعدها - طبعة
المطبعة الأزهرية سنة ١٣٤١ هـ.

٥١- الملكية الخاصة في ظل الإسلام، د/ حامد محمود إسماعيل، بحث
منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد الأول
١٩٧٨ م.

٥٢- الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، د/ محمد بلتاجي،
مكتبة الشباب ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

٥٣- الملكية وضوابطها في الإسلام "دراسة مقارنة" مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة د/عبد الحميد محمود البعلي، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، مكتبة وهبة.

٥٤- الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة، مطبعة فتح الله سنة ١٣٧٥ هـ.

٥٥- من أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي المال وطرق استثماره في الشريعة الإسلامية، د/أمين عبد المعبود زغلول، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر فرع أسبوط - العدد الثالث.

٥٦- المنثور في القواعد: للزركشي - ط وزارة الأوقاف - تحقيق د/تيسير فايق.

٥٧- الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي، ط دار الفكر العربي.

٥٨- ميزان الأصول، لعلاء الدين السمرقندي - تحقيق د/ عبد الملك السعدي ط - الخلود، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، طبعة أولى.

٥٩- النظريات الفقهية: د. مصطفى الزحيلي، الطبعة الثانية، مطبعة التقدم بحلب سوريا.

٦٠- نظرية التملك في الإسلام د/ محمد الحميد الرحمن الجنيدل، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣، مؤسسة الرسالة.

٦١- نهاية الزين: لأبي عبد المعطي الاوي البنتيني التساودي ط مصطفى

البابي الحلبي، القاهرة، مصر.

٦٢- الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبي زهرة مطبعة فتح الله سنة ١٣٧٥هـ.

٦٣- الملكية الفردية وتحديداتها في الإسلام، الشيخ/ علي الخفيف.

مصادر ومراجع القانون:

١- إبرام عقد البيع عبر الانترنت، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي د/ مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، دون ناشر، طبعة ١، ٢٠١٠.

٢- إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت: حسن عبد الباسط جميعي، طبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م.
٣- أصول الإجراءات الجنائية، د. حسن صادق المرصفاوي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م.

٤- أصول القانون الإداري "أموال وعمال الإدارة العامة" دراسة مقارنة ط ١٩٨٥م.

٥- أصول القانون الإداري، د/الشافعي أبو راس، مكتبة النصر ١٩٨٥م

٦- بطاقات الائتمان والأسس القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدامها، د/ محمد توفيق سعودي، دار الأمين للنشر والتوزيع ٢٠٠١.

- ٧- بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، د/ رفعت نخرى أبادير، مكتبة سعيد رأفت، ط ١٩٨٤.
- ٨- بطاقات الوفاء د/ فايز نعيم رضوان، دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- ٩- الانتفاع بالمال العام: د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، دار النهضة العربية ١٩٩٠.
- ١٠- التعدي على المنافع الشريعة والقانون دراسة مقارنة: محمد عبد المنعم حبشي ١٩٨٨ م.
- ١١- التعاقد عن طريق التلفزيون: محمود عبد المعطى خيال، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٢- التوريق المصرفي للديون الممارسة والإطار القانوني، د/ حسين فتحي عثمان، دار أبو المجد للطباعة بالهرم ١٩٩٩
- ١٣- الثروة المعدنية وحقوق الدولة والفرد فيها "دراسة فقهية مقارنة بالقوانين والتشطيبات الوصفية د/ محمود المظفر، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ١٤- حدود مشروعية الاعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، د/ حسين فتحي دون ناشر ودون سنة نشر
- ١٥- الحماية الدولية لحق المؤلف: إبراهيم أحمد إبراهيم، القاهرة، ١٩٩٢، بدون دار نشر.

١٦- جرائم الحاسب الآلي، هدي حامد قشقوش، طبعة ١٩٩٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

١٧- حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات: محمد السعيد رشدي، مطبعة النسر الذهبي، القاهرة، مصر.

١٨- الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، دراسة تحليلية مقارنة لاتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٦ طبعة ٢٠٠٩

١٩- الحقوق العينية الأصلية، د/محمد كامل مرسى، الطبعة ١٩٤٩م.

٢٠- دروس في مدخل العلوم القانونية، د/ نعمان جمعة، الطبعة الأولى.

٢١- دعائم الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة "الحريات العامة" د/إسماعيل البدوي.

٢٢- الأسس القانونية لقروض الاستحواذ على ادارت الشركات د/ حسين فتحي، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٧.

٢٣- شرح قانون العقوبات الأهلي، القسم الخاص، أحمد أمين، القاهرة، ١٩٢٤م.

٢٤- ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية: د/محمد الشحات الجندي طبعة سنة ١٤١١هـ - ١٩٩٠م دار النهضة العربية بمصر.

٢٥- ضوابط العقود - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي: عبد الحميد محمود البعلي، الطبعة الأولى، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، مصر.

٢٦- عقد البيع في القانون المدني: محمود جمال الدين زكي، طبعة الكويت ١٩٧٤.

٢٧- القانون الإداري: د/ فؤاد العطار، دار النهضة العربية ٥٢٤/٢،

٢٨- مبادئ القانون الإداري، د/ ثروت بدوي، دار النهضة العربية ١٩٦٨ م.

٢٩- مبادئ القانون، د/ ثروت أنيس الأسيوطي، طبعة ١٩٧٤ م.

٣٠- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض من أول إنشائها في سنة ١٩٣١ م حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م، المكتب الفني.

٣١- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ ممدوح محمد علي مبرن، دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٩.

٣٢- مذكرات في القانون الإداري، د/ وجيه فكري رأفت - مطبعة العلوم ١٩٣٨.

٣٣- المسؤولية المدنية والجنائية في بطاقات الائتمان، يونيتد للإصدارات القانونية، طبعة ٢٠١٠.

٣٤- مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي: عزة محمود أحمد خليل، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٩٤.

٣٥- مقدمة علم قواعد المعاملات، د/ برهان محمد عطا الله، الطبعة الأولى ١٩٦٧ م.

٣٦- الملكية في الإسلام: د/عيسى عبده والأستاذ/أحمد إسماعيل يحي دار المعارف.

٣٧- الملكية وضوابطها في الإسلام دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة، د/عبد الحميد محمود البعلي الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، مكتبة وهبة.

٣٨- موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الأستاذ/ حسن الفكهاني، الناشر، الدار العربية للموسوعات القانونية.

٣٩- نظرية العقد والإرادة المنفردة - دراسة معمقة مقارنة بالفقه الإسلامي: عبد الفتاح عبد الباقي، طبعة سنة ١٩٨٤ م.

٤٠- نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي: هلالي عبد الله أحمد تفتيش، سنة ١٩٨٨ بدون ناشر.

٤١- الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات: د/محمود جمال الدين زكي، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٧ مطبعة جامعة القاهرة).

٤٢- الوسيط في القانون التجاري: د/أكثم أمين الخولي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٦ م، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، نشر مكتبة وهبة، القاهرة، مصر.

٤٣- الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، د/محمد أنس قاسم جعفر ١٩٨٥ م

٤٤- الوسيط في القانون المدني: المستشار أنور طلبة، دار نشر الثقافة

٤٥- الوظائف الاقتصادية للعقود المطبقة في المصارف الإسلامية: صبري حسانين، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

٤٦- الحقوق العينية الأصلية، ج ١، الأموال والحقوق - حق الملكية بوجع عام، د. محمد كامل مرسي تنقيح م. محمد علي سكيكر وم. معتز كامل مرسي الناشر منشأة المعارف ٢٠٠٥

٤٧- الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية د. عبد الرزاق احمد السنهوري، تنقيح م. احمد مدحت المراغى، منشأة المعارف بالإسكندرية ط ٢٠٠٤.

٤٨- الملكية وضوابطها في الإسلام، د. عبد الحميد محمود البعلى دار أبها بالمملكة العربية السعودية ص ٨٨ وما بعدها.

٤٩- الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، د. بدران أبو العنين، الإسكندرية ١٩٨٦

٥٠- الوجيز في المعاملات الشرعية " النظريات الفقهية " د. محمد نجيب عوضين المغربي، دار الثقافة العربية ط ٢٠٠٦

٥١- المدخل لدراسة الفقه الاسلامى، ج ٢ الحق والمال والملك ونظرية العقد د. محمد محمد فرحات، ط ١٩٩٠

٥٢- النظريات العامة في الفقه الاسلامى نظرية الحق - المال والملكية - نظرية العقد، د.محمود بلال مهران، دار الثقافة العربية ط ١- ٢٠٠٤ هـ- ١٤٢٤.

٥٣- الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ د. مصطفى كمال طه، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١

٥٤- القانون التجارى العقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس د. على البارودى، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ط ١٩٩٨

٥٥- الشيك مدنيا وجنائيا فى ضوء آراء الفقه وأحكام محكمة النقض، د. حسين إبراهيم خليل دار المطبوعات الجامعية ط ٢٠٠٩

٥٦- بطاقات الدفع الالىكتروني من منظور اسلامى، د. حسين إبراهيم خليل، دار الكتاب الحديث ٢٠٠٩

٥٧- الأوراق التجارية فى التشريع المصرى تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الاذنى والشيك د. أمين محمد بدر، مكتبة النهضة المصرية ط ٢- ١٩٥٤

٥٨- الأوراق التجارية، السند الاذنى - الكمبيالة - الشيك، د. على جمال الدين عوض، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٥.

٥٩- الشيك فى قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، د. على جمال الدين عوض، دار النهضة العربية ط ٢٠٠٠.

٦٠- القانون التجارى، د. سميحة القلبوبى دار النهضة العربية ٢٠٠٨

٦١- الموجز فى القانون التجارى د. محسن شفيق ج ١ دار النهضة العربية

٦٢- قانون الأعمال مقدمة - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - النظرية العامة للشركات - شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩ د. سامي عبد الباقي أبو صالح.

٦٣- قانون المعاملات التجارية د. محمود مختار بريري، ج ١، دار النهضة العربية.

٦٤- موسوعة القضاء في المواد التجارية، عبد المعين لطفى جمعة، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ط ١٩٦٨.

٦٥- مسؤولية البنك عن الوفاء بالشيك المزور، د. حماد مصطفى عزب، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩١

٦٦- النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان كيلاني عبد الراضي محمود رسالة دكتوراه جامعة أسيوط، منشورة لدى دار النهضة العربية ١٩٩٨.

٦٧- بطاقات الائتمان عبد الفتاح محمود إدريس.

٦٨- الأوراق التجارية ووسائل الدفع الاليكترونى الحديثة، الكمبيالة - السند الاذنى - الشيك - النقود الاليكترونية - الأوراق التجارية الاليكترونية - بطاقات الوفاء والائتمان، د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، دار الفكر الجامعى ط ٢٠٠٧.

٦٩- عمليات البنوك والإفلاس محمد بهجت قايد، ط ٢-٢٠٠٠

٧٠- الوجيز في آثار الالتزام د/ محمد على عمران مكتبة سعيد رأفت ط

٧١- الوسيط شرح قانون الإثبات العماني، د/ اسامة روبي عبد العزيز
الروبي، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٨

٧٢- الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، د. عمر سالم، د. ن ط ١٩٩٥.

٧٣- مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية أعداد مختلفة.

٧٤- مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بسلطنة عمان أعداد
مختلفة.

٧٥- مجلة المحاماه المصرية.

٧٦- الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ١٩٤٨

٧٧- قانون المعاملات الالكترونية في سلطنة عمان، أسامة أحمد شتات،
دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠

٧٨- القانون التجاري وفقا لقانون التجارة العماني-مصادر القانون
التجاري العماني، الدكتور/عادل علي مقدادي، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، ٢٨٤١٤-٢٠٠٩م

٧٩- القانون التجاري الأعمال التجارية، المحل التجاري د.محمد فريد
العريني، د.جلال وفاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،
٢٠٠٩م

٨٠- شرح القانون المدني في حق الملكية، د.محمد عرفة.

٨١- الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة العماني، عادل علي مقدادي،
جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.

- ٨٢- مجلة النور الكويتية، العدد ١٥٢، جمادى الآخر ١٤١٨هـ.
- ٨٣- الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، د. نزيه محمد الصادق المهدي، ط ١٩٨٢.
- ٨٤- التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، محمد السعيد رشد، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨م
- ٨٥- وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، أ/ شبيب بن ناصر البوسعيدى، مركز الغندور القاهرة ٢٠١٠.

المواقع الإلكترونية:

- الموقع الإلكتروني: [Http://www.amazon.com](http://www.amazon.com)
- الموقع الإلكتروني: <http://www.microsoft.com>
- الموقع الإلكتروني: <http://cob.ohio-state.edu/dept/fin/mba.htm>
- الموقع الإلكتروني: <Http://www.economist.com>
- الموقع الإلكتروني: <http://www.ft.com>
- الموقع الإلكتروني: <http://www.bbcnc.org.uk/bbc>



فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	طرف الآية
		سورة البقرة
	١٧٧	﴿وَأَنَّى الْمَالِ عَلَىٰ حَبِءٍ﴾
	١٨٨	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾
	١٩٥	﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾
	٢٣٧	﴿طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾
	٢٤٥	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾
	٢٤٥	﴿وَاللَّهُ يَقْضِي وَيَبْضِطُ﴾
	٢٦٩	﴿يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾
	٢٧٥	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
	٢٨٣	﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَّ مَقْبُوضَةً﴾
	٢٨٣	﴿فَرِهْنَّ مَقْبُوضَةً﴾
		سورة النساء
	٢	﴿وَأَنتُمْ أَلْيَنُكُمْ أَمْوَالُهُمْ﴾
	٤	﴿وَأَنتُمْ أَلْيَسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ نَحْلَةً فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾
	٥	﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾

الصفحة	رقمها	طرف الآية
	١١	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾
	٢٤	﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾
	٢٩	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
	٥٨	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾
	٨٦	﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِبِخَعَةٍ﴾
	٩٢	﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمَنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ؕ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا﴾
		سورة المائدة
	١	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
	٢	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾
	١٣	﴿فِيمَا نَقَضُوا مِيثَقَهُمْ لَعْنَهُمْ جَعَلْنَا قُلُوبَهُمْ قَاسِيَةً يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَنْ مَوَاضِعِهِ وَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ ؕ وَلَا تَزَالُ تَطَّلِعُ عَلَى خَائِنَةٍ مِنْهُمْ﴾
	٣٨	﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾
		سورة الأعراف
	١٠	﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعِيشٌ فَلَبَّاءُ مَا تَشْكُرُونَ﴾
		سورة الأنفال
	٢٨	﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَدُكُمْ فَتَنَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾
	٧١	﴿وَإِنْ يُرِيدُوا خِيَانَتَكَ فَقَدْ خَانُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ﴾

الصفحة	رقمها	طرف الآية
		سورة التوبة
	٤١	﴿ وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾
	٦٧	﴿ وَيَقِضْضُوا أَيْدِيَهُمْ ﴾
	٧١	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
	٩١	﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾
	١٠٥	﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾
	١١١	﴿ إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ ﴾
		سورة يوسف
	٧٢	﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾
	٧٢	﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ ﴾
		سورة النحل
	٨	﴿ وَالْخَيْلَ وَالْإِبَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾
		سورة الإسراء
	٦	﴿ وَأَمَدَدْنَكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَجَعَلْنَكُمْ أَكْثَرْنَفِيرًا ﴾
	٦٦	﴿ رَبُّكُمْ الَّذِي يُزْجِي لَكُمْ الْفُلْكَ فِي الْبَحْرِ لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ إِنَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾
		سورة الكهف
	٤٦	﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾
		سورة مريم
	٦-٥	﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ۖ يَرِئُنِي ﴾

الصفحة	رقمها	طرف الآية
		سورة الأنبياء
	٣٠	﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾
		سورة النور
	٣٣	﴿وَعَاثُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾
		سورة الفرقان
	٤٦	﴿ثُمَّ قَبَضْنَاهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا﴾
		سورة القصص
	٢٧	﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾
		سورة سبأ
	٣٥	﴿وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوَالًا وَأَوْلَدًا وَمَا نَحْنُ بِمُعَذِّبِينَ﴾
		سورة الزمر
	٢٩	﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ﴾
	٦٧	﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾
		سورة الشورى
	٤٢	﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾
		سورة الزخرف
	١٩	﴿وَجَعَلُوا الْمَلَائِكَةَ الَّذِينَ هُمْ عِبْدُ الرَّحْمَنِ إِنثًا﴾
		سورة الذاريات
	٥٣	﴿أَتَوَصَّوهُ﴾

الصفحة	رقمها	طرف الآية
		سورة الحديد
	١٨	﴿ إِنَّ الْمُضْذِقِينَ وَالْمُضْذِقَاتِ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُّضَاعَفْ لَهُمْ وَلَهُمْ أَجْرٌ كَرِيمٌ ﴾
		سورة المجادلة
	١٧	﴿ لَنْ تُغْنِيَ عَنْهُمْ أَمْوَالُهُمْ وَلَا أَوْلَادُهُمْ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ﴾
		سورة الجمعة
	١٠	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾
		سورة التغابن
	١٥	﴿ إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَاللَّهُ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ ﴾
		سورة الطلاق
	٢	﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾
		سورة الملك
	١٥	﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ۖ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾
	١٩	﴿ صَفَقَتِ وَيَقِضْنَ ۚ ﴾
	١٩	﴿ وَيَقِضْنَ مَا يَمْسِكُهُنَّ إِلَّا الرَّحْمَنُ ۚ ﴾
		سورة المزمل
	٢٠	﴿ عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَّرْضَىٰ ۖ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَلْتَمِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ۚ وَآخَرُونَ يَقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۚ ﴾
	٢٠	﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ ۚ عَلِمَ أَنَّ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَّرْضَىٰ ۖ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَلْتَمِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ۚ وَآخَرُونَ يَقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ ۚ ﴾

الصفحة	رقمها	طرف الآية
		سورة قريش
	٢-١	﴿لَا يَلْفُ قُرَيْشٍ ۝١ إِلَّا فِيهِمْ رِحْلَةَ الْشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ﴾
		سورة الماعون
	٧-٤	﴿قَوْلٌ لِلْمُصَلِّينَ ۝٤ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾



فهرس الأحاديث

م	نص الحديث	الصفحة
١	أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته	
٢	" أن ابن عمر كان إذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه"	
٣	"قبض الله ﷻ - أرواحنا وقد ردها إلينا"	
٤	".. ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له"	
٥	إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكل	
٦	أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري	
٧	"إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحوله"	
٨	"أنه نهى أن تباع السلع حيث تشتري حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله وإن كان ليعث رجلاً فيضربونا على ذلك"	
٩	"نهى عن أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"	
١٠	"كما مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر، ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال	

م	نص الحديث	الصفحة
	النبي ﷺ لعمر بعنيه، قال: هو لك يا رسول الله: فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت	
١١	".. ثم قال - أي النبي ﷺ - أتبيع جملك؟ قلت نعم، فاشتره مني بأوقية، والتثبيت عليه حملانه إلى أهلي،... فجئنا إلى المسجد، فوجدته على باب المسجد، قال: الآن قدمت؟ قلت نعم، قال: فدع جملك، فأدخل، فصل ركعتين، فدخلت فصليت، فأمر بلالاً أن يزن له أوقية.. فانطلقت حتى وليت.. ثم قال: "خذ جملك، ولك ثمنه"	
١٢	"إن عندي ناقتين أعدتهما للخروج، فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن"	
١٣	"كما نبيع الإبل بالنقيع - (بالنون) سوق المدينة (وبالباء مقبرتها) - كما نبيع بالذهب ونقضي الورق، ونبيع بالورق ونقضي الذهب، فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: لا بأس إذا كان بسعريومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء"	
١٤	"الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"	

م	نص الحديث	الصفحة
١٥	"لا تبع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر والتمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين"	
١٦	"الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة"	
١٧	"نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، "صاع البائع وصاع المشتري"	
١٨	كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ "إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه"	
١٩	"نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"	
٢٠	"المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة"	
٢١	"هو رزق الله فأكل منه رسول الله ﷺ وأكل علي وفاطمة فلما كان بعد ذلك أئته امرأة تنشد الدينار، فقال النبي ﷺ "يا علي أدّ الدينار"	
٢٢	"لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"	
٢٣	"أنّ أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ فسأله عما يلتقطه فقال "عَرَفَهَا سَنَةً، ثُمَّ أَحْفَظُ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ"	

م	نص الحديث	الصفحة
	يُخْبِرُكَ بِهَا، وَإِلَّا فَاسْتَنْفِقْهَا". قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ فَضَالَةُ الْغَنَمِ قَالَ " لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ ". قَالَ ضَالَّةُ الْإِبِلِ فَتَمَعَّرَ وَجْهُ النَّبِيِّ ﷺ . فَقَالَ " مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا حَدَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا، تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا"	
٢٤	"ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا علي المستعير غير المغل ضمان"	
٢٥	"العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم"	
٢٦	"علي اليد ما أخذت حتى تؤديه"	
٢٧	"استعار من صفوان بن أمية درعاً يوم حنين" فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: "لا، بل عارية مضمونة"	
٢٨	"إذا أئتك رسلي، فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بغيراً، قال: فقلت: يا رسول الله، أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: بل عارية مؤداة"	
٢٩	"خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق... ثم قال رسول الله ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن أعتق"	
٣٠	"لا يبيعن حاضر لباد ولا تاجشوا، ولا يساوم الرجل على سوم أخيه"	

م	نص الحديث	الصفحة
٣١	"ضمن إحدى زوجتيه التي كسرت إناء صاحبها إناءً بدله وقال: إناء بإناء"	
٣٢	"من أعتق شركا له في عبد، قوم عليه قيمة العدل"	
٣٣	"لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد"	
٣٤	"على اليد ما أخذت حتى تؤدى"	
٣٥	"من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع"	
٣٦	"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"	
٣٧	"لا يأخذن أحدكم متاع، أخيه جاداً لا لاغباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليؤدها إليه"	
٣٨	"إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا أو يكون البيع خياراً"	
٣٩	"أن أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك القوم فقالوا هل فيكم من راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل إلا أن تجعلوا لنا جعلاً فجعلوا لهم قطع شاه فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرىء الرجل فأتوهم	

م	نص الحديث	الصفحة
	بالشاة فقالوا: لا نأخذ حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: ما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم"	
٤٠	"إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام"	
٤١	"إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث"	
٤٢	"الذهب بالفضة ربا ألا هاء وهاء، والبر بالبر إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا ألا هاء وهاء، والتمر بالتمر، ربا إلا هاء وهاء"	
٤٣	"نهى رسول الله ﷺ عن بيع الورق بالذهب ديناً"	
٤٤	"كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار"	
٤٥	"فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"	
٤٦	"أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي، بالكالي"	
٤٧	"لا بأس بذلك إذا كان بسعر يومه"	
٤٨	"المسلمون عند شروطهم"	
٤٩	"يا نساء المسلمين لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة"	
٥٠	"لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة"	
٥١	"ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه"	

م	نص الحديث	الصفحة
٥٢	"العائد في هبته كالعائد في قبضه"	
٥٣	"العارية مؤداه، والمنحة مردودة"	
٥٤	أن النبي ﷺ استلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع إليه أبو رافع فقال: يا رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رباعيات فقال: "أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء"	
٥٥	أن رسول الله ﷺ نهى أن يشتري سلعة ثم يبيعها قبل أن يقبضها	
٥٦	نهى رسول الله ﷺ وعن بيع ما لم يقبض	
٥٧	ورد عن النبي ﷺ أنه "نهى عن بيع الغرر، وعن بيع الحصة"	
٥٨	قال رسول الله ﷺ: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن"	
٥٩	"إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد..."	
٦٠	"من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، إلا ما كان من شركة، أو تولية أو إقالة"	
٦١	"لا تبع ما ليس عندك"	
٦٢	"نهى النبي ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام، وعن شراء"	

م	نص الحديث	الصفحة
	المغانم حتى تقسم	
٦٣	"نهى النبي ﷺ عن بيع الغنائم حتى تقسم"	
٦٤	"أيها الناس إن الدتاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"	
٦٥	"عليكم بالتجارة فإن فيها تسعة أعشار الرزق"	



فهرس الآثار

م	الآثر	الصفحة
١	عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نخلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحدا أحب إلي غني بعدي منك ولا أعز علي فقرا بعدي منك وإني كنت نخلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جدديته واحترتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاققسموه على كتاب الله، قالت عائشة: فقلت يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته وإنما هي أسماء فمن الأخرى فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية	
٢	روى الإمام مالك في الموطأ بسنده أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينخلون أبناءهم نخلا ثم يمسونها فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدا، وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه من نخل نخلة فلم يجزها الذي نخلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل	
٣	عن سيدنا علي رضي الله عنه قال: "لا تجوز هبة ولا صدقة إلا معلومة مقسومة مقبوضة".	

م	الأثر	الصفحة
٤	عن سيدنا عثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا "لا تجوز صدقة حتى تقبض" وفي رواية: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة"	
٦	وعن سيدنا معاذ بن جبل وشريح، أنهما لا يجيزان الصدقة حتى تقبض	
٧	روي عن سيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، أنهما قالاً: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض	
٨	روي عن سيدنا الحسين بن علي رضي الله عنهما أنه ورث ميراث فتصدق بها قبل أن تقسم	
٩	عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال: كنا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام "فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه"	
١٠	حديث ابن عمر وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى البكر من عمر ثم وهبه لابن عمر قبل القبض	
١١	عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال: "رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعه في مكانهم وذلك حتى يؤووه إلى رحالهم"	

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

.....	المقدمة
.....	منهج البحث
.....	خطة البحث
.....	الفصل التمهيدي
.....	مفردات عنوان الرسالة وبيان مفهوم المال في الفقه الإسلامي
.....	والقانون الوضعي
.....	وفيه مبحثان:
.....	المبحث الأول: مفردات عنوان البحث.
.....	المبحث الثاني: مفهوم المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه
.....	ثلاثة مطالب:
.....	المطلب الأول: معنى المال في اللغة.
.....	المطلب الثاني: مفهوم المال في الفقه الإسلامي.
.....	المطلب الثالث: ماهية المال في القانون.
.....	الباب الأول
.....	الأحكام الشرعية والقانونية في قبض الأموال في عقود المعاوضات،
.....	وفيه ثلاثة فصول:
.....	الفصل الأول
.....	حقيقة القبض وصوره وأنواعه، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة القبض.....	٥٢٨
المبحث الثاني: القبض وما يلتبس به من ألقاظ.....	٥٢٩
المبحث الثالث: أنواع القبض، وفيه مطلبان:.....	٥٣٠
المطلب الأول: القبض الحقيقي.....	٥٣١
المطلب الثاني: القبض الحكمي.....	٥٣٢
المبحث الرابع: صور القبض، وفيه مطلبان:.....	٥٣٣
المطلب الأول: القبض في غير المنقول.....	٥٣٤
المطلب الثاني: صور القبض بالتخلى في غير المنقول، وفيه فرعان:.....	٥٣٥
الفرع الأول: صورة القبض بالتخلى في غير الربويات.....	٥٣٦
الفرع الثاني: صورة القبض بالتخلى في الربويات.....	٥٣٧
الفصل الثاني.....	٥٣٨
القبض من حيث الصحة وعدمها، وفيه أربعة مباحث:.....	٥٣٩
المبحث الأول: القبض بإذن، وفيه مطلبان:.....	٥٤٠
المطلب الأول: القبض بإذن الشرع والعرف.....	٥٤١
المطلب الثاني: القبض بإذن المالك، وفيه ثلاثة فروع:.....	٥٤٢
الفرع الأول: قبض يفيد نقل ملكية المقبوض إلى القابض.....	٥٤٣
الفرع الثاني: قبض لا يحصل به الملك.....	٥٤٤
الفرع الثالث: قبض تعود منفعته إلى المالك والقابض.....	٥٤٥
المبحث الثاني: القبض بغير إذن، وفيه مطلبان:.....	٥٤٦
المطلب الأول: قبض الغاصب للعين المغصوبة.....	٥٤٧

المطلب الثاني: قبض السارق للعين المسروقة.....	
المبحث الثالث: القبض المستند إليه سبب إذن في القبض من غير إذن في الاستدانة.....	
المبحث الرابع: القبض المنتهي سببه، وفيه ثلاثة مطالب:.....	
المطلب الأول: القبض في عقود المعاوضات، وفيه ثلاثة فروع:.....	
الفرع الأول: الإجارة.....	
الفرع الثاني: البيع المفسوخ بالعيب.....	
الفرع الثالث: قبض المرأة صداقها وطلقت قبل الدخول.....	
المطلب الثاني: القبض في عقود الأمانات.....	
المطلب الثالث: القبض بدون فعل القابض.....	
الفصل الثالث.....	
مدى علاقة العقد بالقبض، وفيه أربعة مباحث:.....	
المبحث الأول: عقود لا يشترط فيها القبض، وفيه خمسة مطالب:.....	
المطلب الأول: القبض في الحوالة.....	
المطلب الثاني: القبض في الوكالة.....	
المطلب الثالث: القبض في الوصية.....	
المطلب الرابع: القبض في الجعالة.....	
المطلب الخامس: القبض في الوقف.....	
المبحث الثاني: عقود يشترط القبض في صحتها، وفيه ثلاثة مطالب:.....	
المطلب الأول: الصرف.....	

- المطلب الثاني: بيع الربوي بجنسه.....
- المطلب الثالث: عقد السلم.....
- المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض في لزومها، وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: الرهن.....
- المطلب الثاني: الهبة والصدقة.....
- المطلب الثالث: العارية.....
- المطلب الرابع: القرض.....
- المبحث الرابع: العقود التي يشترط القبض في استقرارها.....
- الباب الثاني.....
- سلطة القبض فيما يملك من الأموال وفيه فصلان:
- الفصل الأول.....
- التصرف في المملوك الذي سببه عقد، وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: بيع المبيع قبل قبضه.....
- المبحث الثاني: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقد معاوضة، وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: بيع العين بالنقد.....
- المطلب الثاني: التصرف في الشيء قبل القبض في غير البيع.....
- المطلب الثالث: الصرف.....
- المطلب الرابع: المال الربوي بالربوي.....

المبحث الثالث: أثر القبض في تصرف المالك بملك من عقود

التبرعات.....

الفصل الثاني.....

أثر القبض في تصرف المالك بملك من غير عقد وفيه ثلاثة مباحث:.....

المبحث الأول: بيع السهم من الغنيمة قبل أن تُقسَّم.....

المبحث الثاني: أثر القبض فيما ملك بالإرث.....

المبحث الثالث: أثر القبض فيما ملك بسبب مباح.....

الباب الثالث.....

تطبيق الضوابط الشرعية والقانونية على صور القبض المستجدة وفيه

ثلاثة فصول:.....

الفصل الأول.....

المعاملات البنكية (الشيك البنكي).....

المبحث الأول: ماهية الشيك.....

المبحث الثاني القبض في الشيك.....

الفصل الثاني.....

التجارة الإلكترونية (القبض بطريق الإنترنت) وفيه خمسة مباحث:.....

المبحث الأول: مفهوم التعامل المالي وقواعده في الإسلام، وفيه ثلاثة

مطالب:.....

المطلب الأول: مفهوم التعامل المالي.....

المطلب الثاني: مفهوم التجارة والمال في الإسلام.....

- المطلب الثالث: مدى مشروعية التجارة في الإسلام.....
- المبحث الثاني: عملية البيع من خلال الشبكة الدولية العالمية (الانترنت) وفيه أربعة مطالب:.....
- المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.....
- المطلب الثاني: جوهر المشكلة في التجارة الإلكترونية.....
- المطلب الثالث: كيفية البيع خلال الإنترنت.....
- المطلب الرابع: وصف عملية البيع خلال الإنترنت.....
- المبحث الثالث: اشكالية القبض في التجارة الإلكترونية، وفيه ثلاثة مطالب:.....
- المطلب الأول: قبض المنتجات عبر الإنترنت.....
- المطلب الثاني: مجلس العقد وطبيعته في العقود الإلكترونية.....
- المطلب الثالث: ماهية القبض وكيفية في التجارة الإلكترونية.....
- المبحث الرابع: ضوابط القبض عبر شبكة الإنترنت.....
- المبحث الخامس: التقدم العصري وأثره على القبض في الفقه العقابي، وفيه ثلاثة مطالب:.....
- المطلب الأول: القبض الحاصل من الأجهزة الإلكترونية الحاسب الآلي أو الأتوماتيكية.....
- المطلب الثاني: مفهوم جرائم الحاسب الآلي.....
- المطلب الثالث علاقة جرائم الكمبيوتر بجريمة خيانة الأمانة.....
- الفصل الثالث.....

تطبيق وسائل القبض الحديثة على بطاقات الائتمان وفيه سبعة

مباحث:.....

المبحث الأول: ماهية بطاقات الائتمان

المبحث الثاني: التطور التاريخي لبطاقة الائتمان.....

المبحث الثالث: كيفية القبض في بطاقات الائتمان.....

المبحث الرابع: أنواع وصور بطاقات الائتمان.....

المبحث الخامس: أطراف بطاقة الائتمان.

المبحث السادس: منافع بطاقة الائتمان.

المبحث السابع: بطاقات الائتمان في منظور الفقه الإسلامي.

أما الخاتمة: فتشتمل على حصاد البحث وأهم ما توصلنا إليه من نتائج.....

المصادر والمراجع.....

فهرس الآيات القرآنية.....

فهرس الأحاديث.....

فهرس الآثار.....

فهرس الموضوعات.....

